I VINCOLI AL BILANCIO DELLO STATO E DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOVRANITÀ, AUTONOMIA E GIURISDIZIONE

Sonia Caldarelli

29 Collana L'Unità del Diritto

RomaTrE-Press
2020

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

[Prosegue in III[a] di copertina]

19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020

25. B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata*: inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020

26. M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali,* 2020

27. G. Grisi, F. Rassu (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie,* 2020

28. F. Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Sonia Caldarelli

I VINCOLI AL BILANCIO DELLO STATO E DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOVRANITÀ, AUTONOMIA E GIURISDIZIONE

29 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RomaTrE-Press
2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, ottobre 2020
ISBN: 979-12-80060-59-4

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Alla mia famiglia

Ai miei amici

A chi, con attenzione e cura,
mi è stato accanto in questo percorso

La stampa della monografia è stata finanziata con il contributo della società GPP Service, Roma, Via G. P. da Palestrina, n.47, alla quale vanno i miei più sentiti ringraziamenti.

Indice

Introduzione 13

CAPITOLO I
L'ORDINAMENTO SOVRANAZIONALE E
IL DIRITTO INTERNAZIONALE DI GESTIONE DEL DEBITO PUBBLICO

1. *Le ragioni dell'indagine* 23
2. *Dalla crisi del sistema finanziario globale alla crisi dei debiti sovrani in Europa* 26
2.1. *La crisi del sistema di finanza privata* 26
2.2. *Le ragioni della crisi del debito sovrano* 30
2.2.1. *Il sistema tradizionale di finanziamento dello Stato e le tensioni derivanti dall'integrazione dei mercati* 32
2.2.2. *Debito pubblico e mercato finanziario: l'interrelazione tra crisi del debito sovrano e crisi delle banche* 35
3. *Le implicazioni della crisi economica sul sistema istituzionale e normativo europeo* 36
3.1. *Le misure di assistenza finanziaria* 38
3.1.1. *Le misure emergenziali* 38
3.1.2. *Il Meccanismo europeo di stabilità, quale preteso strumento stabile di assistenza finanziaria* 40
3.1.3. *La natura del Mes e le implicazioni sul piano della responsabilità giuridica e della tutela giurisdizionale* 44
3.1.4. *I meccanismi di assistenza finanziaria al vaglio della Cgue* 46
3.2. *Le misure della Banca Centrale Europea* 50
3.2.1. *Le misure "non convenzionali" della Bce* 51
3.2.2. *Le misure straordinarie di sostegno degli Stati adottate dalla Bce al vaglio della Cgue* 53
3.2.3. *La rivendicazione dei limiti al mandato della Bce da parte della Corte Costituzionale tedesca* 56
4. *L'implementazione delle regole sulla prevenzione e sul controllo dell'indebitamento pubblico e dei bilanci degli Stati* 59
4.1. *Sulla nozione sovranazionale di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito* 62
4.2. *Il sistema europeo dei conti nazionali e regionali* 64
5. *Note critiche sulla natura delle risposte alla crisi approntate in sede europea* 66
5.1. *La responsabilità politica e le tecniche di tutela giurisdizionale alla luce dei vincoli di bilancio* 70

CAPITOLO II

SOVRANITÀ STATALE E AUTONOMIA FINANZIARIA
ALLA LUCE DEI VINCOLI DI BILANCIO TRASPOSTI IN COSTITUZIONE

1. *La costituzionalizzazione delle regole sovra-statali sui vincoli alla finanza pubblica: premessa* 75
1.1. *Una breve digressione: i contro-limiti fissati dalla Corte Costituzionale tedesca* 78
1.2. *La trasposizione in norme giuridiche di rango costituzionale di concetti tecnici ed economici* 81
1.2.1. *La definizione dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito nella legge di attuazione dell'art. 81 Cost.* 86
1.2.2. *Una possibile opzione interpretativa* 88
1.3. *I vincoli costituzionali al ricorso all'indebitamento dello Stato* 90
1.3.1. *Le questioni problematiche sottese alle deroghe al divieto di indebitamento dello Stato* 91
2. *I vincoli costituzionali al bilancio delle amministrazioni territoriali* 93
2.1. *Una necessaria introduzione* 93
2.1.1. *La parabola dei limiti alla finanza territoriale autonoma* 97
2.2. *Principio di autonomia finanziaria e vincoli al bilancio e all'indebitamento* 100
2.2.1. *Sanzioni e premi per la violazione/rispetto dei vincoli di bilancio* 102
2.2.2. Segue*: Il sistema di monitoraggio* 104
2.3. *La tensione tra sovranità statale ed autonomia territoriale nelle decisioni finanziarie* 105
3. *Le fonti di rango primario* 107
3.1. *La normativa sul contenimento della spesa pubblica* 107
3.2. *L'armonizzazione dei sistemi contabili e il principio "costituzionale" di trasparenza dei bilanci pubblici* 109
4. *Le implicazioni della costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito dello Stato e delle pubbliche amministrazioni* 113
4.1. *L'erosione della capacità di autodeterminazione finanziaria dei poteri pubblici domestici* 113
4.1.2. *La sovranità statale alla prova dei vincoli di bilancio* 117

CAPITOLO III

LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI IN SENSO FINANZIARIO
E L'ACCERTAMENTO GIURISDIZIONALE

Sez. I – I vincoli costituzionali al bilancio e al debito delle pubbliche amministrazioni

1. *Premessa* 123
2. *Il concorso delle pubbliche amministrazioni al rispetto dei vincoli europei di finanza pubblica* 125

2.1. *Un percorso interpretativo sulla portata precettiva dei vincoli* 128
2.2. *Vincoli di bilancio e sostenibilità delle prestazioni rese dalle p.a. in favore della collettività* 134
2.2.1. *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali* 138
3. *Il rapporto con i principi di legalità, buon andamento e imparzialità* 139
3.1. *Una collocazione plausibile dei vincoli di bilancio con gli altri principi che regolano la pubblica amministrazione* 145

Sez. II – La "dimensione soggettiva" allargata del debito pubblico: il settore delle pubbliche amministrazione finanziarie

4. *La problematica individuazione delle p.a. astrette dagli obblighi di finanza pubblica* 148
4.1. *Sulla nozione di "pubblica amministrazione"* 149
4.1.1. *L'influenza del diritto europeo* 151
4.1.2. *L'assenza di una definizione normativa di pubblica amministrazione e i conseguenti problemi interpretativi* 153
4.2. *Il "complesso delle pubbliche amministrazioni" nel settore della finanza pubblica* 155
5. *I criteri definitori contenuti nel Sec 2010* 158
5.1. *L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza europea* 161
5.2. *La matrice internazionale dei criteri definitori del settore delle pubbliche amministrazioni finanziarie* 164
6. *Il potere di certificazione dell'Istat e i conseguenti problemi applicativi* 167
6.1. *L'ambito soggettivo di applicazione delle norme di* spendig review 170
7. *I paradigmi tradizionali della nozione di pubblica amministrazione, alla prova dei vincoli economico-finanziari* 177
7.1. *Una opzione interpretativa coerente al tradizionale statuto costituzionale della pubblica amministrazione* 182

Sez. III – L'accertamento giurisdizionale della qualità di pubblica amministrazione finanziaria

8. *La tutela dell'interesse finanziario alla corretta perimetrazione del settore pubblico allargato* 184
9. *La giurisdizionale amministrativa sulle controversie avverso gli atti di ricognizione dell'Istat* 185
9.1. Segue*: il caso delle Autorità indipendenti* 190
9.2. *Dall'interesse legittimo oppositivo, alla configurazione di uno* status *di pubblica amministrazione.* 192
10. *La giurisdizione della Corte dei Conti in unico grado sull'accertamento della dimensione soggettiva del debito pubblico* 195
10.1. *I dubbi di legittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione contabile* 197
11. Status *di pubblica amministrazione e giurisdizione contabile: prospettive* de iure condendo 200

CAPITOLO IV

LA "DIMENSIONE OGGETTIVA" DEL DEBITO PUBBLICO,
ALLA LUCE DEGLI STRUMENTI DI INGEGNERIA CONTRATTUALE E FINANZIARIA

1. *Le operazioni di finanza innovativa quali fonti di indebitamento delle pubbliche amministrazioni* 203
1.1. *La ricerca di fonti alternative di finanziamento da parte degli enti territoriali* 205
2. *Le fonti* ex lege *di indebitamento degli enti territoriali* 206
2.1. *La tassonomia delle modalità di finanziamento delle spese per investimenti* 209
2.1.1. *La sua natura "aperta" secondo la giurisprudenza costituzionale e contabile* 210
2.2. *La nullità dei contratti elusivi dei vincoli di bilancio* 212
3. *I derivati finanziari in mano pubblica* 214
3.1. *Problemi di inquadramento giuridico e di compatibilità con la natura pubblica delle amministrazioni territoriali* 214
3.2. *La classificazione in bilancio dei derivati finanziari e le ricadute sul piano delle qualificazioni sostanziali* 221
3.2.1. *La natura giuridica "di indebitamento" dei derivati finanziari: un problema irrisolto* 223
4. *Le cartolarizzazioni pubbliche* 229
4.1. *Le operazioni di cartolarizzazioni sui beni immobili degli enti territoriali: cessione di immobili o indebitamento?* 229
4.2. *La classificazione in bilancio e le ricadute sul piano sostanziale* 230
4.3. *Dai criteri Eurostat alla giurisprudenza contabile: il regime giuridico incerto delle cartolarizzazioni pubbliche* 233
5. *Le garanzie pubbliche* 236
5.1. *Inquadramento giuridico e rilevanza ai fini dell'indagine* 236
5.2. *La normativa sovranazionale sulla classificazione delle* Government guarantees 237
5.2.1. *La normativa nazionale sulla qualificazione delle garanzie pubbliche* 239
5.2.2. *Garanzie pubbliche rilasciate in favore di società partecipate: il divieto di soccorso finanziario* 241
5.2.3. *Le garanzia pubbliche "atipiche"* 244
6. *I contratti di partenariato pubblico privato ("PPP")* 245
6.1. *Inquadramento giuridico e rilevanza ai fini dell'indagine* 245
6.2. *La contabilizzazione dei contratti di PPP* 248
6.3. *Il rapporto tra le qualificazioni giuridiche contenute nel Codice dei Contratti Pubblici e nella legge n. 350/2003* 251
6.3.1. *Il caso del* leasing *finanziario* 254
7. *La commistione tra criteri economici e qualificazioni sostanziali e i conseguenti limiti all'autonomia finanziaria* 256

CAPITOLO V

LA GIURISDIZIONE SUGLI INTERESSI FINANZIARI E SUL DEBITO DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Sez. I – L'effettività degli interessi finanziari

1. *La tutela giurisdizionale a garanzia dell'effettività delle regole di sana e prudente gestione finanziaria* 259
2. *Posizioni giuridiche soggettive e interesse finanziario: riflessioni sulla sua natura di interesse "ordinamentale"* 261
3. *La giurisdizione amministrativa sulle scelte finanziaria della p.a.* 266
4. *La Corte dei Conti come grimaldello per la legalità finanziaria* 270
   4.1. *La riscoperta della natura "giurisdizionale" del controllo sui bilanci esercitato dalla Corte dei Conti* 274

Sez. II – La giurisdizione contabile sulla materia della finanza pubblica

5. *I confini della giurisdizione contabile nella Costituzione* 280
   5.1. *I confini della giurisdizione contabile nel Codice di giustizia contabile* 283
   5.2. *Una possibile interpretazione evolutiva* 285
6. *La giurisdizione sulla responsabilità amministrativa estesa al settore pubblico allargato* 290
   6.1. *Il caso della giurisdizione sulle società pubbliche* 291
7. *La giurisdizione contabile sulle scelte finanziarie discrezionali: una questione di giurisdizione* 296
   7.1. *I vincoli di bilancio quali parametri giuridici dell'azione amministrativa: l'esempio dei contratti derivati* 301
   7.2. *Sui pretesi giudizi "atipici" ad istanza di parte: una visione critica* 307

Sez. III – La giurisdizione amministrativa sul debito pubblico: le ragioni di una resipiscenza

8. *Il panorama attuale del debito pubblico e la storicità della relativa giurisdizione amministrativa* 310
   8.1. *Lo stato dell'arte* 312
   8.2. *Una soluzione alternativa: la giurisdizione ordinaria e i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 133 lett. v) c.p.a.* 314
9. *La giurisdizione sulle controversie sui derivati finanziari stipulati dagli enti locali* 320
10. *La dimensione transnazionale dei derivati finanziari e il problema mal posto della giurisdizione domestica* 323
   10.1. *La dimensione transnazionale delle tecniche di tutela giurisdizionale nel contenzioso sul debito pubblico. Il caso dei* bond *argentini e greci.* 328
11. *La giurisdizione sul debito pubblico nel mercato finanziario internazionale* 335

CAPITOLO VI

A MO' DI CONCLUSIONI: LE REGOLE DI FINANZA PUBBLICA ALLA PROVA DELLA PANDEMIA DA VIRUS SARS-COV 2

1. Governance *europea ed internazionale della finanza pubblica e pandemia* 337
2. *Vincoli costituzionali di bilancio e pandemia* 345
3. *Le pubbliche amministrazioni finanziarie* 349
4. *La dimensione oggettiva allargata del debito pubblico: gli effetti della crisi post-pandemica* 351
5. *Responsabilità, controlli e garanzie giurisdizionali a tutela dell'interesse finanziario* 353

Bibliografia 357

Introduzione

Il bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni territoriali è, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, *"bene pubblico"* funzionalizzato alla sintesi ed alla certezza delle scelte "*in ordine all'acquisizione delle entrate ed alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche*" (Corte Cost. 20.7.2016, n.184). Da una simile natura discenderebbe anche l'esigenza della sua conformità alle regole di trasparenza (il bilancio dovrebbe essere intellegibile ai fini della sua giustiziabilità) e *accountability (*esso dovrebbe essere contestualmente fonte di responsabilità politica, Corte Cost. 6.5.2016, n.129).

Il legame intercorrente tra bilancio e principio democratico, di cui la trasparenza costituisce presupposto indefettibile (sia laddove riferita alla tecnica legislativa - cioè alla necessità di un ordito normativo chiaro -, sia con riferimento - ma si tratta di una conseguenza naturale del primo assunto - all'accessibilità dello strumento alla comunità degli amministrati), è stato in realtà rivendicato dapprima dalla Corte costituzionale tedesca (con sentenza del 18.3.2014) e solo successivamente dalla Corte costituzionale italiana, sebbene in entrambi i casi ciò sia avvenuto a valle del processo di implementazione di misure pubbliche sovra-statali volte a sottoporre a forme di limitazione preventiva e successiva le politiche di bilancio degli Stati "sovrani" (ci si riferisce al complesso di riforme istituzionali e legislative introdotte in sede internazionale ed europea all'indomani della crisi economico-finanziaria del 2008, genericamente ricomprese sotto l'espressione di "*governance economica europea*").

Questi due fenomeni (ossia (i) l'affermazione del legame tra disciplina del bilancio e circuito democratico-rappresentativo e (ii) il dato diacronico della sua ipostatizzazione a valle del processo di rafforzamento degli strumenti di controllo del debito Sovrano) sono evocativi delle tensioni e delle spinte confliggenti sottese alla regolazione dei bilanci pubblici: si tratta infatti del contrasto tra la pretesa neutralità delle norme tecniche di bilancio e la intrinseca politicità delle scelte che sulla base di quelle regole vengono assunte; si tratta inoltre della natura trasversale degli interventi sul bilancio pubblico i quali, lungi dall'essere riducibili a mere decisioni di natura contabile, involgono la dimensione organizzativa e amministrativa dell'apparato statale e delle sue articolazioni territoriali, ma al contempo

sono diretti al soddisfacimento dei diritti dei singoli e dell'intera Comunità; si tratta, in ultimo, del carattere polimorfo delle questioni ordinamentali sottese alla disciplina del bilancio, che rifuggono da una dimensione solo Sovrana delle scelte e delle soluzioni quanto agli spazi di autonomia finanziaria ed alle decisioni sugli interessi finanziari.

Muovendo da tali sollecitazioni, lo studio si propone di indagare l'incidenza dei vincoli internazionali, europei e domestici sul bilancio degli Stati e delle pubbliche amministrazioni con riguardo a tre diverse, ma correlate, dimensioni:

(a) quella della Sovranità statale messa alla prova dalla dimensione internazionale dei mercati finanziari e dalla natura sovranazionale delle misure di gestione della crisi delle finanze pubbliche;

(b) quella dell'autonomia e della discrezionalità nelle scelte finanziarie delle pubbliche amministrazioni formalmente astrette dal vincolo di garantire l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico;

(c) ed infine quella della giurisdizione sull'interesse pubblico sotteso e sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte dall'applicazione delle regole macroeconomiche di bilancio, sia al fine di enucleare forme e modalità di garanzia giurisdizionale di interessi "finanziari" apparentemente privi di tutela, sia al fine di valutare l'attualità dei confini della giurisdizione disegnati dalla Costituzione e dalle vigenti fonti primarie, come interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tenendo conto della dimensione (ormai) sovrastatale degli interessi implicati.

L'alveo giuridico dal quale prendere le mosse è costituito dal vigente quadro di regolazione europeo ed internazionale del debito pubblico e del bilancio degli Stati.

L'Unione europea si è mostrata essenzialmente priva di strumenti giuridici idonei a fronteggiare una crisi economico finanziaria di natura sistemica: tra i principali fattori di criticità si è indicata la creazione di una Unione monetaria con affidamento della competenza esclusiva in materia alla Banca Centrale Europea (Bce), non controbilanciata né dalla cessione delle funzioni di politica economica all'Unione Europea (che restano formalmente appannaggio degli Stati membri, circostanza che impedisce la possibilità di adottare strategie unitarie) né dalla previsione di misure di salvataggio degli Stati in crisi; fragilità acuita dalla sostanziale previsione di soli meccanismi di *soft law* a garanzia della stabilità delle finanze pubbliche degli Stati Membri.

I provvedimenti c.d. anticrisi, sebbene abbiano delineato un rinnovato quadro dell'architettura istituzionale finanziaria ed economica europea,

connotato dall'emersione di nuovi soggetti titolari di poteri pubblici, sembrano però scontare la natura di soluzioni di compromesso imposte dall'emergenza contingente della crisi piuttosto che da una visione di ampio respiro.

Appare emblematico sotto tale profilo sia il riferimento alla istituzione di un meccanismo stabile di assistenza finanziaria, sia quello al rafforzamento delle regole volte a limitare la discrezionalità politica degli Stati membri nella gestione del bilancio pubblico.

Quanto al primo aspetto, l'obiettivo prefissato con la creazione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes) era quello di dotare l'ordinamento sovranazionale di uno strumento permanente di *"crisis management*" dei debiti Sovrani: tuttavia la soluzione prescelta è stata l'istituzione di un potere al di fuori della cornice europea, cioè una nuova organizzazione di diritto internazionale. L'opposta opzione teoricamente perseguibile (cioè la creazione di una istituzione propria dell'Unione Europea) avrebbe richiesto una revisione dei suoi Trattati istitutivi in funzione estensiva delle sue competenze da attuarsi secondo la procedura ordinaria di cui all'art. 148 comma 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Una simile scelta, certamente più gravosa dal punto di vista procedurale, sarebbe stata maggiormente coerente rispetto all'obiettivo di dotare l'ordinamento sovranazionale, e i suoi Stati membri, di uno stabile meccanismo di assistenza finanziaria; inoltre, sul piano degli effetti, il pieno inquadramento del sistema di stabilità finanziaria nella cornice istituzionale europea avrebbe comportato l'applicazione dei principi, delle procedure e delle regole sostanziali proprie del diritto europeo, e da tempo consolidate, oltre che dei relativi strumenti di tutela giurisdizionale.

Quanto al secondo profilo, la peculiare stratificazione delle fonti normative che si sono succedute in risposta alla crisi economico finanziaria, sostanzialmente volte all'irrigidimento delle regole di bilancio pubblico (*sub specie* di modifica di fonti di diritto primario europeo, adozione di atti di diritto derivato, conclusione di trattati internazionali formalmente estranei alla cornice giuridica dell'Unione europea), sembrano segnati dall'ispirazione di surrogarsi alla dimensione politica del governo dell'economia, con un complesso di regole giuridiche che ipostatizzano concetti economici, dotate, come tali, di una pretesa di neutralità e razionalità propria.

Inoltre, l'apparato normativo europeo di regolazione della finanza pubblica, anche dopo il rafforzamento delle *governance economica europea* quale risposta alle esigenze imposte dalla predetta crisi, continua ad essere ispirato al principio di auto-responsabilità finanziaria degli Stati per effetto del quale,

ciascuno Stato membro risponde delle proprie politiche di bilancio ed economiche dovendo sopportare le conseguenze derivanti da eventuali situazioni di difficoltà finanziaria; la *ratio* di tale principio viene ricondotta alla duplice esigenza di preservare il rispetto da parte degli Stati membri di una politica di bilancio virtuosa evitando potenziali comportamenti di *moral hazard* quale conseguenza della previsione del divieto di aiuti finanziari e di salvaguardare, almeno formalmente, la Sovranità finanziaria degli Stati restando in appannaggio degli stessi la materia di politica economica e finanziaria.

Appare però di immediata percezione che un sistema che spoglia gli Stati della Sovranità in materia di politica monetaria, lasciando contestualmente loro la gestione della finanza e del debito pubblico, intanto potrebbe garantire la stabilità finanziaria all'interno dell'Unione Economica Monetaria, in quanto le finanze pubbliche degli ordinamenti nazionali siano in sé solide. Si tratta, in altri termini, di un sistema che sembra poter funzionare in un contesto di sviluppo economico e non di crisi finanziaria, poiché gli Stati membri non possono fare affidamento sulla leva della politica monetaria per scongiurare il rischio di insolvenza (né interna, ad esempio attraverso prestiti da parte delle proprie Banche centrali spogliate del relativo potere per effetto della creazione del Sistema bancario europeo; né europea non potendo formalmente la Bce operare in favore degli Stati come prestatore di ultima istanza), né possono fare affidamento su forme di assistenza finanziaria da parte dell'ordinamento sovranazionale (dovendo eventualmente rivolgersi al Meccanismo europeo di stabilità tramite la stipulazione di un contratto che, in cambio di aiuti finanziari, determina una sostanziale cessione di spazi di sovranità all'organizzazione internazionale); sotto concorrente profilo gli Stati, segnatamente quelli che non possono ricorrere alla leva fiscale per ragioni legate alle proprie condizioni economiche di partenza, sono di fatto costretti a finanziare la spesa pubblica ricorrendo al mercato dei capitali alla stregua di qualunque altro soggetto ovvero operatore economico (privato o pubblico), cedendo quote del proprio debito ad altri soggetti privati, investitori e Stati stranieri, in un mercato integrato e di dimensioni transnazionali. Una simile dipendenza degli andamenti del debito pubblico dalle aspettative degli investitori, impone che lo Stato debba oggi occuparsi anche di fenomeni reputazionali, che sfuggono, per definizione, alla sua capacità di governo.

Il quadro normativo ed istituzionale di gestione sovrastatale della finanza pubblica mostra quindi alcuni elementi di fragilità. Un primo, sembra dato proprio dalla pretesa di regolare il bilancio attraverso norme solo tecniche che non implicano (ed anzi escludono) le ponderazioni in punto di finalità

e interessi pubblici da selezionare e perseguire propri della discrezionalità politica, pur essendo destinate ad incidere su aspetti centrali dell'autonomia dell'ordinamento (il bilancio, in quanto espressione di scelte di indirizzo politico che postulano la riconduzione di quelle decisioni a responsabili centri potere, nel rispetto del circuito democratico rappresentativo, non può essere ridotto a mero atto funzionale alla rappresentazione contabile di grandezze economiche, oggetto di regole tecniche ed economiche dotate di una pretesa neutralità). Un secondo, sembra essere costituito dall'assenza di meccanismi strutturali di condivisione dei rischi tra gli Stati.

Sono tali elementi di criticità che hanno condotto, il 6 dicembre 2017, la Commissione europea a presentare un insieme di iniziative tra cui: l'istituzione di un Fondo monetario europeo *"ancorato all'ordinamento giuridico dell'Ue"*; l'integrazione "nella sostanza" del c.d. *Fiscal compact* nell'ordinamento giuridico dell'Unione; la previsione di nuovi strumenti di bilancio per la garanzia della stabilità nella zona euro; la figura del Ministro europeo dell'economia e delle finanze; l'emissione di titoli di debito pubblico europei (i c.d. *Eurobonds*)[1]. Tale riforma, che appare però ancora lontana dalla sua realizzazione (prevista per il 2025)[2], è mossa dall'obiettivo di realizzare una maggiore integrazione nel settore della politica economica e di bilancio, la cui concreta definizione postulerebbe l'abbandono del metodo intergovernativo nella gestione della materia e la condivisione tra gli Stati membri di ulteriori spazi di Sovranità in favore dell'ordinamento sovranazionale.

Se si muove da un simile scenario appare significativo che la giurisprudenza più recente della Corte Costituzionale rivendichi il ruolo del principio di rappresentanza democratica nella definizione dell'indirizzo politico nella materia di bilancio, di fatto delineando meccanismi e garanzie a tutela non tanto di ambiti di Sovranità statale quanto della dimensione assiologica

[1] Il pacchetto di misure proposto dalla Commissione europea muove dalle prospettive delineate nella relazione dei cinque presidenti *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, Rapporto curato dal presidente della Commissione, in collaborazione con il presidente del Consiglio europeo, il presidente dell'Euro Gruppo, il presidente della Bce e il presidente del Parlamento europeo (giugno 2015). In quella sede è stata presentata una tabella di marcia che contempla quattro passaggi: 1. un'Unione economica autentica; 2. un'Unione finanziaria che garantisca integrità limitando i rischi per la stabilità finanziaria; 3. un'Unione di bilancio che garantisca sia la sostenibilità che la stabilizzazione del bilancio; 4. un'Unione politica che ponga le basi di tutto ciò che precede attraverso un autentico controllo democratico. Su tali temi sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in Riv. AIC, 2019, 2, p. 245 ss.

[2] Le prospettive della governance economica europea, a seguito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, sono oggetto di analisi al Capitolo 6, al quale si rinvia.

sottesa alla Costituzione, prima fra tutti quella afferente alla tutela dei diritti.

In questi termini, il potenziale conflitto tra i vincoli al bilancio dello Stato di derivazione europea e la dimensione valoriale sottesa alla nostra Costituzione - che si esprime nel complesso di diritti di libertà e sociali ivi puntualmente declinati, nonché nelle istanze programmatiche generali contenute, tra gli altri, agli artt. 2 e 3 della Costituzione - è stato "composto" mediante l'elaborazione di un concetto "dinamico" di equilibrio di bilancio[3], come tale necessariamente relativo, destinato cioè a confrontarsi con gli altri principi e vincoli di derivazione costituzionale (così Corte Cost. 27.2.2019, n. 9). Neanche sorprende che un simile orientamento si sia sviluppato con precipuo riferimento alle funzioni, competenze e poteri delle singole articolazioni amministrative se si considera la loro preposizione funzionale al soddisfacimento (e tutela) delle istanze provenienti dalla comunità degli amministrati (necessariamente mutevoli, ma comunque indefettibili, in quanto ascrivibili alla dimensione assiologica "aperta" della Costituzione). La concezione di Stato come emergente dalla Carta Costituzionale postula, del resto, una precisa connotazione dei rapporti tra autorità e privati (ossia, tra amministrazione e amministrati) che si compendia nella finalizzazione delle funzioni amministrative al perseguimento degli interessi pubblici selezionati dal legislatore; tra i problemi di fondo dello Stato vi è proprio quello dell'organizzazione dell'apparato amministrativo e della predisposizione dei mezzi, necessari ed ottimali, affinché esso sia funzionale alla garanzia del soddisfacimento degli interessi della collettività.

L'implementazione delle regole di bilancio di matrice sovrastatale è avvenuta nel nostro ordinamento attraverso la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 - rubricata "*Introduzione del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*" - con cui sono state introdotte (per effetto della novella degli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost.) norme relative all'equilibrio del bilancio e alla sostenibilità del debito pubblico con riguardo allo Stato, agli enti territoriali e alle pubbliche amministrazioni; inoltre con le disposizioni contenute nella legge di attuazione dell'art. 81 co. 6 Cost. (legge 24 dicembre 2012, n. 243 recante "*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81 co. 6 della costituzione*", entrata in vigore l'1 gennaio 2014), sono state individuate le regole di dettaglio quanto all'ambito di applicazione soggettivo e al contenuto oggettivo delle nuove previsioni costituzionali di finanza pubblica.

[3] M. Luciani, *Gli equilibri di bilancio in un ordinamento multilivello,* in Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Atti del LXIV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 64 ss..

L'analisi di dette fonti, nonché del complesso di regole settoriali comunque riconducibili alla medesima matrice, mette in rilievo la loro natura di misure conformative dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, sicché appare come una naturale conseguenza che la previsione dell'art 97 Cost. - che disciplina "*la pubblica amministrazione*" - abbia giocato un ruolo essenziale nella recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Se è vero che tradizionalmente le scelte finanziarie sono state considerate espressione di discrezionalità essenzialmente politica, le riforme europee sui vincoli di bilancio degli Stati membri e quella costituzionale con la quale quei vincoli sono stati recepiti nell'ordinamento domestico, unitamente al conferente apparato normativo di attuazione, sembrano essere destinate non solo ad individuare nuovi limiti all'esercizio discrezionale (o meglio di discrezionalità politica) della funzione legislativa (come significativamente dimostrato dalle dimensioni assunte dal contenzioso costituzionale che involge le scelte finanziarie), ma a conformare le articolazioni amministrative sollecitando una riflessione sulla consistenza di nuovi parametri di legittimità dell'azione pubblica, tenendo conto che l'effettività delle norme si misura anche nell'individuazione di forme di controllo e garanzia, anzitutto giurisdizionale.

Spostando l'attenzione sulle ripercussioni pratiche e, segnatamente, sugli effetti conformativi dell'azione amministrativa (che comprende, come noto, non solo quella che si svolge secondo moduli autoritativi, ma anche l'attività di diritto privato), con precipuo riferimento a quella "finanziaria", si nota che l'implementazione dei vincoli di bilancio, che costituiscono limiti anche alla capacità di spesa delle pubbliche amministrazioni, ha costituito un fattore di accelerazione nella ricerca di modalità alternative, rispetto alle classiche fonti di reperimento delle risorse necessarie all'espletamento delle funzioni. In tal senso si evidenzia la differente portata dell'art. 81 Cost. rispetto agli artt. 97 e 119 Cost., anch'essi novellati per effetto della riforma costituzionale n. 1/2012: mentre l'art. 81 si rivolge al bilancio statale prescrivendone la conformità alla regola dell'equilibrio e contestualmente codificando il principio di generale di sostenibilità del debito pubblico, gli artt. 97 e 119 della Costituzione si rivolgono ai bilanci delle pubbliche amministrazioni vincolandole formalmente, nella loro organizzazione ed azione, ad assicurare l'equilibrio dei propri bilanci ed a concorrere nella garanzia della sostenibilità del debito pubblico. Sebbene l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico, come "*precetti espressi negli artt. 97 e 119 Cost.*", abbiano i "*caratteri di principi generali*"(Corte Cost. 20.2.2019, n. 18) richiedendo la mediazione di altre fonti per la declinazione puntuale del loro contenuto, essi sono inverati, in effetti,

in molteplici previsioni normative: si pensi alla legge n.243/2012 di attuazione del comma 6 dell'art. 81 Cost., oppure, oltre ovviamente alle regole sul contenimento della spesa pubblica, a quelle relative ai bilanci degli enti locali e alla loro capacità di indebitamento e al relativo apparato sanzionatorio; si pensi ancora alle norme sull'armonizzazione contabile, la cui matrice sostanziale (e non solo tecnica) emerge in combinato disposto a quelle concernenti la qualificazione di operazioni finanziarie o negoziali come indebitamento, secondo i criteri statistici sovranazionali.

Un simile apparato di previsioni normative costituisce il concreto sviluppo dei principi costituzionali sulla prudente e sana gestione delle risorse pubbliche.

Nel presente studio si è tentata una riconduzione ad unità di un simile complesso di norme attraverso la loro ascrizione ad una matrice unitaria, che è quella di tutela dell'interesse finanziario: detto interesse sembra avere i caratteri di interesse ordinamentale, volto cioè a regolare le relazioni tra ordinamenti e tra poteri sia nella dimensione Europea ed internazionale, che in quella interna. Il dovere di assicurare finanze pubbliche sane e sostenibili sembra difatti assumere consistenza nei rapporti tra i diversi livelli di governo, piuttosto che nei rapporti tra Stato-amministrazione-cittadini. L'interesse finanziario sotteso a dette regole appare in tal senso come un interesse ascrivibile allo Stato-ordinamento, la cui esigenza di stringente protezione è stata sollecitata da una crisi finanziaria e globale che si è tradotta in una crisi del sistema istituzionale sovranazionale. Consegue dalla configurazione della natura ordinamentale dell'interesse sotteso alle regole di finanza pubblica, che la sua tutela è per definizione refrattaria al paradigma della giurisdizione soggettiva di cui all'art. 24, art. 103, comma 1 e art. 113 della Costituzione la quale, al più, potrebbe costituire "l'occasione" per la tutela dell'interesse finanziario (che assurgerebbe al ruolo di interesse occasionalmente protetto) ma non il suo oggetto primario.

La protezione dell'interesse finanziario sembra quindi postulare forme di tutela giurisdizionale di tipo oggettivo, amplificando e rafforzando nel nostro ordinamento il ruolo della Corte dei Conti quale come "*organo di rilevanza costituzionale posto a servizio dello Stato-ordinamento, garante dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico nel suo complesso*" (Corte Cost. 5.4.2013, n.60) nell'interesse generale oggettivo alla regolarità della gestione finanziaria. Una simile sollecitazione ha condotto, nelle pagine che seguono, ad una più approfondita riflessione sui confini di tale giurisdizione a fronte del rinnovato quadro costituzionale in materia di finanza pubblica.

Un ulteriore elemento di indagine è costituito dalle controversie

afferenti al debito pubblico e quindi alle pretese debitorie-creditorie che, sebbene investono lo Stato sovrano (il suo debito) o il debito delle pubbliche amministrazioni, sembrano essere refrattarie alla rivendicazione di una tutela accentrata (cioè una giurisdizione solo domestica). Ciò in quanto il "debito pubblico" ha assunto una dimensione soggettiva ed oggettiva del tutto peculiare, concorrendo – sotto il profilo della dimensione soggettiva - alla definizione del debito pubblico non solo soggetti qualificabili come pubbliche amministrazioni in senso stretto (oltre che ovviamente lo Stato, inteso come Stato-apparato), ma una molteplicità di persone giuridiche che pur aventi la veste formale di soggetti di diritto privato sono qualificate come "pubbliche amministrazioni" ai fini finanziari in applicazione dei criteri economico statistici di matrice europea ed internazionale. Quanto alla dimensione oggettiva, le fonti del debito pubblico non sono più soltanto i classici strumenti, quali contrazione di mutui e prestiti obbligazionari, ma anche peculiari operazioni di ingegneria contrattuale e finanziaria che, laddove ricorrano in concreto gli indici sostanzialistici di matrice extra statale, vengono qualificate come indebitamento.

Sotto concorrente profilo, il sistema economico e finanziario ha assunto dimensioni globali quale sistema integrato in cui competono molteplici attori, compresi gli Stati e le loro articolazioni. Ma se l'assegnatario del debito pubblico non è più (o non solo più) il cittadino o il sistema bancario nazionale, bensì investitori stranieri, fondi di investimento, assicurazioni, istituzioni finanziarie internazionali e finanche altri Stati e se il debito pubblico nella sua dimensione soggettiva e oggettiva rifugge da qualificazioni formali imposte dallo Stato per essere condizionato da criteri sostanzialistici di matrice sovrastatale, allora il sistema tradizionale - anche quanto alla previsione di una giurisdizione domestica "accentrata"-, ne risulta scardinato rivelando, sotto tale profilo, la natura antistorica dell'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a. che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie sul debito pubblico.

Quelli sopra tratteggiati sono i profili problematici oggetto del presente lavoro che, senza alcuna pretesa di risoluzione degli stessi, si propone di offrire un quadro esaustivo dei temi, in realtà ancora aperti, che involgono la dimensione dell'assetto istituzionale di poteri e di quello giuridico delle garanzie a fronte dell'interesse finanziario la cui tutela ha assunto, in quanto interesse sensibile e trasversale, un rilievo centrale dopo la crisi finanziaria del 2008 e quella dei debiti pubblici nel 2011.

Nella fase di ultimazione della stesura, l'emergenza globale della pandemia da Covid 19 ha, inoltre, sollecitato un salto nel futuro attraverso

conclusioni volte a verificare la tenuta degli strumenti di gestione delle scelte di politica economica e dei relativi poteri decisionali, delle limitazioni finanche costituzionali alla capacità finanziaria dello Stato e delle sue articolazioni amministrative, delle forme di controllo e di garanzia a tutela del rispetto dei vincoli al debito pubblico oggetto di analisi nel corso della trattazione, a fronte di una nuova crisi che presenta elementi di analogia (pochi) ma anche di differenziazione (molti) rispetto a quella economico-finanziaria da cui è scaturito l'apparato normativo oggetto di analisi nel presente lavoro.

Capitolo I

L'ordinamento sovranazionale e il diritto internazionale di gestione del debito pubblico

Sommario: 1. Le ragioni dell'indagine – 2. Dalla crisi del sistema finanziario globale alla crisi dei debiti sovrani in Europa – 2.1. La crisi del sistema di finanza privata – 2.2. Le ragioni della crisi del debito sovrano – 2.2.1. Il sistema tradizionale di finanziamento dello Stato e le tensioni derivanti dall'integrazione dei mercati – 2.2.2. Debito pubblico e mercato finanziario: l'interrelazione tra crisi del debito sovrano e crisi delle banche – 3. Le implicazioni della crisi economica sul sistema istituzionale e normativo europeo – 3.1. Le misure di assistenza finanziaria – 3.1.1. Le misure emergenziali – 3.1.2. Il Meccanismo europeo di stabilità, quale preteso strumento stabile di assistenza finanziaria – 3.1.3. La natura del Mes e le implicazioni sul piano della responsabilità giuridica e della tutela giurisdizionale – 3.1.4. I meccanismi di assistenza finanziaria al vaglio della Cgue – 3.2. Le misure della Banca Centrale Europea – 3.2.1. Le misure "non convenzionali" della Bce – 3.2.2. Le misure straordinarie di sostegno degli Stati adottate dalla Bce al vaglio della Cgue – 3.2.3. La rivendicazione dei limiti al mandato della Bce da parte della Corte Costituzionale tedesca – 4. L'implementazione delle regole sulla prevenzione e sul controllo dell'indebitamento pubblico e dei bilanci degli Stati – 4.1. Sulla nozione sovranazionale di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito – 4.2. Il sistema europeo dei conti nazionali e regionali – 5. Note critiche sulla natura delle risposte alla crisi approntate in sede europea – 5.1. La responsabilità politica e le tecniche di tutela giurisdizionale alla luce dei vincoli di bilancio.

1. *Le ragioni dell'indagine*

L'urgenza di fronteggiare la crisi economica e finanziaria risalente in Europa al 2010, considerata la più grande crisi dopo la depressione del 1929[1] e prima della prossima[2], ha imposto l'adozione di misure pubbliche

[1] JC Van Ours, *The great recession was not so great*, in Labour Economics, 2015, 34, p. 1 ss. disponibile all'indirizzo http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php? dpno¼10376.

[2] Sugli effetti della pandemia da Virus Sars Cov-2 sul sistema economico, si rinvia al Cap. 6 contenente le conclusioni del presente lavoro.

sovra-statali - imputabili in parte all'ordinamento sovranazionale ed in parte ad istituzioni di matrice internazionale-, che hanno progressivamente sollecitato l'attenzione della letteratura giuridica.

La dottrina ha rinvenuto nelle scelte adottate dalle istituzioni europee ed internazionali un fattore propulsivo per l'elaborazione (a livello globale, europeo e nazionale) di nuovi assetti istituzionali ed istituti giuridici; sotto tale profilo, la crisi ha sollecitato una più accorta meditazione in ordine all'architettura sovra-statale dei poteri pubblici nella gestione del sistema finanziario, segnato da fenomeni (globali) trascendenti la capacità di governo degli Stati sovrani[3].

Le soluzioni approntate a fronte della crisi finanziaria e del debito sovrano da parte dell'Unione europea ("Ue") si caratterizzano per una tendenza alla centralizzazione di poteri: si pensi, per quanto concerne il sistema di finanza pubblica (i) al rafforzamento del Patto di Stabilità e Crescita che mira ad evitare che le politiche di bilancio vadano in direzioni potenzialmente problematiche ovvero a correggere disavanzi di bilancio o livelli del debito pubblico eccessivi; (ii) al rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche dei singoli Stati, mediante l'implementazione del c.d. Semestre europeo; (iii) nonché all'istituzione di un meccanismo stabile di assistenza finanziaria, ossia il Meccanismo Europeo di Stabilità ("Mes") - ascrivibile ad un accordo internazionale, ma formalmente e sostanzialmente complementare all'ordinamento istituzionale europeo -, con il compito di erogare aiuti economici in favore degli Stati che versano in condizioni di difficoltà finanziaria (secondo un sistema che, seppur dovrebbe essere ispirato ad una logica solidaristica, prevede quale contropartita per i predetti aiuti, la sottoscrizione di un contratto che obbliga lo Stato beneficiario al rispetto di misure c.d. di condizionalità che erodono la discrezionalità politica agli Stati destinatari sulle scelte di politica economica)[4].

Per quanto concerne invece il sistema di finanza privata le risposte fornite

[3] Sulla crisi dello Stato, come forma di gestione del potere pubblico, cfr. S. Cassese, *Governare gli italiani*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 13 ss. L'A. individua – dal punto di vista diacronico (segnatamente nel corso del XX secolo) - tre "crisi" dello Stato, inteso come organizzazione del potere pubblico: una prima dovuta allo sviluppo del pluralismo e alla frammentazione dell'unità statale la quale avrebbe avuto come effetto quello della perdita di "*sovranità interna*" dello Stato; una seconda causata dall'ampliamento dei compiti dello Stato, la quale ha determinato un'espansione delle spese con conseguente tensione del debito pubblico; una terza, dovuta all'affermazione di poteri pubblici ultra-statali e alla conseguente perdita di sovranità esterna.

[4] Il rafforzamento, nell'ordinamento Ue, dei meccanismi *ex ante* ed *ex post* di gestione del debito pubblico degli Stati, appena menzionati, è approfondito *infra*, parr. 3 e ss. del presente Capitolo.

in ambito sovranazionale si sono concretizzate nell'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria ("Sevf") composto dalle Agenzie finanziarie europee, ossia, per il settore bancario, l'Autorità bancaria europea, per i mercati finanziari, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati e, per quello assicurativo, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali; esse sono poi confluite nella costruzione dell'Unione Bancaria europea ("Ube"), connotata dall'accentramento del potere di vigilanza in capo alla Banca Centrale Europea ("Bce") [5].

I provvedimenti anticrisi delineano un rinnovato quadro dell'architettura istituzionale finanziaria ed economica europea (c.d. *governance economica europea)*[6], che si è venuto progressivamente configurando attraverso l'adozione di soluzioni che scontano la natura di misure imposte dall'emergenza della crisi, non collocabili (quantomeno inizialmente) all'interno di un unitario progetto di riforma.

L'analisi che si intende condurre, pur limitata al tema della crisi del debito sovrano, muove dall'idea della stretta connessione - nella dimensione europea - tra crisi del sistema bancario e crisi della finanza pubblica, ed è volta a vagliare la tipologia di risposte europee quale snodo essenziale delle recenti riforme che hanno interessato l'ordinamento nazionale. Si deve notare che i vincoli economici e finanziari derivanti dalle disposizioni assunte in sede extra-statale in materia di governo della finanza pubblica si sono sostanziati nell'introduzione di limiti all'uso delle risorse pubbliche, la cui trasposizione all'interno del nostro ordinamento ha inciso sull'assetto giuridico e istituzionale dello Stato, dei livelli di governo sub centrale e delle singole articolazioni amministrative[7]: regolare la finanza pubblica ha significato e significa, così, incidere sui diritti, sull'organizzazione dello Stato, sugli enti locali, sulle pubbliche amministrazioni[8].

[5] La questione delle risposte istituzionali alla crisi del sistema di finanza privata è in questa sede solo accennato, esulando dall'oggetto di indagine; si rinvia *infra*, par. 2.1., per un approfondimento delle ragioni della crisi del sistema di finanza privata. In dottrina, per una analisi puntuale, cfr. M. De Bellis, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2015, 6, p. 1553 ss.; *Id., La regolazione dei mercati finanziari,* Milano, Giuffrè, 2012.

[6] R. Perez, *La crisi del debito pubblico*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2016, 3, p. 679 ss.

[7] Il tema, seppur sempre ricorrente - in diverse prospettive - nel presente lavoro, è approfondito al Cap. 3, Sez. I, par. 2, al quale si rinvia.

[8] Sull'incidenza costituzionale dei vincoli in materia di politica economica e gestione dei conti pubblici, sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in Riv. AIC, 2019, 2, p. 245 ss.; cfr. anche, R. Dickmann, *Le regole della governance europea i il pareggio di bilancio in Costituzione*, in Federalismi.it, 2012, 4, p. 1 ss.; P. Bilancia, *La nuova governance dell'eurozona e i riflessi*

Ciò impone di analizzare il complesso delle fonti di matrice europea in materia di governo della finanza pubblica quale premessa di uno studio avente ad oggetto le implicazioni dei vincoli di bilancio sulla sovranità statale, sulle autonomie costituzionalmente tutelate, sulla morfologia delle pubbliche amministrazioni nonché sulla giurisdizione.

L'attenzione della dottrina, come accennato, si è essenzialmente concentrata sulle implicazioni che la crisi ha avuto sulla riforma "*dell'organizzazione di vertice sull'ordinamento finanziario*"[9]; in questa sede il tema è affrontato, invece, non solo dal punto di vista dell'organizzazione e articolazione di poteri e competenze, ma anche da un diverso angolo di visuale che è quello delle fonti di regolazione della materia, la cui complessa articolazione (*rectius*: interazione fra standard finanziari internazionali, norme di soft law di derivazione europea, accordi internazionali) appare foriera di conseguenze sia con riferimento al rapporto formale tra fonti del diritto, sia sul piano applicativo. Le misure di risposta alla crisi si sono, difatti, articolate in modifiche delle fonti di diritto primario europeo, nell'adozione di atti di diritto derivato, nell'implementazione di strumenti di carattere emergenziale (difficilmente collocabili nel quadro normativo dell'Ue) nonché, nella conclusione di trattati internazionali estranei alla cornice giuridica dell'Ue (seppur ad essa necessariamente collegati).

Per fornire un quadro esaustivo delle questioni rilevanti è necessario articolare l'analisi sotto tre distinti profili: i) le cause della crisi e l'enucleazione degli elementi di peculiarità nella dimensione europea; ii) i profili giuridici delle misure anticrisi; iii) la tenuta di simili misure nell'ottica della riforma complessiva del sistema di *governance economica europea*.

2. *Dalla crisi del sistema finanziario globale alla crisi dei debiti sovrani in Europa*

2.1. *La crisi del sistema della finanza privata*

L'emergenza finanziaria globale si snoda attorno a due momenti, ossia quello della crisi del sistema di finanza privata[10] che ha avuto origine negli

sugli ordinamenti nazionali, ivi, 23, p. 1 ss.

[9] M. Pellegrini, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in *Id* (a cura di), Corso di diritto pubblico dell'economia, Padova, Cedam, 2016, pp. 463-464.

[10] È ricorrente nella letteratura relativa alle crisi finanziarie il riferimento all'analisi

Stati Uniti (2007-2009) e quello della crisi dei debiti sovrani e del sistema bancario che ha investito l'Europa a partire dal 2010[11].

La prima fase ha avuto inizio nel 2007 nel settore dei mutui statunitensi *subprime* ed ha assunto dimensioni transnazionali per effetto del *default*, nel settembre del 2008, della banca d'investimento *Lehman Brothers*[12]. Le interconnessioni tra le economie nazionali e i mercati finanziari a livello globale, non controbilanciate dall'esistenza di un corrispondente regime di governo transnazionale, hanno favorito il contagio e, quindi, la dimensione sistemica[13] della crisi che si è propagata nei mercati finanziari di tutto il mondo, coinvolgendo anche il sistema finanziario privato europeo[14].

L'emersione della crisi nel circoscritto ambito regionale dell'Europa ha mostrato la debolezza del tradizionale approccio istituzionale e normativo in materia di integrazione dei mercati finanziari[15], fondato sul c.d. "*Lamfalussy*

condotta da C.P. Kindleberger, *Manis, Panic, and Crashes. A History of financial Crisis*, New York, Basic Book, II ed, 1989, trad. it. Storia delle crisi finanziarie, Roma-Bari, Laterza, 1991, *passim*, il quale ha rilevato che le crisi finanziarie caratterizzano la storia dello sviluppo del capitalismo e si connotano per il ripetersi di dinamiche sempre uguali; in argomento più di recente, cfr. Y. Shachmurove, *Reoccurring financial crises in the United States*. PIER working paper, 2010; A. Razin, SS. Rosefielde, *Currency and financial crisis of the 1990s and 2000s.* CEPR, discussion paper, 2011, no. DP8264, in https://ideas.repec.org/a/oup/cesifo/, p. 1 ss.

[11] AA. VV., *Crisi finanziaria globale, crisi sovrana e crisi bancaria: l'Italia e il confronto europeo*, in Money and Finance Work Group, working paper, 2013, 87, p. 1 ss.; evidenziano la natura bifasica della "*Great Crisis*", B. Moro, V.A. Beker, *Modern Financial Crisis, Argentina, United States and Europe*, in Financial and Monetary Policy Studies, 2016, p. 42.

[12] Quanto alle fasi della crisi finanziaria globale cfr. Fondo monetario internazionale (Fmi), *Global Financial Stability Report. Grappling with Crisis Legacies*, settembre 2011, in www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2011/02/pdf/text.pdf, p. 9; per uno studio recente, cfr., B. Moro e V. A. Beker, *Lessons from the European economic and financial great crisis: a survey*. Eur J. Polit. Econ. 34 (Suppl), 2014, in https://ideas.repec.org/p/pen/papers/11-006.html.

[13] F. Amtenbrink, *What role for the European Unioni in Shaping Global financial governance*, in B. Va Vooren, S. Blockmans and J. Wouters, T*he EU's role in Global Governace. The Legal Dimension*, Oxford, 2013, p. 243 ss.

[14] La dimensione *extra* statale della crisi del 2007-2009 costituisce il riflesso della globalizzazione del sistema finanziario. I "prodotti finanziari tossici" pur non essendo generati in Europa, hanno investito il suo sistema finanziario per effetto delle interconnessioni esistenti tra i mercati: si vedano a tale riguardo, le riflessioni di P. della Posta, L. S. Talani (a cura di), *Europe and the Financial Crisis,* Palgrave Macmillan, 2011, p. 41, secondo cui "*the crisis in europe has simply been a consequence of the globalization of finance and, in particular, of the global dimension of the interbank market. The interconnections between European and US banks have survived the financial crisis*".

[15] L'aggravarsi della situazione relativa ai mutui *subprime* portò il Governo statunitense (che aveva lasciato fallire l'Istituto Lehman Brothers) ad avviare tra il 2007 e il 2009 un programma di acquisto di titoli cartolarizzati con immissione di liquidità nel mercato

framework"[16].

In via estremamente sintetica si può osservare che tra le due opzioni astrattamente possibili quanto alla regolazione dei mercati dei capitali - ossia (i) quella del trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione Europea (secondo un modello improntato all'accentramento) ovvero, (ii) della "ri-nazionalizzazione" dei singoli mercati quale misura necessaria per salvaguardare gli interessi nazionali dai rischi economici propri dell'integrazione dei mercati[17] -, la scelta dell'Ue è stata invece ispirata ad un compromesso (nel processo di regolazione multilivello), basato sull'idea che la cooperazione tra le autorità nazionali di settore avrebbe potuto sostituire il trasferimento di competenze in materia di regolazione a favore del livello sovranazionale.

La crisi globale finanziaria ed economica ha mostrato l'inefficacia di un simile sistema di vigilanza e regolazione nonché l'inadeguatezza dei suoi stessi parametri e modelli di riferimento[18].

È possibile enucleare ulteriori ragioni della crisi del sistema di finanza privata[19], essenzialmente riconducibili alle caratteristiche del modello

bancario da parte della Banca centrale americana, a sostegno degli enti creditizi e delle compagnie di assicurazione. Si tratta di un piano di salvataggio del sistema finanziario e dei grandi istituti di credito, realizzato attraverso operazioni di nazionalizzazione e di acquisto di titoli privati. Per un approfondimento, si v. B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in Giorn. di Dir. Amm., 2016, 6, p. 775.

[16] Il progetto fu delineato per la prima volta in un Report del High Level Group, coordinato da Alexandre Lamfalussy nel 2001; per un approfondimento sul tema, cfr. oltre al documento della Banca Centrale Europea, *Recent developements in supervisory structures in the EU Member States (2007-2010)*, in www.ecb.europa.eu; A. Enria Teixeira, *A new Institutional Framework for financial Regulation and Supervision*, in Cannata, Quagliarello (a cura di), Basel III and Beyond. A Guide to Banking Regulation after the Crisis, Londra, 2011, p. 1 ss.

[17] L'alternativa appena tratteggiata è stata evidenziata anche nel De Larosière Group, *The high level group of financial supervision in the Eu. Report*, Brussel, 25.2.2009, p. 1 ss., in https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf. In quella sede si è evidenziato che sussisterebbero due soluzioni istituzionali: "*la prima soluzione all'insegna del "cachun pour soi", o la seconda all'insegna di una cooperazione europea migliorata, pragmatica e ragionevole a beneficio di tutti per preservare un'economia mondiale aperta*" (4).

[18] Parte della dottrina ha criticato la frammentazione delle competenze tra più autorità (di livello federale e statale) propria del sistema statunitense, si v. sul punto D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolazione*, in Riv, Trim. Dir. Pubbl, 2009, 1, p. 45 ss; sul tema dell'inefficienza della regolazione, si v. anche M. De Bellis, *op. loc. ult. cit.,* p. 37.

[19] Le ragioni della crisi finanziaria del sistema di finanza privata sono declinate nel presente elaborato alla luce del citato studio del gruppo Larosière che - invitato dalla Commissione Europea, a seguito della crisi finanziaria del 2007 ad individuare le strategie per garantire nell'area euro un'efficace integrazione finanziarie in termini di tutela della stabilità sistemica - ha preliminarmente analizzato le ragioni collasso finanziario, la cui comprensione, si legge nel Report, "*è essenziale per decidere le risposte corrette sul piano istituzionale*" (6 ss.).

di intermediazioni finanziaria (c.d. "OTD": *originate to distribute*), che ha consentito il trasferimento del rischio di credito dalle banche ad altri operatori, banche o investitori istituzionali[20] nonché al ruolo assunto dalle agenzie di rating munite del potere di influenzare gli investitori attraverso le valutazioni circa l'affidabilità degli operatori nei mercati "*over the counter*" in cui vengono scambiati gli strumenti finanziari[21].

All'indomani della crisi, gli Stati Membri dell'Ue hanno reagito attraverso azioni unilaterali di varia natura (quali, ad esempio, le ricapitalizzazioni di alcuni istituti finanziari oppure il rilascio di garanzie pubbliche in loro favore) per proteggere il proprio mercato, con il rischio insito, però, di contravvenire (in caso di misure nazionali esclusivamente finalizzate alla protezione delle istituzioni finanziarie domestiche) ai principi di non discriminazione e di mutuo riconoscimento di derivazione sovranazionale[22].

A fronte di simili misure unilaterali, la necessità di un coordinamento delle azioni dei Paesi europei è emersa per la prima volta nel summit di Parigi del 12.10.2008, nell'ambito del quale gli Stati Membri hanno convenuto in ordine alla necessità di adottare misure anti crisi coordinate

Le ragioni della crisi finanziaria, così come individuate nel menzionato studio, sono state riprese da M. De Bellis, *op. loc. ult. cit,* pp. 35-36.

[20] Si v., N. Linciano, *La crisi dei mutui subprime. Problemi di trasparenza e opzioni di intervento per le autorità di vigilanza*, in Quaderni di finanza CONSOB, 2008, p. 62, in http://www.consob.it/documenti/quaderni/qdf62.pdf, 1; M. Sarcinelli, *2007: la crisi dei subprime*, in R. Perez (a cura di), Finanza privata e pubblica. I mutui subprime e la spending review, Maggioli, 2009, p. 97 ss.

[21] L. Spaventa, *La crisi della nuova finanza*, *ivi*, p. 13 ss. Come noto le agenzie di rating sono generalmente considerate tra i maggiori responsabili della crisi: sul punto, cfr., tra gli altri, J. Hunt, *Credit Rating Agencies And the "Worldwide credit crisis": the limits of reputation, The insufficiency of reform and a proposal for improvment*, in Columbia Business Law Review, 2009, p. 109. La dottrina sulle agenzie di rating e sul ruolo assunto da esse nella crisi economica e finanziaria è di particolare ampiezza: si rinvia, per approfondimenti, alle analisi più recenti, tra cui, a mero titolo esemplificativo, M. Piantoni, *Agenzie di rating tra emissione dei rating, scandali e revisione della normativa a tutela dei mercati finanziari e investitori* (I parte), in Banche e banchieri, 2016, 2, p. 167 ss.; M.L. Buneman, *I mercati obbligazionari domestici nell'UE e il ruolo delle nuove agenzie di rating*, in Riv. Banc., 2015, 5-6, p. 247 ss.; C. Castelli, *La normativa sulle agenzie di rating: ratio, contenuti ed applicazione nel contesto europeo*, in. Riv. Trim. dir. dell'ec., 2015, 1, p. 60 ss.; M. Porzio, *Le agenzie di rating*, in Dir. della ban. e del mer. finan., 2013, 3, p. 405 ss.; C. Tabarro, *Il conflitto di interesse delle agenzie di rating*, in Pens. Ec. Mod., 2013,1-2, p. 73 ss.

[22] Cfr. F. Merusi, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2014, 1, p. 3 ss., il quale rileva che le crisi economiche incidono sul mercato concorrenziale interno, evidenziando che sul piano nazionale è stata prevista "*la fideiussione dello Stato a favore di titoli obbligazionari, i c.d. bond, sottoscrivibili da banche in difficoltà coi coefficienti di liquidità*" (p. 13).

"*to avoid the national misures adversely affect the functioning of the single market and the other Member States*"[23], rendendo evidente l'incompatibilità tra il fine perseguito dall'Unione Europea, ossia quello di una crescente integrazione nel settore della prestazione e circolazione dei servizi finanziari, ed il quadro normativo allora vigente, fondato sul principio del controllo statale sui mercati finanziari e sul livello minimo di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

2.2. *Le ragioni della crisi del debito sovrano*

Il sistema di finanza pubblica in Europa[24] si è dimostrato permeabile alla crisi economica e dei mercati finanziari[25]; si rileva sin d'ora che, nonostante una simile emergenza sia di sovente descritta come crisi dei debiti Sovrani, essa sembra atteggiarsi piuttosto a crisi bancaria e del debito pubblico[26].

In via di prima approssimazione e sul piano meramente descrittivo, si può osservare che quando nell'ottobre 2009 il nuovo governo annunciò che il rapporto deficit/PIL era pari al 12,5%, la reazione dei mercati finanziari fu quella di un forte deprezzamento dei titoli del debito pubblico greco. La crisi del debito dello Stato Greco si è estesa poi rapidamente ad altri Paesi quali Portogallo, Irlanda, Italia e Spagna (c.d. "PIIGS")[27], evidenziando l'incapacità di un crescente numero di Stati di affrontare i problemi di liquidità e di solvibilità[28] e, più in generale, mettendo in luce la fragilità

[23] V. Summit of the Euro Area Countries: *Declaration on a Concerted European Action Plan of the Euro Area Countries*, 12.10.2008, in www.ue2008.fr.

[24] Cfr. G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea,* in Id. (a cura di), Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, Bologna, il Mulino, 2012, p. 383 ss.; *Id*, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato co-assicuratore*, in Giorn. Dir. Amm., 2010, 10, p. 1085.

[25] Nella letteratura economica il fenomeno di cui trattasi costituisce una ipotesi di "fallimento del mercato", cfr. R.A. Posner, *A Failure of Capitalism, The Crisis of '08 and the Descent into Depression,* Cambridge, Harvard University Press, 2009.

[26] È stato osservato che "*the european crisis is usually descrebed as a sovereing debt crisis, but in fact it is really a sequence of interaction between soveregn problems and banking problems*": così, B. Moro, V. A. Beker, *Modern Financial Crisis, Argentina, United States and Europe*, *op. cit.*, p. 18; nello stesso senso, cfr. AA. VV., *Crisi finanziaria globale, crisi sovrana e crisi bancaria: l'Italia e il confronto europeo, op. cit.*, p. 13 ss.

[27] I menzionati Paesi presentavano un livello di indebitamento pubblico elevato già in epoca anteriore alla crisi, divenuto insostenibile a causa di fattori macroeconomici, così A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in Dir. Un. Eur., 2012, 2, p. 323.

[28] S. Cassese, *Governare gli italiani*, *op. cit.*, p. 245.

finanziaria dell'area euro[29].

Le ragioni dell'instabilità delle finanze pubbliche nella zona euro e della propagazione sui debiti degli Stati Sovrani di una crisi che, quantomeno alle origini, era relativa al solo settore privato[30], vengono comunemente ricondotte (i) all'assenza di una adeguata e strutturata *governance* economica europea[31] (segnatamente alla creazione di un sistema basato sulla devoluzione della politica monetaria all'ordinamento sovranazionale, senza la previsione – a fronte del mantenimento della competenza formale in materia di politica economica in favore degli Stati Membri - di meccanismi compensativi e di sostegno idonei a fronteggiare situazioni di instabilità); (ii) all'affidamento della gestione della politica monetaria alla Bce che è una istituzione priva delle prerogative che tradizionalmente afferivano alle banche centrali nazionali; (iii) alla previsione di meccanismi di *soft law* per il coordinamento delle politiche di bilancio; (iv) allo scarso funzionamento dei meccanismi fin dalle origini contemplati all'interno dell'Unione Monetaria Europea ("Ume") per assicurare risanamento della finanza pubblica.

Se si può certamente convenire con una simile declinazione delle ragioni dell'emergenza finanziaria, appare utile approfondire anche un ulteriore elemento che, a parere di chi scrive, costituisce uno snodo fondamentale ai fini che qui rilevano. Ci si riferisce all'incidenza della creazione di un mercato finanziario globale e di un ordinamento sovranazionale europeo che spoglia gli Stati della politica monetaria rendendola formalmente non complementare a quella economica, sulle modalità di indebitamento degli ordinamentali nazionali, rammentando, in via di prima approssimazione, che il debito pubblico ha storicamente costituito uno strumento per l'affermazione dello Stato sociale che assicura, tramite il finanziamento della spesa pubblica, un sistema complesso di funzioni, prestazioni e servizi resi dall'apparato amministrativo in risposta alle istanze provenienti dai privati[32].

[29] Sul tema, si v. L. Xenou, *Le misure della Grecia contro la crisi: un ventaglio di opportunità per le riforme fondamentali?*, in Giorn. Dir. Amm., 2012, 10, p. 1303 ss. pubblicato nell'ambito di un dossier a cura di G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e le misure di riduzione*, *ivi*, p. 1303 ss.; si v. anche *Id*, *From the financial to the sovereign debt crisis: new trends in public law*, in Riv. Tri. Dir. Pubbl, 2012, 1, p. 84.

[30] Per un approfondimento, si v. A. Blundell-Wignall, *Solving the Financial and Sovereign Debt Crisis in Europe*, in OECD Journal, Financial Markets Trends, 2010, 20, p. 1 ss.

[31] R. Perez, *La crisi del debito pubblico*, *op. cit.*, p. 669.

[32] Sulla nozione di Stato sociale cfr., a mero titolo esemplificativo, A. M. Sandulli, *Stato di diritto e stato sociale*, in Nord e Sud, 1963, p. 8 ss.; A. Villani, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Macerata, 1966; A. Barcellona, *Stato di diritto e principio democratico*, in Democrazia e diritto, 1990, p. 245 ss.; M.S. Giannini, *Introduzione al diritto*

2.2.1. *Il sistema tradizionale di finanziamento dello Stato e le tensioni derivanti dall'integrazione dei mercati*

L'ampliamento delle funzioni pubbliche, con la conseguente necessità di reperire le entrate destinate a tale scopo, contestualmente al massiccio intervento pubblico in economia realizzato tramite la diretta assunzione ed erogazione da parte dello Stato di prestazioni e servizi, ha progressivamente determinato un incremento del ricorso al mercato dei capitali da parte degli operatori pubblici[33].

Si tratta di tendenze che hanno subìto un arresto (ed addirittura una inversione se traguardata dal punto di vista dell'intervento pubblico in economia[34]) imputabile a due concorrenti elementi: da un lato, la creazione del sistema sovranazionale europeo, basato su una articolazione delle competenze in materia di politica monetaria ed economica del tutto peculiare in quanto trasferisce in sede sovranazionale la sola funzione in materia di politica monetaria (e non quella economica) contestualmente prevedendo l'impossibilità di utilizzarla quale forma di "finanziamento" degli Stati (salve eccezioni, di cui si dirà *infra*); e, dall'altro lato, la formazione di un mercato unico integrato non solo di matrice europea, ma addirittura globale in cui gli Stati si trovano ad operare, esponendovi quote del proprio debito, al pari di qualunque altro operatore economico. Si è osservato a tale riguardo che mentre in un mercato chiuso lo Stato "*è padrone assoluto della moneta e dei cambi*"[35], viceversa, in un sistema integrato si palesa una minore sua capacità di governare i tassi di interesse, dipendendo essi dall'andamento dei mercati globalizzati, a loro volta legati alla credibilità dello "Stato-debitore"[36].

costituzionale, Roma, Bulzoni, 1984, p. 24, osserva che la crescita di rilevanza e di dimensione della finanza pubblica è collegata al dilatarsi della spesa sociale, essendo finalizzata al suo finanziamento. Sul tema del debito pubblico si v. anche A. Crismani, *Il problema della gestione del debito pubblico*, in L. Cavallini Cadeddu (a cura di), Il coordinamento dinamico della finanza pubblica, Napoli, Jovene, 2012; per una ricostruzione storica dell'evoluzione del ricorso all'indebitamento da parte degli Stati moderni, cfr. J. Attali, *Come finirà? L'ultima chance del debito pubblico*, Roma, Fazi Ed., 2010.

[33] In tal senso R. Perez, *La finanza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, Milano, Giuffrè, 2003, p. 593.

[34] Tra le conseguenze del processo di integrazione europea e della creazione di un mercato unico si annovera anche la liberalizzazione di una componente imponente di servizi prima detenuti in regime di monopolio dallo Stato; si tratta di un profilo che incide sul debito pubblico, nella misura in cui l'esternalizzazione di servizi e prestazioni, prima rese dall'apparato amministrativo, le sottrae al finanziamento pubblico, per trasferirle alla libera concorrenza. Cfr. F. Merusi, *op. cit.*, p. 13.

[35] G. Pesce, *La sostenibilità del debito della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello stato,* in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2015, 2, p. 533.

[36] Si parla di "Stato debitore", come tipo di Stato la cui capacità finanziaria dipende

In effetti, l'attuale contesto storico-giuridico obbliga gli Stati ad operare nel mercato dei capitali alla stessa stregua di qualunque altro soggetto, senza che la natura pubblica (o meglio sovrana) costituisca in sé una fonte di differenziazione nel trattamento dei titoli ivi collocati; gli Stati cedono quote del proprio debito ad investitori stranieri, a fondi di investimento, ad istituzioni finanziarie internazionali e finanche ad altri Stati, che vengono acquistate su un mercato che ha assunto dimensioni globali ed in cui il prezzo dei titoli del debito pubblico è, a sua volta, influenzato dalle valutazioni e dai giudizi delle agenzie di rating, secondo un meccanismo per il quale, semplificando i termini della questione, più basso è il rating, più basso è il prezzo dei bond e più alto è il tasso di interesse[37].

Nella misura in cui l'esposizione debitoria degli ordinamenti nazionali rischia quindi di dipendere dagli umori del mercato[38], sono stati sollecitati da più parti interventi diretti a regolare secondo criteri più stringenti (rispetto a quanto non fosse già previsto nel quadro normativo sovranazionale all'epoca vigente) la loro possibilità di finanziarsi tramite il ricorso all'indebitamento. Un fattore di accelerazione di tale processo di irrigidimento dei vincoli di finanza pubblica è stato certamente costituito dalla crisi economico finanziaria, o meglio dal progressivo affermarsi dell'idea secondo cui l'assenza di una disciplina rigorosa di bilancio sarebbe stata una delle cause

non solo dal prelievo fiscale ma anche dalla fiducia dei creditori: così, W. Streek, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata dal capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli, 2013, p. 68 ss. e F. Merusi, *op. cit.*, p. 3 ss.

37 Sul tema cfr., tra gli altri, C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in Costituzionalismo.it, 2, 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della crisi*, Napoli, 2012, p. 27 ss.; G. Sciascia, *Credit Rating Agencies in the Context of Eu Regulation of Financial Markets: Developments, Standards, Public Functions*, in E. Chiti e G. Vesperini (a cura di), The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives, Bologna, il Mulino, 2015, p. 211 ss.; F. Mattassoglio, *Dalla banca d'Italia alla banca centrale europea: come sono cambiate le modalità di finanziamento del debito pubblico*, in Riv. It. di Dir. Pubbl. Com., 5, 2016, p. 1145 ss.

38 F. Donati, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in Federalismi.it, 2018, 21, p. 1 ss., osserva che uno dei fattori cruciali nella perdita di sovranità degli Stati in materia di politica economica e di bilancio, è costituito dal c.d. rating di un paese. A tale proposito, l'A. richiama il caso dell'Argentina, osservando che "*nel corso del 2018 stante il livello del debito pubblico e la mancanza di un tasso di crescita tale da rassicurare i mercati sulla capacità dello Stato di assolvere alle proprie obbligazioni, non è più stato possibile convincere gli investitori ad acquistare titoli di del debito argentino ad un tasso di interesse ragionevole. Il Paese è stato quindi costretto a chiedere l'intervento del Fondo monetario internazionale che, nel giugno 2018, ha accettato di erogare fino a 50 miliardi di dollari di aiuti, mediante un finanziamento condizionato all'adozione di un drastico programma di taglio della spesa pubblica al fine di ristabilire l'equilibrio del rapporto deficit/PIL*" (p. 3).

principali della trasmissione della crisi economico-finanziaria dalla finanza privata, al debito sovrano (e quindi al sistema di finanza pubblica).

È utile ribadire che l'Ue - sebbene abbia spogliato gli Stati della sovranità in materia di politica monetaria - ha contestualmente lasciato loro la gestione della finanza e del debito pubblico; appare di immediata percezione che un simile meccanismo però, intanto potrebbe garantire la stabilità finanziaria all'interno dell'Unione economica monetaria, in quanto la finanza pubblica sia in sé solida e sostenibile.

Si tratta, in altri termini, di un sistema che sembra poter funzionare in un contesto di sviluppo economico e non di crisi economico finanziaria degli Stati, ciò nella misura in cui questi ultimi non possono fare affidamento sulla leva della politica monetaria (né interna, ad es. attraverso prestiti da parte delle proprie banche centrali, spogliate del relativo potere; né europea, non potendo formalmente la Bce operare in favore degli Stati come prestatore di ultima istanza) per scongiurare il rischio di insolvenza[39]: l'assunto su cui si fonda il sistema europeo è, difatti, quello di evitare che la politica monetaria possa essere utilizzata per supportare le situazioni di deficit nazionali.

Considerato che la crisi dei debiti sovrani in Europa nasce dalla crisi finanziaria globale e, in particolare, dal contagio del sistema bancario nei Paesi europei dopo la bancarotta della *Lehman Brothers*, si impone una più approfondita riflessione in ordine alle interrelazioni esistenti tra debito bancario e debito sovrano[40].

[39] Come osservato da E. Chiti, *Il Meccanismo Europeo di stabilità al vaglio della Corte di Giustizia*, in Giorn. Dir. Amm., 2013, 2, p. 154, la clausola di non *bail out* (cioè il divieto di soccorso degli Stati in difficoltà finanziarie tramite aiuti del sitema bancario, in forma di acquisiti sul mercato primario di titoli pubblici) dà luogo ad un sistema che esclude una condivisione dei costi legati alle difficoltà finanziarie di uno Stato membro dell'UEM e si inserisce tradizionalmente in cui contesto nella quale i soggetti che partecipano all'Unione possono godere dei vantaggi offerti dalle nuove opportunità economiche, senza condividerne i relativi rischi.

[40] O. Chessa, *La costituzione della moneta, Concorrenza, Indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2016, p. 386, osserva che il secondo presupposto all'origine dell'introduzione di *fiscal rules* è "*la necessità di integrare diversi stati all'interno di un'unione monetaria priva di un bilancio comune centralizzato avente dimensioni adeguate. Nel caso specifico dei Paesi dell'eurozona le BBr sarebbero perciò una soluzione imposta dal fatto che la politica monetaria accentrata della Bce non si accompagna a una politica fiscale comune, bensì decentrata e divisa tra i diversi stati membri*".

2.2.2. *Debito pubblico e mercato finanziario: l'interrelazione tra crisi del debito sovrano e crisi delle banche*

Parte della dottrina ha rilevato che le misure di salvataggio adottate dagli Stati a favore del sistema bancario in crisi, quali le ricapitalizzazioni o garanzie di prestiti obbligazionari, avrebbero finito col gravare sul debito pubblico determinandone un significativo incremento[41]; si osserva inoltre che il ricorso all'indebitamento, necessario per far fronte alle maggiori spese imposte dalle misure di intervento pubblico nell'economia e di salvataggio del sistema creditizio, avrebbe esposto gli Stati ai giudizi delle agenzie di rating rendendo, tra l'altro, più faticoso il collocamento dei titoli pubblici (necessario per rifinanziare il debito) sul mercato dei capitali da parte delle banche.

Le cause delle interrelazioni tra rischio delle banche e rischio sovrano sono state oggetto di indagine anche nella letteratura economica.

Gli studi in materia hanno evidenziato l'esistenza di una stretta connessione tra "stato delle banche" e "stato della finanza pubblica"[42] potenzialmente bidirezionale, nel senso che queste interazioni possono nascere da una crisi bancaria (con effetti negativi sul bilancio pubblico) o da una crisi del debito pubblico (con ripercussioni negative sul sistema bancario). L'effetto che una crisi bancaria può avere è duplice: da un lato, un effetto diretto, che si realizza concretamente con interventi di sostegno pubblico al capitale delle banche funzionali ad evitare i rischi di default di istituti importanti; dall'altro, uno indiretto, che opera attraverso il peggioramento delle aspettative degli investitori.

Applicando tale ragionamento alla situazione concernente l'Europa si può rilevare che, quanto al primo profilo, gli interventi pubblici a sostegno delle banche sono stati effettuati per valori rilevanti per evitare gli effetti destabilizzanti prodotti dal mancato salvataggio della *Lehman Brothers*; le operazioni di salvataggio delle banche poste in essere da molti dei governi nazionali a seguito della crisi finanziaria[43] hanno contribuito all'aumento

[41] S. Cassese, *op. loc. ult. cit,* p. 245-246. Secondo i dati MBRES a dicembre 2013, gli aiuti erogati dai governi alle banche in Europa, sono stati pari ad € 3.166 miliardi, sotto forma di garanzie, ricapitalizzazioni e linee di credito e prestiti.

[42] AA. VV, *Crisi finanziaria globale, crisi sovrana e crisi bancaria*, *op. cit.,* p. 13.

[43] Sui rischi connessi alla propagazione della crisi dalle banche all'economia reale cfr. Cgue, 20.9.2016, causa C- 8/15 e altre cause riunite, *Ledra Advertising Ltd e altri*, su e-curia, secondo cui "*i servizi finanziari giocano un ruolo centrale nell'economia dell'Unione. Le banche e gli istituti di credito sono una fonte essenziale di finanziamento per le imprese attive nei diversi mercati. Inoltre, le banche sono spesso interconnesse e molte di loro esercitano le loro attività a livello internazionale. È per tale ragione che la grave difficoltà di una o più banche rischia di propagarsi rapidamente alle altre banche, vuoi nello Stato membro interessato, vuoi in altri Stati membri. Ciò rischia a sua volta di produrre ricadute negative in altri settori*

del debito pubblico (necessario per finanziaria il sistema bancario), sicché il debito privato (delle banche) si è tramutato di fatto in debito sovrano.

Quanto al secondo profilo, si può evidenziare che in uno Stato ad alto tasso di debito, come l'Italia, nel quale il sistema bancario domestico è stato impegnato nel finanziamento e nel collocamento dei titoli pubblici (con conseguente esposizione delle banche nel debito pubblico e creazione di una stretta interdipendenza tra sostenibilità di quest'ultimo e sostenibilità del debito delle banche), l'adozione di interventi pubblici di sostegno al sistema di finanza privata non è stato un fattore determinante della trasmissione della crisi dal circuito bancario a quello della finanza pubblica; piuttosto, in un simile contesto ha assunto rilievo determinante la predicibilità da parte degli investitori, di fronte alle difficoltà finanziarie del sistema bancario domestico, delle difficoltà di rifinanziamento del debito sovrano per ridurre gli investimenti, innescando così una crisi di liquidità[44].

Quelle appena descritte sono le premesse da cui muovere nell'indagine sulle puntuali misure adottate in risposta alla crisi dei debiti sovrani.

3. *Le implicazioni della crisi economica sul sistema istituzionale e normativo europeo*

La crisi del sistema bancario e dei debiti sovrani ha messo in luce la fragilità del sistema istituzionale e normativo dell'ordinamento dell'Ue[45]:

dell'economia".

[44] Per un approfondimento, cfr. G. Boccuzzi, *L'Unione Bancaria europea, Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancaria*, in Banca e Mercati, 2015, p. 37-38.

[45] La crisi dell'euro, invero, non è soltanto una crisi economica, ma è anche una crisi dell'assetto ordinamentale complessivo dell'Ue e di questa nei suoi rapporti con gli Stati Membri. Sull'incidenza della crisi sull'ordinamento Ue, a mero titolo esemplificativo, si v. P. Mengozzi, *La crisi dell'area euro e il perseguimento di un equilibrio tra stabilità, democrazia e diritti fondamentali*, in Studi sull'integrazione europea, 3, 2015, p. 547 ss; J. Habermas, *Democrazia, solidarietà e la crisi europea*, in Aggiornamenti sociali, 2014, 1, p. 18 ss; M. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2013, 1, p.1 ss.; F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in Il diritto dell'Unione Europea, 2, 2013, p. 337 ss; K. Tuori, *The European Financial Crisis - Constitutional Aspects and Implications*, in EIU Working Papers, Law, 2012, 28, p. 1 ss.; G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance europea*, in Id. (a cura di), U*scire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 383 ss.; E. Chiti - A.J. Mendez - P.G. Teixeira (a cura di), *The European Rescue of the European Union*, Oslo, 2012, *passim*; E. Chiti, *Intervento del'Ue. Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri nell'Unione*, in Giorn. dir. amm., 2011, 3, p. 311

com'è stato efficacemente osservato, "*the EU Financial Crisis is not only an economic crisis, but also a crisis of the rule of law and of democracy*"[46].

Gli strumenti di indirizzo, coordinamento e controllo introdotti con il Trattato di Maastricht, seppur rafforzati attraverso il Patto di Stabilità e Crescita, non hanno impedito ad alcuni Stati membri di realizzare politiche di bilancio al di fuori dei limiti ivi previsti, così incrementando il rischio di instabilità finanziaria. In quest'ottica, gli strumenti di prevenzione della crisi dei debiti sovrani (dai limiti stabiliti nel Patto di Stabilità e Crescita, al divieto di salvataggio degli Stati) avrebbero dovuto costituire una garanzia sufficiente in ordine al mantenimento di una politica di bilancio sana e sostenibile da parte degli Stati: il rispetto di una simile disciplina avrebbe a sua volta contribuito a livello dell'Ue alla realizzazione di un superiore obiettivo, ossia quello della stabilità finanziaria dell'Unione monetaria: l'esperienza, come si chiarirà *infra*, ha dimostrato l'ineffettività dei meccanismi appena tratteggiati.

Occorre osservare che l'apparato normativo europeo di regolazione della finanza pubblica è ispirato al principio di auto-responsabilità finanziaria, per effetto del quale ciascuno Paese membro dell'Ue risponde delle proprie politiche di bilancio ed economiche, dovendo sopportare autonomamente le conseguenze derivanti da eventuali situazioni di difficoltà finanziaria; in questo senso dispone l'art. 125 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue) secondo cui "*L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico*".

Una previsione di analogo tenore (c.d. clausola di "*no bail out*") è prevista anche con riferimento al finanziamento del sistema bancario: l'art. 123 Tfue, vieta difatti "*la concessione di scoperti di conto o qualsiasi*

ss.; G. Della Cananea, *L'ordinamento giuridico dell'Unione europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in Com. int., 2012, p. 3 ss.

[46] K. Tuori, *op. cit.,* p. 1; per un approfondimento in ordine al tema della democrazia nell'Unione Europea a seguito della crisi finanziaria, cfr. l'Editoriale, *Debt and Democracy: "United States then, Europe now"?*, in Common Market Law Rev., 2012, p. 1833 ss.; M. Poiares Maduro, B. DeWitte, M. Kumm, T*he Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis*, in RSCAS, Policy Papers, 2012, p 8.

altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate «banche centrali nazionali»), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri" così come altrettanto espressamente vietato è "*l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali*".

Le predette clausole costituiscono i corollari applicativi del principio ispiratore del sistema di regolazione della finanza pubblica europea (per l'appunto quello di auto-responsabilità finanziaria degli Stati membri) la cui *ratio* è riconducibile alla duplice esigenza (i) di preservare il rispetto da parte degli ordinamenti nazionali di una politica di bilancio virtuosa (evitando potenziali comportamenti di *moral hazard*) e (ii) di salvaguardare, almeno formalmente, la loro sovranità finanziaria[47] (attraverso la preservazione della loro competenza nella materia della politica economica).

La crisi del debito pubblico ed il rischio di contagio nei confronti degli altri Stati appartenenti al sistema Ue, insito nel *default* di un ordinamento sovrano, ha sottoposto a tensione un simile meccanismo, di fatto legittimando, sotto la spinta di eventi contingenti che richiedevano un intervento "purchessia", operazioni che, una rigorosa applicazione delle norme introduttive dei predetti divieti, forse non avrebbe consentito[48] (con la precisazione che la considerazione appena svolta è volutamente neutrale in questa fase, ancora preliminare, della riflessione).

3.1 *Le misure di assistenza finanziaria*

3.1.1. *I meccanismi emergenziali*

Le misure di risposta all'emergenza finanziaria adottate in sede sovra-statale sono riconducibili a due tipologie: quelle "emergenziali" di sostegno degli Stati e quelle "strutturali" di rafforzamento della *governance* economica europea.

Appartengono alla prima categoria gli interventi di salvataggio adottati

[47] Sulla perdita di sovranità finanziaria degli Stati per effetto della integrazione europea, sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *op. cit.,* p. 245 ss.

[48] Di diverso avviso è S. Fabbrini, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2016, 3, p. 651 ss. Secondo l'A. "*quando è esplosa la crisi…l'Ue aveva a disposizione il framework decisionale per affrontarla, all'interno del quale quindi individuare gli strumenti (di crisis managment e di crisis prevention) necessari per governarla. Tuttavia, è evidente che gli strumenti di cui ha potuto disporre non hanno funzionato come ci si aspettava" (*p. 655).

in favore della Grecia e quelli di creazione dei fondi per il finanziamento dei Paesi a rischio di fallimento.

In un primo momento, il rischio di *default* dello Stato greco e, soprattutto, il rischio di ricadute negative sui debiti degli altri ordinamenti nazionali[49], ha indotto un'azione "comune"[50] che si è sostanziata in patti bilaterali aventi ad oggetto prestiti bancari supportati dal Fondo Monetario Internazionale (Fmi) ed accompagnati da "*Memorandum of Understanding*" (aventi natura negoziale) per la definizione degli impegni assunti dallo Stato in cambio della concessione dei prestiti; detto carattere di "condizionalità" dell'aiuto è stato mantenuto anche nei successivi interventi di assistenza finanziaria.

In una seconda fase, la propagazione della crisi del debito pubblico ha condotto al sostanziale superamento del divieto di cui all'art. 125 del Tfue, avvenuto mediante l'istituzione dello *European Financial Stability Mechanism*[51], a cui è seguita la costituzione, per effetto di un accordo tra gli Stati dell'Eurozona, della *European Financial Stability Facility*[52].

La base legale dei predetti fondi è stata rinvenuta nell'art. 122 del Tfue[53] che contempla una forma di assistenza finanziaria attivabile in presenza delle condizioni "eccezionali" ivi declinate (i presupposti sono così articolati: *calamità naturali o circostanze eccezionali che sfuggono al .controllo* dello Stato) ed è stata interpretata come previsione normativa derogatoria del generale

[49] Così, F. Donati, *op. loc. ult. cit.,* p. 337. Al riguardo cfr. anche A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in Dir. Un. Eur, 2010, 2, p. 961 ss.

[50] G. Napolitano, *L'assistenza finanziaria e lo Stato co-assicuratore*, in Giorn. Dir. Amm., 2010, 10, p. 1085 ss.

[51] V. in argomento A. Viterbo, R. Cisotta, *op. loc. ult. cit*., p. 980 ss. In dottrina è stata criticata l'individuazione dell'art. 122 del Tfue come fondamento per la costituzione del Fondo: in questo senso cfr. tra gli altri, M. Chiti, *op. loc. ult. cit.,* p. 4, il quale sottolinea la natura "*palesemente estranea*" della norma "*a situazione di strutturale crisi del debito sovrano degli Stati membri*".

[52] Esso è stato costituito in forma di società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese, con un socio unico, il Granducato di Lussemburgo. La società ha quindi stipulato un accordo con i sedici Stati della zona euro, i quali, sono azionisti della società.

[53] Si riporta in nota per comodità espositiva, il testo della norma :"*1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. 2. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa*".

divieto di aiuti finanziari di cui al richiamato art. 125 Tfue; una siffatta interpretazione ha consentito l'assunzione dell'art. 122 Tfue come base legale dei meccanismi anzidetti, sebbene con qualche forzatura interpretativa.

Le peculiari caratteristiche dei due fondi (segnatamente, la creazione del Efsf mediante un accordo internazionale, soggetto a revisione semestrale e la concezione dell'Efsm come strumento a carattere temporaneo) costituivano, a ben vedere, il riflesso della natura "straordinaria" dell'intervento messo in atto e della carenza di un quadro normativo che legittimasse l'adozione di misure strutturali di gestione della crisi del debito pubblico.

Invero le misure adottate nella prima fase della crisi economico finanziaria europea hanno avuto essenzialmente carattere estemporaneo; in altri termini e più chiaramente, si tratta di misure di risposta ad una crisi congiunturale rispetto alla quale l'ordinamento sovranazionale si è rivelato impreparato dal punto di vista giuridico e istituzionale. È emblematica, sotto tale profilo, la vicenda che ha riguardato il superamento del divieto di *bail out* di cui si è dato conto, attraverso il riferimento ad una disposizione normativa (cioè l'art. 122 Tfue) certamente non pensata *ab origine* per fronteggiare situazioni di strutturale crisi del debito sovrano; ebbene, proprio la riscontrata fragilità della base giuridica assunta ai fini della costituzione del *European Financial Stability Facility* e dello *European Financial Stability Mecahanism*, è apparsa indicativa dell'inadeguatezza del quadro giuridico europeo a fornire una adeguata risposta alla crisi[54], sollecitando la ricerca di ulteriori soluzioni.

3.1.2. *Il Meccanismo europeo di stabilità, quale preteso strumento stabile di assistenza finanziaria*

La fragilità dell'impianto normativo su cui si fondava l'istituzione dei fondi per l'assistenza economica degli Stati e la conseguente fragilità delle misure che ne sono scaturite[55], ha indotto all'apertura di una terza fase nel processo di elaborazione di misure di supporto finanziario, ossia quella (almeno negli originari intenti) volta a dotare l'ordinamento europeo di un meccanismo stabile di sostegno: ciò introduce l'analisi del Meccanismo

[54] Secondo una opinione sostanzialmente condivisa la creazione di un meccanismo permanente di stabilità finanziaria non avrebbe potuto fondarsi sull'art. 122 del Tfue. Cfr. a tale riguardo le Conclusioni del Consiglio europeo del 28-29 ottobre 2010 (EUCO 25/1/10), 2, in https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/it/ec/117500.pdf.

[55] Sul carattere temporaneo degli strumenti di crisis managment utilizzati dall'Unione nella prima fase di risposta alla crisi, cfr. la nota della bce, *Reinforcing economic governance in the euro area*, 10 giugno 2010, in https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/reinforcingeconomicgovernanceintheeuroareaen.pdf.

Europeo di Stabilità[56] inquadrabile tra le misure strutturali di risposta alla crisi.

Il Mes è stato creato da un accordo internazionale[57] (formalmente assentito dall'art. 136 Tfue[58]) e già soltanto questa prima formale constatazione impone qualche riflessione critica. Ed invero, sebbene l'obiettivo prefissato fosse quello di dotare l'ordinamento sovranazionale di uno strumento permanente di *"crisis management"* dei debiti sovrani[59], la soluzione prescelta

[56] Per un approfondimento sull'istituzione del Mes, si rinvia a G. Napolitano, *The European Stability Mechanism: a constitutional authority in diguise*, in The Democratic Governance of the Euro, RSACASPP 2012, 8, p. 45 ss. *Id.*, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in Giorn. di Dir. Amm., 2012, 5, p. 461 ss. Nella dottrina straniera, si v. C. Ohler, *The European Stability Mechanism*, in German yearbook of international law, 2011/2014, p. 47 ss.; A. Stanislas, M. Parras, F. Javier, *The European Stability Mechanism through the legal meanderings of the Union's constitutionalism*, in European law review, 2013, 6, p. 848 ss.

[57] Il Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (Mes) è stato firmato dagli Stati l'11 luglio 2011 in una prima versione, per poi essere modificato e firmato in una seconda versione il 2 febbraio 2012. Si rileva che è in corso una proposta di modifica del Trattato (si v. Consiglio dell'Unione europea, *Economic and Monetary Union: Eurogroup agrees term sheet on euro-area budgetary instrument and revised ESM treaty*, 15.6.2019). La bozza di modifiche, attualmente disponibile solo in lingua inglese, cfr. *DRAFT revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism*, disponibile in https://www.consilium.europa.eu/media/39772/revised-esm-treaty-2.pdf, mantiene la natura di istituzione internazionale del Mes nonché la regola della stretta condizionalità, sebbene siano stabiliti meccanismi per assicurare un maggior coordinamento tra il Mes e la Commissione europea, in funzione della dichiarata strumentalità dell'istituzione a supportare la stabilità finanziaria dell'Europa.

[58] Ai fini della costituzione del Mes, si è proceduto ad una modifica integrativa della fonte primaria, consistente nell'aggiunta all'art.136 Tfue di un nuovo paragrafo 3, secondo cui: "*Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità*". Tale modifica è stata realizzata mediante la procedura di revisione semplificata di cui all'art. 48, par. 6 del Tue (cfr. decisione del Consiglio Europeo, del 25 marzo 2011 che *modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro*, in https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:091:0001:0002:IT:PDF). Detta soluzione giuridica è stata valutata positivamente da G. Napolitano, *op. loc. ult. cit.*, p. 463. Sulla opportunità di ricorrere alla procedura di revisione semplificata e sull'attribuzione ai soli Stati Membri, con esclusione dell'Unione europea, del potere di istituire un simile meccanismo, v. A. Viterbo, R. Cisotta, *op. loc. ult. cit.*, p. 329. La soluzione in commento è stata criticata da M.P. Chiti, *Lo spazio amministrativo europeo*, in Studi in onere di Alberto Romano, Napoli, Ed. Sc., 2011, I, p. 177.

[59] Secondo una ipotesi ricostruttiva, la struttura e le competenze attribuite al Mes sono tali da poterlo assimilare a un fondo monetario europeo, con caratteristiche simili a quelle del Fmi e che ne integra le attività; sul punto si v. M. Ruffert, *The European Debt*

è stata quella di creare un'istituzione al di fuori della cornice europea, avendo il Mes, ai sensi dell'art. 1, par. 1 del Trattato istitutivo, natura giuridica di soggetto di diritto pubblico internazionale[60].

Una simile opzione era stata fortemente criticata dal Parlamento europeo[61] che aveva sottolineato come il meccanismo di stabilità permanente avrebbero dovuto essere inserito nel quadro normativo dell'Ue, eventualmente ricorrendo alla clausola di flessibilità dell'art. 352 Tfue[62] in combinato disposto con gli artt. 133 e 136 del medesimo Trattato. Peraltro, con la stessa Risoluzione, il Parlamento europeo poneva in luce il fatto che il futuro meccanismo di stabilità avrebbe dovuto rispettare "i *principi essenziali del processo decisionale democratico, quali la trasparenza, il controllo parlamentare e la responsabilità democratica*", proponendo inoltre di "*stabilire che i criteri di condizionalità* - applicati al sostegno fornito dall'istituendo meccanismo - *dovessero essere decisi conformemente ai principi e agli obiettivi dell'Unione, quali sanciti nei Trattati UE*".

Simili raccomandazioni sono state accolte solo in parte, ossia per quanto concernerne la necessità di coordinamento tra l'assistenza finanziaria e i principi e obiettivi dell'Unione in materia di politica economica, mentre (come si vedrà subito) non hanno trovato concretizzazione le sollecitazioni relative alla dedotta necessità di prevedere strumenti di *accountability*.

È utile immeditatamente osservare che l'opposta soluzione, cioè la creazione di una istituzione propria dell'Unione, avrebbe richiesto, a differenza di quanto nei fatti avvenuto, una revisione del Trattato istitutivo dell'Ue in funzione estensiva delle sue competenze da attuarsi secondo la procedura ordinaria di cui all'art. 48 comma 1 del Trattato sull'Unione Europea; una simile scelta, certamente più gravosa dal punto di vista

Crisis and European Union Law, in Common Market Law Review, 2011, 6, p. 1783.

[60] G. Napolitano, *op. loc. ult. cit.,* p. 402.

[61] Risoluzione del Parlamento europeo del 23 marzo 2011 sul progetto di Decisione del Consiglio europeo che modifica l'art. 136 Tfue, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0103 .

[62] Nel senso che la norma in questione potrebbe costituire il fondamento per la creazione di un meccanismo di stabilità inserito nella cornice europea, ovvero per la riconduzione del Mes nell'*acquis* comunitario, cfr. Et.de Lhoneux, Christos A. Vassilopoulos ,T*he European Stability Mechanism Before the Court of Justice of the European Union. Comments on the Pringle Case*, in Springer, 2014, p. 35. Osserva G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della nuova governance economica europea*, *op. cit*., p. 397 che il prezzo pagato per la predisposizione di una norma ad hoc ai fini della creazione del Mes "*è l'abbandono dell'ancoraggio al principio di solidarietà e del riferimento alla logica della naturale espansione dei poteri impliciti dell'Unione*", riprendo dunque le critiche mosse nella citata risoluzione del Parlamento Europeo.

procedurale, sarebbe stata, dal punto di vista teorico, quella maggiormente coerente rispetto all'obiettivo di dotare l'Ue e i suoi Stati membri, di uno stabile meccanismo di assistenza finanziaria. Inoltre, sul piano degli effetti, l'inquadramento del sistema di stabilità finanziaria nella cornice istituzionale europea avrebbe comportato l'applicazione alla nuova Istituzione dei principi, delle procedure e delle regole sostanziali proprie del diritto dell'Unione Europea oltre che dei relativi strumenti di tutela giurisdizionale.

Ciò posto, dall'analisi delle conferenti previsioni del Trattato istitutivo si evince che il Mes (che ha sostituito i precedenti fondi) fornisce assistenza finanziaria agli Stati dell'area euro "*ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme*" ed è autorizzato a raccogliere risorse finanziarie sui mercati dei capitali [63].

Al Consiglio dei governatori, composto dai Ministri delle Finanze degli Stati Membri, Consiglio di amministrazione e Direttore generale spetta la competenza ad assumere le decisioni in materia di concessione degli aiuti agli Stati secondo la regola dell'unanimità, derogabile in casi di emergenza; il Consiglio di Amministrazione svolge compiti delegati dal Consiglio e assicura la conformità dell'azione istituzionale con i vincoli derivanti dal trattato istitutivo; al Direttore generale è riconosciuta la rappresentanza legale dell'ente e la gestione ordinaria.

La procedura per il rilascio di aiuti finanziari, viene attivata dalla richiesta di assistenza presentata dallo Stato membro interessato al Presidente del Consiglio dei governatori del Mes. La Commissione europea e la Bce verificano l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria europea o dei suoi Stati membri e la sostenibilità del debito pubblico dello Stato interessato (art. 13). La decisione sulla concessione del sostegno alla stabilità è adottata dal Consiglio dei governatori. La concessione di misure assistenziali è subordinata ad un accordo in cui sono definite le condizioni (c.d. misure di condizionalità) che lo Stato beneficiario è tenuto a rispettare negoziato dalla Commissione, di concerto con la Bce, con lo Stato. La relativa sorveglianza sul rispetto dell'accordo è affidata alla Commissione di concerto con la Bce.

[63] Gli strumenti di assistenza finanziaria esperibili dal Mes sono:

i) assistenza finanziaria a titolo precauzionale nel rispetto di predefiniti criteri di ammissibilità aprendo una linea di credito per il Paese beneficiario (art. 14);
ii) assistenza finanziaria al fine specifico di ricapitalizzare istituti finanziari (art. 15);
iii) assistenza finanziaria attraverso la tradizionale erogazione di prestiti (art. 16);
iv) ed infine acquisto di titoli di Stato emessi da uno Stato membro sul mercato primario — operazione che la Bce non può compiere direttamente a causa del divieto posto dall'art. 123 TFUE (art. 17) —, o operazioni sui mercati secondari (cd. *buy-backs*) essenzialmente volte a prevenire il contagio finanziario nell'area euro (art. 18).

3.1.3. *La natura del Mes e le implicazioni sul piano della responsabilità giuridica e della tutela giurisdizionale*

La natura di istituzione internazionale del Mes discende dalla formale connotazione della fonte istitutiva che, come già osservato, è un trattato stipulato tra Stati sovrani estraneo alla cornice europea.

Tuttavia, al di là del dato formale, appare innegabile la dimensione europea del meccanismo: in primo luogo, in quanto la sua istituzione è stata prevista da una norma del Tfue appositamente modificata per consentire agli Stati la creazione del sistema di assistenza finanziaria; in secondo luogo, in quanto al Mes partecipano esclusivamente gli Stati che aderiscono alla moneta unica; in terzo luogo, in quanto sussiste una evidente complementarietà con la politica monetaria e la *governance economica europea* (soprattutto se si guarda alle misure di stretta condizionalità).

La natura di soggetto di diritto internazionale dell'istituzione comporta, in ogni caso, rilevanti conseguenze in ordine al regime giuridico applicabile.

Ed infatti, il Mes - quale soggetto esterno alla cornice istituzionale dell'Ue - rifugge dall'applicazione delle regole, dei principi e dei controlli previsti dall'ordinamento europeo e dai relativi strumenti di tutela giurisdizionale. È sufficiente rilevare che la scelta di istituire un meccanismo di assistenza finanziaria tramite un trattato internazionale, connesso al diritto Ue, ma formalmente ad esso estraneo, ha ripercussioni sul piano dei meccanismi sostanziali di imputazione delle responsabilità per le scelte assunte in quanto comporta l'inapplicabilità dei principi essenziali al processo decisionale democratico di trasparenza, controllo e *accountability* previsti dal diritto europeo e allo stesso tempo determina un arretramento della garanzia giurisdizionale stante l'incompetenza della Cgue sulle relative controversie.

Occorre subito chiarire che l'art. 37 del trattato istitutivo del Mes contempla un'azione giurisdizionale esperibile dallo Stato, il quale può contestare la decisione del Consiglio, dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in conformità all'art. 273 Tfue. La norma introduce una ipotesi di "*proroga della giurisdizione*" (avente quindi natura volontaria, nel senso che le parti autonomamente e nell'esercizio della libertà negoziale, in sede di stipulazione del trattato internazionale, hanno optato per l'individuazione di tale giurisdizione) ed ha quindi natura eccezionale; essa contempla solo l'ipotesi di una eventuale azione di annullamento proposta dallo Stato interessato contro la decisione del Mes mentre non prevede l'attivazione di altre tecniche di tutela. Inoltre, seppur la disposizione del Trattato non ponga limiti al sindacato giurisdizionale della Cgue, è chiaro che l'ampia discrezionalità (politica) di cui gode il Consiglio dei governatori

in sede di valutazione dei presupposti per la concessione della misura di assistenza finanziaria, riduce il sindacato della Corte ad aspetti meramente procedurali[64].

Nessuna azione è invece prevista a tutela dei cittadini, titolari di posizioni giuridiche soggettive, finanche diritti fondamentali, potenzialmente pregiudicati dalle misure di condizionalità negoziate in sede internazionale. Un simile *vulnus* si rivela in tutta la sua problematicità se solo si tiene conto che le misure di contenimento della spesa pubblica, adottate come contropartita rispetto alla concessione di aiuti nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità, producono effetti sulle decisioni di finanza pubblica degli ordinamenti nazionali e, quindi, sull'organizzazione amministrativa interna e sui diritti dei cittadini[65]; la concessione di misure di assistenza da parte del Mes, in ragione del principio di stretta condizionalità, obbliga difatti lo Stato beneficiario all'adozione di una serie di riforme strutturali, ispirate al contenimento della spesa pubblica e che incidono anche sul riconoscimento dei c.d. diritti a prestazione[66]. Il ricorso alla c.d. condizionalità per effetto del quale si subordina la prestazione delle misure di assistenza finanziaria a specifiche condizioni, erode qualsivoglia margine di ponderazione degli interessi in gioco da parte dei pubblici poteri obbligando puntuali e predeterminate riforme inerenti i diritti sociali, i sistemi pensionistici, la spesa sanitaria, l'istruzione, le imprese pubbliche, il sistema delle imposte, la pubblica amministrazione, le prestazioni previdenziali. Inoltre, anche con riferimento agli Stati che non hanno contratto in sede europea alcun *Memorandum of understanding* (non avendo avuto necessità di richiedere misure di assistenza finanziaria), il rispetto dei vincoli in materia di bilancio di matrice europea, producendo effetti sull'allocazione delle risorse all'interno dello Stato, ne condiziona le scelte afferenti a settori nevralgici dell'organizzazione interna. Simili riforme strutturali, adottate nel

[64] Sui limiti del sindacato giurisdizionale, si v. Cgue, Grande Sezione, 16.6.2015, Causa C-62/14, *Gauweiler e altri vs BCE*, su e-curia, con commento di A. Bassan, *Le operazioni non convenzionali della Bce al vaglio della Corte Costituzionale tedesca*, in Riv. di dir. int., 2014, 2, p. 361 ss. La decisione seppur riferita alla decisioni in materia finanziaria di natura tecnica, individua dei criteri interpretativi quanto ai limiti di sindacato sulla discrezionalità che sono, a maggior ragione, stante la natura politica delle valutazioni assunte il seno al Mes, estendibili al caso in commento.

[65] Sul punto si v. A. Koukiadaki and L. Kretsos, '*Opening Pandora's Box: The Sovereign Debt Crisis and Labour Market Regulation in Greece*, in Industrial Law Journal 2012, 3, p. 276 ss.; M. Matsaganis, *The Greek Crisis: Social Impact and Policy Responses,* Friedrich Ebert Stiftung, 2013, p. 5.; A. Leahy, S. Healy and M. Murphy, *The European Crisis and its Human Cost,* Crisis Monitoring Report 2014, Caritas Europa, 2014, p. 32.

[66] Su cui vedi *infra*, Cap. 3, Sez. I, parr. 2.2. e 2.2.1.

contesto del risanamento delle finanze pubbliche imposto dall'Ue finiscono, quindi, per incidere finanche sui rapporti tra amministrazione e cittadini che, con un effetto "a cascata", sono esposti alle eventuali conseguenze pregiudizievoli, in termini di compressione dei diritti, derivanti dagli obiettivi "macroeconomici" di finanza pubblica.

3.1.4. *I meccanismi di assistenza finanziaria al vaglio della Cgue*

Le considerazioni da ultimo sviluppate sollecitano una più approfondita riflessione sugli strumenti a tutela delle posizioni giuridiche dei soggetti sacrificati o limitati nel godimento dei lori diritti dall'applicazione delle c.d. misure di condizionalità; esse pur richiedendo la mediazione del singolo Stato ai fini della loro implementazione all'interno dell'ordinamento, sono di fatto imputabili alle decisioni assunte in seno al Mes (in cui operano sia istituzioni dell'Ue –segnatamente la Commissione europea e la Bce -, sia istituzioni internazionali, ossia il Fmi) oppure alle regole "tecniche" e asseritamente "neutrali" di matrice europea ed internazionale di regolazione del bilancio e della finanza pubblica.

Significative a tale riguardo sono le richiamate riflessioni del Parlamento europeo che ha criticato la scelta di istituire un meccanismo europeo di assistenza finanziaria al di fuori della cornice del diritto Ue. L'istituzione di autorità al di fuori della cornice istituzionale europea (ma avente poteri e competenze relativamente all'adozione delle misure anti-crisi sostanzialmente operanti in funzione delle politiche economiche dell'Unione e in favore dei soli Stati membri della zona euro) e la declinazione di un quadro regolatorio che per la sua matrice tecnica ed economica aspira ad una pretesa di razionalità propria, producono effetti di deresponsabilizzazione politica e giuridica[67].

La concessione di misure di assistenza da parte del Mes, in ragione del principio di stretta condizionalità, obbliga lo Stato beneficiario all'adozione di una serie di misure attinenti a scelte di politica fiscale, previdenziale, del mercato del lavoro[68], rendendo lo Stato mero esecutore di una politica

[67] La natura tecnica dei concetti ipostatizzati nelle norme sui vincoli di bilancio, almeno in base alla visione pura della scienza e della tecnica, sarebbe foriera di una pretesa non soggettività intesa qui come non implicazione di interessi (così Corte Cost. 26.1.1988, n.114, in Giur. cost. 1988, I, 340); non è questa la sede per affrontare le problematiche di natura generale afferenti alla traduzione di concetti tecnici in regole giuridiche: a tale fine si rinvia, tra i più recenti contributi, a A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Napoli, Ed. Sc., 2018, *passim*.

[68] Cfr. decisione n. 2010/320/UE adottata dal Consiglio, relativa allo Stato greco, che ha imposto una riforma dei principi fiscali e delle aliquote delle imposte dirette, con

finanziaria vincolata (con effetti di sottrazione della responsabilità quanto alla scelta di adottare le misure di riforma); il Mes, nella sua veste di istituzione finanziaria internazionale, non risponde a logiche e meccanismi di *accountability* e il rispetto di regole quantitative ed automatiche sottrae dalla responsabilità, per le decisioni su di esse fondate, i governi politici.

Da ciò consegue anche la sottrazione dei processi decisionali e degli atti della istituzione internazionale alla tutela giurisdizionale dinanzi alla Cgue; ed infatti, la giurisprudenza in materia[69] si connota per il rifiuto a sindacare la validità di simili misure alla luce del diritto dell'Unione Europea ed in particolare della Carta dei diritti fondamentali[70].

L'aporia del sistema appare evidente: la devoluzione delle scelte di politica economica e di bilancio ad istituzioni economiche internazionali ha l'effetto di sottrarre al processo democratico le decisioni che sulla base di quelle regole vengono assunte. I provvedimenti adottati dal Mes (a) non sono assoggettati al rispetto delle fonti del diritto europeo, ivi compresa la Carta dei diritti fondamentali, (b) sono avulsi dal controllo parlamentare, (c) rifuggono dalle regole di *accountability* previste dal diritto Ue - che

soppressione altresì di una serie di previgenti esenzioni; la riduzione dei trattamenti pensionistici più elevati; la riduzione/abolizione di gratifiche ed indennità del pubblico impiego; aumento di aliquote IVA ed accise; la riduzione dei costi della PA; la riforma del sistema pensionistico; modifiche di organizzazione delle strutture pubbliche, anche al fine di rafforzare il sistema di vigilanza e controllo e di ridurre l'influenza del potere politico su taluni plessi dell'amministrazione; la riforma della contrattazione salariale; un regime dei salari minimi, con congelamento triennale dei minimi vigenti; riforma delle condizioni di entrata ed uscita dal mercato del lavoro; promozione della vendita dei farmaci generici; riforma del regime degli appalti; misure di liberalizzazione e pro-concorrenziali.

[69] Cgue, 27.11.2012, C-370/12 – *Thomas Pringle c. Government of Ireland*, su e-curia, con commento, tra gli altri, di E. Chiti, *Il Meccanismo Europeo al vaglio della Corte di giustizia*, *op. cit.*, p. 148-149 e Cgue, Causa C-62/14, *cit.,* con commento di A. Bassan, *Le operazioni non convenzionali della Bce al vaglio della Corte Costituzionale tedesca*, *op. cit*., p. 361 ss. e di A. Cardone, *L'obliterazione dello Stato di crisi: la Corte Ue ri(con)duce le misure non convenzionali della Bce al diritto ordinario dei trattati*, in Giur. Cost., 2015, 4, p. 1533 ss. Si veda anche F. Pennesi, I*l programma Omt ed il controllo giudiziale delle Corti europee sull'azione della Bce*, in Forum Quad. Cost., 2016, p. 1 ss.

[70] Cfr. Cgue, C-128/12, *Sindacatos dos Bacarios do Norte and Others* e C-264/12, *Sindacato Nacional dos Professionais de Seguros e Afinis*, su e-curia. In dottrina, cfr. A. Baraggia, *Le misure di stretta condizionalità nel prisma delle Corti europee*, in AA.VV. La domanda inevasa: dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo, il Mulino, Bologna, 2015, p. 342, secondo cui per effetto di una simile giurisprudenza della Cgue "*un'area che inevitabilmente risente dell'influenza dell'Unione e in cui le Istituzioni dell'Unione stessa svolgono un ruolo di primo piano (Commissione in primis nella negoziazione e monitoraggio della condizionalità) risulta essere priva di tutela giurisdizionale*".

avrebbero consentito (almeno parzialmente) un recupero di un simile *vulnus* – e (d), infine, si sottraggono al controllo giurisdizionale.

Significativa in questo senso è la sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, con cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea[71] è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del Mes, a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato dalla *Supreme Court* irlandese, sotto diversi profili: in primo luogo, quello della legittimità della decisione n. 2011/199/UE del Consiglio Europeo di modifica *in parte qua* dell'art. 136 Tfue; in secondo luogo, quello della sua conformità con il diritto primario dell'Ue; in terzo luogo, quello della sua coerenza con i principi generali di tutela giurisdizionale effettiva e di certezza del diritto.

Quanto alla prima questione, la Corte ha ricondotto la decisione del Consiglio Europeo di modifica dell'art. 136 alla competenza di coordinamento in materia di politica economica, escludendo la riconducibilità dell'azione nell'alveo della politica monetaria (ciò che avrebbe condotto alla illegittimità della decisione impugnata per contrasto con l'art. 48 Tue nella parte in cui esclude che il procedimento semplificato possa essere utilizzato per modificare la parte prima del Tfue[72]).

Quanto alla seconda questione pregiudiziale, la Corte ha rilevato al contempo che il Meccanismo rappresenta un sistema di finanziamento nell'ambito del quale la prestazione di assistenza finanziaria ad uno Stato è soggetta a una *"rigorosa condizionalità"*, funzionale ad assicurare la conformità delle attività del Mes con le misure di coordinamento delle politiche economiche adottate dall'Unione. Il giudice ha poi escluso la supposta violazione dell'art. 122 del Tfue (che come rilevato ammette misure di salvataggio nei limiti in cui sussistano condizioni di difficoltà eccezionali), rilevando che la norma si applica solo all'Unione e non anche agli Stati, che resterebbero liberi di prestare assistenza ad altri Stati; per la stessa ragione ha escluso l'elusione dell'art. 123 Tfue (che vieta forme di intervento diretto della banca centrale europea in favore degli Stati). In ordine al rapporto con la clausola di non salvataggio che vieta misure assistenziali da parte dell'Unione e degli Stati Membri, la Corte ha rilevato che essa non contempla un generale divieto di assistenza finanziaria (come sarebbe dimostrato dalle misure contemplate agli artt. 122 e 123 Tfue), piuttosto che eventuali forme di intervento siano compatibili con l'obiettivo di una *"virtuosa politica di bilancio"*[73].

[71] Cgue, C-370/12, *cit.*

[72] Art. 3, par. 1, lett. c) del Tfue.

[73] Cfr. par. 137: *"L'articolo 125 TFUE, invece, non vieta la concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro che resta responsabile*

Infine, la Cgue ha escluso un contrasto tra l'impugnata decisione del Consiglio Europeo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (ed in particolare con il suo art. 47 che assicura l'effettività della tutela giurisdizionale) rilevando che, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione ("*il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva non osta alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato MES né alla sua ratifica da parte di questi ultimi*"[74])[75].

In ordine a tale ultimo profilo, una apertura si è in realtà avuta con la sentenza *Ledra Advertising Ltd*[76]. La Corte, pur rimanendo fedele alla rigorosa interpretazione dei rapporti tra il Trattato istitutivo del Mes e l'ordinamento giuridico dell'Ue, declinati nella sentenza del 2012 improntati alla separazione dei due sistemi (i cui assunti non vengono messi in discussione, ma anzi sono richiamati nella decisione in commento), ha compiuto un passo in avanti per quanto concerne la sindacabilità delle misure di *austerity*.

Infatti, se da un lato si ribadisce che è esclusa l'impugnabilità dinanzi alla Cgue degli atti del Mes da parte dei soggetti incisi nei propri diritti, dall'altro lato, si ammette la possibilità di contestare l'illegittimità degli stessi nel contesto di un'azione risarcitoria diretta contro le Istituzioni dell'Unione che conducono l'istruttoria tecnica nell'ambito del procedimento di concessione dell'assistenza finanziaria; un simile sindacato si realizzerebbe attraverso la valutazione del rispetto del diritto dell'Unione europea e della Carta dei diritti fondamentali che, pertanto, assurgerebbe a parametro di legittimità di azioni condotte dalla Commissione e dalla Bce (aventi la veste formale di istituzioni dell'Ue) nell'alveo del Trattato Mes.

dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori e purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa".

[74] Cfr. par. 178-182.

[75] Per un approfondimento in ordine alla violazione dei diritti fondamentali per effetto delle misure di contenimento della spesa imposte a livello sovranazionale, si v. G. Katrougalos, '*The Greek Austerity Measures: Violations of Socio-Economic Rights*', in International Journal of Constitutional Law Blog, 2013, disponibile al sito: http://www.iconnectblog.com/2013/01/the-greek-austerity-measures-violations-of-socio-economic-rights.

[76] Cgue, 20.9.2016, C-8/15 e altre cause riunite, *Ledra Advertising Ltd, c. Commissione Europea e BCE*, su e-curia.

3.2. *Le misure della Banca Centrale Europea*

All'indomani del manifestarsi della crisi in Europa, come crisi bancaria e del debito sovrano, la Banca centrale europea ha messo in atto un complesso di interventi non convenzionali, per la cui comprensione appare utile prendere le mosse da un inquadramento generale dei rapporti tra banca centrale e debito.

Uno Stato sovrano può finanziarsi sostanzialmente in due modi, ossia attraverso l'indebitamento (e quindi con l'emissione di titoli del debito pubblico) nei confronti dei creditori, oppure emettendo nuova moneta[77].

Il complesso delle norme vigenti in ambito sovranazionale, cui sono soggetti gli Stati e le sue articolazioni, in materia di finanziamento del debito, implicano che lo Stato debba finanziarsi facendo pressoché esclusivo ricorso al mercato finanziario, spettando alla Bce "*il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote all'interno della comunità*"[78] (le banche centrali nazionali hanno perso la sovranità nel campo della politica monetaria oggi gestita dalla Banca Centrale Europea e dal Sistema Europeo delle Banche Centrali)[79]. Contestualmente gli Stati non possono contare sull'acquisito da parte delle banche domestiche dei propri titoli pubblici in ragione del divieto gravante sul sistema bancario europeo di operare in loro favore come prestatore di ultima istanza.

Da ciò discende un'evidente aporia in quanto gli Stati e le loro articolazioni territoriali - che dovrebbero finanziarsi come un operatore privato, cioè rivolgendosi al mercato dei capitali - versano in una condizione di sostanziale impossibilità di reperire risorse tramite il ricorso al credito privato, quale conseguenza del complesso di vincoli e limiti di matrice sovrastatale.

Inoltre, il sistema crea una sorta di concorrenza tra gli Stati in quanto le limitazioni in ordine alla possibilità di emettere titoli di debito pubblico sono proporzionate allo stock di debito iniziale, con la conseguenza che la sostanziale impossibilità di reperire risorse sui mercati finisce per gravare solo sugli Stati "poco virtuosi", mentre quelli che muovono da condizioni di partenza positive in termini di saldo di bilancio, ben potranno ricorrere

[77] I. Muso, *Il debito pubblico. Quando lo Stato rischia l'insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 115 ss.

[78] Art. 128 Tfue.

[79] La Bce e Sebc da essa diretto hanno il compito di definire e attuare la politica monetaria dell'Unione, di svolgere le operazioni sui cambi, di detenere e gestire le riserve ufficiali di valuta estera e degli Stati membri e di promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento.

al mercato dei capitali per finanziare la spesa pubblica.

L'accentramento della politica monetaria in capo ad una istituzione dell'Ue avente natura indipendente (secondo un modello ispirato alla netta separazione tra le funzioni della banca centrale e l'indirizzo politico) non è stata, come detto, accompagnata dalla previsione di una competenza dell'Ue nella politica economica e di bilancio che resta appannaggio degli Stati. I potenziali rischi conseguenti alla predetta scissione tra politica monetaria ed economica, avrebbero dovuto essere neutralizzati meditante la sottoposizione delle politiche nazionali in materia di bilancio a rigidi parametri (ex ante)[80].

3.2.1. *Le misure "non convenzionali" della Bce*

La crisi finanziaria ha di fatto coinvolto la Bce in decisioni che per la loro natura sostanzialmente "politica" hanno suscitato un acceso dibattito circa la loro compatibilità con il mandato tecnico proprio della Bce.

Ci si riferisce anzitutto al *Security Market Programme*[81], adottato dalla Bce il 14 maggio 2010, volto a ristabilire la corretta trasmissione al mercato delle decisioni della banca centrale ormai compromessa dalla crisi dei debiti sovrani[82]; per effetto di tale programma sono stati acquistati titoli di debito sovrano degli Stati più esposti sul mercato finanziario. In attuazione del programma la Bce ha acquistato i titoli di debito sovrano [83]: le ragioni di una simile scelta sono state espresse nelle premesse della conferente decisione in cui si legge inoltre che "*Il Consiglio direttivo ha preso nota della dichiarazione dei governi degli Stati membri dell'area dell'euro secondo cui essi adotteranno tutte le misure necessarie a soddisfare gli obiettivi fiscali nell'anno in corso e negli anni a seguire, in linea con le procedure per i disavanzi eccessivi e degli impegni aggiuntivi precisi assunti da taluni governi di Stati membri dell'area dell'euro diretti ad accelerare il consolidamento fiscale ed assicurare la sostenibilità delle loro finanze pubbliche*".

Nel 2012, la Bce ha, inoltre, deciso di adottare un sistema di operazioni

[80] Così l'accesso all'Unione monetaria è stato condizionato al preventivo raggiungimento di una serie di criteri di convergenza relativi al tasso di inflazione, al tasso di interesse, al tasso di cambio nonché al raggiungimento di un disavanzo di bilancio non superiore al 3% del Pil e a un debito pubblico non superiore al 60% del Pil.

[81] Decisione della Banca Centrale Europea del 14 maggio 2010, G.U.U.E. 2010 L 124, 8. Cfr. Draghi, Conferenza stampa del 6 Settembre 2012, *Introductory statement to the press conference (with Q&A)*, nonché Bce, Press release, 6 September 2012 — *Technical features of Outright Monetary Transactions*, entrambi reperibili sul sito internet della Bce, http://www.ecb.int.

[82] Considerando n.2 della Decisione della Bce del 14 marzo 2010 n. 5.

[83] Vedi, in particolare, i considerando 2 e 3 della decisione citata nella nota precedente.

di acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario (c.d. *Outright Monetary Transactions,* "Omt"), volto a consentire "*una calmierazione dello spread relativo ai debiti degli Stati sovrani più in difficoltà*"[84].

I due meccanismi appena richiamati hanno permesso alle banche centrali di acquistare titoli di debito degli Stati membri sul "mercato secondario", sul presupposto che il divieto contenuto nell'art. 123 Tfue, più volte citato, si riferisse esclusivamente al c.d. "acquisto diretto" cioè all'emissione tramite un'asta organizzata da un'istituzione pubblica europea.

Le Omt - consistenti nell'acquisito di titoli di debito pubblico degli Stati in difficoltà economica - non sono mai state attuate.

Nel gennaio 2015, la Bce ha deciso di istituire il c.d. *Quantitative Easing*[85], ossia un meccanismo finalizzato all'acquisto di titoli di debito pubblico sul mercato secondario per un ammontare progressivamente modificato dalla stessa Bce. Tale meccanismo consente alla banche centrali dell'Eurosistema, e alla stessa Bce, "*di effettuare acquisti di titoli di debito negoziabili da controparti idonee sui mercati secondari, denominati in euro, emessi da amministrazioni centrali, regionali o locali di uno Stato membro la cui moneta è l'euro, da agenzie riconosciute situate nell'area dell'euro, da organizzazioni internazionali situate nell'area dell'euro e da banche multilaterali di sviluppo situate nell'area dell'euro*"(cfr. decisione UE/2015/774 della Bce). La decisione è stata formalmente basata sulla competenza in materia di politica monetaria, segnatamente "*alla luce di una serie di fattori che hanno sensibilmente accresciuto il rischio di diminuzione nelle previsioni di medio termine sull'evoluzione dei prezzi, pregiudicando in tal modo il raggiungimento dell'obiettivo principale della BCE di mantenere la stabilità dei prezzi*"[86].

L'adozione di detti strumenti ha sollevato diverse contestazioni, la principale delle quali costituita dalla natura *ultra vires* delle operazioni intraprese: nell'ambito di tale dibattito si sono confrontate le opinioni di

[84] F. Mattassoglio, *op. cit.,* 1146.

[85] Decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea, del 4 marzo 2015, su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (GU 2015, L 121, pag. 20), come modificata dalla decisione (UE) 2017/100 della Banca centrale europea, dell'11 gennaio 2017 (GU 2017, L 16, p. 51). Per le modalità di acquisto dei titoli pubblici si rinvia a *"Implementation aspects of the public sector purchase programme"* e a *"Q&A on the public sector purchase programme"*, entrambi consultabili in http://www.ecb.europa.eu/mopo/liq/html/pspp-qa.en.html; su questi temi v. M. Annunziata, *The ECB's QE decision,* in www.voxeu.org, 23 gennaio 2015; P. De Grauwe, *The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Market*?, in Cesifo working paper, 2011, 13, p. 3569.

[86] Cfr. considerando 3 della decisione 2015/774 cit.

coloro che le ritengono escluse dal divieto di *bail-out*[87], con quelle di coloro che ne affermano un evidente contrasto con la rigida normativa europea[88].

3.2.2. *Le misure straordinarie di sostegno degli Stati adottate dalla Bce al vaglio della Cgue*

L'implementazione dei compiti della Bce, che nell'ambito della crisi ha assunto un ruolo centrale attraverso l'adozione di misure non convenzionali di politica monetaria, è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale tedesca che, chiamata a valutare la conformità delle *Outright monetary transactions* (consistenti nell'acquisto sul mercato secondario di titoli pubblici) al mandato della Bce[89] e del meccanismo del *Quantitative Easing*[90], ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia dell'Ue mettendo in dubbio la legalità di entrambi i programmi.

Il 16 giugno 2015 la Cgue[91] nel pronunciarsi sul primo ricorso, ha confermato la compatibilità delle misure straordinarie in commento adottate dalla Bce, con il diritto europeo. Lo stesso epilogo ha avuto la seconda questione pregiudiziale rimessa alla Cgue, relativa al *Quantitative Easing*, sulla quale la Cgue si è pronunciata alla fine del 2018[92].

L'omogeneità delle questioni dedotte dinanzi alla Corte sovranazionale e del relativo esito, consente un'analisi congiunta dei menzionati precedenti.

In entrambe le ipotesi la domanda pregiudiziale verteva sulla validità delle decisioni adottate dalla Bce e sulla interpretazione degli artt. 119, 123 e 127 Tfue, nonché degli articoli da 17 a 24 del Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, ed è stata presentata nell'ambito di vari procedimenti su ricorsi per esame di costituzionalità proposti da privati.

I ricorrenti deducevano che le decisioni straordinarie in commento avrebbero natura *ultra vires*, in quanto estranee al mandato della Bce e che esse sarebbero state lesive del principio di democrazia sancito nella Legge fondamentale tedesca. Più specificamente, a detta dei ricorrenti il

[87] F. Capriglione, G. Semeraro, *Il Security Market Programme e la crisi dei debiti sovrani. Evoluzione del ruolo della BCE*, in Riv. trim. dir. dell'ec., 2011, p. 264.
[88] V. G. Gasparini Casari, *Una calda estate. Note preliminari sulla crisi dei debiti sovrani*, in Dir. dell'economia, 2011, p. 539 ss.
[89] Corte tedesca, 14.1.2014, con commento di F. Bassan, *Le operazioni non convenzionali della Bce al vaglio della Corte Costituzionale tedesca,* in Riv. di dir. intern. 2014, 2, p. 361 ss.
[90] Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale, Germania), decisione del 18.7.2017.
[91] Cgue, Grande Sezione, C-62/14, *cit.*
[92] Id., 11.12.2018, causa C-493/17, *Heinrich Weiss ed altri vs Bce*, su e-curia.

mandato conferito al Sebc dovrebbe essere strettamente limitato e il rispetto di tali limiti dovrebbe essere sottoposto ad un sindacato della Cgue esteso anche al merito, non essendo un ostacolo l'indipendenza della Bce che riguarderebbe unicamente le competenze che i Trattati gli conferiscono e non la determinazione dell'ampiezza e della portata dei suoi poteri.

Il giudice europeo non ha accolto la predetta tesi, ritenendo che sia le Omt che il *Quantitative Easing* debbano essere ricondotti nell'alveo della competenza della Bce in materia di politica monetaria il cui obiettivo principale, cioè il perseguimento della stabilità dei prezzi, non costituirebbe un ostacolo all'adozione di misure potenzialmente incidenti sulla finanza pubblica.

La Corte ha quindi vagliato le misure anzidette sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità che, secondo la tradizionale giurisprudenza postula che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare gli obiettivi perseguiti e non eccedano quanto è necessario per il loro raggiungimento; nel ritenerle coerenti a tale parametro, la Cgue ha dato rilevanza al carattere necessariamente temporaneo degli interventi.

In ordine al controllo giurisdizionale del rispetto di tali condizioni, il giudice ha ritenuto che "*poiché il SEBC è chiamato, quando elabora e attua un programma di operazioni di mercato aperto quale quello annunciato nel comunicato stampa, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale*" ed ha correlativamente limitato il suo sindacato al controllo delle garanzie procedurali[93].

Tra le contestazioni sollevate con riferimento al *Quantitative Easing* vi era anche quella afferente (i) alla sostanziale equivalenza tra le misure emergenziali adottate e l'acquisto di titoli sui mercati primari, in violazione del divieto di cui al citato art. 123 Tfue nonché (ii) alla altrettanto sostanziale sollecitazione di comportamenti opportunistici che proprio il divieto di finanziamento del debito pubblico da parte della Bce avrebbe dovuto arginare.

Secondo la Corte entrambe le contestazioni non meriterebbero accoglimento: la Bce avrebbe apprestato un sufficiente numero di garanzie che permetterebbero di impedire di prevedere il riacquisto sui mercati secondari dei titoli; a sua volta la temporaneità delle misure escluderebbe la possibilità per gli Stati di poter fare affidamento sull'acquisto, senza rischi, degli stessi.

Gli approdi della Cgue, opportuni dal punto di vista politico considerati

[93] Con riferimento al governo tecnico del settore, v. di recente, D. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari dalla "neutralizzazione" dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europee*, in Riv. It. di Dir. Pubbl., 2016, 1, p. 189 ss.

gli effetti potenzialmente devastanti che sarebbero potuti conseguire alla eventuale declaratoria di illegittimità delle misure straordinarie della Bce, sollecitano alcune riflessioni.

Gli interventi adottati dalla Bce appaiono rivelativi (i) sia dei condizionamenti che lo stesso ordinamento sovranazionale europeo ha subito (e subisce) per effetto dell'esposizione debitoria sul mercato finanziario, (ii) sia della debolezza genetica di un sistema sovranazionale nel quale sembrano difettare strutturalmente meccanismi solidaristici di condivisione dei rischi. Tanto è vero che si è dovuti ricorrere a strumenti del tutto peculiari e a garanzie applicative tali da non renderli frontalmente incompatibili con il divieto gravante sul Sebc di finanziare i singoli Stati in situazioni di difficoltà finanziaria.

Ci si può domandare se, in realtà, non vi fossero all'interno dei Trattati Ue ulteriori basi legali dell'azione della Bce, che avrebbero potuto essere utilmente richiamate: il riferimento è all'art. 119 del Tfue, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 del Trattato Ue.

Andando per ordine, queste ultime due previsioni delineano un ordinamento sovranazionale che ha tra i propri obiettivi (anzi tra i primi obiettivi anche in base alla collocazione sistematica di tali norme) la tutela della dignità umana, delle libertà fondamentali, dei principi fondanti la democrazia contemporanea e lo Stato di diritto, nonché la coesione sociale, il benessere dei cittadini e più in generale, il valore della "solidarietà"; si tratta di elementi che, unitamente alla tutela dei diritti fondamentali assicurata dalla carta di Nizza[94], avente valore formale di fonte del diritto Ue, al pari dei suoi trattati istitutivi, delineano, seppur *in nuce*, i tratti tipici di un ordinamento pluralistico e solidale.

Il comma 1 dell'art. 119 del Tfue, prevede che è in funzione dei predetti fini che l'Unione comprende "*l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri*" nonché (si veda il par. 2) "*la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione*".

La politica monetaria è, pertanto, anch'essa strumento di realizzazione dei superiori fini dell'Ue (artt. 2 e 3 del Tue) e può essere utilizzata per "*sostenere le politiche economiche generale dell'Unione*". Ed allora, una lettura coerente delle predette previsioni con quelle, puntuali, che sanciscono il divieto di assistenza finanziaria, potrebbe essere quella secondo tali ultimi divieti

[94] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 18.12.2000, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

sono prescritti solo laddove si tratti di approntare sostegno ad un unico Stato membro e per situazioni di difficoltà che riguardano la sua peculiare situazione economica; ma non sono, viceversa, destinati ad operare per il caso di crisi economiche estese a tutti gli Stati o alla maggior parte di essi (incidenti quindi sulla politica economica generale dell'Ue, che altro non è che la combinazione delle politiche economiche dei singoli Stati membri). In tale ultimo caso, essendo coinvolta la politica economica generale dell'Ue ne risultano, a cascata, implicati anche il nucleo duro dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Ue e i fini fondamentali richiamati agli artt. 2 e 3 del Tue, postulando meccanismi a tutela, sub specie di assistenza finanziaria, ispirati a alla mutua condivisione dei rischi e non al principio di auto-responsabilità; detti meccanismi, a ben vedere, sembrano contemplati per ipotesi siffatte dal richiamato art. 119 par. 2 ultimo alinea che prefigura una politica monetaria (e quindi l'intervento della Bce) piegata e funzionale al sostegno delle "*politiche economiche generali nell'Unione*", in quanto tale potenzialmente attivabile in caso di crisi che investano trasversalmente il sistema europeo.

3.2.3. *La rivendicazione dei limiti al mandato della Bce da parte della Corte Costituzionale tedesca*

L'ultimo atto della vicenda sopra descritta, iniziata nel 2015 con i ricorsi presentati in Germania da un gruppo di cittadini (Weiss e altri) contro il programma della Banca Centrale Europea "*Quantitative Easing*" di acquisti di titoli pubblici sul mercato secondario, è costituito dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 5 maggio 2020[95], pronunciata a seguito della citata pronuncia con cui la Cgue ha escluso che un simile programma costituisse un atto *ultra vires* ovvero fosse non proporzionale rispetto agli obiettivi di politica monetaria perseguiti dalla Bce.

La Corte Costituzionale Federale Tedesca ha parzialmente contestato l'impianto della sentenza pronunciata dalla Cgue, segnalando che essa avrebbe escluso la violazione del principio di proporzionalità nel sindacare gli atti della Bce, senza tuttavia disporre degli elementi a tale fine necessari, sviluppando quindi ragionamenti "sostanzialmente arbitrari". Più

[95] BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020, 2 BvR 859/15, Rn. (1-237), su cui si v., tra i primi commentatori, A. Caravita, *Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze,* Comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020, su Fedralismi.it; D. U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, ivi, 2020, 14, p. 165 ss.; G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, su Academiaedu.it.

specificamente, il giudice tedesco ha concordato con la Corte di Giustizia quanto alla ritenuta coerenza del programma di acquisto dei titoli con i limiti previsti dal Tfue *sub specie* di divieto di finanziamento del debito pubblico degli Stati Membri dell'Eurozona (art. 123.1 TFUE) e di finalizzazione della politica monetaria della Bce alla garanzia della stabilità dei prezzi, ma contestualmente ha ritenuto che in concreto la Bce potrebbe aver travalicato il proprio mandato per violazione del principio di proporzionalità, rilevando che il Parlamento Federale tedesco e la stessa Bundesbank sono venuti meno al dovere di vigilanza imposto loro dalla Legge Fondamentale tedesca.

La Corte Costituzionale tedesca ha quindi vietato alla Bundesbank di effettuare tali acquisti se la Bce non avrà dimostrato, entro tre mesi, che le decisioni adottate nell'ambito del programma oggetto del contenzioso, siano conformi al principio di proporzionalità, ingiungendo anche al Parlamento Federale di vegliare sulla continuazione del programma di acquisti di cui si tratta da parte della Bce, assicurandosi che esso risulti proporzionale e conforme al mandato conferitole nei Trattati. Laddove inoltre, le misure implementate dalla Bce dovessero risultare in concreto non coerenti con i predetti limiti, ovvero la l'istituzione europea non dovesse giustificare entro il predetto termine le ragioni di proporzionalità della scelta effettuata, la sentenza vieta alla Bundesbank di approvare in seno al Consiglio Direttivo della Bce, o di dare esecuzione, a ulteriori decisioni relative all'applicazione del programma di acquisto.

Le sollecitazioni derivanti dalla lettura della sentenza della Corte Costituzionale tedesca sono diverse.

Pur essendo presumibile che la Bce asseconderà la richiesta di giustificazione avanzata dal giudice tedesco entro il periodo transitorio e che la Bundesbank continuerà ad implementare il *Quantitative Easing*, nell'ambito del quale, su oltre due mila miliardi di euro di titoli pubblici detenuti dalla Bce, un quarto sono tedeschi[96], ciò non fa venir meno i rischi di impatto di una simile sentenza sulla tenuta del sistema giuridico istituzionali dell'Ue, nonché sulla tenuta del sistema economico finanziario dell'Eurozona.

In primo luogo, la decisione della Corte tedesca contesta gli approdi della sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia nel caso C-493/17 già citato, in violazione dell'art. 267 Tfue secondo cui il giudice che ha disposto il rinvio è tenuto ad applicare la norma europea come interpretata dalla Cgue (avente peraltro una competenza esclusiva a sindacare la validità degli atti delle istituzioni europee, tra cui rientra la Bce).

[96] I titoli pubblici tedeschi acquistati dalla Bce sotto il PSPP ammontano a 533,875 milioni di euro (acquisti netti cumulativi ad Aprile 2020)

In secondo luogo la decisione del giudice tedesco rischia di pregiudicare l'unitarietà dell'ordinamento europeo ed il principio del primato del diritto dell'Unione europea[97]. La Corte Costituzionale tedesca discostandosi dall'interpretazione propugnata dal giudice sovranazionale, ha ritenuto di svolgere, sebbene dietro la veste formale del controllo sulle istituzioni tedesche e sui limiti del conferimento di competenze all'Unione europea, un sindacato sulla proporzionalità degli atti adottati dalla Bce; da ciò si desume una sorta di rivendicazione della propria libertà ed autonomia di decisione in una materia di competenza esclusiva dell'Ue (quella di politica monetaria), che finisce con il mettere in discussione due cardini dell'ordinamento sovranazionale: ossia il primato del suo diritto e la giurisdizione della Cgue.

La sentenza rischia inoltre di pregiudicare la legittimazione e l'indipendenza della Bce nonché la credibilità dei programmi di acquisito dalla stessa implementati. Occorre precisare che la Corte di Karlsruhe non ha alcuna competenza giurisdizionale sulla Bce, tanto è vero che la pronuncia si rivolge al Parlamento Federale, alla Bundesbank e ad altri tribunali nazionali. Tuttavia, per un verso, essa produce l'effetto di impedire alle istituzioni tedesche di collaborare nei programmi di acquisito della Bce, salvo dietro presentazione da parte della Bce di dettagli tecnici sulla cd. proporzionalità degli interventi, così alterando la dimensione unitaria dei rilevanti interventi di politica monetaria; per altro verso, rischia di minare la credibilità del sistema, inducendo reazioni di sfiducia da parte dei mercati finanziari sui cui sono collocati i titoli di debito pubblico[98].

Sia consentito osservare che per l'Unione europea gli interventi straordinari della Bce hanno costituito il pilastro attorno al quale si sono potute costruire le risposte nazionali e sovranazionali alla crisi economico finanziaria, la cui implementazione è ancora in fase di definitiva realizzazione.

La Corte tedesca, interpretando restrittivamente l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi, affidato dai trattati alla Bce, rischia di comportare una involuzione del sistema che sembra invece progredire verso una maggiore integrazione tra gli Stati ai fini della condivisione dei rischi in un'ottica solidaristica[99].

[97] Non è un caso che la reazione della Commissione europea alla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sia stata quella di ribadire il principio del primato del diritto UE e delle sentenze della Cgue, la cui violazione potrebbe comportare l'apertura di una procedura d'infrazione.

[98] Le possibili implicazioni della sentenza per la politica monetaria non convenzionale della Bce sono state immediatamente rilevate dagli operatori economici, come dimostrato dall'ampliamento dello spread BTP-bund registrato nelle ore successive alla pronuncia stessa.

[99] Si veda il programma della Commissione europea Completing Europe's Economic and

4. *L'implementazione delle regole sulla prevenzione e sul controllo dell'indebitamento pubblico e dei bilanci degli Stati*

La crisi finanziaria ha costituito anche un "*potente acceleratore del processo*"[100] per l'implementazione delle norme sulle politiche di bilancio ed economiche degli Stati membri dell'Ue; essa ha difatti sollecitato l'adozione di riforme strutturali riguardanti la disciplina di bilancio (e con questa la definizione della spesa pubblica)[101], dando impulso alla riforma dell'organizzazione di vertice dell'ordinamento finanziario[102]. A ben vedere, l'esigenza del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri quale corollario del principio di stabilità finanziaria, era presente nel sistema Ue sin dal Trattato di Maastricht del 1992; con la sottoscrizione di tale Trattato gli Stati si sono impegnati a realizzare una finanza pubblica sana, declinata secondo i seguenti parametri: -il 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; -il 60% per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Gli obiettivi ai quali gli Stati si sono vincolati avrebbero dovuto prevenire il rischio che la sostenibilità della finanza pubblica europea potesse essere compromessa dal comportamento poco virtuoso di alcuni di essi[103].

Il complesso di regole e vincoli brevemente descritto si è dimostrato nei fatti scarsamente efficace quando si è trattato di applicare la procedura sui disavanzi eccessivi nei confronti della Germania e della Francia, che avevano sforato il menzionato parametro del 3%. La determinazione del Consiglio di non adottare sanzioni nei confronti degli Stati predetti è stata suffragata dalla Cgue che nella sentenza 13 luglio 2004[104] ha riconosciuto un potere

Monetary Union, *cit.*

[100] G. Luchena, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica,* in Studi di diritto pubblico, Bari, 2017, p. 83.

[101] F. Capriglione, *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Utet, Torino, 2013, p. 61.

[102] M. Pellegrini, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in *Id* (a cura di), Corso di diritto pubblico dell'economia, Cedam, 2016, pp. 463-464.

[103] Sulle ragioni dei parametri fissati sin dal Trattato di Maastricht, v. tra gli altri, T. Piketti, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014 e M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Mulino, 2017, p. 454.

[104] Cgue, sentenza 13.7.2004, causa C – 27/04, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, in Dir.com. e degli scambi int., 4, 2005, 57, con nota di E. Presutti, *Patto di stabilità: la Commissione ha il diritto di iniziativa nella tutela delle finanze pubbliche. Il Consiglio non può modificare le raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 104 CE. Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004 in causa n. C-27/04 Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, ha riconosciuto un potere discrezionale in capo all'istituzione europea in merito al

discrezionale in capo all'istituzione europea in merito al procedimento sanzionatorio anche quando sia accertata la violazione dei parametri sopra menzionati.

Anche alla luce della concreta non effettività delle regole già contenute nel quadro normativo sovranazionale, la riforma indotta dall'emergenza finanziaria si è sostanziata nell'irrigidimento di quelle regole.

In realtà, non diversamente da quanto accaduto per gli interventi di assistenza finanziaria, anche le misure adottate con riferimento al rafforzamento dei poteri dell'Unione in materia di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri sono solo parzialmente collocabili all'interno del diritto dell'Unione. Ciò si evince dalla loro analisi: ed infatti, gli interventi realizzati al fine di rafforzare il controllo sul debito e sui bilanci degli Stati si articolano nei seguenti plessi normativi:

(a) il *Six pack*[105] (con il quale viene modificato il Patto di stabilità e crescita, attraverso l'introduzione di ulteriori vincoli, nonché di criteri quantitativi di riduzione del debito pubblico, accompagnati dalla previsione di strumenti per la prevenzione di squilibri economici eccessivi) e il *Two pack*[106] (che ha introdotto un calendario e regole di bilancio comuni per gli Stati membri dell'eurozona) sono interventi formalmente collocabili all'interno della cornice istituzionale e normativa dell'Ue. Si tratta di misure volte ad implementare la disciplina già contenuta nel Patto di stabilità e crescita, la cui scarsa effettività - dovuta anche all'insufficienza dell'apparato di controllo e sanzionatorio - è stata annoverata tra le cause che hanno determinato la propagazione della crisi dal sistema di finanza privata a quello di finanza pubblica. Il rafforzamento di dette regole è

procedimento sanzionatorio anche quando sia accertata la violazione dei parametri del Psc; si v. anche, P. Diman, M. Salerno, *Sentenza Ecofin: gli equilibri della Corte tra tensioni politiche, costituzione economica europea e soluzioni procedurali,* in Dir. Pubbl. Comp. Eur., 1, 2005; G. Rivosecchi, *Il Patto di stabilità al vaglio della Corte di giustizia, tra riaffermazione della legalità comunitaria e mancata giustiziabilità sostanziale degli equilibri finanziari dell'Unione*, in cronache Rivista AIC, 2004; O. Porchia, *Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nella governance economica europea,* in Dir. Un. Eur., 3, 2013, p. 593 ss.

[105] Il *Six pack* è composto da quattro regolamenti, emanati il 16 novembre 2011, da un regolamento emanato l'8 novembre 2011 e da una direttiva dell'8 novembre 2011, ossia: reg. 1173/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; reg. 1174/2011/UE Ue del Parlamento europeo e del Consiglio; reg. 1175/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; reg.1176/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; reg. 1177/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 novembre 2011; dir. 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011.

[106] Il *Two pack* è costituito dal reg. del 21 maggio 2013, 472/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e dal reg. del 21 maggio 2013, 473/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

avvenuto attraverso una più puntuale procedimentalizzazione delle modalità applicative delle regole sui vincoli di bilancio, sia con riguardo alla fase preventiva (di controllo ex ante), sia con riguardo alla fase successiva (cioè quella tesa a sanzionare lo Stato in caso di superamento dei parametri di convergenza); la disciplina in commento sconta, però, i limiti del metodo intergovernativo e, in particolare (i) la dimensione essenzialmente politica del controllo (considerato il ruolo preponderante del Consiglio); (ii) la natura eccezionale delle sanzioni previste (la cui applicazione può essere bloccata con il veto a maggioranza del Consiglio); (iii) la limitatezza del controllo affidato alla Cgue; (iv) l'estraneità del Parlamento europeo rispetto ai relativi procedimenti (preventivi e sanzionatori).

(b) Il patto Euro Plus[107] è invece un accordo di diritto internazionale con cui è stato introdotto un metodo di controllo preventivo sulla sostenibilità dei debiti pubblici. Con esso, gli Stati membri hanno anche assunto l'impegno di recepire nelle Costituzioni o nella legislazione nazionale le regole del patto di stabilità e crescita.

(c) Ha natura di accordo internazionale anche il c.d. Patto di bilancio contenuto all'interno del trattato "*On stability, coordination and governance in the economic and monetary union*", sottoscritto il 2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'Ue; esso contiene, al pari del Patto Europlus, l'obbligo di introduzione del pareggio di bilancio all'interno degli ordinamenti nazionali; sempre secondo il patto di bilancio, solo la regola che impone un dovere di introduzione del pareggio di bilancio all'interno del proprio ordinamento è vincolante e giustiziabile[108], mentre non sono previsti meccanismi di tutela giurisdizionale attivabili innanzi alla Cgue nel caso di violazione del contenuto concreto di quelle previsioni.

(d) Infine, con il "Semestre europeo"[109], si è individuata una procedura che "*modifica le fasi di bilancio all'interno degli Stati membri con un intervento ex ante che precede e accompagna il processo della loro formazione*"[110]. Esso delinea "*una griglia temporale*"[111] in ordine agli adempimenti riguardanti

[107] Si tratta di un accordo di diritto internazionale concluso a Bruxelles il 25 marzo 2011 per coordinare le politiche degli Stati aderenti e finalizzato ad assicurare maggiore competitività, accrescere l'occupazione, rendere sostenibili le finanze pubbliche.
[108] M. P. Chiti, *op. ult. cit.*, p. 8.
[109] In Italia, v. l'art. 9, comma 1 della legge 196/2009 come modificato dall'art. 1, comma 2, della L. 39/2011.
[110] G. De Caro, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in M. Pellegrini (a cura di), Corso di diritto pubblico dell'economia, Cedam,2016, p. 75.
[111] N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina del bilancio e il sistema delle fonti*, in V. Lippolis, N. Lupo, G. M. Salerno e G. Scaccia (a cura di), in Il Filangieri. Quaderno 2011, Napoli, Jovene, 2012, p. 125.

i programmi nazionali di riforma e stabilità, costituendo, per le sue caratteristiche, il "*primo atto di coordinamento forte volto ad intensificare la convergenza finanziaria fra gli Stati membri e a creare vincoli sempre più stretti fra questi e gli organi dell'Ue, in un processo di centralizzazione del potere di intervento di tali organi deputati, per l'appunto, a svolgere l'attività di controllo preventivo sulle manovre di finanza pubblica*"[112]. Il Semestre europeo è programmato sulla base di un calendario comune che "*intreccia secondo scadenze prefissate e con parametri definiti, le attività delle istituzioni europee e di quelle nazionali*"[113]: in particolare, nel primo periodo di ogni anno, ha luogo una procedura tra Commissione e Governo che inizia con delle raccomandazioni della Commissione, cui seguono la presentazione del programma nazionale di stabilità e convergenza (comprensivo della politica di bilancio e delle riforme e degli interventi strutturali) e la verifica successiva da parte della Commissione.

4.1. *Sulla nozione sovranazionale di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito*

Attraverso gli interventi normativi appena descritti sono state introdotte regole quantitative, tendenzialmente di automatica applicazione, aventi una matrice tecnica ed economica, la cui aspirazione appare quella di sostituire le scelte di politica economica e finanziaria tradizionalmente appannaggio della discrezionalità statale[114].

In questo senso, l'art. 2-*bis* del regolamento CE n. 1466/97, come novellato dall'art. 5 del regolamento 1175 del 2011 stabilisce che "*ciascuno Stato membro ha uno specifico obiettivo a medio termine calcolato sulla base di una propria posizione di bilancio*"; l'obiettivo medio termine, specifico per ogni singolo ordinamento, può "*divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo offrendo al tempo stesso un margine di sicurezza rispetto*

[112] G. Luchena, *op.cit.*, p. 92.
[113] G. De Caro, *op. cit.,* p. 75.
[114] A. Cantaro, *Ascesa e declino dell'eccezionalismo*, in *Id* (a cura di), *Quo vadis Euroa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo*, in Cultura giuridica e diritto vivente, Special issue, 2015, p. 40. Osserva A. Carosi, *Il sindacato sugli atti di natura finanziaria tra Corte Costituzionale e magistrature superiori,* in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 80 ss. che le regole europee appaiono indirizzate verso un mero pareggio finanziario. Sempre per una visione critica, si v. tra gli altri, M. Degni – P. De Ioanna, *Il vincolo stupido – Europa e Italia nella crisi dell'euro*, Roma, 2015; J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt, 2011, trad. it. di C. Mainoldi*, Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012.

al rapporto tra disavanzo pubblico e PIL del 3%". Per gli Stati dell'Uem si stabilisce che "*gli obiettivi di bilancio a medio termine per Paese sono indicati in un intervallo compreso tra il – 1% del PIL e il pareggio o l'attivo in termini corretti per il ciclo, al netto delle misure temporanee e una tantum*".

A sua volta, l'art. 3, comma, 1 lettera b) del *Fiscal compact* prevede che la regola dell'equilibrio di bilancio della pubblica amministrazione "*si considera rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato*" e che "*i progressi verso l'obiettivo di medio termine e il rispetto di tale obiettivo sono valutati globalmente, facendo riferimento al saldo strutturale e analizzando la spesa al netto delle misure discrezionali in materia di entrate, in linea con il patto di stabilità e crescita rivisto*".

L'impianto normativo europeo, stratificato in molteplici fonti normative, contempla dei "margini di flessibilità"[115] laddove ammette delle deviazioni temporanee dall'obiettivo a medio termine (Omt) o dal percorso di avvicinamento al medesimo.

L'attivazione delle clausole in commento è consentita per l'adozione di riforme organizzative e per gli investimenti pubblici, mentre il Patto di stabilità e crescita prevede la facoltà di deroga temporanea dal percorso di avvicinamento all'Omt in caso di "eventi eccezionali". Segnatamente, l'articolo 5, par. 1, del Reg. (CE) n. 1466/97 dispone che: "*Qualora si produca un evento inconsueto al di fuori del controllo dello Stato membro interessato che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale di detto Stato o in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione, gli Stati membri possono essere autorizzati ad allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento all'obiettivo di bilancio a medio termine […], a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa.*" A sua volta, l'art. 6, par. 3, del medesimo Regolamento, dispone che: "… *la deviazione può non essere considerata significativa qualora sia determinata da un evento inconsueto che non sia soggetto al controllo dello Stato membro interessato e che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale dello Stato membro o in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa.*"

Il ricorso a detta clausola non determina una sospensione *sine die* dal

[115] Su cui cfr. la Comunicazione della Commissione europea, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e crescita*, del 13 gennaio 2015, reperibile su http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-12-IT-F1-1.PDF.

rispetto dei vincoli e parametri cui è ancorata la garanzia di finanze pubbliche sane e sostenibili, bensì solo la ridefinizione del percorso di avvicinamento per il singolo Stato, al fine di tener conto delle circostanze eccezionali[116].

4.2. *Il sistema europeo dei conti nazionali e regionali*

Tra gli interventi adottati dall'Ue nel contesto della crisi economica e finanziaria, si possono annoverare anche le modifiche al sistema europeo dei conti nazionali e regionali[117], introdotte con il Regolamento 549/2013/UE[118], pubblicato il 26 giugno 2013[119] e operativo dal 1 settembre 2014[120]. Esso nasce nel 1970 ad opera dell'Istituto statistico della Comunità europea (Eurostat)[121] - quale strumento di ausilio qualora esistano dubbi circa il corretto trattamento di un'operazione delle amministrazioni pubbliche o in casi complessi o di interesse generale - ed è stato dapprima modificato

[116] Commissione europea*, Vademecum on the Stability Pact,* in Institutional Papers 075, marzo 2018, par. 1.3.2.5.

[117] Nel 1970, l'Istituto statistico delle Comunità europee pubblicava un documento amministrativo intitolato *"Sistema europeo di conti economici integrati (SEC)"* che rappresentava la versione europea del Sistema dei conti nazionali delle Nazioni Unite. L'importanza di un sistema di conti nazionali precisi e standardizzati, si è manifesta, però, a seguito delle vicende economico finanziari che hanno interessato gli Stati membri dell'Ue, cfr. in termini, Conclusioni dell'Avv. Gen. Gerard Hogan, *FIC c. Ista – FISE c. Istat,* 28 febbraio 2019, cause riunite C-612/17 e C-613/17, par. 1, su e-curia.

[118] L'articolo 338, paragrafo 1, Tfue, dispone che : *"Fatto salvo l'articolo 5 del protocollo dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano misure per l'elaborazione di statistiche laddove necessario per lo svolgimento delle attività dell'Unione"*.

[119] La revisione del SEC 95 è stata sollecitata dalla necessità che il Sistema europeo dei conti venisse *adattata alle strutture delle economie degli Stati membri, in maniera tale da assicurare la comparabilità dei dati dell'Unione con quelli elaborati dai suoi principali partner internazionali*, cfr. considerando n. 8 del regolamento istitutivo del Sec 2010.

[120] Il Sec 2010 *definisce i principi e i metodi di contabilità nazionale a livello europeo e fissa il modo in cui si misurano le grandezze che descrivono il funzionamento di una economia. Rispetto alla precedente versione del 1995 (in vigore dal 1999) il Sec 2010 presenta alcune importanti differenze relative sia all'ambito di applicazione sia ai concetti*, cfr. dal sito www.istat.it/it/archivio/110424: *Cambia il sistema dei conti nazionali*.

[121] Eurostat, in esercizio di quanto specificato nel Regolamento CE n. 3605/93, modificato dal regolamento n. 2103/2005 CE del 12 dicembre 2005, esercita, per conto della Commissione, il ruolo di autorità statistica. In particolare, il citato regolamento CE n. 3605/93, come modificato, pone in capo ad essa il compito di adottare le decisioni sul trattamento contabile di un'operazione, conformemente al regolamento (CE) n. 2223/96 del Consiglio (relativo al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità).

con il regolamento del Consiglio Ce n. 2223 del 25.6.1996 introduttivo del "*Sistema europeo dei conti nazionali e regionali della Comunità UE*", e da ultimo sostituito dal sistema Sec 2010 di cui al citato regolamento del 2013.

Il Sec è definito all'art. 1, par. 1 del Regolamento n. 549/2013 come un sistema contabile comparabile a livello internazionale, che descrive in maniera sistematica e dettagliata il complesso di una economia[122]. La sua funzione è essenzialmente quella di rendere comparabili e confrontabili le situazioni economiche degli Stati membri: una simile comparabilità presuppone che i documenti contabili degli Stati membri vengano elaborati sulla base di principi unici e non diversamente interpretabili.

Pur essendo un sistema funzionale ad uno scopo prettamente statistico, il Sec assolve anche ad una ulteriore funzione che è quella di consentire l'esercizio delle funzioni di monitoraggio sulle economie degli Stati membri, ossia la verifica degli impegni assunti in tema di disavanzo e debito pubblico ai sensi del "*protocollo sulle procedure per i disavanzi pubblici eccessivi e Patto di Stabilità e crescita*"[123]. Ciò sulla base del seguente assunto, ossia che intanto è possibile l'*enforcement* delle regole in materia di vincoli alle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri, in quanto i soggetti deputati ad effettuare tale controllo e ad adottare le misure coercitive in caso di violazione dei relativi parametri dispongano di dati contabili degli Stati membri elaborati sulla base di criteri e regole omogenee.

---

[122] Il sistema europeo dei conti riprende le definizioni contenute nello SNA 2008 (sistema dei conti nazionali), realizzato dalle Nazioni Unite, Commissione europea, OCSE, Fondo Monetario Internazionale e Banca Mondiale) e nel BPM 6 (Balance of payments and International Investment position Manual del Fmi del 2009).

[123] Cfr. sul punto Corte dei Conti, Sez. Riun., 9.3.2017, n.12, in Federalismi.it, 2017, 6, secondo cui seppur la finalità cui tende il Sistema europeo dei conti è quello di consentire alla Commissione europea e all'Eurostat di disporre di un sistema statistico europeo secondo principi statistici e norme prestabilite, *"la finalità sottesa all'individuazione europea di pubblica amministrazione"* è *"rappresentata dalla necessità di predisporre annualmente il conto economico consolidato nell'ambito della procedura sui deficit eccessivi regolata dal Trattato di Maastricht come previsto dal Regolamento Ce n.549 del 21 maggio 2013"*. In dottrina, si v. M. Di Palma, C. Lupi, G. Parigi, G. Pellegrini, *Attuazione del Sec. 95: stato delle iniziative, programmi, prevedibili sviluppi e suggerimenti*, Roma, 2002, p. 6; più di recente, V. Torano, *op. cit.*, p. 645 secondo cui lo scopo del Sec 2010 è descrivere in modo completo le economie nazionali "*anche ai fini dell'applicabilità del Protocollo sulle procedure per i disavanzi eccessivi e dal Patto di stabilità e crescita*". In giurisprudenza, cfr. Tar Lazio, Roma, 14.2.2007, n.4826, in Foro amm. TAR 2007, 5, 1718, secondo cui in tema di deficit eccessivo gli artt. 126 Tue e 2 prot. n.12 prendono in esame i risultati non solo dello Stato ma dell'intero settore pubblico *"vale a dire dell'amministrazione statale, regionale o locale e i fondi di previdenza sociale, ad esclusione delle operazioni commerciali quali definiti nel Sistema europeo dei conti economici integrati"*.

I criteri definitori contenuti nel Sec 2010 hanno finito con l'influenzare, almeno nel nostro ordinamento (cioè per scelta del legislatore nazionale, come si vedrà nel prosieguo), le qualificazioni giuridiche sostanziali sotto una duplice prospettiva: quella della dimensione "soggettiva" del debito pubblico, derivante dall'aver conformato la definizione delle pubbliche amministrazioni astrette dai vincoli di bilancio tramite il riferimento ai concetti economico-statistici di cui al Sec 2010, neutrali alla qualificazione formale pubblica o privata degli enti; e quella della dimensione "oggettiva" del debito pubblico, derivante invece dalla scelta di condizionare anche le qualificazioni sostanziali di operazioni giuridiche realizzate dalle pubbliche amministrazioni in termini di indebitamento o meno, sulla base di quelle stesse nozioni economico statistiche, con riflessi finanche sulla validità dei negozi in cui simili operazioni si concretizzano[124].

5. *Note critiche sulla natura delle risposte alla crisi approntate in sede europea*

Le risposte istituzionali approntate a livello Ue si snodano attorno al rafforzamento delle politiche economiche, all'implementazione delle regole (preventive, sanzionatorie e di sorveglianza) in materia di bilancio degli Stati e alla creazione di un sistema accentrato di regolazione e vigilanza del sistema creditizio e finanziario.

Nell'alveo delle misure analizzate è possibile operare una classificazione distinguendo tra misure emergenziali e strutturali e, con riferimento a queste ultime, tra misure di prevenzione dei rischi connessi alle crisi e misure di gestione ex post. Appartengo alla prima categoria gli interventi di salvataggio degli Stati posti in essere all'indomani dell'emersione del rischio dell'insolvenza dello Stato greco. Essi si sono sostanziati, dapprima, in misure realizzate al di fuori della cornice istituzionale europea, ovvero in patti bilaterali aventi ad oggetto prestiti bancari da parte degli Stati dell'Eurozona, e poi nell'istituzione dello *European Financial Stability Mechanism* e, successivamente, dello *European Financial Stability Facility*.

Tra le misure emergenziali rientrano anche gli interventi adottati dalla Bce quali il *Security Market Programme*, cui è subentrato il meccanismo di *Out monetary transaction*.

Appartengono invece alla seconda categoria, ossia alle misure di

[124] Le problematiche relative all'ampliamento della "dimensione soggettiva ed oggettiva" del debito pubblico, è affrontato, rispettivamente al Cap 3 Sez. I e II e Cap.4 ai quali si rinvia.

carattere strutturale in funzione di gestione ex post della crisi, la creazione del Mes, istituzione permanente avente come fonte un accordo di diritto internazionale (e quindi al di fuori della cornice istituzionale europea) in funzione della garanzia della stabilità finanziaria dell'area euro.

Sono invece misure strutturali ma in funzione di garanzia ex ante della stabilità finanziaria, il rafforzamento della disciplina e dei controlli sui bilanci degli Stati realizzato attraverso regole poste nell'ambito del diritto dell'Ue (sub specie di regolamenti e direttive), ossia il Six Pack e il Two Pack, nonché attraverso strumenti posti al di fuori della cornice europea, ossia il Fiscal Compact; il Patto Europlus e il Semestre Europeo, in funzione di rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri; la creazione di un sistema integrato di regolazione e vigilanza del settore creditizio e finanziario.

Gli interventi approntati in risposta alla crisi finanziaria e dei debiti sovrani si connotato per una tendenza all'accentramento, intesa come spostamento di funzioni, poteri e competenze a livello europeo: da un lato, la crisi del sistema di finanza privata ha mostrato la debolezza del modello di regolazione e sorveglianza fondato sul decentramento e sulla prevalenza dei poteri delle autorità amministrative nazionali, inducendo l'istituzione del sistema europeo di vigilanza finanziaria e l'ascrizione di maggiori competenze nell'ambito del predetto sistema alle tre Agenzie europee, sia con riferimento ai poteri di regolazione che con riferimento ai poteri di vigilanza; dall'altro lato, la crisi dei debiti sovrani ha indotto la creazione di un sistema accentrato di salvataggio degli Stati e di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie. Contestualmente si è proceduto ad una revisione e ad una implementazione delle regole in materia di vincoli di bilancio e coordinamento delle politiche economiche, secondo due linee direttrici: da una parte, il rafforzamento delle misure preventive di controllo delle politiche economiche e di bilancio degli Stati Membri (attraverso il Two Pack e il Semestre Europeo); dall'altra parte, la previsione di misure correttive e sanzionatorie (si pensi al rafforzamento del potere di sorveglianza della Commissione contemplato nel Six Pack).

Nella stessa duplice direzione si muove anche il Fiscal Compact il quale ha imposto agli Stati firmatari l'introduzione all'interno del proprio tessuto normativo della regola del pareggio di bilancio e ha correlativamente previsto in funzione correttiva un meccanismo automatico che impone la correzione dei disavanzi, attribuendo sempre alla Commissione il compito di definire tempi, modi ed entità delle misure correttive.

La crisi in Europa ha posto in evidenza la carenza di effettivi centri di

potere politico economico sovranazionali[125], o più in generale, l'asimmetria

[125] A fronte di simili incertezze sul piano giuridico istituzionale, l'alternativa appare quella tra una maggiore centralizzazione della politica economica e fiscale degli Stati membri, con conseguente cessione della sovranità in materia economica e di bilancio, accompagnata dalla creazione di meccanismi sovranazionali di solidarietà tra gli Stati; oppure quella del decentramento, che postula che la politica economica e fiscale sia lasciata al controllo degli Stati membri, ma all'interno di un sistema ancora più regolativo ed in assenza di meccanismi di reciproca solidarietà tra di essi. Ciò è stato messo in evidenza in un articolo (dal titolo *Europe at the Crossroads*) firmato congiuntamente dai governatori della *Banque de France* e della *Bundesbank,* pubblicato contemporaneamente su *Le Monde* e *Süddeutschen Zeitung* l'8 febbraio 2016: "*More integration appears to be the most straightforward solution to restore confidence in the euro area, as it would foster common strategies for public finances and reforms, and thus growth. To that end, euro-area member states would clearly have to allow a comprehensive sharing of sovereignty and powers at the European level, which, in turn, would require greater democratic accountability. [..] It is up to politicians to design the new framework, but they could build on, for example, the following factors: an efficient and less fragmented European administration, to build a common Treasury for the euro area in conjunction with an independent fiscal council; and a stronger political body for policy decisions, under parliamentary control. [..] However, if governments and parliaments in the euro area were to shy away from the political dimension of a fully-fledged union, this would leave just one viable option — a decentralized approach based on individual responsibility and even stronger rules. Under this scheme, the fiscal rules, which have already been reinforced through the fiscal compact and the European semester in particular, would have to be strengthened. In such a regime of increased individual responsibility, we would also have to make sure that risk, including that of sovereign exposures, is properly taken into account by all stakeholders — not least to reduce the vulnerability of banks should sovereigns run into financial troubles. [..] Taking this direction would retain national sovereignty within the euro area — with a correspondingly lower level of solidarity*". Il quadro delineato appare disomogeneo e questo spiega perché si è aperto un dibattito sul futuro di questa governance, dapprima con la relazione dei 4 presidenti, e oggi con quella dei cinque presidenti "Towards a Genuine Economic and Monetary Union", Rapporto curato dal presidente del Consiglio europeo, in collaborazione con il presidente della Commissione, il presidente dell'Euro Gruppo e il presidente della Bce (dicembre 2012); Completing Europe's Economica and Monetary Union, Rapporto curato dal presidente della Commissione, in collaborazione con il presidente del Consiglio europeo, il presidente dell'Euro Gruppo, il presidente della Bce e il presidente del Parlamento europeo (giugno 2015). In quella sede è stata presentata una tabella di marcia ambiziosa che manifesta l'esigenza di progredire su quattro fronti:
1. un'Unione economica autentica
2. un'Unione finanziaria che garantisca integrità limitando i rischi per la stabilità finanziaria
3. un'Unione di bilancio che garantisca sia la sostenibilità che la stabilizzazione del bilancio
4. un'Unione politica che ponga le basi di tutto ciò che precede attraverso un autentico controllo democratico. In un Documento successivo a quello dei cinque presidenti, la Commissione si è incaricata di tradurre in termini operativi il concetto di nuova *governance* economica, Plan for Strengthening Europe's Economic and Monetary Union, Commissione europea, 22 giugno 2015. Per la Commissione, il presidente dell'Euro Gruppo dovrebbe diventare il ministro finanziario dell'Eurozona, con il compito di rappresentare quest'ultima

tra il carattere locale del diritto e dei poteri statali non più capaci di governare fenomeni economici e finanziari che ne trascendono le dimensioni[126]. Sotto tale profilo, l'analisi della giurisprudenza condotta nel precedente paragrafo dimostra l'incidenza delle anzidette misure sul piano ordinamentale dell'Ue e sull'assetto costituzionale degli Stati membri: la creazione di una nuova *governance economica e finanziaria* europea incide sulla fisionomia della sovranità degli Stati[127], erodendo spazi del potere politico economico proprio dei singoli ordinamenti, sia attraverso la devoluzione di poteri e competenze a nuovi soggetti sia mediante l'estensione di competenze in capo a soggetti già esistenti a livello europeo.

Tutto ciò è avvenuto tramite un complesso di misure che si sono articolate in modifiche delle fonti di diritto primario, nell'adozione di atti di diritto derivato, nella conclusione di accordi internazionali estranei formalmente alla cornice istituzionale e giuridica dell'Unione europea.

negli organismi finanziari internazionali, a cominciare dal Fondo monetario internazionale (Fmi). Il ministro delle finanze dell'Eurozona dovrebbe avere un'autorità preminente sui bilanci nazionali, utilizzando un budget specifico dell'Eurozona per sostenere le politiche nazionali di aggiustamento. Ciò che emerge da questi diversi documenti è una prospettiva di *governance* economica centralizzata attraverso l'istituzionalizzazione di un ministro delle finanze dell'Eurozona, sostenuto da un Consiglio fiscale europeo indipendente (dalla Commissione oltre che dal Parlamento europeo), responsabile di un bilancio dell'Eurozona e tenuto ad un rapporto informativo con un organismo parlamentare e dunque la creazione di un vero governo fiscale sovranazionale. Tutto ciò postula il superamento di taluni individualismi degli Stati membri il quale costituisce un ostacolo alla formazione del legame relazionale necessario per attuare un'unione politica quale quella che si va delineando (cfr. F. Capriglione, *Regolazione europea post crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanzia*, in Riv. Trim.di Dir. e Proc. Civ., 2016, 2, p. 537), ovvero, un avanzamento delle strutture federali attraverso la creazione di un governo dell'economia da affiancare al governo della moneta, la europeizzazione dei debiti nazionali, l'emissione di titoli di debito pubblico europei (c.d. Eurobonds), da realizzarsi per il tramite di penetranti riforme istituzionali le soluzioni messe in campo, pur mosse dall'obiettivo della realizzazione di una maggiore integrazione della disciplina afferente la finanzia pubblica (la cui realizzazione postula la condivisione di ulteriori spazi di sovranità), mostrano una certa reticenza degli Stati in ordine alla centralizzazione al livello europeo della politica economica e fiscale (sul punto, cfr. G.L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in Riv. Dir. Int., 2012, 3, p. 681).

[126] G. Peroni, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'unione economica e monetaria*, Milano, 2012, p. 3.

[127] Nell'ambito della sovranità statale rientra anche la politica economica, come forma di esercizio del potere pubblico, in questo senso dispone l'art. 2 della carta dei diritti e doveri economici degli Stati, adottata con risoluzione n.3281 (XXIX) 26 dell'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1974 e la decisione della Corte Permanente di Giustizia Internazionale relativa al caso "Prestiti serbi", ove si affermò che *"it is indeed a generally accepted principle that a State is entitled to regulate its currency"*, C.P.J.I., 12 luglio 1929, in Publications, Serie A, n.20, p.45 e n.21, p. 122.

Dal quadro delle misure di risposta alla crisi dei debiti sovrani emerge immediatamente la complessità indotta dalla progressiva stratificazione normativa, sia per quanto attiene alla formale collocazione delle fonti (alcune di diritto europeo altre di diritto internazionale), sia per quanto attiene all'ambito soggettivo di applicazione delle relative disposizioni (diverso a seconda che si tratti di misure assunte nell'ambito dell'UE piuttosto che con trattati internazionali), sia per quanto attiene al coordinamento tra le diverse fonti e tra le istituzioni ivi contemplate, chiamate allo svolgimento di compiti nell'ambito delle procedure ivi previste[128]. Il perdurante utilizzo nella regolazione della materia che ci occupa di fonti esterne al quadro normativo dell'Ue (i.e. trattati internazionali), così come la presenza di atti di rafforzamento della competenza di coordinamento dell'Ue, appaiono il portato dei limiti all'estensione dei poteri dell'Ue in ambiti che costituiscono "*l'essenza della sovranità nazionale*"[129]. Ed infatti, in assenza di una modifica dei Trattati istitutivi Ue in senso estensivo delle sue competenze in materia economica e finanziaria, la formale allocazione della politica economica e di bilancio a favore degli Stati ha impedito (ad ordinamento sovranazionale vigente) una diversa soluzione.

5.1. *La responsabilità politica e le tecniche di tutela giurisdizionale alla luce dei vincoli di bilancio*

Dall'analisi condotta emerge che decisioni tradizionalmente appannaggio della discrezionalità politica sono oggi affidate all'applicazione di un nucleo norme giuridiche[130]. Si tratta di regole ispirate a criteri economici, quantitativi ed automatici[131], la cui pretesa dovrebbe essere quella di privare

[128] G. M. Roberti, *Crisi del debito sovrano e sovranità economica*, Relazione al Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, promosso da Provincia di Lecco, Corte dei conti: Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità, Giuffrè, Milano, 2013, p. 17.

[129] *Ibidem,* p. 18. L'autore osserva che un formale trasferimento all'Ue della competenza in materia di politica economica e di bilancio determinerebbe *"una alterazione definitiva dei rapporti Stati membri – Unione, trasformando quest'ultima da entità intergovernativa sovranazionale in uno Stato di carattere sostanzialmente federale"*.

[130] Al riguardo è stato osservato che l'Unione economica e monetaria "*costituisce il punto più alto di realizzazione dei principi ordoliberali (…) fondati sul primato del diritto*" con il compito precipuo di *"arginare le eventuali derive keynesiane da parte di alcuni Stati"*, in termini G. Luchena, *op. cit*., p. 86 che richiama, F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015.

[131] L. Ferrajoli, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015, p. 24-26, individua - quali aspetti della crisi odierna dello Stato di diritto - sia la fine del

di discrezionalità i soggetti chiamati a sviluppare e implementare quel quadro normativo attraverso l'adozione di scelte[132]. Si tratta di regole fondate su una matrice economica e, quindi, su un presupposto giustificativo proprio che presentano formalmente i caratteri della neutralità[133]; correlativamente, esse non implicano ed anzi escludono le ponderazioni in punto di finalità e interessi pubblici da selezionare e perseguire propri della discrezionalità politica, pur essendo destinate ad incidere su aspetti centrali dell'autonomia dell'ordinamento (il bilancio non può essere ridotto a mero atto funzionale alla rappresentazione contabile di grandezze economiche, oggetto di regole tecniche ed economiche dotate di una pretesa neutralità, in quanto strumento di realizzazione di politiche pubbliche, espressione quindi di scelte di indirizzo politico che postulano la riconduzione di quelle decisioni a responsabili centri potere, nel rispetto del circuito democratico rappresentativo[134]).

Si può osservare che l'equilibrio di bilancio *"si afferma in forza della propria presunta neutralità. Le norme tecniche non vanno legittimate in via procedurale, né sottoposte a forme di controllo che ne salvaguardino un certo tasso di inclusività politica, ma soltanto applicate, magari con taluni margini*

monopolio esclusivo della produzione normativa, di cui esempio emblematico è costituito dal processo di integrazione europea, sia la subordinazione della politica all'economia: "*non sono più gli Stati con le loro politiche che disciplinano i mercati, imponendo loro regole, limiti e vincoli, ma sono i mercati che disciplinano e governano gli Stati. Non sono più i governi e i parlamenti democraticamente eletti che regolano la vita economica in funzione di interessi pubblici e generali, ma sono i mercati che impongono agli Stati politiche antidemocratiche e antisociali*…".

[132] *Ibidem*, p. 77, osserva che "*la soggezione alla legge dipende dalla semantica del linguaggio legale: i poteri delle istituzioni di garanzia, infatti, sono sempre poteri-sapere, tanto più legittimi quanto maggiore è il sapere, grazie alla stretta legalità e perciò all'effettività dei vincoli legali imposti al loro esercizio, e tanto più illegittimi quanto maggiore è il potere, a causa dell'indeterminatezza della legge e perciò della debolezza della sua capacità regolativa*".

[133] M. Cuniberti, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in Il Governo tra tecnica e politica, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015, Ed. Sc., Napoli, 2016, p. 45 ss., in particolare p. 50, rileva che "*la revisione costituzionale del 2012, che si caratterizza per il ricorso a concetti che, dietro l'apparenza del richiamo a valutazioni tecniche, aprono ampi spazi per scelte politiche sottratte al controllo democratico*"; si v. anche G. Serges, *Norme tecniche e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole di austerità e sull'articolo 81 della Costituzione*, *ivi*, p. 273 ss.

[134] Corte Cost. 20.7.2016, n.184, in Giur. Cost., 2016, 4, 1368, ha definite il bilancio come "*bene pubblico*" funzionale "*a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente*…". Cfr. A. Carosi, *op. cit.,* p. 66, che rileva che l'indagine sulle scelte di bilancio, anche normative, si collega ad un profilo di esercizio della democrazia fondamentale. Così anche M. Luciani, *Vincoli di bilancio e prestazioni sociali*, in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, *op. cit.,* p. 53 ss., nonché L. Antonini, *Il ruolo da riscoprire in chiave umanistica della Corte dei Conti nello sviluppo costituzionale italiano*, in Bilancio Comunità Persona, 2, 2019, p. 20.

di scostamento correggibili nel medio termine"[135]. Ed è questa la conseguenza più evidente della "normativazzazione" dei concetti in esame: cioè quella di oggettivizzare le prescrizioni trasfuse nel diritto positivo dotandole, almeno nelle pretese, di una razionalità intrinseca perché legislativamente conformata.

A tale riguardato, è stato osservato che l'Unione economica e monetaria "*costituisce il punto più alto di realizzazione dei principi ordoliberali (…) fondati sul primato del diritto*" con il compito precipuo di "*arginare le eventuali derive keynesiane da parte di alcuni Stati*"[136]. Una simile concezione si traduce nella regola del pareggio di bilancio, sostenuta sul piano teorico dal modello dell'economia sociale di mercato[137], che trasposta sul piano del diritto dell'Ue contribuisce alla creazione della c.d. Costituzione economica europea che, secondo la scuola di Friburgo, deve essere conforme all'economia di libero mercato e alla concorrenza[138].

Lo Stato non è più responsabile delle scelte che produce perché le decisioni di bilancio sono assunte in sede europea; a livello europeo il governo politico e democratico dell'economia è sostituito da un complesso di regole esterne al circuito rappresentativo che devolvono ad organi privi di legittimazione politica le decisioni economico/finanziarie (il ruolo del Parlamento è del tutto ininfluente sulle decisioni economico/finanziarie). Il sistema di sorveglianza sul debito pubblico non ha tanto il crisma della tecnica in senso stretto, quanto piuttosto la forza del diritto con la quale l'ordinamento penetra in quello degli Stati "*incidendo in modo profondo sull'autonomia fiscale nazionale da parte di organismi privi di qualunque legittimazione e responsabilità*"[139].

Pur potendosi legittimamente dubitare che il complesso degli atti adottati dalla Commissione consistenti in comunicazioni e documenti variamente denominati, in cui si sostanzia l'attività della istituzione in sede di sorveglianza multilaterale, con effetti vincolanti nei confronti delle politiche di bilancio dell'Ue, siano collocabili all'interno del sistema delle fonti del diritto, di fatto questi strumenti sostituiscono la legislazione

[135] G. Chiara, *Governo multilivello dei conti pubblici ed evoluzione della manovra di bilancio. Verso un paradigma esclusivamente tecnico?,* in Rivista Aic, 2017, p. 2.
[136] G. Luchena, *op. cit.*, p. 86.
[137] F. Forte, F. Felice*, Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2° ed., 2016, *passim*.
[138] Sul ruolo della Germania cfr. A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*. *Da Kelsen allo Stato-Mercato*, Rubbattino, 2014, p. 21, secondo cui essa svolgerebbe la funzione di "capo-contabile".
[139] S. Mangiameli, *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in A. Cantaro (a cura di), Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo, *op. cit.,* p. 40.

nazionale in materi di stabilità finanziaria. Ciò che ne deriva è un sistema imperniato su un complesso di regole giuridiche ispirate a criteri economici, quantitativi ed automatici, che finiscono con il devolvere ad istituzioni sovranazionali e internazionali, nella confusione delle fonti e tradendo una garanzia derivante dal principio di legalità formale, ossia la certezza e la prevedibilità del diritto, la tradizionale funzione di politica economica senza controbilanciare (dietro lo schermo formale della giuridicità delle regole) una simile devoluzione di poteri con il rispetto del circuito democratico.

Sotto concorrente profilo, il maggior coinvolgimento della Cgue nella materia della finanza pubblica appare il portato della "giuridificazione" di concetti ed istanze che - nella tradizione degli ordinamenti nazionali - sono frutto di scelte politiche.

Da un punto di vista formale, per effetto della loro collocazione tra le norme del diritto, discendono una serie di postulati, primo fra tutti quello della giustiziabilità. Sennonché i postulati, propri della qualificazione formale di simili regole come regole giuridiche, appaiono sottoposti a tensione per effetto sia della peculiare stratificazione delle fonti in materia di finanza pubblica, sia del carattere sostanziale dei concetti giuridificati aventi natura economica o politica.

Di qui rilevanti conseguenze sul piano delle tecniche di tutela giurisdizionale: la natura essenzialmente politica delle decisioni assunte in seno al Mes - con la sua collocazione al di fuori del tessuto normativo europeo - ha determinato una sostanziale insindacabilità delle determinazioni assunte in quella sede; gli atti di soft law - adottati nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche (sub specie di raccomandazioni) e, in particolare, della procedura di sorveglianza multilaterale di cui al par. 4 dell'art. 121 del Tfue - non sono impugnabili dinanzi alla Cgue in quanto atti giuridicamente non vincolanti; la competenza della Cgue con riferimento al *Fiscal Compact* è limitata all'ipotesi di violazione dell'obbligo di recepire la regola del pareggio di bilancio nell'ambito dei propri ordinamento; gli interventi adottati dalla Bce, dietro il velo della indipendenza e della natura tecnica delle sue decisioni, rifuggono da un sindacato stretto di legittimità.

Le rilevate incertezze sul piano giuridico istituzionale europeo, hanno sollecitato una riflessione in ordine al futuro della *governance economica europea*[140].

[140] Si v. l'articolo dal titolo *Europe at the Crossroads* firmato congiuntamente dai governatori della Banque de France e della Bundesbank, pubblicato contemporaneamente su Le Monde e Süddeutschen Zeitung l'8 febbraio 2016, in cui si legge "*More integration appears to be the most straightforward solution to restore confidence in the euro area, as it would foster common strategies for public finances and reforms, and thus growth. To that end, euro-area member states would clearly have to allow a comprehensive sharing of sovereignty and powers at the European*

Il 6 dicembre 2017, la Commissione europea, muovendo dalle riscontrate criticità del sistema (e, in particolare, dal fatto che, attualmente, la materia è regolata da norme di rango primario e di rango secondario cui si sono aggiunti accordi intergovernativi, quali il Trattato cd. *Fiscal Compact* e il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità), ha presentato un pacchetto di iniziative che comprende: l'istituzione di un Fondo monetario europeo *"ancorato all'ordinamento giuridico dell'Ue"*; l'integrazione "nella sostanza" del c.d. Fiscal compact nell'ordinamento giuridico dell'unione; la previsione di nuovi strumenti di bilancio per la garanzia della stabilità nella zona euro; la figura del Ministro europeo dell'economia e delle finanze; l'emissione di titoli di debito pubblico europei (i c.d. Eurobonds).

Si tratta di una riforma ambiziosa che dovrebbe essere realizzata entro il 2025, mossa dall'obiettivo di realizzare una maggiore integrazione nel settore della politica economica e di bilancio, la cui concreta definizione postula l'abbandono del metodo intergovernativo nella gestione della materia e la condivisione tra gli Stati membri di ulteriori spazi di sovranità in favore dell'ordinamento sovranazionale, unitamente alle garanzie di *accountability* e di tutela giurisdizionale quale portato della riconduzione delle regole e delle procedure nella cornice giuridica e istituzionale dell'Ue.

level, which, in turn, would require greater democratic accountability. [..] It is up to politicians to design the new framework, but they could build on, for example, the following factors: an efficient and less fragmented European administration, to build a common Treasury for the euro area in conjunction with an independent fiscal council; and a stronger political body for policy decisions, under parliamentary control. [..] However, if governments and parliaments in the euro area were to shy away from the political dimension of a fully-fledged union, this would leave just one viable option — a decentralized approach based on individual responsibility and even stronger rules. Under this scheme, the fiscal rules, which have already been reinforced through the fiscal compact and the European semester in particular, would have to be strengthened. In such a regime of increased individual responsibility, we would also have to make sure that risk, including that of sovereign exposures, is properly taken into account by all stakeholders — not least to reduce the vulnerability of banks should sovereigns run into financial troubles. [..] Taking this direction would retain national sovereignty within the euro area — with a correspondingly lower level of solidarity"

Capitolo II

Sovranità statale e autonomia finanziaria alla luce dei vincoli di bilancio trasposti in Costituzione

Sommario: 1. La costituzionalizzazione delle regole sovra-statali sui vincoli alla finanza pubblica: premessa – 1.1. Una breve digressione: i contro-limiti fissati dalla Corte Costituzionale tedesca – 1.2. La trasposizione in norme giuridiche di rango costituzionale di concetti tecnici ed economici – 1.2.1. La definizione dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito nella legge di attuazione dell'art. 81 Cost. – 1.2.2. Una possibile opzione interpretativa – 1.3. I vincoli costituzionali al ricorso all'indebitamento dello Stato – 1.3.1. Le questioni problematiche sottese alle deroghe al divieto di indebitamento dello Stato – 2. I vincoli costituzionali al bilancio delle amministrazioni territoriali – 2.1. Una necessaria introduzione - 2.1.1. La parabola dei limiti alla finanza territoriale autonoma – 2.2. Principio di autonomia finanziaria e vincoli al bilancio e all'indebitamento – 2.2.1. Sanzioni e premi, per la violazione/rispetto dei vincoli di bilancio – 2.2.2. *Segue*: Il sistema di monitoraggio – 2.3. La tensione tra sovranità statale ed autonomia territoriale nelle decisioni finanziarie – 3. Le fonti di rango primario – 3.1. La normativa sul contenimento della spesa pubblica – 3.2. L'armonizzazione dei sistemi contabili e il principio "costituzionale" di trasparenza dei bilanci pubblici – 4. Le implicazioni della costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito dello Stato e delle pubbliche amministrazioni – 4.1. L'erosione della capacità di autodeterminazione finanziaria dei poteri pubblici domestici – 4.1.2. La sovranità statale alla prova dei vincoli di bilancio.

1. *La costituzionalizzazione delle regole sovra-statali sui vincoli alla finanza pubblica: premessa*

Il processo che si è svolto nell'Unione economica e monetaria, con riferimento alle regole sui bilanci e sulle decisioni di spesa ha condotto, a livello interno, all'adozione della citata legge costituzionale n.1/2012 con cui l'ordinamento italiano ha provveduto a recepire – con un'ampia maggioranza, ma in tempi brevi e con un dibattitto parlamentare limitato[1]

[1] In questo senso, si v. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma – Bari,

- le nuove regole di finanza pubblica definite in sede extra-statale.

Prima della riforma costituzionale, l'art. 81 della Costituzione aveva il (solo) compito di delineare le regole del procedimento di approvazione del bilancio: la norma costituzionale in commento non conteneva previsioni di natura sostanziale, quanto piuttosto regole formali e procedurali relative all'adozione delle decisioni di bilancio. È agevole rilevare che le riforme europee hanno sollecitato una spinta evolutiva rispetto al modello originario, in un duplice senso: per un verso, le norme sovranazionali (esterne all'ordinamento) sono state tradotte in vincoli interni aventi natura sostanziale (e non più solo formale); per altro verso e contestualmente, esse sono state estese alle singole articolazioni amministrative (diverse dalle amministrazioni territoriali e locali[2]) e, per effetto del comma 6 dell'art. 81 Cost. in combinato disposto con l'art. 2 co. 1 lett. a) della l. n.243/2012, al "*complesso delle pubbliche amministrazioni*", le quali oggi sono chiamate ad assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico "*in coerenza con l'ordinamento dell'unione europea*".

La scelta di introdurre nel testo costituzionale i vincoli contenutistici e procedurali mutuati dal nuovo quadro di regolazione sovrastatale e internazionale delle finanze pubbliche, ha l'effetto di determinare una contrazione dell'autonomia decisionale delle autorità nazionali oggi costituzionalmente subordinata al rispetto dei vincoli esterni (europei o internazionali); tuttavia una simile erosione di spazi di sovranità statale, non è avvenuta formalmente tramite una modifica dei Trattati istitutivi dell'Ue (la politica economica e di bilancio resta una competenza, dal punto di vista del diritto Ue, degli Stati membri), con la conseguenza che il fenomeno descritto non appare inquadrabile nella cornice dell'art. 11 Cost. (nel cui ambito è stata ricondotta la devoluzione di competenza in favore

Laterza, 2016, p. 64. F. Bilancia, *op. cit.,* p. 2, critica il testo della riforma costituzionale parlando di "*conclamata urgenza con cui si è dato avvio al progetto di revisione costituzionale sotto la forsennata pressione delle istituzioni europee, dei governi di alcuni Stati membri dell'UE, delle istituzioni finanziarie internazionali e dei mercati nella grave crisi di affidabilità del debito pubblico italiano"*. Nello stesso senso, si v. anche C. Bergonzini, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2014 e *Id*., *Il c.d. "pareggio di bilancio" tra Costituzione e legge n. 243 del 2012: le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, in Studium iuris, 2014, p. 1.

[2] Con riferimento alle amministrazioni territoriali, l'implementazione delle regole di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito è assicurata dall'art. 119 Cost. come novellato dalla legge costituzionale n.1/2012, secondo cui "*I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*".

dell'Ue) che, come noto, consente le cessioni di sovranità, in condizioni di parità con gli altri Stati, in favore di ordinamenti che garantiscano pace e giustizia fra le Nazioni. Piuttosto la penetrazione delle regole di matrice europea e internazionale in materia di vincoli di bilancio all'interno dell'ordinamento statale è stata assicurata tramite un meccanismo del tutto peculiare, costituito dalla costituzionalizzazione di quei vincoli (art. 81 co. 1; art. 81 co. 6 in combinato disposto con la legge n.243/2012; artt. 97, 117 e 119 Cost.) e dal rinvio alle regole stabilite *"nell'ordinamento giuridico europeo"*[3], senza la contestuale previsione formale di "contro-limiti" o di diverse garanzie istituzionali finalizzate ad assicurare un perdurante ruolo del circuito Parlamento-Governo nella definizione delle politiche economiche e di bilancio[4]. Occorre immediatamente osservare che rispetto al fenomeno in esame il limite sostanziale della sovranità dello Stato non sembra passare (solo) attraverso la formalizzazione di rapporti istituzionali di tipo gerarchico o di sovra-ordinazione, essendo piuttosto assicurato dalla garanzia del rispetto, altrettanto sostanziale, dei predicati economici europei e della concreta definizione contenutistica di concetti economici (il richiamo alla "coerenza" con l'ordinamento europeo contenuto agli artt. 97, 117 e 119 Cost. appare in sé insufficiente a definire rapporti inquadrabili in senso verticale come vincolanti)[5].

Simili considerazioni preliminari sollecitano un approfondimento di diverse questioni.

Una prima, è quella attinente alla peculiarità delle disposizioni introdotte con la riforma in commento, laddove si connotano per la loro natura tecnica e per la loro matrice economica.

Una seconda, riguarda invece il significato da attribuire alla discrasia tra la locuzione utilizzata nella rubrica della legge costituzionale n.1/2012 ("*pareggio di bilancio*") e quella, viceversa, utilizzata nel testo che ne costituisce lo sviluppo ("*equilibrio di bilancio*").

Infine, la complessiva portata delle regole finanziarie introdotte in Costituzione, induce ad interrogarsi sul senso da attribuire al rinvio alle norme di diritto dell'Unione europea che, seppur non è espressamente contenuto nell'art. 81 Cost., fa capolino sia nell'art. 97 e art. 119 Cost., sia nelle

[3] Si v. sul tema cfr. F. Sucameli, *La iurisdictio contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica di attuazione domestica del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio*, in Federalismi.it, 2017, 21, p. 1 ss., in particolare p. 43.

[4] La questione è trattata *infra* par 1.1.

[5] Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun. Controllo, *Indagine conoscitiva sulle prospettive di riforma degli strumenti delle procedure di bilancio*, Roma, giungo, 2015, reperibile in www.cortedeconti.it.

previsioni di cui alla legge n.243/2012 di attuazione del comma 6 dell'art. 81.

All'esito dell'indagine si tenterà di vagliare l'incidenza delle regole costituzionali, sulla fisionomia della sovranità statale finanziaria e sull'articolazione delle funzioni, poteri e competenze in materia di decisioni finanziarie, nonché la tenuta delle nuove regole di finanza pubblica rispetto all'assetto pluralistico di istituzioni e valori delineato nella Costituzione.

1.1. *Una breve digressione: i "contro-limiti" fissati dalla Corte Costituzionale tedesca*

La potenziale incidenza delle riforme descritte sulla fisionomia della sovranità statale emerge dai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla Corte Costituzionale tedesca con riguardo ad alcune misure adottate all'indomani della crisi.

Con la sentenza del 12 settembre 2012, il Tribunale costituzionale federale tedesco[6] si è pronunciato su quattro ricorsi di costituzionalità e un conflitto inter-organico presentati per sospendere la fase di integrazione dell'efficacia delle leggi federali di autorizzazione alla ratifica del "*Trattato sul Meccanismo europeo di Stabilità*", del "*Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione economica e monetaria*" e della legge federale sulla "*Decisione del Consiglio europeo che modifica l'art. 136 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'Euro*"[7].

[6] Giova rammentare che la Corte costituzionale tedesca è stata costantemente investita in relazione alle misure di salvaguardia della stabilità degli Stati dell'Eurozona di volta in volta adottate dalle Istituzioni europee e finalizzate a tenere sotto controllo i tassi di interesse per neutralizzare attacchi speculativi. Per approfondimenti, si rinvia a G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007, p. 370 ss.

[7] BVerfG, 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvE 6/12, del 12 settembre 2012 disponibile su http://goo.gl/JiU5Qu e nella versione inglese su http://goo.gl/Z2Z6m1; per un commento alla sentenza, M. Bonini, *Delle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 19 giugno 2012)*, in Quad. cost., 2012, 4, p. 891 ss.; R. Bifulco, *Il custode della democrazia parlamentare*, in Rivista AIC, 2011, 3, p. 1 ss.; M. Bonini, *Il "BVerfG", giudice costituzionale o "signore dei trattati"? Fondo "salva - stati", democrazia parlamentare e rinvio preguidiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in Rivista AIC, 2012, 4, p. 1 ss.; P. Ridola, *"Karlsruhe locuta causa finita?" Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in Federalismi.it, 2012, 18, p. 1 ss.; A. De Petris, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una guida alla lettura*, in Federalismi, 2012, 18, p. 1 ss. L. Muzi, *La tutela della democrazia tedesca di fronte al procedimento di integrazione UE: una*

I dubbi di legittimità costituzionale sono stati rigettati, rilevando a) quanto ai meccanismi di sostegno degli Stati a rischio di fallimento, la circostanza che l'impegno in misure di assistenza finanziaria non esautorerebbe il Parlamento (*Bundestag*) del suo ruolo, dovendosi assicurare una sua discussione e deliberazione sul punto, con la specificazione che non è sufficiente, affinché sia assicurato il principio di identità costituzionale, che il Parlamento approvi eventuali decisioni di aiuti finanziari, essendo necessaria una sua partecipazione attiva nel procedimento che porta alla decisioni relative alla loro concessione; b) quanto al *Fiscal Compact*, che la sua ratifica non avrebbe comunque comportato per la Repubblica federale tedesca alcun vincolo irreversibile riguardo ad una specifica politica di bilancio.

La pronuncia in sede cautelare del Tribunale Costituzionale federale è stata confermata nel merito con la sentenza del 18 marzo 2014[8], quest'ultima dichiarativa della conformità delle leggi di approvazione del Mes e del Fiscal Compact alla Costituzione tedesca[9].

Il principio di identità costituzionale (preservato dallo stesso Trattato sull'Unione europea per effetto dell'art. 4, par.2), viene fatto coincidere, nella giurisprudenza costituzionale tedesca, con il principio del potere (e correlata responsabilità) del *Bundestag* sulle decisioni di politica economica e finanziaria. Appare utile notare che il ruolo riservato al Parlamento assurge a parametro per valutare la tenuta del principio democratico anche con riferimento alle decisioni di bilancio[10], delineandosi così un inscindibile nesso tra democrazia rappresentativa e decisione sul bilancio[11].

rassegna sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, in Nomos, 2013, p. 3.

[8] Per un commento alla sentenza, si v. G. Rivosecchi, *Il Trattato sul MES e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale Costituzionale federale e della Corte di Giustizia,* in Giorn. Dir. Amm., 2014, 5, p. 478 ss.

[9] La Corte ha ribadito i limiti già declinati nella decisione in sede cautelare, ovvero, da un lato, la necessità che l'impegno finanziario della Germania non superi il tetto massimo fissato; dall'altro, il necessario coinvolgimento del Parlamento nelle decisioni di bilancio.

[10] Per un'analisi più approfondita della rilevanza del ruolo del Parlamento come baluardo del principio democratico nelle decisioni del tribunale federale tedesco, si v. G. Rivosecchi, *Il parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in Rivista AIC, 2012, 3, p. 18 ss.

[11] È significativo notare che la Corte dei Conti tedesca - relazione del Bundestag17/14148 del 26 giugno 2013, relazione del Bundesrat811/13 del 14 febbraio 2014 e relazione del Bundestag18/4182 del 3 marzo 2015 - ha sollevato critiche alla scelta di istituire un gruppo di lavoro per la definizione degli standard di contabilità pubblica (ossia il *European Public Sector Accounting Standards* –EPSAS), omogenei e coerenti con gli *International Public Sector Accounting Standards* (IPSAS) in un'ottica di informazione dei mercati finanziari e degli investitori. Segnatamente le critiche hanno riguardato la necessaria differenziazione tra la contabilità nel settore pubblico e quella nel settore privato, essendo solo la prima

Nel sistema tedesco, in definitiva, la legittimità degli interventi adottati in sede sovranazionale e internazionale è passata attraverso la rivendicazione del ruolo centrale del Parlamento e, in generale, della dinamica istituzionale Parlamento-Governo nella formazione dell'indirizzo politico nella materia di bilancio, formalmente assicurato da specifiche garanzie istituzionali previste in sede di trasposizione dei meccanismi di gestione della crisi.

Viceversa, nel nostro ordinamento, la trasposizione dei vincoli di bilancio non si è accompagnata alla previsione di "contro-limiti" a salvaguardia della tutela di spazi di sovranità e, segnatamente, a tutela della ascrizione del potere di decisione finanziaria alla perdurante dinamica istituzionale governo-parlamento[12]. Il *vulnus* appena tratteggiato è stato in parte colmato dalla giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale, i cui orientamenti più recenti mostrano la tendenza (forse ispirata dai menzionati arresti della Corte Costituzionale tedesca) ad agganciare i vincoli di finanza pubblica di matrice sovrastale al principio democratico e di rappresentanza politica, vagliandone quindi la tenuta (ad esempio qualora la portata di quei limiti nel sistema domestico sia mediata da puntuali interventi del legislatore nazionale rivolti agli enti territoriali a rappresentanza democratica) anche in relazione ai predetti paradigmi[13].

Le differenti modalità di recepimento delle regole sovra-statali e gli altrettanto differenti meccanismi di garanzia, sollecitano un'osservazione di sistema: in assenza di una cessione di sovranità formalmente realizzata attraverso la modifica dei trattati istitutivi dell'Ue, sembra delinearsi nel settore in esame una sorta di erosione della sovranità "a geometria variabile", essenzialmente dipendente dalle scelte dei singoli ordinamenti nazionali, a loro volta legate al peso politico e alla solidità economica e finanziaria di partenza; la sovranità economica e finanziaria risulta invece irrimediabilmente compressa nei casi in cui lo Stato ricorra a forme di assistenza finanziaria che, in ragione del principio di condizionalità, impongono l'assoggettamento "*a rigorose, quanto invasive, misure eteronome*"[14]. In simili ipotesi, la cessione

diretta ad assicurare la responsabilizzazione dei soggetti pubblici per la gestione delle risorse pubbliche. Per un approfondimento, cfr. M. Bergo, *Democraticità e principi contabili: una lettura critica del progetto EPSAS per un dialogo costruttivo tra istituzioni*, in Federalismi.it, 13, 2019, p. 1 ss.

[12] G. Rivosecchi, *Parlamento e sistema delle autonomie all'ombra del governo nelle trasformazioni della decisione di bilancio,* in Rivista AIC, 1, 2012, p. 2 osserva che detta trasposizione "*rischia di affievolire il principio di responsabilità delle decisioni finanziarie degli attori istituzionali, con particolare riferimento al processo di deresponsabilizzazione non soltanto dei governi, ma anche delle stesse assemblee parlamentari*".

[13] Vedi *infra* par. 3.2.

[14] G.M. Roberti, *op. cit.*, p. 21.

di sovranità avviene attraverso un meccanismo pattizio (un vero e proprio contratto) con cui lo Stato cede uno spazio della propria sovranità, seppur in via "provvisoria", all'istituzione finanziaria internazionale interessata, dietro la prestazione di assistenza economica[15].

1.2. *La trasposizione in norme giuridiche di rango costituzionale di concetti tecnici ed economici*

La Costituzione sanciva al quarto comma dell'art. 81 la regola secondo cui "*Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*"[16].

Secondo l'interpretazione della norma fornita dalla Corte costituzionale, ad essa doveva essere riconosciuta una portata *sostanziale* relativa ai vincoli che "*il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra entrate e spese*"[17].

Ciononostante, la dottrina si è divisa in ordine alla vigenza o meno nella Costituzione, prima della riforma del 2012, del principio di equilibrio di bilancio[18]: l'opinione maggioritaria (suffragata anche dalla giurisprudenza costituzionale) ha ritenuto che la nostra Costituzione non sia mai stata concepita in linea con l'imperativo dello Stato liberale volto a garantire la corrispondenza tra le voci di entrata e quelle di spesa. La lettura prevalente appariva infatti ispirata all'idea secondo cui l'equilibrio di bilancio avesse natura di "*obiettivo politico*"[19] e, correlativamente, la copertura potesse essere garantita anche con il ricorso al credito, "*in tal modo obliando quella tradizione liberale più ortodossa che tanto considerava il ricorso al credito una eccezione alle regole di corretta gestione delle finanze pubbliche che aveva omesso di introdurre in Costituzione una reale regolamentazione dell'indebitamento pubblico*"[20].

---

[15] Su cui sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *op. cit.*, p. 252 ss.

[16] Il testo in esame riprende sostanzialmente la proposta di Mortati nella II Sottocommissione dell'Assemblea Costituente. Per una ricostruzione del dibattito che si è svolto in seno all'Assemblea Costituente, cfr. F. Saitta, *Costituzione finanziaria ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo Stato fiscale allo Stato debitore*, in Rivista AIC, 2017, 1, p. 6 ss.

[17] Corte Cost., 10.1.1966, n.1, reperibile su dejure.

[18] Si veda la ricostruzione compiuta da G. Rivosecchi, *Leggi di bilancio e leggi di spesa nel quadro del nuovo articolo 81 della Costituzione*, in Aa.vv., Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità, Milano, Giuffrè, 2013, p. 381 ss.

[19] V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione,* Milano, Giuffré, 1969, *p.* 437 ss.

[20] F. Saitta, *op. cit.*, p. 13.

Con la legge costituzionale n. 1/2012 è stato novellato l'art. 81 della Costituzione attraverso la previsione dell'obbligo di rispetto i vincoli di *equilibrio* di bilancio e di un regime afferente ai presupposti del ricorso al debito[21].

Il comma dell'art. 81 della Costituzione stabilisce il dovere dello Stato di assicurare "*l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*"[22].

Quanto all'ambito di applicazione soggettivo del vincolo di cui all'art. 81, il sesto comma della norma citata affida alla legge rinforzata (l'attuale legge n. 243/2012) il compito, tra gli altri, di definire "*le norme fondamentali*

[21] C. Buzzacchi, *op. loc. ult. cit.*, p. 3 sottolinea l'impatto della riforma costituzionale, ritenuta "*una delle riforme costituzionali più incisive che siano mai state approvate – e il giudizio non è tanto di apprezzamento, quanto nel senso di evidenziare la portata epocale della svolta, adeguata o inappropriata che sia, nel quadro delle revisioni che si sono finora succedute – perché l'idea di regolare la finanza pubblica non più sotto il profilo procedurale, come risultava dalla disciplina del vecchio art. 81, ma ormai sotto il profilo dei contenuti, determina un cambio di passo incredibile, che si avvertirà quando sarà effettivamente applicato*". G. L. Tosato, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Convengo "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte Costituzionale, 22-23 novembre 2013, 11-13, in www.cortecostituzionale.it, si è interrogato in ordine agli "effetti giuridici" della riforma costituzionale muovendo dall'assunto secondo cui le regole di bilancio discendenti dalla normativa europea avrebbero già dovuto ritenersi operanti nel nostro ordinamento. La riforma del 2012 avrebbe un effetto "confermativo" per quanto riguarda l'esplicitazione di quelle regole, ed "innovativo" con riguardo alle norme future. Inoltre l'A. sottolinea che per effetto degli artt. 11 e 117 Cost. le regole di equilibrio di bilancio derivanti dai Trattati e dalle fonti secondarie dell'Ue sarebbero già state *"indirettamente costituzionalizzate*"; mentre per quanto riguarda il *Fiscal Compact*, il recepimento mediante legge ordinaria – per effetto della garanzia dell'art. 117 Cost. - avrebbe in sé garantito la forza vincolante richiesta dall'art. 3 co. 2 del Trattato. Per un commento all'art. 81 Cost., v. A. Brancasi*, Bilancio (equilibrio di)*, in Enciclopedia del diritto, Annali, VII, Giuffrè, Milano, 2012; *Id*, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012, 2, p. 1 ss.; R. Perez, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in Giorn. Dir. Amm., 2012, 10, p. 929 ss; C. Golino, *I vincoli di bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale*, in amministrazione in cammino, 2013, p. 19; M. Luciani, *La riforma dell'art. 81 della Costituzione*, relazione al Convegno su L'evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività, Roma 10 marzo 2016, in Riv. Corte Conti, 2016, 3-4, p. 459 ss.; C. Buzzacchi, *Ideologie economiche, vincoli giuridici, effettiva giustiziabilità: il tema del debito*, in forumcostituzionale.it, 2016, 4, pp. 6-7; F. Saitta, *op. cit.,* p. 6 ss.

[22] G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola di bilancio*, in Rivista AIC, quaderno 2011, 212 ha sottolineato che "*la revisione dell'art. 81 della Costituzione e la specifica previsione di un controllo costituzionale sul rispetto del vincolo del pareggio tocchino uno degli snodi cruciali della forma di governo, perché fanno oggetto di responsabilità giuridica e di sanzione costituzionale obbligazioni che in precedenza rilevavano solo in sede politica e restavano consegnate, in definitiva, alle dinamiche della relazione fiduciaria*".

e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni"[23]. Viceversa, l'art. 97 della Costituzione, norma cardine in materia di organizzazione e attività amministrativa, declina in modo diverso l'ambito soggettivo di applicazione delle regole dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito *"in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea"*, riferendosi alle *pubbliche amministrazioni* (e non quindi al *"complesso delle pubbliche amministrazioni"*). L'art. 119 Cost. a sua volta riferisce l'obbligo di assicurare il rispetto dell'equilibrio di bilancio a soggetti ancora diversamente individuati, ossia la Regioni, le Province, i Comuni e le Città metropolitane[24].

Quanto all'ambito oggettivo delle norme di finanza pubblica, occorre anzitutto cercare di affrontare il tema (di non agevole soluzione) del significato dei concetti ipostatizzati in Costituzione.

Il concetto dell'equilibrio di bilancio è stato talvolta inteso come canone avente natura di obiettivo politico, altre volte come principio meno rigoroso e diverso rispetto a quello del pareggio[25] che atterrebbe alla posizione di formale uguaglianza tra entrate e uscite[26], altre volte ancora come principio privo di effettiva portata precettiva[27]. Alla stessa stregua, anche il concetto di "*sostenibilità del debito pubblico*" non appare suscettibile di essere definito in termini univoci; secondo la definizione datane dal Fondo Monetario Internazionale, *il debito pubblico è sostenibile se soddisfa la condizione di solvibilità, ossia se il valore attuale degli avanzi primari attesi è uguale allo*

[23] *Ibidem*, pp. 223-224.

[24] Il tema dell'ambito soggettivo di applicazione delle nuove regole sancite dalla riforma costituzionale del 2012 è trattato nel Cap. 3, Sez. II, al quale si rinvia.

[25] I fautori di questa tesi sostengono, in buona sostanza, che la previsione della regola del pareggio tra le entrate e le spese avrebbe comportato il rischio di un eccessivo irrigidimento delle manovre di spesa. Si v. N. D'Amico, S. Sileoni, *Dopo il pareggio, sparisce anche l'equilibrio,* in Astrid Rassegna, 2013, 3, p. 3 ss.; per una critica a questa tesi, cfr. C. Golino, *op. cit.,* p. 19. Sul punto, la Corte Costituzionale ha osservato che il principio di equilibrio di bilancio è un "*precetto dinamico della gestione finanziaria"* che *"consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche*", cfr. Corte Cost., 25.10.2013, n.250, in Foro it. 2015, 1, I, 36.

[26] In un'ottica comparata, si può rilevare che in Germania è stato invece accolto il principio del pareggio di bilancio per il Bund e i Laender (art. 109 GG). In Spagna per lo Stato e le Comunità autonome è stato introdotto il principio di "stabilità di bilancio" mentre per gli enti locali la regola del pareggio (art. 135). La Francia ha mantenuto il previgente principio dell'equilibrio dei conti.

[27] A. Brancasi, *op. loc. ult.cit,* p. 1; R. Perez, *op. loc. ult. cit.,* p. 929 ss.; C. Golino, *op. cit.,* p. 20.

stock di debito[28]; secondo una ulteriore lettura, un ricorso sano e sostenibile al debito pubblico è quello che va a finanziare spese di investimento senza spostare i costi del servizio del debito sulle generazioni future[29].

In realtà, l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito in quanto aventi natura di concetti giuridici indeterminati, mutuati dalle scienze economiche[30] che non forniscono una nozione unanimemente condivisa, sfuggono per definizione ad una certezza definitoria, poiché naturalmente dotati di margini di opinabilità, suscettibili di variazioni sostanziali ed addirittura connotati da intrinseca volatilità[31]. Non appare quindi agevolmente percorribile il riferimento alle scienze tecniche o economiche, da cui quei concetti, che assurgono a norme giuridiche, senza dubbio derivano.

La dottrina si è altresì concentrata, sempre nella ricerca di attribuzione di significato al concetto di equilibrio di bilancio, sulla diversità di espressioni terminologiche tra il titolo della legge costituzionale n.1/2012, che si riferisce al pareggio di bilancio, e il contenuto delle norme costituzionali novellate, che si riferiscono all'equilibrio di bilancio[32].

[28] G. Pesce, *op. cit.,* p. 569 osserva che la c.d. sostenibilità del debito pubblico può sostanzialmente avvenire in quattro diversi modi: 1. un aumento sostenuto nel tempo e costante del tasso di crescita del PIL; 2. un forte aumento dell'inflazione; 3. operazioni straordinarie che consentano allo Stato di fare "cassa", quali, ad esempio, privatizzazioni e alienazioni del patrimonio pubblico; 4. una riduzione strutturale del tasso di interesse sul debito

[29] Sul punto cfr. *Ibidem*, p. 543 secondo cui la sostenibilità "*coincide con l'obiettivo di ridurre il debito pubblico per rispettare le generazioni future. È l'etica solidale applicata ai conti pubblici*".

[30] Si v. I. Visco, *Sviluppo dell'economia e stabilità finanziaria: il vincolo del debito pubblico,* Atti del 63° Convegno di Studi Amministrativi: La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica, Varenna, 2017, p. 1, ss., secondo cui "*dal punto di vista economico rileva l'andamento del debito in rapporto a una variabile di scala che misuri la capacità dello Stato di onorare le proprie obbligazioni. Per questo si guarda al rapporto tra debito e prodotto e non al valore assoluto del primo. Non esiste un valore soglia universale di tale rapporto oltre il quale il debito diviene insostenibile. La soglia varia da paese a paese e nel tempo in funzione di una serie di variabili, economiche e non. Le stime disponibili suggeriscono che essa sia compresa tra il 25 e il 50 per cento per le economie emergenti. Per i paesi avanzati, alcuni hanno dimostrato di poter sostenere un rapporto tra debito pubblico e prodotto che altri non sono in grado di avvicinare (in Giappone il rapporto è prossimo al 250 per cento, per gli Stati Uniti al 110)*" (p. 4).

[31] Sul tema la dottrina appare divisa: ad es. O. Chessa, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali*, in forumcostituzionale.it, 2016, 4, p. 1 ss., ritiene che la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio implichi l'adesione ad una certa dottrina economica; di diverso avviso, M. Luciani, *op. loc. ult. cit.*, p. 461.

[32] La specificità della scelta imputabile al revisore costituzionale italiano, di introdurre il concetto di equilibrio di bilancio in luogo di quello del "pareggio", è stata approfondita da A. Brancasi, *op. loc. ult. cit.* La dottrina di sovente evidenzia che il concetto di

Le tesi propugnate dagli studiosi sembrano essere riducibili essenzialmente a due filoni.

Secondo una prima opzione ermeneutica, il legislatore avrebbe volutamente introdotto nel testo costituzionale un principio meno rigoroso rispetto a quello del pareggio di bilancio, per evitare il rischio di un eccessivo irrigidimento delle manovre di spesa. Tale ricostruzione sarebbe confortata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui il principio di equilibrio di bilancio è un "*precetto dinamico della gestione finanziaria*" che *"consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche*"[33], diverso dal pareggio di bilancio che attiene alla posizione di formale uguaglianza tra entrate e uscite.

Altra parte della dottrina sottolinea per converso l'estrema genericità dei termini utilizzati che avrebbero da soli scarso valore precettivo[34].

Dette opzioni interpretative sebbene fedeli all'impostazione tradizionalmente accolta, quanto alla materia finanziaria, nella Costituzione[35], non forniscono una risposta univoca quanto al significato da attribuire ai concetti di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito; tuttavia, la loro formalizzazione all'interno di norme giuridiche impone uno sforzo interpretativo, reso problematico, oltre che dall'assenza di univoche indicazioni provenienti dalle scienze tecniche ed economiche, anche dall'inesistenza di una definizione normativa unitaria dei predetti concetti.

'equilibrio' si distingua da quello del 'pareggio'. Si veda M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva dei controlli di costituzionalità*, *op. cit.*; *Id. La riforma dell'art. 81 della Costituzione*, *op. cit.*, p. 459 ss.; *contra*, cfr. C. Golino, *op. cit.,* p. 19, secondo cui il riferimento alle fasi avverse e favorevoli del ciclo economico contenuto nel novellato art. 81 Cost. deve essere letto nel senso di costringere il Governo ad attuare politiche economiche anticicliche anche in presenza di congiunture favorevoli, in vista dell'obiettivo del progressivo rientro del debito pubblico.

[33] Corte Cost., 25.10.2013, n.250, in *Foro it.* 2015, 1, I, 36.

[34] È stato osservato che il bilancio dello Stato è sempre stato in pareggio contabile, ma ciò non ha impedito l'accumularsi dello stock di debito: si v. A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.ossservatoriosullefonti.it, 2, 2012, p. 1; R. Perez, *op. loc. ult. cit., p.* 929 ss.; C. Golino, *op. cit.*, p. 20.

[35] Corte Cost., 1/1966, cit. Cfr. V. Onida, *op. cit.,* p. 437 ss., secondo cui, se il principio del pareggio di bilancio fosse stato ritenuto un obbligo giuridico, ad ogni previsione di spesa avrebbe dovuto corrispondere un'identica previsione di entrata ed ogni disavanzo sarebbe stato considerato "*fenomeno abnorme e in contrasto con le norme della Costituzione*". L'Autore rileva che il principio del pareggio "*appare alla luce delle acquisizioni della moderna teoria finanziaria, tutt'altro che dotato di valore assoluto*". Sul tema si v. anche L. Lorello, *La legge finanziaria e gli equilibri della forma di governo in Italia*, in Pajno e Verde, Studi sulle fonti del diritto, Le relazioni tra Parlamento e Governo, I vol. Milano, 2010, pp. 321-325.

1.2.1. *La definizione dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito nella legge di attuazione dell'art. 81 Cost.*

Le difficoltà riscontrate nel precedente paragrafo quanto alla declinazione del contenuto dei concetti di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, appaiono confermate anche dall'analisi della l. n.243/2012, di attuazione del comma 6 dell'art. 81 Cost.

Procedendo per ordine, il sesto comma dell'art. 81 Cost. e l'art. 5 della legge costituzionale n.1/2012 rinviano, come già visto, ad una legge rinforzata[36] per determinare il contenuto della legge di bilancio[37], le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni. La legge "rinforzata" n.243/2012 - che implementa i princìpi definiti con legge costituzionale - delinea il nuovo quadro normativo di riferimento per la contabilità e la finanza pubblica, disciplinando il *vincolo dell'equilibrio dei bilanci statali, degli enti territoriali e delle amministrazioni non territoriali*, ivi compresi, il meccanismo di correzione degli scostamenti, l'istituzione di un organismo indipendente per la verifica degli andamenti della finanza pubblica, nonché i criteri di "prudenza contabile"[38]; infine, essa definisce il contenuto della "nuova" legge di bilancio[39].

[36] Per un'analisi della citata l. n. 243/2012 di attuazione del principio del pareggio di bilancio si v. di M. Bergo, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, Federalismi.it, 2013, 6, p. 1 ss. Sulla natura "rinforzata" della legge n.243/2012, cfr. R. Dickmann, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, *ivi*, p. 1 ss.

[37] Osserva G. Scaccia, *op. cit.,* p. 223, che "*l'assenza di una disciplina uniforme circa le modalità di redazione dei bilanci ha prodotto agevoli aggiramenti delle regole dirette a imporre condotte di finanza pubblica prudenti. Francia, Austria, Svezia, Irlanda, persino la Germania, oggi fustigatrice inflessibile della indisciplina finanziaria dei Paesi mediterranei, non hanno esitato a ricorrere a qualche espediente contabile allorché si dovette misurare il grado di osservanza – da parte dei diversi Paesi europei – dei parametri richiesti per l'ammissione alla zona Euro. Così la Francia, per mostrare che il rapporto deficit/PIL era in regola già prima del 31 luglio 1998 – termine fissato per la verifica del rispetto dei suddetti parametri – ha scorporato dal bilancio statale i trasferimenti alle imprese pubbliche in deficit; l'Irlanda, la Svezia e l'Austria hanno anticipato la riscossione delle imposte e quest'ultima ha pure istituito un'agenzia per le autostrade, imputando ad essa una quota dell'indebitamento pubblico pari al 3,2% del PIL; infine la Bundesbank tedesca ha rivalutato le riserve e utilizzato le plusvalenze così ottenute per coprire il deficit di bilancio della Federazione*".

[38] Simili criteri erano già contemplati nelle disposizioni vigenti: si pensi agli articoli 11, comma 6 e 17, comma 1-*bis* della legge 31 dicembre 2009, n. 196, come modificati dall'art. 3, comma 1, lettere *a*) e *b*) della legge 7 aprile 2011, n. 39.

[39] Il legislatore costituzionale ha delineato una legge di bilancio che potrà ora anche

Ebbene, all'interno della stessa legge n.243/2012 convivono accezioni diverse di equilibrio di bilancio: quella relativa al complesso delle pubbliche amministrazioni (art.3 l. n.243/2012); quella circoscritta alle amministrazioni territoriali, cui si applica la previsione dell'art.9 della legge n.243/2012 che non contempla meccanismi di flessibilità; quella relativa alle amministrazioni pubbliche non territoriali (art.13 l. n.243/2012); quella relativa allo Stato (art.14).

L'equilibrio di bilancio del *complesso delle pubbliche amministrazioni* si considera conseguito se il saldo strutturale - calcolato nel primo semestre dell'esercizio successivo a quello al quale si riferisce - soddisfa almeno una delle seguenti condizioni:

a) *risulta almeno pari all'obiettivo di medio termine (Omt) ovvero evidenzia uno scostamento inferiore a quello indicato dall'art. 8, comma 1 l. n.243/2012;*

b) *assicura il rispetto del percorso di avvicinamento nei casi di eventi eccezionali previsti dagli artt. 6 e 8 ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo percorso inferiore a quello indicato all'art. 8, comma 1 l. n.243/2012.*

Ai sensi dell'art. 5, comma 2 della legge n.243/2012 i documenti programmatici indicano inoltre il livello di spesa delle amministrazioni pubbliche e spetta al Ministero dell'Economia e delle Finanze (Mef) provvedere al monitoraggio (co. 3).

L'art. 6 disciplina gli eventi eccezionali che consentono uno scostamento del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico. Si tratta (i) dei periodi di grave recessione economica, (ii) di eventi straordinari al di fuori del controllo dello Stato. In entrambi i casi spetta al Governo, sentita la Commissione europea, presentare alle Camere, per le conseguenti deliberazioni, una relazione di aggiornamento degli obiettivi in funzione di adattamenti ai predetti eventi. L'art. 8 disciplina, a sua volta, il meccanismo di correzione degli scostamenti rispetto all'obiettivo programmatico strutturale (al netto di quelli fondati sull'anzidetto art. 6) rimettendo sempre al Governo la definizione delle misure di "rientro" necessarie.

Per le Regioni e gli enti locali, la conferente disciplina prevede che il bilancio si considera in equilibrio quando, quanto nella fase previsionale quanto in quella di rendicontazione, tali enti conseguano un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali. Per le amministrazioni territoriali vige pertanto la regola del pareggio di bilancio (art.9) e quella del concorso a garantire"*la sostenibilità del debito del complesso delle amministrazioni pubbliche, secondo modalità definite con legge dello Stato,*

contenere disposizioni che integrano o modificano la legislazione di entrata o di spesa. Sul tema si v. G. Chiara, *Governo multilivello dei conti pubblici ed evoluzione della manovra di bilancio. Verso un paradigma esclusivamente tecnico*?, in Rivista AIC, 2017, 2, p. 1 ss.

nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente legge" (art. 12 co.1).

L'art. 13, con una disposizione piuttosto scarna, disciplina l'"*equilibrio dei bilanci delle amministrazioni pubbliche non territoriali*" prevedendo la regola del pareggio di bilancio, mentre non sono previste limitazioni quanto al ricorso all'indebitamento, né risultano imposti vincoli di spesa. Il comma 3 dell'art. 13 rinvia ad una legge ordinaria la definizione di criteri ulteriori per assicurare l'equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni, "*anche con riferimento alle singole categorie di amministrazioni, nonché i criteri per il recupero degli eventuali disavanzi e le sanzioni conseguenti al mancato rispetto dell'equilibrio*". È inoltre previsto che nel caso scostamenti eccessivi dal rapporto indicato dai vincoli europei, le amministrazioni pubbliche dovranno "*garantire una riduzione dell'eccedenza*" pari alla riduzione del debito di 1/20 all'anno.

L'art. 14 disciplina, infine, l'equilibrio di bilancio per lo Stato, equilibrio che viene determinato in considerazione dell'obiettivo generale rilevante ai fini europei.

Agli artt. 14 e 15 è stabilito che il saldo netto da finanziare deve essere coerente con i principi di cui all'art.3 e, pertanto, con l'obiettivo di medio termine calcolato anno per anno e fissato nella legge di bilancio, salvi i casi eccezionali di cui all'art. 6.

1.2.2. *Una possibile opzione interpretativa*

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, una possibile soluzione alla questione posta - che tuttavia non segue un metodo definitorio dogmaticamente corretto - appare quella che, facendo leva sul rinvio all'ordinamento giuridico europeo[40] contenuto nell'art. 97 Cost. (ribadito agli artt. 2, 3 e 4 della legge 243/2012 di attuazione dell'art. 81 comma 6 Cost.), individua la nozione di sostenibilità del debito e di equilibrio di bilancio sulla base dei documenti di programmazione finanziaria negoziati in sede europea; il contenuto dei vincoli predetti viene, invero, di volta in

[40] Sulla natura giuridica del rinvio come rinvio mobile o recettizio, cfr. L. Tosato, *op. loc. ult. cit.,* pp. 11-12 secondo cui "*poiché la legge costituzionale e quella di attuazione fanno un rinvio generico al diritto dell'Unione, il rinvio può ritenersi applicabile non solo alle norme passate ma anche a quelle future. Ne consegue che se quest'ultime non formassero oggetto di appositi atti di recezione, l'adeguamento si realizzerebbe per effetto della riforma ora adottata*". Di diverso avviso è invece G. Scaccia, *op. cit.,* secondo cui il rinvio contenuto all'art. 97 Cost. all'ordinamento dell'Unione europea, non avrebbe natura di rinvio mobile. L'A., non mette comunque in dubbio la necessità di ricostruire la nozione di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito in senso coerente alla disciplina di derivazione sovranazionale.

volta definito e negoziato dal Governo con le istituzioni sovranazionali[41], naturalmente rifuggendo da una definizione statica e generalmente valevole.

In tale accezione, l'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito non sembrano essere concetti dotati di un significato stabile e proprio, dipendendo la loro concreta definizione dai parametri quantitativi e numerici individuati nei predetti documenti, a loro volta adottata a cadenza temporali predeterminate e quindi soggetti a mutamenti.

La soluzione interpretativa propugnata (cioè quella che fa leva sul rinvio alle fonti europee ai fini della individuazione del significato da ascrivere alle regole dell'equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito) trova fondamento nella lettura della legge rinforzata di attuazione del comma 6 dell'art. 81. Essa non contiene norme autosufficienti, bensì opera costanti rinvii alle fonti europee: l'art. 4 co. 2 della l. 243/2012, per quanto concerne la sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni, dispone che i documenti di programmazione nazionale "*stabiliscono obiettivi relativi al rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo coerenti con quanto disposto dall'ordinamento dell'Unione europea*"; il comma 3 dell'art. 3, con riferimento al "*Principio dell'equilibrio dei bilanci*" (contenuto nel capo II della legge rinforzata dedicato all'equilibrio e alla sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche), prevede che "*i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio stabiliscono, per ciascuna annualità del periodo di programmazione, obiettivi di saldo del conto consolidato articolati per sottosettori, tali da assicurare almeno il conseguimenti degli obiettivi medio termine ovvero il rispetto del percorso di avvicinamento a tale obiettivo nei casi previsti dagli articoli 6 e 8. Nei medesimi documenti sono indicate le misure da adottare per conseguire gli obiettivi del saldo del conto consolidato*".

Nell'ambito delle norme europee il significato dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico va individuato non solo in atti di diritto derivato (quali il Six pack e il Two pack) ma anche, per il loro tramite, nelle indicazioni periodiche della Commissione e del Consiglio, all'esito del monitoraggio sugli andamenti delle economie nazionali[42].

[41] Dalla lettura degli artt. 81, 97 e 119 Cost. emerge che, soltanto con riferimento alle due ultime disposizioni citate, il legislatore costituzionale ha inserito un rinvio espresso all'ordinamento giuridico dell'Ue. Tuttavia, la legge n.243/2012 di attuazione del comma 6 dell'art. 81, nel dettare la normativa di dettaglio in materia di equilibrio di bilancio dello Stato, delle pubbliche amministrazioni e degli enti territoriali, contiene incisivi e continui richiami alla normativa europea di riferimento. Sulla *ratio* di tale discrasia, si v. M. Luciani, *op. loc. ult. cit.*, p. 29.

[42] Sul punto cfr. C. Bergonzini, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in La legge dei numeri, governance economica europea e marginalizzazione dei diritti, C. Bergonzini, S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di),

La nozione di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito recepita in Costituzione, seguendo tale prospettiva, coincide con il rispetto degli obiettivi europei come interpretati e attuati in base ai documenti periodici di programmazione finanziaria. La conseguenza è tale per cui le norme costituzionali inserite con la legge costituzionale n.1/2012 finiscono per assicurare che il contenuto delle norme prescrittive a carico dello Stato e le sue articolazioni sia rimessa a periodiche decisioni assunte in sede sovrastatale, con effetti idonei ad alterare il sistema delle fonti. Detto in altri termini, per effetto delle previsioni di cui agli artt. 81 comma 6 della Costituzione - come attuato dalla legge 243/2012 - e 97, comma 1 Cost., le predette decisioni di politica economica e di bilancio assumono un significato peculiare, in quanto perdono la loro connotazione di obiettivi macroeconomici afferenti allo Stato, divenendo regole prescrittive per le pubbliche amministrazioni, oltre che, per effetto del comma 6 dell'art. 81 come attuato dalla legge 243/2012, del c.d. settore pubblico allargato (*"complesso delle pubbliche amministrazioni"*).

1.3. *I vincoli costituzionali al ricorso all'indebitamento dello Stato*

Ai sensi del novellato art. 81, comma 2 Cost., il ricorso all'indebitamento è consentito "*al fine di considerare gli effetti del ciclo economico*" e "*al verificarsi di eventi eccezionali, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti*".

La norma pone diversi dubbi interpretativi.

Essa sembra limitare il ricorso all'indebitamento[43], inteso come la contrazione di mutui o l'emissione di titoli obbligazionari (che costituiscono come noto le classifiche forme di finanziamento). La lettura in esame

Juvene, Napoli, 2016, p. 152 ss.*;* nonché M. Nardini, *La legge n.243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2013, 1, p. 5. L'A. osserva che "*ad una formulazione dell'art. 81 della Costituzione italiana prettamente nazionale (o quantomeno priva di espressi riferimenti all'ordinamento comunitario), la legge in esame costituisce un ponte tra le modalità di impiego delle risorse da parte delle p.a. (che trovano fondamento costituzionale nell'art. 97 della Carta) e gli obiettivi fissati in sede europea…da perseguire per il tramite delle procedure indicate nella legge stessa nella quale vengono coinvolte le autorità nazionali di bilancio*".

[43] Si vedano le riflessioni di A. Brancasi, *op. loc. ult. cit.,* p. 1. In particolare, l'A. rileva che il diritto europeo "*non pone alcun divieto di effettuare operazioni di indebitamento né pone in modo diretto limitazioni ad esse: il divieto di disavanzi eccessivi ha ad oggetto i risultati differenziali, i saldi tra entrate e spese e tra questi prende in considerazione non il ricorso al mercato, bensì appunto l'indebitamento netto*".

è stata criticata da una parte della dottrina, che ha rilevato come essa sarebbe, per un verso, troppo restrittiva, perché impedirebbe operazioni di nuovo indebitamento, senza temperare un simile divieto contestualmente stabilendo criteri, verifiche ed analisi di sostenibilità del debito; per altro verso, essa sarebbe troppo permissiva perché "*la limitazione non concernerebbe operazioni diverse da quelle incidenti sul saldo dell'indebitamento netto e pertanto si ammetterebbero senza limiti operazioni meramente finanziarie*"[44].

1.3.1. *Le questioni problematiche sottese alle deroghe al divieto di indebitamento dello Stato*

L'impatto della nuova disciplina sulla possibilità di ricorrere all'aumento della spesa pubblica mediante il ricorso alla leva dell'indebitamento è in effetti oggi oggetto di un acceso dibattito[45]; si può osservare sul punto che la riforma costituzionale non vieta in modo assoluto l'indebitamento, ma stabilisce che si debba rispettare il principio dell'equilibrio tra entrate e spese, tenendo conto delle fasi avverse e favorevoli del ciclo economico e prevedendo le condizioni al ricorrere delle quali è ammesso il ricorso al credito.

Il generale divieto di ricorso al debito è difatti temperato da due eccezioni: una prima costituita dalla necessità di considerare gli effetti del ciclo economico; una seconda costituita dal verificarsi di eventi eccezionali, ma in quest'ultimo caso con l'autorizzazione delle Camere[46].

[44] *Ibidem*, p. 9. L'A. rileva che il bilancio, "*quando prevede la contrazione di debito pubblico (a fronte di spese che non concorrono a comporre il saldo di indebitamento netto o che concorrono a comporlo ma servono a compensare gli effetti negativi del ciclo o a fronteggiare eventi eccezionali), stabilisce non soltanto un aumento delle entrate per l'esercizio in cui viene contratta l'operazione , ma anche una serie di spese a carico degli esercizi successivi: una parte di queste spese (quelle per gli interessi) concorrono a formare il saldo di indebitamento netto dei rispettivi esercizi futuri per cui, incontrando e limitazioni cui è sottoposto tale saldo, non ha senso sottoporle all'obbligo di copertura; viceversa, le spese per rimborsare il debito (parte capitale) non incontrano alcun limite, per cui può aver senso, in base a questo modo di intendere l'obbligo di copertura, richiedere al bilancio di non limitarsi a ritenerle sostenibili per il solo fatto di poter rinnovare con nuovo debito quello in scadenza*".

[45] M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016; A. Brancasi, *Bilanicio (Equilibrio di)*, *op. cit.*; O. Chessa, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in academiaedu.it, 2016; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in Rivista AIC, 1, 2014, p. 1 ss.

[46] Secondo questa interpretazione il ricorso all'indebitamento sarebbe ammesso anche per attuare manovre economiche anticicliche: così M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, *op. cit.*, p. 42. Una diversa lettura è quella secondo cui affinché sia possibile il ricorso alla contrazione di nuovo debito pubblico, per superare il divieto di cui all'art. 81, comma 2 Cost. occorrerebbe un'autorizzazione delle due Camere a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti e l'indebitamento dovrebbe

Nel tentativo di dipanare le questioni problematiche sottese alla previsione normativa in commento, è utile rivolgersi alla legge di attuazione del comma 6 dell'art. 81; l'art. 6 della l.n.243/2012 specifica, difatti, una serie di casi eccezionali in cui sono ammessi scostamenti temporanei dal saldo strutturale, superiori allo 0,5% del Pil. Per eventi eccezionali la legge n.243/2012 precisa che si devono intendere, "*coerentemente con l'ordinamento dell'Unione europea*" "*i periodi di grave recessione economica relativi anche all'area euro o all'intera Unione europea; gli eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, come ad esempio le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione generale finanziaria del Paese*"[47]. Per fare fronte ai suddetti eventi eccezionali, qualora ritenga indispensabile discostarsi temporaneamente dall'obiettivo programmatico, il Governo dovrà presentare alle Camere due diversi documenti contenenti una relazione di aggiornamento degli obiettivi programmatici di finanza pubblica e una specifica richiesta di autorizzazione che indichi la misura e la durata dello scostamento, che stabilisca le finalità alle quali destinare le risorse disponibili in conseguenza dello stesso e che definisca il piano di rientro verso l'obiettivo programmatico.

L'art. 6 della legge n.243/2012 rinvia espressamente all'ordinamento giuridico europeo, che di nuovo sovviene nella definizione del contenuto dei concetti di cui all'art. 81 comma 2 Cost.

Il Fiscal Compact prende in considerazione, ai fini dell'osservanza delle regole di bilancio, il saldo strutturale annuo, ovverossia il "*saldo annuo corretto per il ciclo al netto di misure una tantum e temporanee*", e consente di deviare rispetto agli obiettivi di cui all'art. 3 in presenza di "*circostanze eccezionali*", per tali dovendosi intendere gli "*eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del Patto di Stabilità e crescita rivisto, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine*" (art. 3, lett. a) e b).

Una lettura coerente dell'art. 81, comma 2 Cost. con le menzionate disposizioni europee, porta a ritenere che il verificarsi di eventi eccezionali legittimi da solo il ricorso all'indebitamento, la cui misura dipenderà, in concreto, dalla gravità dell'evento.

Se ne ricava che il ricorso all'indebitamento è ammesso, nella prima ipotesi, nella misura necessaria a compensare gli effetti congiunturali

essere funzionalmente preposto alla considerazione degli effetti sul ciclo economico derivanti dall'evento eccezionale da fronteggiare, C. Golino, *op. cit.*, p. 22.

[47] Cfr. Art. 6, comma 2, lett. a) e b) della l. n.243/2012 cit.

negativi; nel secondo caso (eventi eccezionali), lo Stato è autorizzato invece a indebitarsi anche oltre gli effetti della congiuntura e superando pure il limite massimo degli scostamenti negativi cumulati rispetto al PIL corretti per il ciclo economico.

Nell'ambito dell'art. 81 Cost., gli eventi eccezionali corrispondono – ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. d) della legge costituzionale n. 1 del 2012 – a "*gravi recessioni economiche, crisi finanziarie e gravi calamità naturali*".

La disciplina di fonte europea prende in considerazione la "*grave recessione economica" nell'ambito della procedura per i disavanzi eccessivi, quale elemento che consente agli Stati membri di deviare dal percorso di avvicinamento verso l'obiettivo di bilancio a medio termine imposto dal Patto di stabilità e crescita. In proposito va ricordato che la Banca centrale europea, in sede di "parere sulla riforma della governance economica dell'Unione europea"*, aveva sconsigliato l'impiego di siffatte clausole di salvaguardia, raccomandando, in ogni caso, che la loro attivazione *"sia espressamente soggetta alla condizione di non mettere a repentaglio la sostenibilità del bilancio"*[48].

La decisione in ordine al rispetto o meno dei limiti sopra menzionati spetta alle istituzioni europee che - nell'ambito dei poteri di sorveglianza multilaterale sui bilanci degli Stati - definiscono, in contraddittorio con lo Stato interessato, i parametri numerici cui è ancorato l'equilibrio di bilancio e valutano la sussistenza o meno dei presupposti per il ricorso all'indebitamento, erodendo spazi significativi alla capacità di autodeterminazione degli ordinamenti in materia di politica di bilancio[49].

2. *I vincoli costituzionali al bilancio delle amministrazioni territoriali*

2.1. *Una necessaria introduzione*

La disciplina della distribuzione territoriale del potere finanziario è uno degli aspetti attraverso i quali si declina il modo d'essere delle relazioni tra i livelli di governo in un ordinamento composito; una simile conformazione delle competenze, che contribuisce a definire la forma di Stato (federale,

[48] Cfr. Parere 16 febbraio 2011 n. 2011/C150/01 (Parere della Banca centrale europea sulla riforma della *governance* economica dell'Unione europea - CON/2011/13), emesso in seguito alla richiesta pervenuta dal Consiglio il 29 novembre 2010, pubblicato nella G.U.U.E 20 maggio 2011, n. C 150.

[49] Su cui vedi *infra* par. 4.1.

regionale, accentrato), è tipico oggetto delle "*politiche costituzionali*"[50], così come la disciplina dell'allocazione del potere di decisione finanziaria tra i diversi livelli di governo è tematica "*costituzionale…perché declinata come garanzia o limitazione del potere pubblico, in quanto quest'ultimo sia connesso a sfere sovrane (per la tutela di interessi pubblici unitari) o a sfere autonome (per la tutela di interessi pubblici differenziati)*"[51].

La nostra Costituzione ha, sin dalle origini, accolto il principio dell'autonomia territoriale (art. 5 Cost.) delineando una forma di Stato in cui le Regioni e gli altri enti territoriali, disciplinati dal Titolo V della parte seconda della Costituzione, godono di una autonomia costituzionalmente riconosciuta. La sfera di potere di cui godono gli enti territoriali (in quanto enti derivati), è circoscritta dalla stessa Costituzione che, al contempo, pone - rispetto alla sovranità statale - la garanzia dell'autonomia territoriale e i limiti alla sua esplicazione (la dicotomia sovranità statale/autonomia territoriale risulta affermata nella giurisprudenza costituzionale quale elemento distintivo la forma di Stato regionale rispetto a quella federale[52]).

Il concetto di autonomia sta ad indicare "*la libertà di determinazione consentita ad un soggetto, esplicantesi nel poter di darsi una legge regolativa della propria azione o, più comprensivamente, la potestà di provvedere alla cura di interessi propri e quindi di godere e di disporre dei mezzi necessari per ottenere un'armonica e coordinata soddisfazione degli interessi medesimi*"[53].

[50] R. Bifulco, *Le relazioni intergovernative finanziarie negli Stati composti tra Costituzione, politiche costituzionali e politiche di maggioranza*, in V. Atripaldi, R. Bifulco (a cura di), Federalismi fiscali e costituzioni, Torino, 2011, p. 1 ss. Sul rapporto tra Stato e autonomie territoriali sotto l'angolo di visuale delle regole finanziaria e di bilancio, si v., tra i contributi più recenti, G. Rivosecchi, *Decisioni di bilancio e politiche pubbliche fra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in Dir. Pubbl., 2018, 2, p. 385 ss.

[51] F. Guella, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Università degli Studi di Trento, Collana della facoltà di giurisprudenza, 2014, p. 15.

[52] Corte Cost. 7.11.2007, n.365, in Foro it., 2008, 2, I, 390, secondo cui gli enti territoriali seppur autonomi non possono assurgere al rango di enti sovrani in quanto "l*a sovranità interna dello Stato conserva intatta la propria struttura essenziale, non scalfita dal pur significativo potenziamento di molteplici funzioni che la Costituzione attribuisce alle Regioni*"; per un commento critico, si v. O. Chessa*, La resurrezione della sovranità statale nella sentenza n.365 del 2007*, in Le Regioni, 2008, 1, p. 227 ss.

[53] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, IX Edizione, Cedam, Padova, 1976, p. 824; M.S. Giannini, Il *problema delle autonomie locali*, in Il Corr. Amm., II, 1946; Id., *Autonomia pubblica*, in Enc. dir., IV, 1959, p. 356 ss.; *Id*, *Autonomia. (Saggio sui concetti di autonomia)*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 1971, p. 851. Con riferimento all'autonomia finanziaria degli enti territoriali, G. Pastori, *Amministrazione e finanza locale tra autonomia e responsabilità*, in Il dir. dell'ec., 1995, 1, p. 1 ss.; L.A. Mazzarolli, *L'interesse nazionale contro la finanza regionale*, in Giur. cost., 1991, 2, p. 1197 ss.; A.

L'autonomia finanziaria costituisce una delle espressioni della più generale autonomia organizzativa riconosciuta a detti enti[54].

L'art. 119 Cost. nella sua versione originaria (anteriore alla riforma costituzionale n.3/2001[55]), riconosceva l'autonomia finanziaria delle Regioni, con il limite del rispetto delle leggi dello Stato. A seguito della legge costituzionale n.3/2001 di modifica del titolo V parte seconda della Costituzione, è stato riconosciuto il principio di autonomia finanziaria, intesa come autonomia di entrata e di spesa, non solo delle Regioni ma anche di Comuni, Province e Città metropolitane. Tale novella costituiva una indicazione specifica verso un assetto autonomistico della finanza pubblica, al quale corrispondeva una consequenziale limitazione del potere di ingerenza dello Stato inteso come livello di governo centrale. Contemporaneamente, l'unità dell'ordinamento veniva conservata mediante la previsione di un certo margine di intervento da parte del livello di governo centrale sotto il profilo del coordinamento tra l'attività finanziaria dello Stato e quella degli enti sub-statali.

La trasposizione dei vincoli economici e finanziari derivanti dagli obblighi assunti dallo Stato in sede europea e internazionale in materia di governo della finanza pubblica, ha inciso sul predetto assetto giuridico e istituzionale[56].

La legge costituzionale n.1/2012 ha previsto per le amministrazioni territoriali un'articolata disciplina che, insieme alla legge rinforzata n.243/2012, delinea un sistema di regole che conforma i rapporti tra i diversi livelli di governo, ridimensionando l'autonomia finanziaria degli enti territoriali[57]. In questo senso depone la riconduzione della materia

Brancasi, *Uguaglianze e diseguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in Dir. Pubbl., 2002, 3, p. 909 ss.; G. della Cananea, *L'articolo 119 della Costituzione* (commi 3-6), in Commentario della Costituzione, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, Utet, 2006.

[54] D. De Grazia, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali nel nuovo titolo V della Costituzione*, in Le ist. del fed., 2002, 2, p. 268, osserva che l'autonomia finanziaria è questione trasversale che investe profili come la riserva di legge contenuta nell'art 23 Costituzione, il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, il nuovo modello di distribuzione delle competenze amministrative, il tema dei controlli.

[55] Legge Costituzionale, 18 ottobre 2001, n. 3.

[56] A. Ruggeri, *Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali. Simul stabunt vel simul cadent*, in Consulta online, 2017, 3, p. 409 ss., osserva a pag. 413 che "*l'intensificarsi dei vincoli discendenti dagli atti eurounitari ha comportato e comporta una vistosa alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze…*".

[57] In questo senso, L. Antonini, *Profili costituzionali delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie territoriali*, in Il diritto del Bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, *op. cit.,* p. 181 ss. Si veda anche Corte dei Conti, Rapporto 2016 sul coordinamento della finanza pubblica, marzo 2016, p. 93, in www.cortedeiconti.it, secondo cui "*le manovre*

dell'*"armonizzazione dei bilanci pubblici"* alla competenza esclusiva dello Stato[58] al fine di garantire la tracciabilità dei flussi monetari secondo schemi omogenei che ne assicurino la comparabilità ai fini del consolidamento dei conti pubblici, nonché la previsione di una tassonomia contabile analoga per tutte le amministrazioni pubbliche (che appare, nell'ottica del rispetto dei vincoli finanziari di derivazione europea e costituzionale, il presupposto indispensabile per un efficace monitoraggio e governo della stessa[59]). Come osservato in dottrina, la modifica dell'art. 117 Cost., con la conseguente attribuzione alla competenza legislativa statale esclusiva della materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici, contribuisce a delineare "*il ruolo dello Stato come garante ultimo dell'equilibrio della finanza pubblica*"[60]; inoltre, se si considera il novellato art. 119 Cost., l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti territoriali è stata vincolata al "*rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci*" ed al "*concorso ad assicurare l'osservanza*

di finanza pubblica degli ultimi anni testimoniano di provvedimenti che, all'ombra del federalismo, rappresentano vere e proprie incursioni della politica fiscale nazionale, dettate più che da logiche di coordinamento tra i livelli di governo, dal coinvolgimento delle autonomie locali nello sforzo di consolidamento dei conti pubblici".

[58] A tale rinnovata determinazione della ripartizione delle competenze Stato-Regioni consegue l'attribuzione allo Stato anche della potestà regolamentare sull'armonizzazione dei bilanci, in virtù del comma 6 dell'art. 117 Cost. È stato osservato a tale riguardo che la legge costituzionale n.1/2012 ha determinato *"l'ulteriore attrazione in favore di quest'ultimo (cioè lo Stato) di profili del coordinamento della finanza pubblica, poiché la giurisprudenza costituzionale ha costantemente interpretato armonizzazione dei bilanci e coordinamento della finanza pubblica, alla stregua del loro strettissimo nesso funzionale, quasi come endiadi, funzionale ad assicurare la raffrontabilità dei bilanci, il consolidamento dei conti pubblici e in definitiva, l'unità economica della Repubblica"*: così G. Rivosecchi, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali alla luce della giurisprudenza costituzionale: orientamenti e prospettive*, in Servizio Studi, Corte Costituzionale, 2016, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it. Sul tema cfr. anche, *Id*, *Amministrazione, governo dell'economia e vincoli di bilancio*, in Amministrazione e democrazia. Atti della Giornata di Studi per il ventennale del Centro Vittorio Bachelet, a cura di G. C. De Martin e D. Morana, Padova, Cedam, 2013, p. 151 ss. La Corte Costituzionale, con la sentenza 20.7.2016 n.184, in Giur. Cost. 2016, 4, 1368, pur avendo riconosciuto che detta materia è nella disponibilità legislativa dello Stato, ha anche precisato che ciò non preclude affatto peculiari articolazioni del bilancio regionale fondate sull'esigenza di conformare la programmazione economico finanziaria.

[59] C. Golino, *op. cit.,* p. 25; si è sostenuto che il nuovo impianto entra "*in rotta di collisione*" con i principi costituzionali in materia di regionalismo e autonomia territoriale, così C. Buzzacchi, *Equilibrio di bilancio versus autonomie locali e Stato sociale*, in amministrare.it, 2014, p.75, e che sia espressione di una torsione centripeta, in questi termini invece, cfr. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, *op. cit*., p. 375.

[60] M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2017, 3-4, p. 623 ss., in particolare p. 637. C. Golino, *op. cit.,* p. 25.

dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea", nel rispetto di un'uniformità di disciplina che va riferita a tutte le pubbliche amministrazioni[61].

2.1.1. *La parabola dei limiti alla finanza territoriale autonoma*

Le nuove norme sull'equilibrio di bilancio per un verso introducono limiti che sembrano imporsi in termini di immediata cogenza nei confronti delle amministrazioni territoriali, così limitandone gli spazi di autonomia (limitazione prima mediata dal Patto di Stabilità interno[62] e poi dai vincoli progressivamente posti alla potestà legislativa discrezionale del legislatore dalla Corte Costituzionale); per altro verso esse sembrano poter costituire la base per lo sviluppo di una legislazione statale che, mossa dall'obiettivo di assicurare finanze sane e sostenibili secondo gli impegni assunti in sede sovrastatale, incida - non solo in senso finalistico - sulle scelte di entrata e di spesa degli enti territoriali[63], ma sulla loro concreta azione (si pensi alla disciplina contenente sanzioni per le amministrazioni territoriale che violino le regole di bilancio[64] o a quelle che introducono forme di invalidità negoziale di operazioni finanziarie lesive degli obblighi di sana e prudente gestione finanziaria[65]).

Per scorgere l'incidenza della riforma sull'assetto dei poteri pubblici nella materia che ci occupa, si impone una digressione sull'originario modello di finanziamento delle amministrazioni territoriali. Esso era connotato da un forte controllo centrale delle autonomie, dal peso preponderante dei trasferimenti statali e dall'intermediazione dello Stato nel finanziamento degli investimenti garantito dal monopolio della Cassa depositi e prestiti; tale modello è stato progressivamente superato in favore dell'alternativo sistema c.d. di finanza autonoma[66], contestualmente alla implementazione

[61] Corte Cost., 10.4.2014, n.88, in Foro it. 2015, 2, I, 401.

[62] Il Patto di stabilità interno, adottato con la legge n. 448/1998, all'art 28, è stato modificato e integrato dalle leggi finanziarie che si sono susseguite. Ne è conseguita l'estensione agli enti locali dei vincoli derivanti dall'ordinamento europea.

[63] L. Antonini, *op. loc. ult. cit.,* p. 181 ss. rileva che la crisi economico finanziaria ha condotto in Italia finanche ad una lesione dei principi fondamentali che conformano il rapporto Stato-autonomie territoriali, parzialmente ricomposti negli ultimi anni grazie all'opera della giurisprudenza costituzionale, cfr. p. 183 ss.

[64] Su cui v. *infra* par. 2.2.1.

[65] Il tema è affrontato al Cap. 5, al quale si rinvia.

[66] A partire dagli anni '90 si assiste ad un mutamento dello scenario in cui si trovavo ad operare gli enti locali, il cui risultato sarà appunto il passaggio da un sistema di finanza derivata, ad un sistema invece di finanza autonoma; si osserva che non si tratterebbe di un fenomeno tipico del modello di gestione italiano, difatti "*Nel 1972 gli Stati Uniti aprivano, con il loro Reveneu Sharing Program, una visione della finanza pubblica fortemente caratterizzata*

delle riforme di matrice sovranazionale di rafforzamento dei vincoli di bilancio e dei limiti alla capacità di indebitamento dello Stato. Le istanze sottese ai predetti processi di riforma (quello di decentramento da un lato, e quello ispirato ad una sana gestione delle risorse pubbliche secondo la logica europea dall'altro) appaiono contrapposte.

Il modello di finanza autonoma è difatti coerente con l'evoluzione di un sistema istituzionale ispirato ai principi del decentramento: esso si caratterizza per il riconoscimento ai diversi livelli di governo di autonomia e responsabilità nelle scelte inerenti la propria gestione finanziaria; il riconoscimento di una simile autonomia finanziaria, unitamente alla generale capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazione, costituisce la base teorica della possibilità per gli enti locali, prima finanziariamente dipendenti dallo Stato, di ricercare e reperire sul mercato le risorse necessarie per l'espletamento delle proprie funzioni, per l'erogazione di servizi e per la realizzazione di opere e infrastrutture.

Nel nostro ordinamento l'affermazione del modello di finanza autonoma si è delineato, dapprima a Costituzione invariata, con le riforme iniziate negli anni '90 con la legge n. 142/1990[67] e proseguite con le riforme delle autonomie locali[68], per culminare nella riforma costituzionale della parte seconda titolo V della Costituzione con l'affermazione, all'art. 119, del principio dell'autonomia finanziaria delle amministrazioni territoriali[69]. In questo nuovo scenario, si è assistito alla progressiva riduzione dei trasferimenti statali (che costituivano, fino a quel momento la fonte primaria di finanziamento degli enti locali) e alla progressiva riduzione dell'intermediazione statale nel finanziamento della spesa per investimenti[70].

dai trasferimenti dallo Stato federale ai governi regionali e locali. Venti anni dopo Alice Rivlin, che a quell'impostazione aveva dato pieno appoggio, esprimerà una decisa critica al sistema dell'accentramento e si farà paladino della linea dell'autonomia finanziaria degli States (…) E' una vicenda che vediamo perfettamente riscontrata nel caso italiano: una decisa scelta a favore dell'accentramento nel Tesoro, della raccolta, accompagnata da un forte sviluppo dei trasferimenti agli enti locali, nella seconda metà degli anni '70. E poi, meno di vent'anni dopo, un forte movimento in atto verso l'autonomia di prelievo e di spesa di questi enti, all'interno di un dibattito di grande significato politico sul tema del federalismo": in questo senso, M. T. Salvemini, *Il finanziamento degli enti locali*, in Pubblicazioni Cassa Depositi e Prestiti, 1998, in http://www.cassaddpp.it,.

[67] Legge 8 giugno 1990, n. 142

[68] Legge 15 marzo 1997, n. 59; 15 maggio 1997, n.127; 16 giugno 1998, n.191; 8 marzo 1999 n.50.

[69] Sono molteplici le norme costituzionali che vengono in rilievo con riguardo ai principi e regole inerenti la "*forma di Stato decentrato*" e il principio autonomistico: si richiamano, gli artt. 5, 114, 117,118,119 e 120 della Costituzione.

[70] In tale contesto si sviluppa, da una parte, un costante aumento del ricorso al debito e,

Quanto alle funzioni amministrative, si è assistito invece all'attribuzione di maggiori competenze in favore degli enti locali (quale corollario del principio del decentramento amministrativo), tuttavia non accompagnata da un'adeguata copertura finanziaria, sia per il taglio ai trasferimenti statali, sia per la sostanziale in-attuazione delle regole di cui all'art. 119 Cost. relativamente alla capacità delle amministrazioni territoriali di auto-generare risorse (cioè alla capacità di imposizione tributaria degli enti locali)[71]. L'interazione tra detti elementi (incremento delle funzioni affidate alle amministrazioni territoriali, decremento dei contributi statali e mancata tempestiva attuazione delle norme sul federalismo fiscale) ha sollecitato l'aumento del ricorso all'indebitamento quale fonte di reperimento delle risorse necessarie all'espletamento delle funzioni pubbliche.

L'estensione alle amministrazioni territoriali del modello regolatorio ispirato ad una finanza pubblica nazionale sostenibile - secondo i rigidi parametri numerici stabiliti in sede europea - si è, dapprima, realizzata con il citato Patto di stabilità interno, con cui le autorità territoriali sono state espressamente chiamate a fornire un contributo nella garanzia del raggiungimento della stabilità della finanza pubblica imposta a livello europeo (e ciò in base ad un assunto di fondo, ossia quello secondo cui se lo Stato è obbligato nei confronti dell'Unione Europea al rispetto dei vincoli di carattere finanziario, allora tale ruolo istituzionale giustificherebbe una posizione di preminenza del livello centrale nel governo della finanza pubblica anche in un ordinamento fondato sul principio autonomistico[72]).

dall'altra, la ricerca di soluzioni alternative di procacciamento delle risorse che vede nella finanza innovativa un'importante opportunità, su cui vedi *infra* Cap. 5. In dottrina, a mero titolo esemplificativo: S. Amorosino, *Spunti in tema di strumenti finanziari derivati degli enti locali*, in Il diritto dell'economia, 2007, 2, p. 413 ss; A. M. Dente, *Il reperimento delle risorse mediante gli strumenti di finanza innovativa (seconda parte)*, in La finanza locale, 2006, 3, p. 137 ss; M. Giacomini, *I prodotti derivati negli enti locali*, in *Informator*, 2007, 1, p. 18 ss; G. Marotta, *Indagine sull'uso degli strumenti derivati: referti della corte dei conti*, in La Finanza locale, 2006, 3, p. 96 ss; F. Petronio, *Le indicazioni della Corte dei conti per l'adozione di operazioni di finanza derivata da parte degli enti locali*, ivi, 2008, 3, p. 95 ss; M. Speca, *Profili generali ed elementi di rilievo emersi dalla diffusione degli strumenti derivati da parte degli enti locali*, in Rivista dei tributi locali, 2006, 4, p. 359 ss.

[71] Il tema è ampiamento affrontato da L. Salvini, *Lo stato di attuazione del federalismo fiscale*, in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, *op. cit.*, p. 311 ss.; si v. anche A. D'Atena, *La parabola della finanzia regionale, tra modello costituzionale e esperienze applicative*, *ivi*, p. 289 ss.

[72] V. Cerulli Irelli, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento*, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2006, 5, p. 807, secondo cui spetta allo "*Stato garantire il rispetto dei parametri in sede europea anche circa l'andamento della loro finanza*", correlativamente non sorprende che questo conservi una posizione di preminenza nel governo della finanza

Successivamente è stato affidato alla legge costituzionale n.1/2012 il compito di introdurre il vincolo dell'equilibrio di bilancio, impegnando (attraverso la nuova formulazione dell'art. 119 Cost.) gli enti territoriali all'osservanza dei parametri europei[73].

2.2. *Principio di autonomia finanziaria e vincoli al bilancio e all'indebitamento*

Tra i corollari delle nuove regole di finanza pubblica vi è il divieto di indebitamento, salve le eccezioni espressamente contemplate all'art. 81 Cost., secondo cui "*il ricorso all'indebitamento è consentito al solo fine di considerare gli effetti del ciclo economico e previa autorizzazione della camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*": con una immediata precisazione, e cioè che dette eccezioni non trovano applicazione con riferimento alle amministrazioni locali. Ed infatti nessuna norma costituzionale contempla la possibilità di scostamento delle amministrazioni territoriali dai vincoli relativi al bilancio in considerazione dell'andamento del ciclo economico o per eventi eccezionali, né una simile possibilità è contemplata nella l. n.243/2012 di attuazione del comma 6 dell'art. 81 Cost.

L'art. 9 della legge n. 243/2012, come modificato dalla l. n.164/2016, precisa che "*I bilanci delle Regioni, dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle province autonome di Trento e Bolzano si considerano in equilibrio quando, sia nella fase di previsione che di rendiconto, conseguono un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali, come eventualmente modificato ai sensi dell'art. 10*". Ai sensi del comma 2, qualora si registri un valore negativo del salvo, l'ente adotta le misure di correzione necessarie ad assicurarne il recupero entro il triennio successivo in quote costanti.

Con riferimento al ricorso all'indebitamento l'art. 2 della legge n.164/2016 ha modificato anche l'art. 10 della legge n. 243/2012. Quest'ultima norma, ribadisce che il ricorso all'indebitamento da parte delle Regioni, dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Province autonome di Trento e Bolzano, è consentito solo per finanziare

pubblica anche in un sistema fondato sul decentramento nella gestione delle risorse.

[73] Sulla cui rilevanza ai fini del perseguimento degli obiettivi dell'Ue, cfr. ancora *Ibidem*, secondo cui "*bilanci in equilibrio, ricorso all'indebitamento contenuto entro stretti limiti e sotto controllo, come strumenti ineliminabili per il perseguimento degli obiettivi di crescita stabile, di prezzi stabili, di controllo dell'inflazione, di incremento dell'occupazione, obiettivi che l'Unione Europea s'è posta come quelli caratterizzanti la sua azione*".

spese di investimento, fermi restando i limiti previsti dalla legge dello Stato (per gli enti locali, dall'art. 202 e ss. Tuel; per le Regioni e le province autonome dall'art. 62 co. 6 d.lgs. n.118/2011) e solo con contestuale definizione di piani di ammortamento "*nei quali sono evidenziate l'incidenza delle obbligazioni assunte sui singoli esercizi finanziari futuri nonché le modalità di copertura degli oneri corrispondenti"* per garantire la sostenibilità dell'investimento nel medio-lungo periodo[74].

Il comma 3 dell'art. 10 introduce un'ulteriore condizione, laddove stabilisce che "*le operazioni di indebitamento e quelle di investimento realizzate attraverso l'utilizzo di risultati di amministrazione degli esercizi precedenti sono effettuate sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale che garantiscano il rispetto del saldo di cui all'art. 9 comma 1 del complesso degli enti della regione interessata*". La legge n.164/2016 ha introdotto all'art. 10 il co. 4 ai sensi del quale "*le operazioni di indebitamento non soddisfatte dalle predette intese, sono effettuate sulla base dei patti di solidarietà nazionali*".

L'autonomia finanziaria delle Regioni e degli Enti locali appare limitata anche dalla previsione del concorso delle amministrazioni territoriali alla garanzia della sostenibilità del debito pubblico (art. 12, ma anche artt. 97, 119 co.1 Cost. e art. 5 co. 2 lett. c) legge costituzionale n.1/2012). L'art. 12 della legge n. 243/2012, disciplina tale concorso e il loro contributo al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato[75].

[74] La legge di stabilità n. 145 del 2018 (articolo 1, commi 819, 820 e 824), in attuazione alle sentenze della Corte costituzionale, 29.11.2017, n.247, in Foro it. 2018, 11, I, 3387 e 17.5.2018, n.101, in Giur. Cost. 2018, 3, 1065, ha disposto che le Regioni a statuto speciale, le province autonome e gli enti locali, a partire dal 2019, e le Regioni a statuto ordinario, a partire dal 2021 (in attuazione dell'Accordo sottoscritto in sede di Conferenza Stato-regioni il 15 ottobre 2018), debbano usare il risultato di amministrazione e il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa nel rispetto delle sole disposizioni previste dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118.

[75] La Corte Costituzionale con la citata sentenza n.88/2014 aveva dichiarato costituzionalmente illegittime alcune delle norme impugnate (art. 10 c. 5 e 12 c. 3) nella parte in cui non prevedevano, rispettivamente, che le modalità di attuazione dell'articolo 10 fossero solo di tipo tecnico e che fosse necessaria l'intesa, salvando però altre parti della disciplina su cui si erano appuntati molteplici dubbi di legittimità costituzionale. In particolare, la Corte ha ritenuto infondate le questioni che lamentavano una violazione dell'autonomia finanziaria regionale in ragione della riforma, effettuando un richiamo ai nuovi artt. 81 co. 6 e 97 dove si fa espresso riferimento al principio di sostenibilità, al comma 1 dell'art. 119 e infine all'art. 5 co. 2 lett. b) e c) della legge cost. n.1 del 2012. È stato osservato che con la predetta sentenza si sarebbe di fatto consentita, a Costituzione vigente ispirata all'autonomia finanziaria delle Regioni, una significativa compressione della loro autonomia: in tale senso, si v. A. Brancasi, *La Corte Costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "introduttiva del pareggio di bilancio"*, in Giur. Cost., 2014, 2, p. 1633 ss.

Dalla normativa tratteggiata si ricava che il quadro in cui si colloca l'attività di gestione finanziaria degli enti locali appare caratterizzato da spinte divergenti: da un lato, il riconoscimento costituzionale dell'autonomia finanziaria degli enti locali, il quale postulerebbe sul piano pratico maggiori possibilità per gli stessi di reperire risorse sul mercato dei capitali; dall'altro, la previsione di un complesso di vincoli che limitano il libero dispiegarsi di politiche di reperimento e gestione delle risorse, quale effetto del recepimento dei vincoli di bilancio di matrice sovranazionale. A ciò si aggiunga, quale corollario di un sistema amministrativo decentrato, l'aumento esponenziale dei compiti degli ordinamenti locali, accompagnato dal taglio dei sostegni statali, ma non controbilanciato da un'idonea capacità degli enti territoriali di autoproduzione di risorse mediante la leva tributaria.

2.2.1. *Sanzioni e premi, per la violazione/rispetto dei vincoli di bilancio*

Il comma 475 della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (recante *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019)* ha disciplinato per le pubbliche amministrazioni territoriali - in attuazione dell'articolo 9, comma 4 della legge n.243/2012 citata - le conseguenze derivanti dal mancato conseguimento dell'equilibrio di bilancio[76]. Esse consistono nell'assoggettamento alle riduzioni del fondo sperimentale di riequilibrio o del fondo di solidarietà comunale in misura pari all'importo corrispondente allo scostamento registrato che assicurano il recupero di cui all'articolo 9, comma 2, della legge 24 dicembre 2012, n. 243; tali misure sono applicate nel triennio successivo a quello di inadempienza in quote costanti.

In caso di insufficienza delle risorse, gli enti locali devono versare allo Stato le somme residue di ciascuna quota annuale e, in caso di inadempimento, è previsto che il recupero venga operato mediante le procedure di cui ai commi 128 e 129 dell'articolo 1 della legge 24 dicembre 2012, n.228[77].

[76] Il sistema di sanzioni di cui si tratta è stato oggetto di molteplici impugnazioni in via principale alla Corte Costituzionale: si veda, Corte Cost. 17.5.2018, n.101, in Giur. Cost. 2018, 3, 1065; Id., 9.4.2019 n.77, *ivi*, 2019, 2, 937.

[77] Se ne riporta il testo per comodità espositiva: *"A decorrere dal 1° gennaio 2013 le somme a debito a qualsiasi titolo dovute dagli enti locali al Ministero dell'interno sono recuperate a valere su qualunque assegnazione finanziaria dovuta dal Ministero stesso. Resta ferma la procedura amministrativa prevista dal decreto del Presidente della Repubblica n. 270 del 2001 per la reiscrizione dei residui passivi perenti. Nei soli casi di recuperi relativi ad assegnazioni e contributi relativi alla mobilita' del personale, ai minori gettiti ICI per gli immobili di classe «D», nonche' per i maggiori gettiti ICI di cui all'articolo 2, commi da 33 a 38, nonche' commi*

Inoltre è stabilito che nell'anno successivo a quello dell'inadempimento l'ente:

a) "*non può impegnare spese correnti (per le Regioni al netto delle spese per la sanità) in misura superiore all'importo dei corrispondenti impegni dell'anno precedente, ridotti dell'1 per cento*;

b) *non può ricorrere all'indebitamento per gli investimenti; per le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano, restano esclusi i mutui già autorizzati e non ancora contratti; i mutui e i prestiti obbligazionari posti in essere con istituzioni creditizie o finanziarie per il finanziamento degli investimenti o le aperture di linee di credito devono essere corredati di apposita attestazione da cui risulti il rispetto del saldo di cui al comma 466; l'istituto finanziatore o l'intermediario finanziario non può procedere al finanziamento o al collocamento del prestito in assenza della predetta attestazione*;

c) *non può procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale*".

Il comma 476, in attuazione del criterio di proporzionalità fra sanzioni e violazioni (richiesta al comma 4 lett. b) della legge n.243/2012) ha stabilito un temperamento delle misure sanzionatorie nel caso in cui il mancato conseguimento del saldo risulti "*inferiore al 3% degli accertamenti delle*

da 40 a 45 del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, il Ministero dell'interno, su richiesta dell'ente locale a firma del suo legale rappresentante, del Segretario e del responsabile finanziario, che attesta la necessita' di rateizzare l'importo dovuto per non compromettere la stabilita' degli equilibri di bilancio, procede all'istruttoria ai fini della concessione alla rateizzazione in un periodo massimo di cinque anni dall'esercizio successivo a quello della determinazione definitiva dell'importo da recuperare, con gravame di interessi al tasso riconosciuto sui depositi fruttiferi degli enti locali dalla disciplina della tesoreria unica al momento dell'inizio dell'operazione. Tale rateizzazione può essere concessa anche su somme dovute e determinate nell'importo definitivo anteriormente al 2012. 129. In caso di incapienza sulle assegnazioni finanziarie di cui al comma 128, sulla base dei dati comunicati dal Ministero dell'interno, l'Agenzia delle Entrate, provvede a trattenere le relative somme, per i comuni interessati, all'atto del pagamento agli stessi dell'imposta municipale propria di cui all'articolo 13 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, riscossa tramite modello F24 o bollettino di conto corrente postale e, per le province, all'atto del riversamento alle medesime dell'imposta sulle assicurazioni contro la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, esclusi i ciclomotori di cui all'articolo 60 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, riscossa tramite modello F24.3. Con cadenza trimestrale, gli importi recuperati dall'Agenzia delle entrate sono riversati dalla stessa Agenzia ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato ai fini della successiva riassegnazione ai pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'interno. Nel caso in cui l'Agenzia delle entrate non riesca a procedere, in tutto o in parte, al recupero richiesto dal Ministero dell'interno, l'ente è tenuto a versare la somma residua direttamente all'entrata del bilancio dello Stato, dando comunicazione dell'adempimento al Ministero dell'interno".

entrate finali dell'esercizio del mancato conseguimento del saldo".

Il sistema premiale è contemplato dal comma 479 ed è operativo a decorrere dall'anno 2018, con riferimento ai risultati dell'anno precedente ed è diversamente articolato per Regioni ed enti locali.

Per le Regioni che rispettino il saldo di cui al comma 466 e conseguano un saldo finale di cassa non negativo fra le entrate e le spese finali, si stabilisce l'assegnazione con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, entro il 30 luglio di ciascun anno, delle risorse incassate dal bilancio dello Stato, ciò in diretta applicazione del principio di cui alla lett. c) del comma 4 dell'art. 9 della legge n.243/2012 che prevede la finalizzazione dei proventi delle sanzioni alla erogazione dei premi destinati in favore di quegli enti territoriali, facenti parte del medesimo comparto, che siano però risultati virtuosi, per la realizzazione di investimenti.

Per gli enti locali che rispettino il saldo di cui al comma 466 e che conseguano un saldo finale di cassa non negativo fra le entrate finali e le spese finali, è contemplata, l'assegnazione con decreto del Mef, entro il termine previsto anche per l'erogazione dei premi in favore delle Regioni, delle risorse scaturenti dalla riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio del fondo di solidarietà comunale e dai versamenti e recuperi secondo quanto previsto al comma 475, lettera a), destinate alla realizzazione di investimenti.

2.2.2. Segue*: Il sistema di monitoraggio*

L'apparato sanzionatorio descritto presuppone un idoneo sistema di monitoraggio.

A tale fine, i commi da 469 a 474 dell'art. 1 della citata legge n.232/2016 stabiliscono che gli enti territoriali sono tenuti ad inviare al Ministero dell'economia e delle finanze le informazioni concernenti il saldo di bilancio. Specificamente, ciascun ente è tenuto ad inviare (entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento) un certificato attestante i risultati conseguiti, la cui mancata trasmissione, a prescindere dal rispetto sostanziale del saldo di bilancio, equivale a violazione dell'obbligo dell'equilibrio[78].

Secondo quanto stabilito dal legislatore, nel rispetto del principio della

[78] In applicazione del principio di proporzionalità tra sanzioni e violazioni si prevede che "*Nel caso in cui la certificazione, sebbene in ritardo, sia trasmessa entro il successivo 30 aprile e attesti il conseguimento dell'obiettivo di saldo di cui al comma 466, si applicano, nei dodici mesi successivi al ritardato invio, le sole disposizioni di cui al comma 475, lettera e), limitatamente alle assunzioni di personale a tempo indeterminato*".

gradualità sanzionatoria, decorsi trenta giorni dal termine stabilito per l'approvazione del rendiconto di gestione, senza che l'ente locale abbia provveduto a trasmettere la suddetta certificazione, il presidente dell'organo di revisione economico-finanziaria (nel caso di organo collegiale) ovvero l'unico revisore (nel caso di organo monocratico), in qualità di *commissario ad acta*, provvede, pena la decadenza dal ruolo, all'assolvimento dell'adempimento entro i successivi trenta giorni: se la certificazione è trasmessa dal *commissario ad acta* e attesti il conseguimento dell'obiettivo di saldo di cui al comma 466, si applicano le sole disposizioni di cui al comma 475, lettere e) e f).

Da una simile disciplina si ricava che, al fine di sollecitare l'adempimento dell'obbligo di certificazione, è prevista una specifica sanzione nei confronti del soggetto incaricato della revisione dei conti, ossia la decadenza dal ruolo. Si tratta di una sanzione disciplinare, che discende *ope legis* dalla violazione dell'obbligo previsto dalla norma di nuovo conio. Tale disposizione non chiarisce, tuttavia, chi sia il soggetto tenuto ad irrogare la sanzione né il relativo procedimento.

Per altro verso, invece di equiparare - sotto il profilo sanzionatorio - la mancata certificazione circa il rispetto del saldo di bilancio all'inadempimento del principio dell'equilibrio, è stabilito che, laddove entro il termine di 60 giorni dalla scadenza di quello stabilito per l'approvazione del rendiconto la certificazione pervenga comunque al Ministero, troveranno applicazione le sole sanzioni di cui al comma 475, lett. e) e f). Viceversa, l'ente, astrattamente pur virtuoso e quindi con un saldo di bilancio rispettoso dei vincoli di cui al comma 466, ma inadempiente all'obbligo formale (necessario al fine di consentire l'esperimento dei poteri di vigilanza e controllo da parte del Mef), si troverebbe nella stessa situazione di quello che abbia violato il saldo di bilancio.

2.3. *La tensione tra sovranità statale ed autonomia territoriale nelle decisioni finanziarie*

È nel nuovo quadro costituzionale sopra descritto che la Corte Costituzionale è stata chiamata a valutare gli equilibri nei rapporti finanziari tra Stato ed enti territoriali, mediando tra il ruolo dello Stato come garante di una sana e prudente finanza pubblica allargata e l'autonomia finanziaria delle amministrazioni territoriali chiamate ad espletare, quale espressione del decentramento amministrativo, funzioni e servizi pubblici.

In linea di continuità con l'orientamento che, prima della riforma del 2012 aveva individuato nel carattere finalistico dell'azione statale il limite e la ratio del suo intervento, il giudice costituzionale carica di nuova

responsabilità l'azione del livello di governo centrale che, in quanto custode della finanza pubblica sostenibile, deve anche assicurare una partecipazione razionale e proporzionata delle autonomie territoriali[79]. Sotto tale profilo assume rilievo il limite intrinseco alla discrezionalità del legislatore di ridurre le risorse degli enti territoriali, costituito dalla concreta capacità di erogazione delle funzioni: previsioni normative che in ragione di obiettivi di finanza pubblica sottraggano alla programmazione finanziaria dell'ente territoriale una quantità di risorse tali da rendere incongruente la disponibilità residua con il fisiologico finanziamento delle funzioni, sono considerati in sé tali da comprimere - oltre la misura consentita - l'autonomia finanziaria[80]. Nella declinazione dei parametri costituzionali di riferimento, particolare attenzione è stata data anche al principio di buon andamento che postula, sotto tale profilo, una necessaria coerenza della legge con il complesso delle attività e delle funzioni oggetto di finanziamento[81].

La costituzionalizzazione del vincolo del "*concorso*" delle autonomie territoriali "*ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*" sembra rafforzare il margine di intervento costituzionalmente riconosciuto allo Stato nel governo della finanza pubblica. A tale proposito, è stato osservato che la tendenza attuale sarebbe quella di una "…*crescente ricentralizzazione*…"[82] e di una svolta verso forme di governo accentrate del nostro Paese[83].

Una simile considerazione non sorprende dal punto di vista storico: ed infatti la soluzione tradizionalmente adottata nei sistemi istituzionali di tipo federale (o regionale) per fronteggiare situazioni di crisi è stata proprio

[79] Corte Cost. 11.1.2019, n.6., in Foro it. 2019, 3, I, 723.
[80] *Ibidem*, par. 4.3.
[81] Corte Cost. 29.1.2016, n.10, in Foro it. 2016, 12, I, 3721.
[82] L. Bobbio, *Il sistema degli enti locali*, in Istituto dell'Enciclopedia italiana-Treccani, L'Italia e le sue regioni, Roma, 2015, I, p. 63 ss.
[83] M Cecchetti, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale,* in Federalism.iti, 2012, 24, p. 6; G. Chiara, *Equilibrio di bilancio ed evoluzione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in Forum quad. cost., 2018, p. 1 ss.; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in Rivista AIC, 2014, 1, p. 1 ss.; F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in Riv. Tri. Dir. trib. 2012, 2, p. 350 ss.; G. M. Napolitano, *I nuovi limiti all'autonomia finanziaria degli enti territoriali alla luce del principio del pareggio di bilancio*, in Riv. Giur. Del Mezz., 2013,1-2, p. 91 ss.; *contra*, si v. E. Jorio, *Pareggio di bilancio: le ricadute (o le implicazioni) sui Comuni e sul sistema sanitario*, in Federalismi.it, 2012, 10, p. 7, secondo cui le modifiche all'art. 119 Cost. rappresentano "*non una limitazione all'autonomia finanziaria delle entrate e delle spese, bensì una sua esaltazione da esercitarsi, com'è naturale che sia, nel naturale rispetto dei vincoli economici e finanziari comunitari*".

quella di comprimere la capacità di spesa delle autonomie territoriali[84].

L'elemento di peculiarità, rispetto al binomio sovranità statale/autonomia territoriale, sembra piuttosto da rinvenirsi nella circostanza che il limite all'autonomia finanziaria delle amministrazioni territoriali non sembra posto in favore di esigenze unitarie dell'ordinamento giuridico statale che giustificano (dal punto di vista dei rapporti sovranità/autonomia) una ri-espansione della dimensione sovrana statale (si pensi alle esigenze di tutela dell'unità giuridica e della finanza pubblica tradizionalmente assunte nella giurisprudenza della Corte Costituzionali a valori tali da giustificare "l'accentramento" delle funzioni seppur in un contesto istituzionale autonomistico), bensì ai fini del rispetto degli obblighi di matrice europea ed internazionale in materia di finanza pubblica. Con la specificazione che detti limiti, per effetto dei rinvii contenuti nella Costituzione, penetrano all'interno dell'ordinamento e si traducono in vincoli che si rivolgono non più solo allo Stato, ma direttamente agli enti territoriali sub statali, così erodendo un ulteriore spazio all'apprezzamento sovrano dell'ordinamento, ossia quello afferente alla declinazione all'interno (nei rapporti tra amministrazioni statali e territoriali) degli obiettivi di risparmio.

È vero che una simile erosione è pur sempre avvenuta per effetto di una scelta della Stato sovrano (la modifica costituzionale e i contestuali rinvii all'ordinamento europeo e internazionale) ma è vero anche che una volta adottata la scelta a monte, attraverso la concreta definizione delle modalità di cessione della competenza, lo spazio della scelta sovrana risulta compresso in favore dell'apertura dell'ordinamento verso regole esterne che si impongono ormai non solo più allo Stato persona, ma anche alle sue articolazioni.

3. *Le fonti di rango primario*

3.1. *La normativa sul contenimento della spesa pubblica*

La normativa europea e costituzionale in materia di equilibrio di bilancio e contenimento del debito e disavanzo costituisce la cornice entro la quale si collocano gli interventi legislativi volti alla riduzione e alla revisione

[84] Il precedente cui si fa riferimento quale esempio di accorpamento in favore del livello centrale delle responsabilità in materia di governo dell'economia, è costituito dalle politiche del New Deal realizzate a seguito della depressione del 1929.

della spesa pubblica[85].

Per perseguire gli obiettivi di una sana e sostenibile finanza pubblica, considerata la sostanziale impossibilità di ricorrere alla leva fiscale, la soluzione prescelta si è concretizzata in una azione di riduzione della spesa[86]. È stato istituito un procedimento di verifica della spesa delle amministrazioni statali e la sua progressiva estensione anche alle pubbliche amministrazioni diverse da quelle centrali[87], nonché avviato un percorso per la definizione dei fabbisogni *standard* delle amministrazioni statali[88].

Nel solco di tali esigenze sono state introdotte misure concernenti l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento alla gestione del personale e dei procedimenti di spesa[89], ovvero relative alla dismissione del patrimonio pubblico, la razionalizzazione di uffici pubblici e la riduzione del personale[90], ed ancora concernenti le modalità di acquisto di beni e servizi, nonché norme sui pagamenti e sulle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni[91].

La disciplina in materia di contenimento della spesa pubblica, si connota per la sua incidenza su taluni aspetti essenziali del sistema amministrativo

[85] G. Corso, *La revisione della spesa pubblica. Forme ed effetti giuridici*, in in Riv. Corte Conti, 2015, 1, p. 396 ss.

[86] L'art. 4, comma 1, del d.l.gs n.123/2011 contiene la definizione di spending review: la norma dà peculiare rilevanza alla funzione strategica dell'attività di analisi, finalizzata al miglioramento della efficienza ed efficacia della spesa pubblica in relazione agli obiettivi di finanza pubblica. Sulla *spending review* come categoria normativa si v. T. Prosser, *"An opportunity to take a more fundamental look at the role of government in society": the Spending Review as regulation*, in Public Law, 2011, p. 596 ss. L'importanza del tema della razionalizzazione della spesa pubblica è dimostrato dall'ampio spazio che esso occupa nel dibattito accademico e pubblico, su cui si v. C. Cottarelli, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015; R. Perrotti, *Status quo. Perché in Italia è così difficile cambiare le cose (E come cominciare a farlo)*, Milano, 2016. E. Laterza, razionalizzazione della spesa pubblica. Effetti sugli equilibri finanziari e contributo della magistratura contabile, in *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica*, Atti del LXIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21, 22, 23 settembre 2017, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 318- 339, osserva che la *spending review* in Italia è caratterizzata dall'abbassamento dei livelli di spesa piuttosto che dal perseguimento di una maggiore efficienza e qualità.

[87] Legge 31 dicembre 2009, n. 196.

[88] Cfr. d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111,

[89] Cfr. d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, come convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

[90] Cfr. d.l. 27 giugno 2012, n. 87, come convertito dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, nonché d.l. 7 luglio 2012, n. 95 come convertito, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

[91] Cfr. d.l. 24 aprile 2014, n. 66, come convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

dell'ordinamento; si tratta, difatti, di previsioni normative che incidono sull'organizzazione delle p.a., sull'erogazione dei servizi, sulla autonomia contrattuale delle amministrazioni, con effetti potenzialmente lesivi, come si chiarirà nel corso della trattazione, della sfera di autonomia delle stesse.

3.2. *L'armonizzazione dei sistemi contabili e il principio "costituzionale" di trasparenza del bilancio*

L'esigenza di di assicurare una gestione della finanza pubblica improntata alle regole di sostenibilità, tenuto conto dell'implementazione della *governance* economica europea, ha sollecitato anche la riforma del sistema di contabilità nazionale, che ha *"registrato un deciso salto di qualità con la legge costituzionale n. 1 del 2012 sull'equilibrio di bilancio"*[92].

Più precisamente, al fine di adeguare il sistema di contabilità pubblica delineato nella l. n.196/2009, alle novità introdotte con la riforma costituzionale n.1/2012 e con la legge rinforzata n.243/2012, nel 2016, il legislatore ha adottato quattro atti normativi che intervengono su vari aspetti che regolano il governo della finanza pubblica e che riguardano: la programmazione degli obiettivi di finanza pubblica e i relativi documenti; il controllo parlamentare sulla spesa e il sistema dei controlli; la struttura del bilancio.

Come osservato dai primi commentatori, "*l'introduzione di profonde innovazioni al sistema normativo della contabilità pubblica è un'esigenza sospinta da un duplice ordine di motivazioni: favorire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche in relazione agli effettivi bisogni dei cittadini e assicurare l'equilibrio dei conti, in un'accezione che tiene conto del contesto congiunturale (ciclo economico)*"[93].

La previsione di una tassonomia contabile comune per le amministrazioni pubbliche risponde all'esigenza di rendere disponibili - e quindi comparabili - i dati di bilancio delle amministrazioni appartenenti al medesimo livello di governo nonché degli enti territoriali, al fine ultimo di assicurare il rispetto degli obiettivi parametrici di derivazione europea[94]. In questo senso, la

[92] M. Nardini, *La legge n. 163 del 2016 e le prime prassi applicative della nuova legge di bilancio*, in Dir. Pubbl., 2, 2017, p. 515 ss.

[93] G. Lo Conte, *op. cit.*,p. 766; sul tema cfr. anche G. Rivosecchi, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in Servizio Studi, Corte Costituzionale, 2016, reperibile sul sito www.cortecostitutzionale.it.

[94] La riforma del sistema della finanza pubblica è stata realizzata con la legge n.196 del 2009, entrata in vigore il 1° gennaio 2010, che all'art. 1, comma 1 enuncia il principio secondo cui *"Le amministrazioni pubbliche concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti*

Corte Costituzionale ha rilevato che "*l'armonizzazione dei bilanci pubblici è finalizzata a realizzare l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi quali la programmazione economico–finanziaria, il coordinamento della finanza pubblica, la gestione del federalismo fiscale, le verifiche del rispetto delle regole comunitarie, la prevenzione di gravi irregolarità idonee a pregiudicare gli equilibri dei bilanci*"[95]. Sotto il profilo teleologico la legislazione sull'armonizzazione dei bilanci stabilisce i

dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità. Il concorso al perseguimento di tali obiettivi si realizza secondo i principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica". L'art. 2 della legge ha conferito delega al Governo per l'emanazione, entro un biennio, di uno o più decreti legislativi per il perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 1: "*Per consentire il perseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 1, il Governo è delegato ad adottare, entro il 31 maggio 2011, uno o più decreti legislativi per l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche, ad esclusione delle regioni e degli enti locali, e dei relativi termini di presentazione e approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica. I sistemi e gli schemi di cui al primo periodo sono raccordabili con quelli adottati in ambito europeo ai fini della procedura per i disavanzi eccessivi. 2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono emanati nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi: a) adozione di regole contabili uniformi e di un comune piano dei conti integrato al fine di consentire il consolidamento e il monitoraggio in fase di previsione, gestione e rendicontazione dei conti delle amministrazioni pubbliche; b) definizione di una tassonomia per la riclassificazione dei dati contabili e di bilancio per le amministrazioni pubbliche tenute al regime di contabilità civilistica, ai fini del raccordo con le regole contabili uniformi di cui alla lettera a); c) adozione di comuni schemi di bilancio articolati in missioni e programmi coerenti con la classificazione economica e funzionale individuata dagli appositi regolamenti comunitari in materia di contabilità nazionale e relativi conti satellite, al fine di rendere più trasparenti e significative le voci di bilancio dirette all'attuazione delle politiche pubbliche, e adozione di un sistema unico di codifica dei singoli provvedimenti di spesa correlati alle voci di spesa riportate nei bilanci; d) affiancamento, ai fini conoscitivi, al sistema di contabilità finanziaria di un sistema e di schemi di contabilità economico-patrimoniale che si ispirino a comuni criteri di contabilizzazione; e) adozione di un bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società o altri organismi controllati, secondo uno schema tipo definito dal Ministro dell'economia e delle finanze d'intesa con i Ministri interessati; f) definizione di un sistema di indicatori di risultato semplici, misurabili e riferiti ai programmi del bilancio, costruiti secondo criteri e metodologie comuni alle diverse amministrazioni individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri*". La delega ha trovato attuazione con il d.lgs. n.91/2011. La legge è stata più volte modificata per adeguarne il contenuto ai vincoli europei: in dottrina, G. Lo Conte, *La riforma della contabilità pubblica*, in Giorn. Dir. Amm., 2016, 6, p.765 ss; R. Loiero (a cura di), *Commentario alla nuova legge di contabilità e finanza pubblica*, Roma, 2010; B. Mazzotta, *La nuova legge di contabilità e finanza pubblica*, in S. Romanazzi, Legge quadro in materia di contabilità e finanza pubblica. Atti dell'incontro di studio (Bari, 19 ottobre 2009), Roma, 2010, p. 17 ss.

[95] Corte Cost., 20.7.2016, n.184, in Giur. Cost., 2016, 4, 1368.

presupposti per consentire il controllo dei conti pubblici nazionali nonché verificare il rispetto dei vincoli sovranazionali. Pur avendo sottolineato la natura indefettibile delle esigenze sottese all'armonizzazione dei conti pubblici, in quanto premessa della custodia di una finanza pubblica allargata sana e sostenibile, la Corte Costituzionale ha però precisato che le finalità di tale disciplina non precludono "*peculiari articolazioni di bilancio regionale fondate sull'esigenza di scandire la programmazione economico-finanziaria nelle procedure contabile e le modalità analitiche di illustrazione di progetti e di interventi*", in tal modo arginando eventuali derive in senso centralistico.

L'esigenza di migliorare la trasparenza dei conti pubblici, cui è preordinata l'armonizzazione dei sistemi contabili avviata con il d.lgs. n.118/2011 e il d.lgs. n.91/2011 (bilancio consolidato delle pubbliche amministrazioni), trova corrispondenza nella normativa europea (direttiva 2011/85/Ue del Consiglio dell'8 novembre 2011), relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, secondo cui "*gli Stati membri si dotano di sistemi di contabilità pubblica che coprono in modo completo e uniforme tutti i sotto settori dell'amministrazione pubblica e contengono le informazioni necessarie per generare dati fondati sul principio di competenza*". La Direttiva citata ha anche richiesto che il controllo sulle regole di bilancio degli Stati si fondi su un'analisi affidabile eseguita da organismi indipendenti[96]: in questo senso, l'armonizzazione appare funzionale a consentire meccanismi di controllo accentrato della spesa, a loro volta atti ad assicurare il rispetto dei vincoli europei di finanza pubblica[97].

[96] Ciò ha portato alla istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio. Per un commento sul tema si veda A. Vernata, *L'ufficio parlamentare di bilancio: tra virtualità ausiliarie e soggettività eurounitaria*, in Dir. Pubbl., 2, 2017, p. 469 ss; M. T. Salvemini, *Poteri di bilancio e sistema istituzionale italiano. L'organismo indipendente per l'analisi e la verifica degli andamenti dei conti pubblici*, in AA. VV. Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità, Atti del 58° Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre, 2012, Milano, Giuffrè, p. 379 ss.

[97] In questo senso si v. L. Mercati, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in Federalismi.it, 2014, 2, p. 4-5, la quale osserva che *"l'armonizzazione risponde al fine di garantire la leggibilità secondo uno stesso linguaggio delle informazioni contenute nei bilanci pubblici e di consentire il superamento della frammentazione degli schemi e dei principi adottati dai soggetti istituzionali che compongono l'aggregato di riferimento della finanza pubblica; è evidente che (anche) attraverso l'armonizzazione, si tendono a soddisfare le pressanti esigenze informative connesse alle regole comunitarie, con particolare riferimento al patto di Stabilità e crescita e alle procedure sui disavanzi eccessivi da esso previste"*. Cfr. anche B. Mazzotta, A. Passaro, *L'armonizzazione contabile in Italia: stato dell'arte e tendenze evolutive nella prospettiva della Ragioneria Generale dello Stato*, in the Harmonization of Government accounting and the role of Ipsas, a cura di M. D'Amore, Milano, McGraw-Hill, 2008.

In effetti, la trasparenza del bilancio - come valore necessario - trova sempre maggiore attenzione nella giurisprudenza Costituzionale che, in più occasioni, ha ribadito la necessità che i bilanci delle pubbliche amministrazioni siano intellegibili in funzione non solo della giustiziabilità del bilancio e delle regole che esso conformano[98], ma anche ai fini della responsabilità politica delle scelte assunte nonché dell'accessibilità delle informazioni da parte della comunità degli amministrati[99].

Emerge dalle citate pronunce della Corte Costituzionale la consapevolezza del nesso intercorrente tra il bilancio e il principio democratico[100], di cui la *trasparenza* (sia laddove riferita alla tecnica normativa, cioè alla necessità di un ordito normativo chiaro, sia con riferimento - ma si tratta di una conseguenza naturale del primo assunto - all'accessibilità dello stesso alla comunità degli amministrati) ne costituisce presupposto indefettibile; il nesso appena rilevato sembra mettere, però, in crisi la pretesa di "neutralità" delle regole fiscali, neutralità intesa come indifferenza rispetto agli interessi in gioco o, comunque, come non necessità di un loro apprezzamento "politico" ai fini della determinazione delle scelte di bilancio. Un nesso invero già colto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, la cui valorizzazione nel nostro ordinamento sembra costituire, nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, una clausola di salvaguardia avverso derive formalistiche che riducono la disciplina della dimensione finanziaria statale a mero complesso di norme quantitative, automatiche e dotate di pretesa razionalità propria.

Per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, diverse da quelle statali e territoriali, con esclusione dei loro enti ed organismi strumentali e degli enti del Servizio sanitario nazionale, la disciplina sull'armonizzazione dei bilanci è contenuta nel decreto legislativo n.91/2011, attuativo dell'articolo 2 della legge n.196/2009. Il processo di armonizzazione contabile delle amministrazioni territoriali è stato, invece, definito con il decreto legislativo 118/2011, in attuazione della legge delega 5 maggio 2009, n. 42, recante i princìpi e i criteri direttivi per l'attuazione del federalismo fiscale. Il decreto si applica alle Regioni a statuto ordinario e agli Enti locali.

[98] Corte Cost. 29.11.2017, n.247, in Foro it. 2018, 11, I, 3387.
[99] *Ibidem*; si veda anche Corte Cost. 17.5.2018, n.101, in Foro it. 2018, 11, I, 3382; Corte Cost. 14.2.2019, n.18, in Dir. & Giust., 2019, 15 febbraio; Corte Cost. 28.1.2020, n.4, *ivi,* 30 gennaio 2020.
[100] Cfr. M. Bergo, *Coordinamento della finanza pubblica e autonomia territoriale. Tra armonizzazione e accountability,* Napoli, Ed. Sc., 2018, p. 143.

4. *Le implicazioni della costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio*

4.1. *L'erosione della capacità di autodeterminazione finanziaria dei poteri pubblici domestici*

L'elemento di peculiarità che si rinviene nel fenomeno descritto riguardo ai vincoli alle politiche economiche e di bilancio dello Stato affonda le sue radici in un dato poco evidenziato nella letteratura in materia, e cioè che la limitazione all'esercizio delle competenze - prima appannaggio esclusivo dell'ordinamento nazionale - non ha seguito i paradigmi dell'art. 11 Cost. Per un verso, tale limitazione delle competenze in materia di politica economica e di bilancio non è avvenuta in *"condizioni di parità con gli altri Stati"*: ed infatti il potere di autodeterminazione dello Stato appare diverso a seconda del peso politico ed economico dell'ordinamento cui ci si riferisce, sino ad essere totalmente compresso nel caso di stipulazione di patti bilaterali aventi ad oggetto il trasferimento di spazi di sovranità in cambio di sostegno finanziario. Per altro verso, detta limitazione non è avvenuta neanche in favore di un ordinamento sovranazionale, bensì appare frantumata in favore di istituzioni internazionali, oppure in favore delle istituzioni Ue, ma secondo meccanismi procedurali e decisionali del tutto particolari che, attraverso la formalizzazione di quelle regole in accordi intergovernativi, rifuggono dal complesso di garanzie procedimentali e giurisdizionali stabilite dall'ordinamento dell'Ue.

Sul versante interno, il meccanismo che ha assicurato la penetrazione dei vincoli extra statali è stato quello della modifica costituzionale diretta degli articoli 81, 97, 117, 119, accompagnata dal contestuale rinvio all'ordinamento giuridico europeo. La necessità di una simile modifica costituzionale appare il portato della impossibilità, sotto il profilo formale, di riferirsi a diverse disposizioni (art. 11 o 117 Cost.) per assicurare la cogenza all'interno dei vincoli assunti in sede sovra statale. È infatti per effetto dell'ipostatizzazione in Costituzione di concetti che derivano il loro contenuto da fonti extra ordinamentali che si è assicurata la loro penetrazione all'interno del sistema giuridico nazionale; a tale proposito è utile notare che, sia l'art. 97, comma 1 Cost., che le disposizioni contenute nella citata legge n.243/2012 contengono rinvii alle fonti extra statali o meglio *"all'ordinamento giuridico europeo"*. Si è però dimostrato che le fonti di regolazione della materia non sono tutte collocabili all'interno della cornice istituzionale dell'Ue: certamente non lo sono quelle che hanno previsto l'obbligo per gli Stati contraenti di introdurre nei propri

ordinamenti disposizioni che rendessero quello regole cogenti, ossia il patto Europlus e il Fiscal Compact, entrambi trattati internazionali esterni all'ordinamento Ue, né lo sono quelle che hanno istituito il meccanismo di sostegno finanziario degli Stati dell'Ue.

Tra le implicazioni formali della peculiare stratificazione delle fonti in materia di regolazione della finanza pubblica vi è quello dell'arretramento sia delle forme di responsabilità politica (essenzialmente neutralizzata tramite il riferimento ad un complesso di regole quantitative ed economiche che costituirebbero il fondamento - neutrale - delle decisioni di politica economica e di bilancio), sia delle forme di tutela giurisdizionale: l'asse tra i vincoli europei e il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio appare potenzialmente in grado di marginalizzare la rilevanza dell'intervento del giudice costituzionale, quanto alla possibilità (tutte le volte che vengono in rilievo misure sovra statali adottate per finalità di tutela degli equilibri finanziari) di attivare il meccanismo dei contro-limiti avendo, quelle regole di matrice europea, assunto formalmente la veste di regole costituzionali interne. La problematicità di un simile rilievo emerge in tutta evidenza in un contesto in cui, come già visto, la Corte di Giustizia dell'Ue tende a negare l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali alle decisioni assunte nei confronti degli Stati sottoposti ad assistenza finanziaria[101], mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo si è mostrata fino ad ora piuttosto deferente rispetto alle legislazioni nazionali adottate per far fronte alla crisi[102].

[101] Secondo A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in La legge dei numeri, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara Rovigo, 1-2 ottobre 2015, p. 68, *"I Memorandum seguono tutti un identico schema: includono impegni a diminuire uscite, a incrementare le entrate e a liberalizzare i mercati, incluso quello del lavoro. Tra gli impegni del primo tipo spiccano le misure volte a contenere la spesa pensionistica e sociale, compresa ovviamente quella per la sanità e l'istruzione, a congelare o ridurre la retribuzione dei pubblici dipendenti, e in genere a ridimensionare la Pubblica amministrazione."*

[102] Cfr. Corte Edu, 8.10.2013, *Da Conceicaoa Mateus c. Portogallo*, in https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx%3Fp%3Dapplicants/ita%26c%3D+&cd=2&hl=it&ct=clnk&gl=it, in cui la Corte ha affermato la legittimità delle misure di austerity con le quali era stata prevista da parte del legislatore portoghese per il 2012 una riduzione dei sussidi feriali e natalizi per i soli pensionati pubblici (già giudicata incostituzionale dalla Corte Costituzionale Portoghese che però ne aveva fatti salvi gli effetti per il 2012). Il giudice ha fatto applicazione della dottrina del "margine di apprezzamento", ritenendo che in tema di violazione di diritti pensionistici lo Stato dispone di un elevato tasso di discrezionalità nel valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla loro rideterminazione: tale discrezionalità incontra un limite nel ragionevole e giusto equilibrio tra esigenze della collettività (interesse comune al risanamento delle finanze pubbliche) e tutela dei diritti

L'evoluzione normativa e dell'assetto dei rapporti tra poteri che si è tratteggiata nelle precedenti pagine sollecita quindi alcune riflessioni.

La prima riguarda la scelta di introdurre nella fonte suprema dell'ordinamento la regola dell'equilibrio di bilancio.

Esclusa l'esistenza di un obbligo giuridicamente vincolante per lo Stato (ferma restando l'innegabile sollecitazione e preferenza politica da parte dei paesi più forti per l'inserimento nella Legge fondamentale del principio del pareggio di bilancio) di inserire in Costituzione le regole anzidette (né il Patto Europlus né il Fiscal Compact contemplavano un simile obbligo[103]), l'opzione di cui si discute è stata comunemente ricondotta ad una precisa esigenza ovvero quella di ricostituire agli occhi dei mercati finanziari la "reputazione" (appunto finanziaria) del Paese[104], cercando di circoscrivere gli effetti speculativi sui titoli del debito pubblico derivanti da un basso livello di rating che, come noto, si riverbera sui tassi di interesse e quindi sul costo dei titoli. Questo fenomeno fa sì che, da un lato, lo Stato abbia visto scemare la propria sovranità sulla gestione del debito e, dall'altro, che lo Stato debba occuparsi del rilievo fondamentale assunto dalla propria reputazione e credibilità nei confronti degli investitori, alla pari di qualsiasi altro operatore economico che intenda rivolgersi al mercato per finanziare la propria attività[105].

dei singoli. Nel caso di specie, le misure erano state adottate in una situazione economica estrema, erano limitate nel tempo e comunque i tagli non incidevano sulla pensione base: la Corte ha quindi concluso che era stato rispettato il giusto equilibrio tra i due interessi contrapposti; nello stesso senso, *Id.*, 7.5.2013, *Koufaki e Adedy c. Grecia*, secondo cui le misure erano state adottate *"by the existence of an ecceptional crisis without precedent"*; *Id.*, 6.12.2011, *Mihaies e Sentens c. Romania*.

[103] M. Luciani, *op. loc. ult. cit.*, p. 6.

[104] In questo senso, cfr. A. Brancasi, L*'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione, op. cit.*, p. 1 ss., nonché C. Bergonzini, *op. loc. ult. cit.*, p. 149 secondo cui una spiegazione plausibile della permanenza nel titolo della legge costituzionale n. 1 del 2012 dell'espressione "pareggio di bilancio" (sebbene nel testo della riforma l'espressione sia scomparsa a favore della più flessibile formula di "equilibrio") sarebbe rinvenibile *"nell'intento del Governo italiano di giovarsi del c.d. effetto annuncio nei confronti dei partner europei e degli investitori internazionali, per recuperare credibilità in un momento di estrema debolezza sui mercati finanziari". Contra,* G. Cabras, *Il pareggio di bilancio in Costituzione; una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in www.forumcostituzionale.it, 27 gennaio 2012, p. 1 ss., secondo cui la riforma costituzionale è volta a "*conferire la valenza costituzionale alla disciplina dei Trattati Ue in materia finanziaria*"; "*associare l'Italia ai Paesi Europei che hanno già riformato in tal senso le proprie costituzioni"; "segnare una discontinuità nel governo della finanza pubblica*" (4). In quest'ultimo senso v. anche, M. Luciani, *Indagine conoscitiva delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Bilancio*, seduta di lunedì 17 ottobre 2011, resoconto stenografico, pp. 9-11.

[105] Osserva A. Carrino, *op. cit.,* p. 168 che *"i fenomeni di internazionalizzazione*

La scelta di riformare la Costituzione - sotto la spinta dell'emergenza della crisi economica e della necessità di riabilitare l'immagine dello Stato di fronte ai mercati - appare discutibile ed in contrasto con la stessa "*struttura logica delle Costituzioni rigide*" e con la "*pretesa di tenuta assiologica*" che le caratterizza[106] (si afferma difatti che "*le costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale, nel senso che ambiscono a prescrivere le regole del giuoco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella costituzione, nella sua specifica identità sostanziale dureranno*"[107]).

Essa è stata anche ascritta, secondo una diversa prospettiva, ad un naturale sviluppo di quello che è stato definito il "costituzionalismo europeo", concepito come una Costituzione parziale o complementare che, assieme alle Costituzioni degli Stati membri, forma uno spazio costituzionale comune articolato per principi[108], quindi aperto anche a

dell'economia hanno attaccato e messo in crisi solo di riflesso la sovranità dello Stato, perché oggetto primo di questo attacco è stata in realtà l'autonomia decisionale delle politiche statali … ciò che è in crisi è la sovranità economica dello Stato".

[106] M. Luciani, *op. ult. cit.,* p. 33; si v. anche L. Fantacci – A. Papetti, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in Costituzionalismo.it, 2, 2013, p. 26 in cui si evidenzia che le misure di contrasto alla crisi sono connotate per rivolgersi "*non tano a risanare le finanze pubbliche dei paesi in difficoltà, quanto a riguadagnare la credibilità loro e dell'interna Unione*"; nello stesso senso cfr. anche A. Vernata, *op. cit.,* p. 470.

[107] M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in Dir. Soc., 2009, p. 24.

[108] Sul punto cfr. A. Von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, 2011, il quale osserva, con riferimento all'integrazione tra Unione europea e Stati membri, che "*il diritto costituzionale dell'Unione dipende dalle Costituzioni degli Stati membri molto più di quanto accade in uno Stato federale. Allo stesso tempo neppure le Costituzioni degli Stati membri possono essere comprese in modo adeguato se non si considera anche la Costituzione dell'Unione Europea*". Il tema delle modalità formative e soprattutto evolutive di una Costituzione europea può essere in questa sede solamente accennato: se da un lato non può che convenirsi sulla esistenza di un nucleo originario di matrice costituzionale rappresentato dal diritto primario dell'Unione (*Ibidem,* p. 22 ss.), resta comunque irrisolta sul piano dogmatico la questione della reciproche interrelazioni tra Costituzioni nazionali e principi costituzionali comuni europei, che oscilla tra la tradizionale proposizione dell'identità storico-politica del concetto di Stato e positivizzazione delle sue norme fondamentali (sicchè non può esistere una costituzione senza Stato), e le tensioni del neocostituzionalismo che articola l'idea di costituzione in base a valori condivisi e principi (che non costituiscono quindi frutto di una matrice rappresentativa del circuito democratico, quando l'espressione condivisa di dottrine che trovano fondamenti comuni), i quali non esplicano solamente una funzione conoscitiva, ma *"formano figure argomentative per una applicazione creativa del diritto"* (con la conseguenza che più che la dimensione sociale e la legittimazione democratica per la postulazione dei principi contano le dinamiche politiche e l'orientamento delle corti – in

sollecitazioni congiunturali o politicamente funzionali (in questo senso può essere letta la sollecitazione ad introdurre il principio del pareggio di bilancio nelle fonti di rango costituzionale degli ordinamenti domestici[109]).

Va a tale proposito osservato che il principio del pareggio di bilancio non sembra rientrare nelle tradizioni costituzionali comuni degli ordinamenti, soprattutto quelli connotati da un forte Stato sociale[110], ma appare piuttosto riconducibile al modello neoliberale proprio di alcuni Paesi dell'Unione europea.

4.1.2. *La sovranità statale alla prova dei vincoli di bilancio*

A valle dell'analisi sin d'ora compiuta, ci si deve interrogare sulle implicazioni derivanti dalla scelta di introdurre nella Carta Costituzionale nozioni quali "l'equilibrio di bilancio", "l'indebitamento", il "ciclo economico" "la sostenibilità del debito pubblico", accompagnata dal rinvio alle regole dell'ordinamento dell'Ue.

Una prima conseguenza, si direbbe quasi naturale, è che concetti economici per effetto della loro collocazione formale in una norma (addirittura di rango costituzionale) acquistano un valore giuridico: da un lato, perdono la connotazione squisitamente politica dei limiti che essi rappresentano (derivante dalle obbligazioni contratte a livello sovranazionale dallo stato[111]) e penetrano nell'ambito dell'intero ordinamento vincolando lo Stato e le sue articolazioni a una gestione equilibrata e sostenibile delle proprie risorse; dall'altro, sembrano segnare la formalizzazione all'interno dei precetti costituzionali di dottrine tipicamente economiche.

Quanto al primo fenomeno ("giuridificazione" di concetti tipicamente

particolare di quelle europee – per l'enucleazione e la cristallizzazione dei relativi valori). Sul tema v. in particolare A. Carrino, *Il suicidio dell'Europa*, *passim*.

[109] Consiglio europeo dell'8-9 dicembre 2011.

[110] Osserva V. Bogdandy, *Il diritto europeo oltre l'Unione sempre più stretta*: *ricostruzione del concetto e della metodologia comparativa della Corte di giustizia*, in il Dir. dell'Un. Eur., 2017, 1, che "*tradizionalmente l'obiettivo primario del diritto europeo è sempre stato quello di sviluppare l'integrazione europea, un'unione sempre più stretta" ossia "l'integrazione attraverso il diritto". L'Autore ritiene questo approccio superato e propone di sostituire l'idea di integrazione con quella di spazio giuridico europeo la cui essenza non è più protesa "verso una convergenza sempre maggiore. Sebbene esistano campi in cui c'è una cultura comune, non bisogna tuttavia sottovalutare le situazioni opposte. … L'eterogeneità è un fenomeno reale all'interno dell'Ue pur sempre all'interno di un quadro istituzionale comune*".

[111] Cfr. M. Luciani, *La riforma dell'articolo 81 della Costituzione*, *op. cit.*, p. 460; sul rapporto tra tecnica e politica, nel senso che la pretesa oggettività dei concetti economici (trasposti in regole tecniche) possono sottendere una dimensione assiologica (ricadendo nella sfera dell'opportunità politica), v. C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Milano, Giuffrè, 1986.

economici), il problema che si pone risiede nella loro effettiva vincolatività (o meglio della vincolatività dei procedimenti reattivi alla violazione del precetto).

Non può condividersi la tesi secondo cui la riforma costituzionale di cui si discute sia stata irrilevante "*in quanto l'obbligo di pareggio di bilancio era già operante nel diritto dell'unione; e questo, in base a consolidati principi, ha valore prioritario sul diritto interno*"[112]; ed infatti, la ipostatizzazione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio modifica l'ordinamento giuridico vigente e "*introduce parametri che il nostro giudice costituzionale può ora far valere in sede di sindacato di costituzionalità delle leggi*"[113].

Si pensi, per fare un noto esempio, alla decisione del 9 febbraio 2015 n.10, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. Robin Tax solo per il futuro, onde evitare una lesione dell'equilibrio di bilancio. Intanto la graduazione degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale è stata possibile in quanto è stata introdotta in Costituzione una specifica disposizione a tutela dell'interesse finanziario costituito dall'equilibrio di bilancio[114].

Si dimostrerà, inoltre, nel corso della trattazione, che proprio il nuovo quadro costituzionale ha costituito il fondamento del riconoscimento di un rinnovato ruolo della Corte dei Conti, tanto da indurre la Corte Costituzionale a delineare secondo una inedita connotazione sostanziale le funzioni di tale organo, nonché la dottrina a rinvenire nuovi spazi per la definizione dei limiti esterni della sua giurisdizione[115].

Quanto al secondo fenomeno (potenziale adesione ad una certa dottrina economica) si pone un problema di attribuzione di significati a concetti economici che sono naturalmente dotati di margini di opinabilità, suscettibili

[112] G. L. Tosato, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, relazione tenuta al convegno ARSAE/LUISS su "Costituzione e «pareggio» di bilancio", svoltosi a Roma il 18 maggio 2012, in Studi sull'integrazione europea, 2012, p. 1 ss.

[113] *Ibidem,* p. 30.

[114] La letteratura italiana su questi temi è particolarmente vasta. Per un commento alla sentenza, a mero titolo esemplificativo, si v. R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività*, in Federalismi.it, 2015, p. 4; R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, A. Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015,* tutti pubblicati in Forum di Quad. Cost., 2015, p. 3 ss.; M. Caredda e M. Ruotolo, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in Rivista AIC, 2015, p. 2.

[115] Cfr. *infra* Cap. 5, Sez. I e II.

di variazioni sostanziali e, addirittura, connotati da intrinseca volatilità.

L'unico criterio - che tuttavia non appare seguire un metodo definitorio dogmaticamente corretto - è che il significato dei concetti di equilibrio e di sostenibilità devono essere ricostruiti alla luce delle disposizioni sovranazionali in materia di governo della finanza pubblica. Ciò sia in quanto il principio del primato del diritto dell'Ue, da un lato, (per quanto concerne le fonti ascrivibili all'ordinamento in questione) e le norme in materia di adattamento dell'ordinamento del diritto interno al diritto internazionale (per quanto riguarda il Fiscal Compact), dall'altro, impongono una lettura delle disposizioni interne, conforme alle fonti che ne hanno sollecitato l'introduzione; sia, perché l'art. 2, comma 1, lett. d) della legge n.243/2012, nel definire il saldo strutturale di bilancio, fa riferimento al "*saldo del conto consolidato corretto per gli effetti del ciclo economico al netto delle misure una tantum e temporanee e, comunque, definito in conformità all'ordinamento dell'Unione europea*".

Nell'ambito delle norme europee, il significato dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico va individuato, quindi, non solo in atti di diritto derivato (quali il Six Pack e il Two Pack) ma anche, per il loro tramite, nelle indicazioni periodiche della Commissione e del Consiglio Ue, all'esito del monitoraggio sugli andamenti delle economie nazionali. Si deve notare sotto tale profilo che il senso attribuibile a formule giuridiche che traspongono concetti prettamente economici sfugge ad una tassonomia definitoria che tenga conto del rispetto formale del rapporto tra fonti (ancorché appartenenti a plessi ordinamentali diversificati, quali quello europeo e quello nazionale): anzi, sfugge per definizione a una qualsiasi qualificazione formale dotata del carattere di stabilità, dal momento che l'equilibrio e la sostenibilità attengono a profili quantitativi variabili nel tempo e soprattutto oggetto di pratiche di analisi e concertazione che non appartengono più alla sola sovranità dello Stato.

L'equilibrio di bilancio coincide (in virtù del rinvio all'ordinamento dell'Unione europea) con il rispetto degli obiettivi europei così come interpretati e attuati in base ai documenti di programma elaborati dalle istituzioni europee[116]: se l'osservanza delle regole costituzionali è legata ad obiettivi che non consistono nel semplice equilibrio di bilancio, ma si fondano sull'adattamento del bilancio alle esigenze del ciclo[117], deve anche riconoscersi che la definizione di questi parametri è sottoposta alla decisione esterna delle istituzioni europee.

[116] Corte dei Conti, Sez. Riun. Controllo, Indagine conoscitiva sulle prospettive di riforma degli strumenti delle procedure di bilancio, Roma, giungo, 2015, in www.cortedeiconti.it.
[117] M. Luciani, *op. cit.,* p. 459 ss.

Muovendo da questa premessa si può rilevare che la previsione dell'equilibrio di bilancio contenuta nell'art. 81, in luogo del pareggio, non costituisce un elemento di flessibilità che rende in qualche modo meno cogente il perseguimento del "pareggio": l'equilibrio, proprio perché diverso dal concetto contabilistico del pareggio, non è puntualmente declinato né in Costituzione, né nella legge rinforzata (che si limita a disciplinare gli aspetti procedurali, salvo che per gli enti territoriali per i quali è prevista una puntuale declinazione dell'equilibrio in termini di pareggio di bilancio); esso deriva, sotto il profilo sostanziale, dalla concreta applicazione nell'ambito dell'ordinamento interno, e per la sessione di bilancio cui si riferiscono, delle decisioni che saranno prese e concordate in sede europea[118]. Con la conseguenza che la funzione di indirizzo in ordine all'allocazione delle risorse, rischia di degradare da atto politico teso a ricomporre il conflitto sociale[119], a

[118] Si condivide sotto tale profilo la tesi sostenuta da M. Nardini, *La legge n.243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio, op. cit.,* p. 21 ss, secondo cui "*in sostanza il problema della rigidità di siffatto parametro e della sua declinazione o meno al pareggio tout court è da ricondurre non tanto alle scelte di politica economica interna, quanto alle decisioni che saranno prese, di volta in volta, in sede europea*". Nello stesso senso, *Id, La legge n.163 del 2016 e la nuova legge di bilancio, op. cit.,* p. 546 in cui ai argomenta che l'equilibrio di bilancio è "*volto a conformare la decisione di bilancio nazionale agli obiettivi medio termine concordati con le istituzioni UE…Di ciò si trova conferma esaminando la legge n.243 del 2012 che, mediante una sorta di rinvio mobile all'ordinamento europeo ha chiarito la portata del principio dell'equilibrio che il legislatore costituzionale aveva introdotto nel 2012 ricorrendo a formule opache e che lasciano margine di incertezza interpretativa …*".

[119] Il bilancio nazionale diviene in questo senso il riflesso di scelte maturate in seno all'Europa e vede progressivamente sbiadire la sua funzione di strumento in cui si sintetizzano e trovano composizione gli interessi confliggenti. Sul bilancio come strumento di contemperamento di opposti interessi, si v. C. Forte, *Presentazione* in R. Gneist, *Legge e bilancio* e G. Jellinek, *Legge e decreto*, Milano, 1997, VI ss. Cfr., inoltre, G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, p. 110 s., per il quale è indubbio che il bilancio esprima l'indirizzo politico in ambito finanziario. Peraltro, ciò si riflette anche sull'organizzazione dei pubblici uffici, per i quali la dotazione finanziaria rende effettive le funzioni loro affidate, cosicché "*in tal modo, non si identificano soltanto i mezzi indispensabili per l'azione dei pubblici poteri, ma anche i fini, o scopi che essi perseguono*". Appare utile sottolineare il legame che intercorre tra la finanza pubblica e la determinazione dell'indirizzo politico: è stato osservato in dottrina che data la molteplicità di interessi eterogenei e considerata la contrazione delle risorse economiche che affluiscono al settore pubblico, le decisioni sono adottate solo dopo aver verificato la sussistenza e la capienza dei mezzi finanziari a disposizione; da ciò deriva un'inversione del rapporto tra mezzi e fini, cosicché l'indirizzo finanziario diviene la "sede" in cui scegliere i secondi, piuttosto che i primi. Cfr. *Id., op. cit*., p. 228, per il quale "*l'indirizzo finanziario accentua la sua natura di scelta fra i fini, oltre che tra i mezzi. Non è più solo il programma applicativo dell'indirizzo politico, ma ne diviene la sede privilegiata. Se per indirizzo politico si intende la "predeterminazione dei fini ultimi e più generali dell'amministrazione*". La citazione è di V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi*

mero atto esecutivo di decisioni economiche assunte in sede europea.

urbinati, 1939, p. 37. L'A. osserva che è nelle decisioni finanziarie che affluiscono, per essere soppesati e confrontati, i molteplici interessi della collettività e pertanto si esplica la funzione governativa. *Contra* si v. C. Lavagna *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942, p. 68 s., G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica Italiana*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1951, p. 932, e G. Cuomo, *Unità e omogeneità nel governo parlamentare*, Napoli, 1957, p. 158 ss., secondo l'indirizzo economico-finanziario non avrebbe dignità autonoma rispetto a quello politico. C. Mortati *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffré, 2000, p. 17 ss., invece, ha ricostruito l'indirizzo politico come "funzione" di governo distinta da quella legislativa, esecutiva e giurisdizionale, che non pone norme, ma individua obiettivi da raggiungere. Più precisamente, per Mortati la funzione di indirizzo politico (o di governo) deriva direttamente dalla Costituzione e, collocata in una posizione di sovra-ordinazione rispetto alle altre funzioni dello Stato, indica determinati obiettivi da raggiungere. V. Crisafulli, *op. cit.,* p. 53 ss. ha affrontato il problema distinguendo tra "attività giuridica" e "attività politica". In questa prospettiva, l'indirizzo politico è ricostruito come attività di sintesi delle funzioni dello Stato e di attuazione della Costituzione.

Capitolo III

Le pubbliche amministrazioni in senso finanziario e l'accertamento giurisdizionale

Sez. I – I vincoli costituzionali al bilancio e al debito delle pubbliche amministrazioni

Sommario: 1. Premessa – 2. Il concorso delle pubbliche amministrazioni al rispetto dei vincoli europei di finanza pubblica – 2.1. Un percorso interpretativo sulla portata precettiva dei vincoli – 2.2. Vincoli di bilancio e sostenibilità delle prestazioni rese dalle p.a. in favore della collettività – 2.2.1. I livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali – 3. Il rapporto con i principi di legalità, buon andamento e imparzialità – 3.1. Una collocazione plausibile dei vincoli di bilancio con gli altri principi che regolano la pubblica amministrazione.

1. *Premessa*

Il potenziale conflitto tra i vincoli al bilancio dello Stato di derivazione europea e la dimensione valoriale sottesa alla nostra Costituzione[1] - che si esprime nel complesso di diritti di libertà e sociali ivi puntualmente declinati, nonché nelle istanze programmatiche generali contenute, tra gli altri, agli artt. 2 e 3 della Costituzione[2], - costituisce lo sfondo sul quale si è sviluppata la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale.

[1] Su cui si rinvia alle celebri riflessioni di L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, Vol.1, Bari, Ed. Laterza, Collana Storia e Società, 2012, p. 859 ss.

[2] Cfr. art. 2 della Costituzione a mente del quale "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" e art. 3 Cost.: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

Essa procede verso una "composizione" di tale potenziale conflitto mediante l'elaborazione di un concetto "dinamico" di equilibrio di bilancio[3], come tale necessariamente relativo (destinato cioè a confrontarsi con gli altri principi e vincoli di derivazione costituzionale[4]).

Non sorprende che un simile orientamento si sia sviluppato con precipuo riferimento alle funzioni, competenze e poteri delle singole articolazioni amministrative, se solo si considera la loro preposizione funzionale al soddisfacimento (e tutela) delle istanze provenienti dalla comunità degli amministrati (necessariamente mutevoli, ma comunque indefettibili, in quanto ascrivibili alla dimensione assiologica "aperta" della Costituzione). La concezione di Stato come "*servizio pubblico*"[5] postula, del resto, una precisa connotazione dei rapporti tra autorità e privati (ossia, tra amministrazione e amministrati) che si compendia nella finalizzazione delle funzioni pubbliche agli interessi che provengono dalla comunità; tra i problemi di fondo dello Stato vi è proprio quello dell'organizzazione dell'apparato amministrativo e della predisposizione dei mezzi necessari ed ottimali, affinché esso sia funzionale alla garanzia del soddisfacimento degli interessi della collettività, sicché appare come una naturale conseguenza che la previsione dell'art 97 Cost. che disciplina "*La pubblica amministrazione*", abbia giocato un ruolo essenziale nella giurisprudenza più recente della Corte Costituzionale.

Invero, nella norma in commento, come novellata dalla legge

[3] Sulla nozione dinamica del bilancio pubblico cfr. Corte Cost. n.6/2019 cit., secondo cui il "… *diritto del bilancio, il quale regola una materia dinamica, in continuo divenire, ancor più accentuato dalle rapide trasformazioni dell'economia globalizzata, e ha quindi adeguato il proprio sindacato sulle leggi finanziarie a tale incomprimibile scenario, in particolare elaborando il principio dell'equilibrio tendenziale o dinamico, inteso come indefessa prospettiva di adeguamento della "bilancia finanziaria" verso un punto di armonica simmetria tra entrate e spese. Armonica simmetria che deve essere perseguita sia in sede legislativa, sia in sede amministrativa, secondo i canoni del nostro ordinamento*". Si vedano a tale riguardo le riflessioni di M. Luciani, *Gli equilibri di bilancio in un ordinamento multilivello, op. cit.,* p. 64 ss., che ha distinto tre diverse categorie di principi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale sul tema in esame, ossia il principio di armonizzazione e di uniformità, il principio di dinamicità, il principio della sufficienza delle risorse. In senso conforme, anche A. Carosi, *op. cit.*, p. 66.

[4] Si è parlato a tale proposito di lettura meta-valoriale della regola di equilibrio di bilancio, cfr. *Ibidem*, p. 82. Nel senso che in un simile contesto costituzionale assuma un ruolo preminente la capacità dell'interprete ed, in specie, della Corte Costituzionale, di adeguare lo scrutinio di costituzionalità ai parametri di ragionevolezza delle scelte del legislatore ordinario, cfr. E. Cavasino, *La dimensione costituzionale del "diritto del bilancio". Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n.196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019,* in Diritto & Conti. Bilancio- Comunità - Persona, 1, 2019, pp. 19 -21.

[5] L. Duguit, *Les transformation du droit public*, Paris, Libraire Armadn Colin, 1913, rist. 1999, p. 51.

costituzionale n.1/2012 citata, l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio di bilancio e di partecipare all'obiettivo della sostenibilità del debito pubblico deve necessariamente (anche solo per la sua collocazione formale al comma 1 dell'art. 97 Cost.) rapportarsi con le altre regole di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, oggi contemplate al comma 2. Inoltre, quello stesso obbligo è assunto nella norma costituzionale come vincolante nei confronti delle amministrazioni pubbliche nonché, per effetto del comma 6 dell'art. 81 come attuato dalla legge n.243/2012, del "*complesso delle pubbliche amministrazioni*" come individuate annualmente nell'elenco redatto dall'Istat ai fini della redazione del conto economico consolidato[6], assumendo, quale portato della sua formale collazione, un significato ulteriore e diverso da quello di obiettivo macroeconomico afferente allo Stato, sulla scorta del seguente argomento: se le amministrazioni pubbliche sono tenute ad assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio, allora quei vincoli sembrano destinati a condizionare l'organizzazione e l'azione amministrativa da un limite preliminare e pervasivo (cioè quello afferente ai mezzi necessari per l'esercizio delle attività e servizi a cui sono preposte).

Le questioni appena tratteggiate evidenziano la complessità indotta dall'ipostatizzazione di tali concetti all'interno della norma che tradizionalmente delinea lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. In questa sede, muovendo dall'interpretazione del comma 1 art. 97 Cost., occorre interrogarsi sulle eventuali implicazioni di una simile scelta sulla morfologia e sulla concezione della pubblica amministrazione quale complessivamente emergente dalla Carta costituzionale, anche alla luce di alcuni orientamenti della dottrina che tende a rinvenire nella riforma costituzionale n.1/2012, la matrice di una visione di pubblica amministrazione essenzialmente servente alle esigenze superiori di risparmio gestionale.

2. *Il concorso delle pubbliche amministrazioni al rispetto dei vincoli europei di finanza pubblica*

Ai sensi del comma 1 dell'art. 97 della Costituzione *"le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico"*.

La lettura della previsione normativa pone diverse questioni interpretative.

[6] Su cui vedi *infra*, Sez. II.

Una prima, relativa all'ambito di applicazione soggettivo, là dove il comma 1 dell'art. 97 Cost., a differenza del previgente comma 1 (attuale comma 2 della norma in commento) utilizza la locuzione *"pubbliche amministrazioni"* (e non *"pubblici uffici"*) per definire i soggetti tenuti al rispetto di quei vincoli e, a sua volta, il comma 6 dell'art. 81 Cost. utilizza la locuzione "*complesso di pubbliche amministrazioni*". È sin troppo noto che non esista una definizione univoca di *"pubbliche amministrazioni"* (ben che meno di "*complesso di pubbliche amministrazioni"*) in ragione del progressivo affermarsi di una concezione funzionale di tale nozione, quale portato del diritto europeo, indifferente ai profili di qualificazione formale domestica; sicché è necessario chiedersi quali siano in concreto i soggetti che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 97 comma 1 e 81 comma 6 Cost.

Una seconda questione interpretativa è quella afferente alla *ratio* della estensione alle pubbliche amministrazioni di obblighi di matrice marco-economica (europea ed internazionale), quale necessaria premessa per vagliarne le implicazioni sulla morfologia e concezione di pubblica amministrazione.

Un terzo profilo problematico concerne la definizione in concreto delle regole che la norma pone (assicurare "*l'equilibrio dei bilanci*" e la "*sostenibilità del debito pubblico*") rispetto al quale sovviene, come già rilevato nel precedente capitolo, il rinvio all'ordinamento dell'Ue.

Rimandando l'analisi del primo profilo (ambito soggettivo di applicazione della norma) alla Sez. II del presente Capitolo, si procederà in questa sede all'indagine sul contenuto oggettivo della norma, muovendo dalle possibili ragioni a fondamento della scelta del legislatore costituzionale.

L'estensione dei vincoli finanziari sovranazionali alle pubbliche amministrazioni sembra, anzitutto, riconducibile all'esigenza di imputare la responsabilità relativa al rispetto dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico a tutti i soggetti che concorrono alla determinazione complessiva della spesa pubblica[7]. Nel sistema europeo (ed internazionale)

[7] Cfr. Servizio del Bilancio del Senato, *Elementi di documentazione*, dicembre 2011, n. 55, p. 6; Servizio Studi del Senato, Dossier, dicembre 2011, n. 322, p. 37, in cui si legge che "*…benché il vincolo dell'equilibrio sia correttamente riferito ai singoli enti in relazione ai rispettivi bilanci, il richiamo — contenuto nell'articolo 97 novellato — ad assicurare un equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni sembrerebbe implicare la necessità di un concorso dei singoli enti alla salvaguardia della stabilità finanziaria del complessivo settore della p.a.*". Sovviene in tal senso anche il richiamo alla decisione della Corte Cost. 26.1.2004, n.36, in Giur. cost. 2004, 1, 497 secondo cui solo lo Stato è direttamente responsabile del rispetto delle regole di matrice europea sulla convergenza e stabilità dei conti pubblici. In dottrina, la tesi è condivisa da P. Canaparo, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale*

soltanto lo Stato-persona è chiamato a rispondere del rispetto dei vincoli di bilancio in quella sede pattiziamente assunti; tuttavia, la determinazione della situazione contabile ed economica complessiva dell'ordinamento statale - a sua volta funzionale, come visto, all'applicazione della procedura sul disavanza pubblico eccessivo-, dipende di fatto dal comportamento di tutte le sue articolazioni o, per meglio dire, dal comportamento di tutti i soggetti (siano essi formalmente pubblici o privati) che secondo i criteri economico/statistici contenuti nel citato regolamento n.549/2013/UE (c.d. Sec 2010) costituiscono il "*comparto delle pubbliche amministrazioni*"[8].

In effetti, per un verso, l'imposizione di quei principi nel sistema amministrativo interno, dovrebbe (almeno astrattamente) sollecitare modalità virtuose nella gestione delle finanze da parte degli enti astretti dal rispetto degli obblighi di cui si discute, correlativamente riducendo i rischi di violazione da parte dello Stato della normativa europea[9] (secondo una logica sovrapponibile a quella di matrice europea, ispirata all'idea di assicurare una finanza pubblica sostenibile mediante l'imposizione agli Stati di vincoli alla sua gestione); per altro verso, l'ascrizione in capo alle pubbliche amministrazioni dell'obbligo di assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio è la cornice entro cui inquadrare lo sviluppo di forme di controllo sulla gestione degli enti i cui bilanci contribuiscono ad implementare il conto economico consolidato dello Stato (cioè l'aggregato sui cui viene calibrata l'applicazione della procedura sul disavanzo pubblico eccessivo)[10]; per altro

in materia di finanza pubblica, in Federalismi.it, 2012, p. 1 ss.; F. Bilancia, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale*?, in Dir. Pubbl., 2014, p. 1 ss., su tale profilo in particolare p. 22; F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo,* in Dir. Econ., 2013, 1, pp. 67-68 secondo cui "*se è vero che, sul piano comunitario, i risultati dei conti pubblici sono valutati in forma aggregata, solo agendo sulle concrete scelte amministrative si può pensare di rispettare gli obblighi generali di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico, risultando così del tutto ragionevole ed anzi necessario che anche le scelte viste nella loro individualità risultino rilevanti ai fini dell'attuazione [del nuovo comma] dell'art. 97 Cost.*".

[8] Cfr. Corte Cost. 107/2016 secondo cui "*la tutela degli equilibri finanziari dei singoli enti pubblici di cui all'art. 97 primo comma Cost. si riverbera direttamente sulla più generale tutela degli equilibri di finanza pubblica allargata, in relazione ai quali la situazione delle singole amministrazioni assume la veste di fattore determinante degli equilibri stessi.*"

[9] Cfr. Corte Cost. 107/2016 secondo cui *"la tutela degli equilibri finanziari dei singoli enti pubblici di cui all'art. 97 primo comma Cost. si riverbera direttamente sulla più generale tutela degli equilibri di finanza pubblica allargata, in relazione ai quali la situazione delle singole amministrazioni assume la veste di fattore determinante degli equilibri stessi."*

[10] Si pensi al contestuale rafforzamento dei poteri di controllo della Corte dei Conti di natura finanziaria e contabile previsto dall'art. 20 della l. n. 243/2012 su cui vedi *infra*

verso ancora l'art. 97 comma 1 Cost., può costituire (i) il fondamento di forme di responsabilità amministrativa ovvero della previsione di sanzioni nei confronti dei soggetti che abbiano in concreto violato i precetti anzidetti cagionando un danno alle finanze erariali[11], (ii) nonché il presupposto dell'emersione di forme di patologie sugli atti e/o contratti realizzati in violazione delle regole anzidette (cfr. art. 9, comma 4 della l. n.243/2012 per Regioni ed enti locali; art.13, comma 3 della l.n.243/2012 per le amministrazioni pubbliche non territoriali)[12].

È in questo senso che acquista un significato precipuo la scelta del legislatore costituzionale del 2012 di intervenire non solo sull'art. 81 Cost. stabilendo al comma 1 che "*Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese nel proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*", ma anche sugli artt. 97 e 119 Cost.: la modifica dell'art. 97 appare, difatti, volta ad assicurare l'estensione dei predetti vincoli finanziari di matrice europea alle "*pubbliche amministrazioni*"; quella dell'art. 119 Cost. garantisce invece l'estensione degli anzidetti vincoli e delle correlative responsabilità agli enti territoriali (Regioni ed enti locali); infine, il combinato disposto degli articoli 81, comma 6 Cost., art. 2, comma 1, lett. a) della legge n.243/2012 e art. 1, comma 2 della legge n.196/2009, assicura l'estensione dei vincoli di bilancio al "*complesso delle pubbliche amministrazioni*", cioè ad un settore pubblico allargato, più ampio e diverso da quello delle p.a. in senso stretto, per le quali opera già la garanzia del comma 1 dell'art. 97 Cost.

2.1. *Un percorso interpretativo sulla portata precettiva dei vincoli*

La portata sostanziale dei limiti che la norma pone deve essere traguardata anche alla luce della sopra individuata *ratio*.

Occorre anzitutto rammentare che i concetti di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito rifuggono ad una definizione univoca e stabile sia in quanto il loro significato è mutuato dalla scienze economiche, sia in quanto, anche facendo derivare la concreta definizione del loro contenuto dai documenti di programmazione finanziaria negoziati dal Governo in sede europea, essi hanno cadenza annuale e sono soggetti a revisione e scostamenti subordinati all'intervento del Governo centrale, sia ancora perché anche la stessa concezione dinamica dell'equilibrio di bilancio mutuata dalla Corte

Cap. 5, Sez. I, parr. 4 e 4.1.

[11] Vedi ancora, *infra* Cap. 5, Sez. II, par. 6.

[12] Il tema è affrontato *infra* Cap. 4, par. 2.2.

Costituzionale è per sua natura – cioè in quanto "dinamica" - transeunte.

Pur muovendo da una tale consapevolezza l'interprete non può sottrarsi dall'interrogativo relativo all'effettiva portata delle regole contemplate al comma 1 dell'art. 97 Cost.[13].

Dalla formulazione letterale della disposizione ed, in particolare, dall'utilizzo dell'indicativo "*assicurano*", sembra potersi ricavare che la norma ascriva un "*dovere*" in capo alle p.a., che è quello di garantire l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Mentre il primo periodo della norma - come confermato dall'uso del plurale *"i bilanci"* - impone una regola che riguarda i singoli enti pubblici o meglio i singoli bilanci degli enti pubblici, viceversa il secondo periodo della norma si riferisce sincreticamente alla sostenibilità del debito pubblico (che è unico ed è quello dello Stato) rispetto al quale, quindi, sembra postulare un obbligo di concorso dei singoli enti alla sostenibilità del debito complessivo dello Stato[14].

Si può osservare che la norma in parola si rivolge alle pubbliche amministrazioni impegnandole, per un verso, a garantire che i propri bilanci siano in equilibrio e, per altro verso, a compartecipare rispetto al perseguimento di un obiettivo di sostenibilità del debito pubblico. Conseguentemente il comma 1 dell'art. 97 Cost. sembra postulare la responsabilità delle pubbliche (nei rapporti tra i diversi livelli di potere pubblici) a una gestione finanziaria sana ed oculata, in funzione della garanzia di un superiore obiettivo (sostenibilità del debito pubblico) rispetto al quale lo Stato è responsabile, singolarmente, dinanzi alle istituzioni europee[15].

---

[13] Si osserva in dottrina che la "*giuridicità delle norme costituzionali va colta in una visione più ampia rispetto a quella delle altre norme legislative*", in quanto "*laddove il loro contenuto è attributivo di una rilevanza o determinativo di un principio o di una decisione, la giuridicità si risolve in un dover essere…, che implica un valore precettivo, sia come azione o come limite, per la condotta degli individui*": in questo senso M.R. Spasiano, *Principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato*, in Ius publicum, aprile 2011, p. 5.

[14] Cfr. Corte Cost. n.247/2017 cit. e Corte Cost. n.6/2019 *cit.* In particolare, si legge nell'ultima sentenza appena citata, che*"È ben vero che tutti gli enti facenti parte della cosiddetta finanza pubblica allargata devono concorrere – secondo quanto stabilito dagli artt. 81 e 97, primo comma, Cost. – all'equilibrio complessivo del sistema e alla sostenibilità del debito nazionale, ma questa Corte ha già chiarito (sentenze n. 101 del 2018 e 247 del 2017) che l'art. 97, primo comma, Cost., nella vigente formulazione, si compone di due precetti ben distinti: quello contenuto nel primo periodo riguarda l'equilibrio individuale degli enti facenti parte della finanza pubblica allargata, mentre quello del secondo periodo riguarda l'equilibrio complessivo di quest'ultima, in quanto finalizzato ad assicurare la sostenibilità del debito nazionale. È evidente che l'equilibrio complessivo deve essere coerentemente coordinato con analogo equilibrio dei singoli bilanci che compongono il cosiddetto bilancio consolidato dello Stato."*

[15] La natura dell'interesse sotteso alle norme costituzionali sui vincoli di finanza pubblica, la sua effettività e gli strumenti per la sua tutela, sono oggetto di indagine al Capitolo 5,

Si è rilevato che le norme sovra-statali in materia di vincoli di bilancio si rivolgono agli Stati nel loro complesso e con questi vengono fissati, nei documenti di programmazione finanziaria, i parametri numerici il cui rispetto consente di ritenere assicurato "l'equilibrio di bilancio" e la "sostenibilità del debito pubblico". Detti parametri numerici sono riferiti al bilancio dello Stato e al debito pubblico dello Stato, calcolato secondo i criteri statistici uniformi del Sec 2010 che, preme ribadire, non vincola gli ordinamenti all'applicazione di quei metodi anche all'interno del sistema domestico.

La garanzia del rispetto di detti vincoli da parte dello Stato passa, però, anche attraverso il comportamento delle singole articolazioni amministrative le quali, in assenza di una scelta puntuale del legislatore nazionale, non potrebbero ritenersi formalmente astrette dagli obblighi assunti in sede europea ed internazionale. È significativo che lo Stato, prima della riforma costituzionale del 2012, abbia ritenuto di estendere nei confronti delle amministrazioni territoriali i vincoli di bilancio per il tramite del citato Patto di stabilità interno, in mancanza del quale, gli obblighi di matrice europea non avrebbero potuto ritenersi in sé vincolanti per le articolazioni interne all'ordinamento domestico. Si potrebbe obiettare che il problema sia stato di fatto risolto mediante il rinvio all'ordinamento giuridico europeo contenuto al comma 1 dell'art. 97 Cost.; in altri termini, si potrebbe affermare che ciò sarebbe in sé sufficiente a riempire di contenuto il vincolo dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito e ad estenderlo nella sua portata precettiva alle singole pubbliche amministrazioni. Sennonché ciò non appare possibile, proprio in quanto la concreta definizione in sede sovranazionale di detti vincoli è calibrata sullo Stato-persona e quindi non applicabile in sé alla singola componente aggregata.

Non è un caso che la traslazione puntuale dei vincoli di bilancio sulle singole pubbliche amministrazioni – e, quindi, il passaggio dalle decisioni macroeconomiche assunte in sede europea a quelle afferenti alle singole amministrazioni – abbia richiesto ulteriori mediazioni rispetto alla novella costituzionale: segnatamente ha richiesto l'attuazione del comma 6 dell'art. 81 mediante la richiamata legge n.243/2012[16] nonché l'implementazione di un complesso di norme di fonte primaria che a quei vincoli di finanza pubblica si ispirano. La legge n.243/2012 declina secondo una precisa accezione i vincoli di bilancio del "complesso delle pubbliche amministrazioni", delle amministrazioni territoriali e di quelle

Sez. I, al quale si rinvia per i necessari approfondimenti.

[16] Nel senso che gli impegni assunti in sede europea se non tradotti in norme giuridiche non abbiano effetti vincolanti nei rapporti finanziari interni alla Repubblica, si veda Corte Cost. 6.6.2012, n. 142, in Giur. cost. 2012, 3, 1936.

non territoriali[17] e se si guarda alla peculiare stratificazione normativa, è agevole rilevare che il comma 1 dell'art. 97 della Costituzione appare come una norma di principio, non autosufficiente laddove impone il vincolo dell'equilibrio dei bilanci e del concorso alla sostenibilità del debito pubblico alle pubbliche amministrazioni, richiedendo la intermediazione di altri fonti, sia con riferimento alla precisa definizione del contenuto giuridico di quei vincoli, sia ai fini della loro effettiva cogenza, intesa come concreta sanzionabilità[18].

La tesi esposta richiede qualche precisazione.

L'art. 97 laddove prevede un dovere giuridico in capo alle pubbliche amministrazioni, ha carattere precettivo; tuttavia, il riconoscimento di tale valore precettivo lascia impregiudicato il tema della sua effettiva cogenza e sanzionabilità. La norma sembra destinata a poter operare su due distinti piani: per un verso, il dovere che essa pone riguarda i rapporti tra i diversi livelli di potere pubblico, taluni dei quali anche ad autonomia costituzionalmente garantita (si pensi alle amministrazioni territoriali); per altro verso, se è vero che la concreta erogazione di servizi e funzioni pubbliche presuppone la disponibilità di mezzi economici all'uopo necessari, allora la regola dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito, incidendo proprio sull'aspetto economico-finanziario dell'amministrazione, ridonda anche sulla pubblica amministrazione come organizzazione/attività.

A tale riguardo occorre soffermarsi sulle modalità concrete in cui ciò è avvenuto e sulla natura giuridica degli interessi che vengono in rilievo a fronte di un simile dovere ascritto in capo alle pubbliche amministrazioni[19].

Si può notare che la questione inerente alla portata (immediatamente) cogente dei principi contemplati dalla disposizione in commento, si era già posta in passato con riferimento, in particolare, al principio del buon andamento. La dottrina[20] e la giurisprudenza più risalenti hanno inizialmente svalutato la portata precettiva di detto principio, rilevando che dipenderebbe comunque dalla legge (alla quale è riservata l'organizzazione

[17] Su cui vedi *supra* Cap. 2, par. 2.1.

[18] Una visione parzialmente diversa è propugnata da R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, in Orizzonti del diritto pubblico, Collana diretta da F. Nilancia, M. Bombardelli, S. Civitarese Matteucci L. Ferrara G. Gardini A. Pioggia, Maggioli, 2016, p. 351, secondo cui con le nuove regole di finanza pubblica di matrice sovra statale, diventano in via immediata *"parametro cogente di responsabilità degli Stati membri in relazione all'indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni"*.

[19] Si rinvia per approfondimenti al Cap. 5, Sez. I, parr. 1 e 2.

[20] Si veda, R. Caranta, *La pubblica amministrazione*, Commentario alla Costituzione, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, p. 1889 ss.

dei pubblici uffici) l'instaurarsi o il permanere di una "buona" pubblica amministrazione; la successiva evoluzione è, invece, segnata dalla ricerca di una specifica valenza del principio in questione[21], nel senso che esso possa assurgere sia a parametro di legittimità costituzionale delle scelte legislative, sia a parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Seguendo tale prospettazione, il principio del buon andamento avrebbe non solo una rilevanza organizzativa (espressamente evincibile dalla Costituzione che riferisce il buon andamento e l'imparzialità all'organizzazione della p.a.), ma anche una valenza "relazionale" e "funzionale"[22]. Nell'attribuzione di una puntuale valenza funzionale al principio di buon andamento, un passaggio essenziale è stato costituito proprio dall'ascrizione allo stesso di una portata peculiare in termini di efficienza, efficacia ed economicità: il buon andamento postulerebbe difatti un'amministrazione idonea al raggiungimento dei risultati prefissati, rispondente, quindi, sotto il profilo dell'attività, ai criteri appena menzionati[23].

Tale processo di riconoscimento di uno specifico valore funzionale al criterio del buon andamento viene compiutamente definito con l'espresso riconoscimento, per il tramite della legge n.241/1990, dell'efficacia e della economicità come criteri che "reggono" l'azione amministrativa.

La lettura del comma 1 dell'art. 97 Cost. consente di evidenziare un primo elemento differenziale rispetto all'attuale comma 2 (che riferisce all'organizzazione amministrativa il principio di buon andamento): mentre quest'ultimo rimette alla legge l'organizzazione dei pubblici uffici affinché sia assicurato il buon andamento e l'imparzialità, ai sensi del vigente primo comma dell'art. 97 Cost. le pubbliche amministrazioni assicurano il rispetto dei vincoli ivi previsti in coerenza con l'ordinamento dell'Ue.

Il mancato riferimento alla legge non appare tuttavia postulare un'autonomizzazione dei vincoli in commento rispetto alla (necessaria) mediazione del principio di legalità che costituisce "*fondamento e misura del relativo potere amministrativo*"[24].

[21] Cfr. M.R. Spasiano, *op. cit.*, *passim*.; R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in Dir. e proc. amm., 2010, p. 31 ss.
[22] M.R. Spasiano, *op. cit.,* p. 12. In giurisprudenza, si v. Corte Cost. 9.12.1968, in www.cortecostituzionale.it, che declina il buon andamento come principio cardine della vita amministrativa.
[23] A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M. A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Giuffrè, Milano, 2017, p. 22 ss. Nel senso che al principio di buon andamento non sia possibile riconoscere una portata funzionale, M.S. Giannini, voce *Organi,* in Enc. Del Diritto, XXXI, Milano, 1981, p. 43.
[24] S. Villamena, *La pubblica amministrazione e i suoi principi,* in AA.VV., Percorsi di diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 2014.

Da un lato, la preminenza del principio di legalità nel nostro sistema costituzionale, sia rispetto ai criteri ed ai principi comunque enunciati nel testo dell'art. 97 Cost., sia nel corpo delle altre norme costituzionali (che individuano i fini cui è preordinata l'attività dell'amministrazione: si pensi alla cultura, al lavoro, alla salute…), postula che la mediazione del principio di legalità sia essenziale rispetto alla stessa ragione dei limiti e della morfologia dell'amministrazione pubblica: spetta alla legge il compito di definire interessi, funzioni, servizi (cioè i fini, enunciati o ricavabili dalle stesse norme costituzionali) che le autorità pubbliche sono chiamate ad espletare. E sebbene il principio di legalità non sia espressamente riferibile, nella sua enunciazione formale, a tutta l'attività, ma alla sola organizzazione amministrativa (ai sensi dell'art. 97), la sua natura "eclettica" e trasversale si ricava dal complesso di norme costituzionali riferibili (anche indirettamente) ai fini propri del potere esecutivo ed alla derivazione dei limiti all'esercizio di qualsiasi potere dal principio generale della sovranità popolare[25].

In parallelo, il significato della prevalenza naturale del principio di legalità trova espressione nell'incipit della legge generale sul procedimento amministrativo, che non a caso afferma che "*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*", e che gli ulteriori principi ivi enunciati (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza) costituiscono "criteri" che "reggono" l'attività dell'amministrazione pubblica, ma sempre in conformità ad un tessuto normativo primario (la legge sul procedimento, ovvero le singole leggi che regolano specifici procedimenti amministrativi). Allo stesso tempo, l'ascrizione degli obblighi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito alle pubbliche amministrazioni - tenuto conto del rinvio all'ordinamento giuridico dell'Unione europea contenuto al comma 1 dell'art. 97 e alla circostanza che la determinazione del contenuto delle regole di dettaglio è rimessa ad una legge rinforzata dal comma 6 dell'art. 81 (che seppur formalmente contenuta in una disposizione diversa dall'art. 97, si riferisce all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito dello Stato, delle pubbliche amministrazioni non territoriali, e degli enti territoriali) - implica per definizione la mediazione di fonti diverse e ulteriori per la concreta definizione della loro portata.

Laddove impone alle p.a. il rispetto dei vincoli di matrice europea, la legge costituzionale presuppone, quindi, che questi soggetti agiscano entro un quadro idoneo al raggiungimento dell'obiettivo che deve essere legislativamente definito. I vincoli dell'equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito per le pubbliche amministrazioni sembrano ridondare sul piano

[25] Sul tema v. G. Corso, *op. ult. cit.,* p. 23.

dell'organizzazione della p.a., sotto un duplice profilo: (a) come limite per il legislatore, al quale spetta la predisposizione dei mezzi necessari affinché la p.a. possa perseguire i fini pubblici prefissati (per effetto delle modifiche apportate all'art. 97 Cost. la discrezionalità politica del legislatore deve svilupparsi in modo tale da assicurare, almeno in astratto, un'amministrazione improntata al rispetto dei vincoli di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito[26]; in questo senso, il problema definitorio delle regole oggetto di analisi, non sembra soltanto il postulato della vaghezza dei concetti nella loro qualità di concetti giuridici indeterminati, ma anche della politicità dei paradigmi di riferimento); (b) come limite per le singole pubbliche amministrazioni quanto all'esercizio del potere di auto-organizzazione.

2.2. *Vincoli di bilancio e sostenibilità delle prestazioni rese dalle p.a. in favore della collettività*

Il comma 1 dell'art. 97 Cost. è, anzitutto, regola del rapporto tra legge e organizzazione/attività amministrativa: si può difatti rilevare che così come la Corte Costituzionale ha riconosciuto al principio del buon andamento (previgente primo comma dell'art. 97 della Cost.) valore di parametro di legittimità costituzionale delle scelte del legislatore, appannaggio di discrezionalità politica, quanto all'articolazione organizzativa e all'attività (sindacabile entro i limiti degli spazi riservati alle scelte politiche), alla stessa stregua il principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni "*in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea*", assurge a limite delle scelte discrezionali del legislatore nell'organizzazione e nell'attività amministrativa sindacabile dalla Corte Costituzionale entro i parametri della non arbitrarietà e della non manifesta irragionevolezza (secondo i classici parametri di giudizio utilizzati dal giudice delle leggi nel sindacato sulle scelte del legislatore)[27].

La tesi appena esposta trova conferma nei più recenti arresti della Corte

[26] Appare significativo sotto tale profilo riportare quanto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 22.2.1972, n.2, con riferimento alla rilevanza dei principi di buon andamento e imparzialità, ossia che ove fosse "*legislativamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di non onorare i principi del buon andamento e della imparzialità, le norme del sistema non possono essere ritenute costituzionalmente legittime*".

[27] Per una analisi di tale giurisprudenza della Corte Costituzionale sollecitata dalla riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio, si v., tra i più recenti contributi, M. Belletti, *Corte Costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, Giappichelli Editore, 2016.

Costituzionale che ha avuto cura di precisare che è onere del legislatore quello di coordinare l'equilibrio complessivo del bilancio statale con quello della singola componente aggregata, sicché il superiore interesse alla realizzazione dell'equilibrio della finanza pubblica allargata trova comunque il suo limite nella correlata esigenza di sana gestione finanziaria dell'ente che vi è soggetto e segnatamente nella esigenza di garantire adeguatamente il finanziamento delle funzioni assegnate[28]. In altri termini, il nuovo comma 1 dell'art. 97 Cost. assurge contestualmente a presupposto giustificativo delle scelte del legislatore dichiaratamente improntate al perseguimento degli obiettivi di una sana e sostenibile gestione finanziaria, ma anche a limite, soprattutto in combinato disposto con le altre previsioni costituzionali.

Sotto tale profilo, i novellati artt. 81, 97, 117 e 119 Cost., sembrano poter costituire il fondamento normativo di una legislazione statale che, in quanto costituisce lo sviluppo concreto dei principi di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito, introduca norme di conformazione dell'organizzazione e dell'attività delle p.a. più incisive rispetto a quelle che gli sarebbero state consentite in assenza di un simile riconoscimento costituzionale. A detto fondamento costituzionale sono ad esempio riconducibili le misure di riduzione della spesa pubblica e di riduzione dei costi dell'apparato amministrativo che occupano il recente panorama della legislazione, fornendo alla Corte Costituzionale (sia come limite, che come presupposto giustificativo) un nuovo parametro per la valutazione della legittimità costituzionale delle leggi. Premesso che il bilancio non sfugge al controllo costituzionale[29], uno dei settori maggiormente interessati dall'intervento del giudice delle leggi è proprio quello relativo al rapporto tra scelte di bilancio e tutela dei diritti dei cittadini.

L'obbligo per le p.a. di assicurare la sostenibilità del debito pubblico e l'equilibrio di bilancio si riflette difatti sulla capacità di erogare le prestazioni pubbliche funzionali alla tutela e al soddisfacimento dei diritti c.d. a prestazione[30]. Il recepimento della normativa vincolistica in materia di bilancio ha sollecitato, ai fini del suo rispetto, un complesso di riforme che incidono sui diritti sociali (sanità, educazione, sistema previdenziale, amministrazione), e rispetto alle quali si pone un problema di legittimità

[28] Corte Cost. n.6 del 2019 *cit.*

[29] Corte Cost., 16.12.2016, n.275, in Foro it. 2017, 9, I, p. 259.

[30] Cfr. Corte Cost. n. 29.1.2016, n. 10, Foro it. 2016, 12, I, 3721, in cui si rileva che "*in assenza di adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione di servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate*".

delle compressioni di diritti costituzionalmente protetti in ragione di della tutela di esigenza finanziarie (di matrice sovranazionale) [31].

Le Corti supreme nazionali chiamate a valutare la compatibilità delle misure di austerità con i diritti costituzionalmente garantiti, hanno dato vita a una copiosa giurisprudenza sulle misure anticrisi. Anche la nostra Corte Costituzionale è stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale delle misure di contenimento della spesa pubblica introdotte dal legislatore nel contesto della crisi economica e del debito sovrano.

È noto che il giudice ha tradizionalmente individuato un nucleo minimo dei diritti di prestazione, costituito dall'ambito inviolabile della dignità umana, come tale sottratto all'operazioni di bilanciamento[32]. Si tratta di un nucleo incomprimibile rispetto al quale le ragioni di bilancio sono recessive; tale principio è stato di recente ribadito dalla Corte Costituzionale che nel dichiarare incostituzionale una legge regionale abruzzese che regolava il co-finanziamento dei servizi affidati alle Province limitandolo alla disponibilità di bilancio, ha affermato che è "*la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questa a condizionarne l'erogazione*"[33].

---

[31] M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotti*, Padova, Cedam, 1995, II, p. 121; S. Holmes - C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York - London, W.W. Norton, 1999, trad. it. di E. Caglieri, Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse, Bologna, Il Mulino, 2000.

[32] Corte Cost. 20.11.2000, n. 509, Giur. cost. 2000, 6, afferma infatti che tale ambito inviolabile della dignità umana impedisce la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano pregiudicare l'attuazione del diritto in questione. Con riferimento alla tutela del diritto alla salute la Corte ha affermato che "*non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone*", con la precisazione che "le *esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*". In questi termini, nell'ambito della tutela costituzionale accordata al "diritto alla salute" dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari "è *garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*" (n. 455/1990). In dottrina, a mero titolo esemplificativo, cfr. A. Mangia, *I diritti essenziali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 595; L. Carlassarre, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in www.costituzionalismo.it, 2015, 3, p. 153; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali,* Torino, Giappichelli, 1994, p. 569.

[33] Corte Cost. n.275/2016 cit. Nello stesso senso si v. la sentenza 26.2.2010, n. 80, in

Il significato di una simile affermazione emerge nel passaggio motivazionale immediatamente precedente (della stessa sentenza), in cui la Corte rileva che una volta individuato normativamente il nucleo di garanzie di effettività di un diritto, è ben difficile sostenere una pretesa violazione dei vincoli di bilancio. È in esso che si declina, quindi, un peculiare rapporto tra norma, situazione giuridica e risorse necessarie per la loro effettività, nel senso che spetta al legislatore la qualificazione e conformazione delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati; ma il riconoscimento di una simile situazione in termini di diritto e la sua garanzia di effettività, presuppongono che a un simile riconoscimento segua anche la corretta previsione dei mezzi per finanziarlo.

Il limite tratteggiato riguarda il legislatore, nel senso che la tutela dell'equilibrio di bilancio non dovrebbe giustificare una compressione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, con la conseguenza che il bilanciamento tra il vincolo dell'equilibrio di bilancio e la garanzia della tutela dei diritti a prestazione dovrebbe essere compiuto soltanto con riferimento agli spazi eccedenti l'ambito inviolabile dei diritti; la verifica in ordine al corretto espletamento di tale opera di bilanciamento spetta alla Corte Costituzionale se investita della relativa questione, secondo i parametri della proporzionalità e della ragionevolezza[34].

Nell'impostazione dal giudice delle leggi i vincoli di bilancio e la tutela dei diritti fondamentali sono destinati a compartecipare, nel senso della inclusione nella garanzia di un bilancio pubblico in equilibrio e di una finanza pubblica sostenibile, del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. Secondo tale impostazione teorica, gli interessi che vengono in rilievo all'interno dell'equilibrio di bilancio sono tutti *inderogabili e coessenziali*, perché reciprocamente funzionali alla loro legittimità e effettività[35].

Foro it. 2010, 4, I, 1066, relativa al diritto del disabile all'istruzione, in cui la Corte costituzionale ha precisato che la discrezionalità del legislatore "*non ha carattere assoluto e trova un limite nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati*".

[34] Sul punto cfr., A. Morelli, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, in Quad. Cost., 2015, p. 712; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti delle Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, p. 11.

[35] Con la sentenza n. 65 del 17.4.2015, in Giur. Cost. 2015, 2, 527, la Corte costituzionale ha affermato che "*la funzione di coordinamento finanziario prevale su tutte le altre competenze regionali, anche esclusive*" e quando disposizioni statali che costituiscono esercizio di tale funzione determinano un impatto sull'autonomia finanziaria delle Regioni, questa non può limitarsi a contestare la compromissione di simile autonomia ma deve dimostrare

2.2.1. *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali*

Applicando le coordinate ermeneutiche derivanti dalla citata giurisprudenza costituzionale ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, si può rilevare che lo spazio entro il quale è consentito il bilanciamento tra esigenze finanziarie e tutela dei diritti a prestazione, concerne dunque soltanto la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni eccedenti il nucleo minimo indispensabile, per i quali in sede di redazione della legge di bilancio occorrerà tener conto delle risorse disponibili[36].

L'art. 11 della l. n.243 del 2012 che attua l'art. 5 comma 1 lett. g) della l. cost. n.1 del 2012, nella sua versione originaria prevedeva che nello stato di previsione del ministero dell'economia e delle finanze dovesse essere garantito il "*Fondo straordinario per il concorso dello Stato, nelle fasi avverse del ciclo o al verificarsi di eventi eccezionali, al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni*[37] *e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali*" e che questo dovesse essere alimentato da parte delle risorse derivanti dall'indebitamento consentito dalla correzione per gli effetti del ciclo economico del saldo del conto consolidato[38].

"*l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle misure finanziarie…, di svolgere le funzioni attribuitele in Costituzione*". In altri termini, viene richiesto all'ente di dimostrato l'oggettiva impossibilità di fornire un adeguato livello di servizio rispetto ai bisogni della popolazione. Nella stessa sentenza si riconosce "*l'utilità della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*": un simile intervento "*che deve svolgersi attraverso moduli di leale collaborazione tra Stato e Regione*" offrirebbe a questa "*un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente, non sarebbe ulteriormente comprimibile*"; sul punto si v. M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in Riv. AIC, 2016, 3, p. 6 il quale rileva che "dei *tre grandi diritti che quasi monopolizzano il campo (salute, istruzione e previdenza) sono assegnati a livello regionale il primo e in parte anche il secondo*".

[36] Cons. St., sez. III, 08.01.2019, n.184, in *Red. Giuffrè Amm.*, 2019, rileva che "*è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione e che, una volta concretamente individuati i l.e.a., non è possibile limitarne l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica*".

[37] Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, si v. anche M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regione (a proposito dell'art. 117 co. 2 lett. m) della Costituzione),* in San. Pubbl., 2002, p. 1025; L. Trucco*, I livelli essenziali delle prestazioni e la sostenibilità finanziaria dei diritti sociali,* in www.gruppodipisa.it*.;* A. D'Aloia*, Diritto e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni,* in Le Regioni, 2003, 6, p. 1733 ss; I. Ciolli*, I diritti sociali,* in F. Angelini – M. Benvenuti (a cura di), Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, p. 101.

[38] In dottrina si è rilevato che la norma costituisce diretta espressione della subordinazione della tutela dei livelli essenziali e dei diritti sociali alle ragioni di equilibrio di bilancio,

La norma realizzava un collegamento diretto tra il finanziamento delle prestazioni e il ricorso all'indebitamento in deroga all'equilibrio di bilancio, rispetto al quale la Corte Costituzionale nella sentenza n.88/2014 rilevava che "*l'istituzione dei fondi evidenzia plasticamente come la necessità di garantire, anche a costo di sacrifici non indifferenti, il rigore finanziario (art. 12) non possa essere disgiunta da quella, non meno rilevante, di tutelare i livelli essenziali delle prestazioni e l'esercizio delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali (art.11)*".

La disciplina in parola è mutata per effetto della L. n.164/2016: ai sensi del vigente art. 11 "*lo Stato, in ragione dell'andamento del ciclo economico o al verificarsi di eventi eccezionali, concorre al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali, secondo modalità definite con leggi dello Stato, nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente legge*".

È stato, quindi, eliminato il riferimento al Fondo, mentre è stato mantenuto fermo il principio per il quale lo Stato (a differenza delle amministrazioni territoriali) può ricorrere all'indebitamento in deroga ai limiti imposti dal principio dell'equilibrio in ragione dell'andamento del ciclo economico nonché il suo ruolo di responsabile di ultima istanza nella garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni che concorre a finanziarie[39].

3. *Il rapporto con i principi di legalità, buon andamento e imparzialità*

I principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito sono inseriti, accanto ai quelli del buon andamento e di imparzialità, nella norma cardine in materia di organizzazione della pubblica amministrazione. La sorte che ha riguardato i principi di buon andamento e imparzialità è nota: essi, seppur formalmente riferiti all'organizzazione della p.a. sono stati progressivamente eretti, ad opera della giurisprudenza e della dottrina, a

C. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi.* Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 112.

[39] L'ascrizione in capo allo Stato di tale responsabilità, una volta esclusa la possibilità per le amministrazioni territoriali di ricorrere all'indebitamento in ragione dell'andamento del ciclo economico, costituisce una clausola di salvaguardia necessaria ad evitare il rischio che la carenza di risorse delle p.a. territoriali pregiudichi i livelli minimi delle prestazioni e servizi da erogare in favore dei cittadini, ma lascia aperta la questione della compatibilità del complesso di interventi analizzati, che si pongono sul solco della compressione dell'autonomia delle Regioni e degli enti locali, con i principi di decentramento aventi rango costituzionale, su cui vedi *supra* Cap. 2, par. 2.

criteri e parametri che informano anche la funzione amministrativa. Ancora prima le regole in commento, sono state intese (se si eccettua l'originaria fase in cui esse sono state relegate a canoni metagiuridici) come vincolo alla discrezionalità del legislatore, chiamato ad implementare la disciplina delle pubbliche amministrazioni (della loro organizzazione, tramite la predisposizione di mezzi, strumenti, modalità, risorse e della loro attività tramite la declinazione della forma della funzione pubblica) assicurando *ex ante* (e quantomeno in via potenziale) un'amministrazione imparziale ed economica, efficace ed efficiente (cioè improntata al buon andamento).

Nella versione originaria l'art. 97 Cost. si apriva con la riserva alla legge dell'organizzazione dei pubblici uffici (attuale comma 2 dell'art. 97 Cost.), seguita dall'affermazione dei principi di imparzialità e di buon andamento. Nella versione attuale, l'art. 97 Cost. esordisce, invece, con l'ascrizione dell'obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico, in coerenza con l'ordinamento giuridico europeo.

La collocazione sistematica delle regole di matrice europea dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito al comma 1 dell'art. 97 Cost. induce ad interrogarsi sulla loro eventuale incidenza sulla concezione di pubblica amministrazione. L'attenzione per una simile tematica discende anzitutto dalla scelta del legislatore costituzionale di enunciare i principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito al comma 1 dell'art. 97 Cost. in posizione formalmente preminente rispetto ai tradizionali principi di legalità, di buon andamento e di imparzialità che delineano il tradizionale statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Parte della dottrina ha difatti ritenuto che da una simile collocazione degli obblighi in commento, derivino specifiche inferenze "assiologiche": per un verso, si è ritenuto che da ciò sia possibile evincere l'emersione di un interesse pubblico preminente di carattere finanziario, cui sarebbero piegate le pubbliche amministrazioni nell'espletamento delle loro funzioni[40]; per

[40] Questa tesi è sostenuta da N. Lupo, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge rinforzata*, in Riv. Corte Con., 2012, 5-6, p. 529 ss., nonché da A. Cioffi, *Vincolo di bilancio, pubblica amministrazione e indicatori di benessere nella riforma costituzionale e amministrativa*, Atti del Convegno di Campobasso, La riforma del Bilancio dello Stato, 20 gennaio 2016, Università degli Studi del Molise, Napoli, Ed. sc., pp.135-137 e R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in M. Renna B. Marchetti (a cura di), A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Studi, La giuridificazione, Firenze, Firenze University Press, 2017, p. 465. Secondo l'A. l'univoco riferimento ai principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico rappresenterebbe "*un'innovazione che dovrebbe incoraggiare il processo, già in atto, volto a proporre una rilettura, nell'ordinamento costituzionale composito, di principi tradizionali, come*

altro verso, si è affermata la priorità delle regole di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, rispetto ai principi di legalità, buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. [41].

Tratteggiate le questioni problematiche sottese al nuovo comma 1 dell'art. 97 Cost., si può rilevare che le regole dell'equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, aventi anzitutto una valenza organizzativa, appaiono riferibili, laddove postulano un'amministrazione capace di raggiungere i risultati prefissati dal legislatore attraverso un uso accorto delle risorse pubbliche, anche all'attività amministrativa; ciò, peraltro, in applicazione del canone interpretativo ormai acquisito secondo cui le regole contenute all'art. 97 Cost. investono sia l'organizzazione che l'azione amministrativa[42].

Dal punto vista della funzione amministrativa, dal novellato art. 97 sembra potersi ricavare la costituzionalizzazione del (già) noto (perché sancito all'art. 1 della l. 241/1990[43], in combinato disposto con i principi di buon andamento, imparzialità, efficacia ed efficienza[44]) principio di

quello del buon andamento, ora ancorabile a parametri di tipo più oggettivo (…) così pure del principio di legalità e della riserva di legge. Dovrebbe incrementare la consapevolezza che le pubbliche amministrazioni sono inserite in una rete più ampia e che la legge alla quale sono sottoposte non è più solo quella statale o regionale ma è anche – e anzitutto - quella contenuta negli atti normativi dell'Unione europea".

[41] *Contra,* G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art.97 cost.*, in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, *op. cit.,* p. 381 ss. e G. Pesce, *op. cit.,* p. 563 ss.

[42] È opinione condivisa in dottrina quella secondo cui i principi di imparzialità e di buon andamento della p.a. seppur riferiti nella Costituzione alla organizzazione, in realtà conformino anche l'attività amministrativa, stante l'inscindibile legame tra i due momenti (organizzazione e attività): a titolo meramente esemplificativo, cfr. sul tema U. Allegretti, voce *Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in Dig. Disc. pubbl., vol. VII, Torino, 1993, p. 131 ss., in particolare p. 135; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 74; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1967, p. 59 ss., in particolare pp. 75-76.

[43] L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

[44] Si rileva che nel comma 1 dell'articolo 1 della legge 241/1990 difetta il riferimento all'efficienza. L'espunzione dal testo definitivo del termine efficienza è stata spiegata per le difficoltà del legislatore di utilizzare la stessa locuzione in due accezioni diverse, ossia una generale quale sarebbe stata quella derivante dalla previsione contenuta nel co. 1 dell'art. 1 cit. e una puntuale cioè quella del co. 3 bis che lega l'efficienza all'uso della telematica, A. Massera, *op. cit.,* p. 47, qualifica come "*lista abbastanza arruffata e imprecisa*" l'elenco dei principi di cui alla norma in commento; E. Ferrari, *I principi dell'azione amministrativa,* in Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa, Civitarese-Matteucci Gardini (a cura di), Bologna, 2004, p. 2 ss. Secondo G. Morbidelli, *Il procedimento*

economicità dell'azione amministrativa che, unitamente ai principi di efficienza ed efficacia, è stato inteso come uno dei corollari della regola del buon andamento della pubblica amministrazione. Esso viene in rilievo nella sua accezione di criterio che impone alla p.a. di realizzare i fini pubblici stabiliti dalla legge con il minor impiego di risorse finanziarie ed economiche[45]. Sotto tale ultimo profilo, se l'azione amministrativa deve essere improntata al perseguimento degli obiettivi di una sana e prudente gestione finanziaria[46], la costituzionalizzazione dei vincoli in commento sembra postulare un'autonomizzazione di uno dei corollari del buon andamento, cioè il criterio di economicità dell'azione amministrativa[47].

Tale opzione ermeneutica è stata accolta dalla Corte Costituzionale che, in una recente sentenza, ha rilevato che la modifica dell'art. 97 Cost. "*ha conciso con l'inserimento dell'obbligo, per le amministrazioni pubbliche, di rispettare l'equilibrio di bilancio. Quest'ultimo si risolve nel criterio di economicità secondo cui l'azione delle pubbliche amministrazioni deve perseguire i propri obiettivi, garantendo il buon andamento e l'imparzialità con il minimo dispendio di risorse*"[48].

La novella dell'art. 97 Cost. pone anche un problema di coordinamento dei principi enucleati al primo comma, con gli altri principi che regolano l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione. La Corte Costituzionale ha postulato, anche con riferimento al rapporto tra il principio di equilibrio di bilancio e gli altri due tradizionali principi

amministrativo, in Diritto Amministrativo, L. Mazzarolli, A. Pericu Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), Bologna, Monduzzi ed., 2005, IV ed., p. 531 ss., ritiene che il criterio dell'efficienza - in quanto attiene propriamente all'organizzazione amministrativa - non sarebbe stato contemplato tra i principi dell'azione pubblica; più di recente, cfr. L. Torchia, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in Atti del LXIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Sviluppo economico, vincoli finanziaria e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 141 ss.

[45]M. R., Spasiano, *op. cit.*, p. 15, individua tre accezioni dell'economicità, una organizzativa, una funzionale ed una contabile. F. De Leonardis, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in AA. VV. L'azione amministrativa, Torino, Giappichelli, 2016, p. 49 individua invece due accezioni del principio di economicità, una prima riferita all'attività procedurale, una seconda riferita invece all'uso accorto delle risorse.

[46] Sulla necessaria correlazione tra momento organizzativo e momento funzionale dell'azione della pubblica amministrazione, nella dottrina più antica, si v. R. Marrama, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA. VV., Diritto Amministrativo, Bologna, 1998, I, p. 397 ss.

[47] In questo senso, G. Bottino, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2014, 3, p. 6.

[48] Corte Cost. 10.6.2013, n.133, in Giur. cost., 2016, 3, 1029.

dell'organizzazione e dell'attività amministrativa[49], una lettura per effetto della quale i principi enucleati all'art. 97 si completano a vicenda al fine di assicurare la composizione della dicotomia legalità-efficienza.

Un simile coordinamento sembra potersi realizzare secondo uno schema che garantisca l'ontologica preminenza del principio di legalità da una parte ed il necessario contemperamento con gli ulteriori criteri che regolano l'azione pubblica dall'altra. Ed infatti, la nozione di economicità è legata al rapporto tra mezzi e obiettivi e postula la sostenibilità dei costi per il conseguimento del programma prefissato. Il principio di economicità dell'azione amministrativa è stato ricondotto nell'alveo dei c.d. concetti giuridici indeterminati che lasciano margini applicativi all'amministrazione[50]. In quanto concetto giuridico indeterminato il suo contenuto viene riempito di significato facendo riferimento alle scienze dal quale è mutuato, nella specie quella economica; la letteratura economica, come rilevato, non fornisce però una definizione univoca dei concetti di equilibrio (i.e. economicità) e sostenibilità del bilancio; il rinvio all'ordinamento giuridico europeo, consente di riempire di contenuto il vincolo dell'equilibrio di bilancio facendo riferimento alle decisioni periodiche assunte in sede sovranazionale in contradditorio con lo Stato membro e che si sostanziano nei documenti di programmazione finanziaria al cui interno sono definiti i parametri numerici di riferimento relativi all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito pubblico, che seppur riferiti allo Stato vengono traslati, per effetto del "ponte" costituito dalla norma costituzionale, sulle singole pubbliche amministrazioni rientranti nel perimetro applicativo della norma, grazie alla mediazione delle fonti nazionali attuative.

È stato sostenuto che il criterio dell'economicità unitamente a quello di

[49] Nella giurisprudenza costituzionale che si è formata sulla versione previgente dell'art. 97 Cost. la potenziale conflittualità tra il principio di buon andamento, improntato alla concezione di una amministrazione di risultato, e quello di imparzialità, che postula invece una più accurata attenzione agli interessi sottesi all'azione amministrativa e garanzia delle situazioni giuridiche coinvolte dall'azione, ha trovato composizione nell'idea di un rapporto di corrispondenza biunivoca tra i due principi, destinati a completarsi a vicenda.

[50] Cass. Sez. Un., 28.4.2006, n.7024, reperibile su dejure, rileva che "*sulla configurazione di spazi discrezionali – e quindi di aree di insindacabilità – svolgono un essenziale effetto conformatore i principi di economicità e di efficacia, contenuti nella l. 7 agosto 1990, n.241, art. 1, i quali anche per l'attività regolata dal diritto pubblico, costituiscono un ulteriore limite alla libertà di valutazione conferita alla pubblica amministrazione. (…) si tratta di vere e proprie regole giuridiche, la cui inosservanza può dar luogo alla misura correttiva o repressiva che il giudice deve applicare all'esito della sua verifica. Tali principi quindi costituiscono una regola di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale…*".

sostenibilità del debito pubblico, comporterebbe una specifica conformazione dell'efficienza la quale verrebbe "*scorporata dalla funzionalizzazione ed agganciata al risparmio gestionale (…)*"; inoltre "*l'immediata cogenza della disposizione di cui trattasi non può che presagire ad un sistema organizzativo che ha come obiettivo primario quello di ridurre i servizi e le funzioni assegnate alla p.a. entro il medio termine*"[51].

Conseguentemente, per effetto della novella costituzionale, si delineerebbe un modello di pubblica amministrazione orientata al contenimento dei costi piuttosto che al soddisfacimento degli interessi pubblici[52].

Appare in realtà percorribile una diversa opzione interpretativa che muove dalla ontologica preminenza del principio di legalità sostanziale.

L'amministrazione pubblica esiste e opera non in funzione di se stessa, ma di soggetti che la trascendono: in ciò si sostanzia il principio di necessaria funzionalizzazione dell'attività e dell'organizzazione amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico. L'attribuzione di poteri da parte dell'ordinamento giuridico, con la contestuale determinazione dei limiti cui è sottoposto il potere pubblico, viene difatti effettuata nella misura in cui tali poteri possano essere strumenti per la cura di interessi pubblici[53]. In ogni ordinamento giuridico fondato sui principi dello Stato di diritto

[51] R. Ursi, *op.loc. ult. cit.,* p. 465. Secondo l'A. l'univoco riferimento ai principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico rappresenterebbe "*un'innovazione che dovrebbe incoraggiare il processo, già in atto, volto a proporre una rilettura, nell'ordinamento costituzionale composito, di principi tradizionali, come quello del buon andamento, ora ancorabile a parametri di tipo più oggettivo (…) così pure del principio di legalità e della riserva di legge. Dovrebbe incrementare la consapevolezza che le pubbliche amministrazioni sono inserite in una rete più ampia e che la legge alla quale sono sottoposte non è più solo quella statale o regionale ma è anche – e anzitutto - quella contenuta negli atti normativi dell'Unione europea*". Sempre l'A, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione, op. cit.,* ha sostenuto che "*Non si ritiene più di plasmare la capacità di rispondere alle esigenze collettive mediante risorse astrattamente necessarie, bensì di plasmare l'effettività del sistema organizzativo sulla capacità di contenere le risorse, conferendo alla dimensione degli interessi da curare e dei relativi compiti pubblici, il valore di variabile dipendente…con l'internalizzazione del vincolo di finanza pubblica la lex fiscalis europea diventa fattore climatico di una nuova concezione della buona amministrazione, in base alla quale l'attenzione sull'organizzazione amministrativa non è più legata alla funzionalità quanto piuttosto alla capacità di generare risparmio in relazione agli obiettivi di finanza pubblica*" (377). Secondo G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in Dir. Amm., 2014, p. 697 "*la continua crescita del debito sovrano ha evidenziato l'insostenibilità di un perimetro ampio di intervento pubblico, imponendo il varo di impegnativi programmi di spending review, basati sulla dismissione dei compiti pubblici, sulla cessione ai privati di imprese e beni, sulla riduzione degli ausili finanziari e sul taglio delle prestazioni sociali ai cittadini*".

[52] Cfr. A. Cioffi, *op. loc. ult. cit.,* p. 135-137.

[53] V. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol., 1, Milano, 1988, p.78 ss.

"*l'esplicazione dell'autorità deve trovare il proprio fondamento positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma*"[54]: spetta, pertanto, alla legge la determinazione degli obiettivi (i.e. la selezione degli interessi pubblici) e la disciplina dello svolgimento dell'azione (i.e. del procedimento amministrativo).

Ed allora, considerato che le attività svolte dalle pubbliche amministrazioni acquistano rilevanza giuridica - diventano "funzione" – se ed in quanto conformate dalla legge è consequenziale che il principio di legalità sia il primo ed indefettibile principio che regola l'organizzazione e l'attività amministrativa[55]. Con due necessari corollari: il primo, costituito dall'impossibilità di ritenere recessiva l'attività della pubblica amministrazione, che è preordinata alla cura concreta di interessi pubblici, rispetto alle esigenze "di risparmio gestionale", che sono logicamente collocate, nella sfera dei possibili interventi del legislatore, a monte delle attribuzioni funzionali (cioè delle attività che devono necessariamente essere espletate dal potere esecutivo per il perseguimento di interessi generali o pubblici non altrimenti satisfattibili); il secondo, costituito dalla preminenza del principio di legalità nel nostro sistema costituzionale, rispetto ai criteri ed ai principi comunque enunciati nel testo dell'art. 97 Cost., sia nel corpo delle altre norme costituzionali.

3.1. *Una collocazione plausibile dei vincoli di bilancio con gli altri principi che regolano la pubblica amministrazione*

Per effetto della riforma costituzionale n.1/2012 i canoni della sana e prudente gestione finanziaria di matrice europea, che devono sovraintendere la gestione delle entrate e delle spese alla base dell'attività amministrativa, divengono "regole" accanto ai tradizionali principi di legalità e di buon andamento e imparzialità.

Dato per presupposto naturale quello della preminenza del principio di

[54] In tal senso, v. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 56, nonché *Id*, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in Giur. Cost., 1962, 132. Nella dottrina amministrativa, tra coloro che si sono occupati del principio di legalità, si possono richiamare G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'Azione amministrativa, Milano, 2011, p. 3; F. Merusi, *Sentieri interrotti di legalità*, Bologna, 2007; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in Dir. Pubbl., 2007, p. 419.

[55] Così F. Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in AA. VV. L'azione amministrativa, Torino, 2016, p. 38, secondo cui il principio di funzionalità dà conto dell'eteroreferenzialità dell'amministrazione e manifesta che la dimensione essenziale della p.a., del resto in armonia con l'etimologia del termine ministrare, è quella del servizio.

legalità sugli altri "principi" (o criteri, secondo l'art.1 della legge 241/90) che appaiono diretti a definire il *quomodo* dell'amministrare, resta da indagare se e come la riconduzione dei concetti economici dell'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito pubblico ai paradigmi normativi, incida sul concreto esercizio delle funzioni amministrative.

In primo luogo, l'attività funzionalizzata alla cura del pubblico interesse si collega immediatamente al principio di efficacia (una pubblica amministrazione efficace è quella che riesce a raggiungere i fini prefissati dalla legge) inteso come concreta idoneità dell'azione amministrativa a conseguire i risultati prefissati quanto alla tutela degli interessi pubblici. Tuttavia l'efficacia non appare sufficiente a definire compiutamente le modalità dell'azione amministrativa: un'amministrazione efficace, che può raggiungere gli obiettivi definiti dalla legge, non è necessariamente efficiente (cioè attenta all'equilibrio tra mezzi e risultati). Il principio di efficienza impone infatti di utilizzare il minor numero di risorse per la realizzazione del risultato: l'economicità è una sottocategoria dell'efficienza e si concretizza nel dato contabile del "vincolo di bilancio".

Una collocazione plausibile del circuito rappresentato dall'equilibrio del bilancio e sostenibilità del debito e dagli ulteriori principi che reggono l'azione amministrativa può essere delineato alla luce del principio di legalità sostanziale. Se la legalità costituzionale dell'amministrazione è stata storicamente ravvisata nell'esigenza che il legislatore circoscriva i poteri discrezionali dell'amministrazione, in modo tale che il loro esercizio sia riconducibile alla legge, l'inserimento di vincoli economici (sia riferibili al formale equilibrio del bilancio, che all'obiettivo "politico" della sostenibilità del debito) nel dettato costituzionale sembra avere un duplice effetto: da un lato quello di vincolare il legislatore alla indicazione non solo dei fini e delle modalità concrete dell'esercizio dell'azione amministrativa, ma anche della definizione di mezzi e risorse appropriate per consentire il perseguimento efficace ed efficiente della soddisfazione degli interessi pubblici (ciò si ricava indirettamente dalla condizione logico-giuridica dalla quale si è partiti, e cioè la concreta applicazione del principio di legalità, ancorchè conformato ad obiettivi di politica economica in conformità con l'ordinamento dell'Unione); dall'altro, trattandosi di una disposizione che non è formalmente diretta al legislatore, ma che attiene alla concreta azione delle amministrazioni che devono "assicurare" l'equilibrio del bilancio[56],

[56] Si veda sul punto la citata pronuncia della Corte Cost. n. 133/2016, in cui il giudice osserva che "*Nel primo comma dell'art. 97 Cost., inserito dalla legge di revisione costituzionale n. 1 del 2012, vi è simmetria tra il criterio di economicità, secondo cui l'azione delle amministrazioni deve perseguire i propri obiettivi, garantendo il buon andamento e*

essa appare destinata a condizionare qualsiasi attività riconducibile alla cura di interessi pubblici (e quindi riferibile anche al plesso delle disposizioni normative vigenti e già in vigore).

Escluso che dalla collocazione sistematica del principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico al co. 1 dell'art. 97 Cost. sia possibile enucleare una nuova e diversa concezione dell'amministrazione in qualche modo servente rispetto all'esigenza di "risparmio gestionale", i tempi sembrano essere oggi maturi per una evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa il rapporto tra la regola dell'equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico e le ulteriori previsioni costituzionali, in specie quelle che riguardano la pubblica amministrazione la cui missione istituzionale consiste nello svolgimento di attività e nella prestazione di servizi in funzione dell'interesse pubblico. In altri termini e più chiaramente, dato come presupposto quello del nucleo inviolabile dei diritti, la tendenza più recente sembra essere quella volta a ricomporre il potenziale conflitto tra vincoli costituzionali vigenti, nel senso del giusto contemperamento tra l'equilibrio di bilancio e l'effettività delle norme costituzionali, non solo quelle che riconoscono diritti ai cittadini, ma anche quelle che prescrivono una pubblica amministrazione improntata al buon andamento e all'imparzialità, come tale finalizzata all'erogazione di servizi e prestazioni sociali e funzioni pubbliche, secondo equità. L'esigenza di tutela a fronte del rischio di "tirannia" delle regole di bilancio, sembra potersi riguardare non solo con riguardo al nucleo essenziale di diritti, ma anche con riferimento alla stessa idea di amministrazione pubblica. Esiste invero una "saldatura" tra i profili organizzativo finanziari dell'attività amministrativa e quelli sostanziali della tutela dei diritti. Se ci sono delle funzioni pubbliche e queste funzioni sono preordinate al soddisfacimento dei bisogni della collettività, le risorse per alimentarle (principio della corrispondenza tra risorse e funzioni) devono essere attribuite sulle scelte di bilancio, che sotto tale profilo si atteggiano a strumenti di governo e di indirizzo dell'attività dell'amministrazione[57].

l'imparzialità con il minimo dispendio di risorse, e l'obbligo di rispettare l'equilibrio di bilancio, che è legato all'andamento del ciclo economico. La valutazione del suddetto criterio, pertanto, non può essere costretta in una dimensione temporale limitata, ma deve svolgersi in riferimento ad un arco temporale sufficientemente ampio, tale da consentire la realizzazione degli obiettivi in una situazione di debito sostenibile e di tendenziale "armonia" fra entrate e uscite".

[57] M. Luciani, *I diritti finanziariamente condizionati*, in La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica, Atti del LXIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21, 22, 23 settembre 2017, Milano, Giuffrè, 2018, p. 341 ss.

Sez. II – La "dimensione soggettiva" allargata del debito pubblico: il settore delle pubbliche amministrazioni finanziarie

Sommario: 4. La problematica individuazione delle p.a. astrette dagli obblighi di finanza pubblica – 4.1. Sulla nozione di " pubblica amministrazione" – 4.1.1. L'influenza del diritto europeo – 4.1.2. L'assenza di una definizione normativa di pubblica amministrazione e i conseguenti problemi interpretativi – 4.2. Il "complesso delle pubbliche amministrazioni" nel settore della finanza pubblica – 5. I criteri definitori contenuti nel Sec 2010 – 5.1. L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza europea – 5.2. La matrice internazionale dei criteri definitori del settore delle amministrazioni pubbliche finanziarie – 6. Il potere di certificazione dell'Istat e i conseguenti problemi applicativi – 6.1. L'ambito soggettivo di applicazione delle norme di *spendig review* – 7. I paradigmi tradizionali della nozione di pubblica amministrazione, alla prova dei vincoli economico-finanziari – 7.1. Una opzione interpretativa coerente al tradizionale statuto costituzionale della pubblica amministrazione

4. *La problematica individuazione delle p.a. astrette dagli obblighi di finanza pubblica*

L'ambito di applicazione soggettivo dei principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito di cui al comma 1 dell'art. 97 è individuato tramite il riferimento alle "*pubbliche amministrazioni*"; diversamente, il comma 6 dell'art. 81 Cost. utilizza la locuzione "*complesso delle pubbliche amministrazioni*", rimettendone la puntuale definizione alla legge di attuazione, per definire gli enti astretti dai vincoli finanziari di matrice sovrastale. L'art. 2 lett. a) della legge n.243/2012 prevede che "*si intendono: per «amministrazioni pubbliche» gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sotto-settori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale."* e precisa che*" Per conto economico consolidato"* si intende *"il conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche formato dagli aggregati contabili delle entrate e delle spese di tali amministrazioni, classificati in conformità alle modalità stabilite dall'ordinamento dell'Unione europea"*.

Sebbene non in via diretta l'art. 2 lett. a) della legge n.243/2012, si riferisce all'art. 1 della legge n.196/2009 che disciplina a sua volta, conformemente alle previsioni sovranazionali, la ricognizione delle

amministrazioni pubbliche che rientrano nel conto economico consolidato: tale ricognizione - che avviene in base ai criteri economici e statistici previsti dal citato Regolamento 549/2013 Ue (Sec 2010) - è affidata all'Istat che vi provvede tramite un proprio atto pubblicato ogni anno in Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre (c.d. "elenco Istat").

L'applicazione dei criteri economico statistici di matrice extra-statale, comporta l'inclusione nell'elenco non solo dei soggetti formalmente pubblici, ma anche di quelli che, pur avendo la veste di soggetti formalmente privati, sono considerati pubbliche amministrazioni ai fini finanziari[58].

Di qui l'esigenza di approfondimento dei problemi sottesi all'emersione di tale nuova categoria costituzionale.

4.1. *Sulla nozione di "pubblica amministrazione"*

Che nel nostro ordinamento non esista una nozione univoca e generale di amministrazione pubblica è acquisizione condivisa dalla dottrina[59]. Lo è

[58] La questione (sostanziale) della "natura" pubblica o privata di una persona giuridica e degli elementi rilevanti ai suoi fini è stata tradizionalmente oggetto di approfondito esame da parte della dottrina. A mero titolo esemplificativo, si ricorda: S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, 3^ ed., Padova, Cedam, 1937, p. 9 il quale affermava che il concetto di pubblica amministrazione era "*uno degli elementi, il più importante, della definizione del diritto amministrativo*"; O. Ranelletti, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in Riv. dir. pubbl., VIII, 1916, I, p. 337 ss.; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. 1, Milano, Vallardi, 1904, p. 650 ss.; G. Miele, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in Riv. dir. comm, 1942 ora in Scritti Giuridici, I, Milano, Giuffré, 1987, p. 365 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 1958-1959. L'A. osservava che la distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private assume "*fondamentale importanza*" in quanto "*soltanto le prime, infatti, possono essere soggetti attivi della pubblica amministrazione, con tutte le conseguenze che a tale qualità si collegano*"; V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959.

[59] Vedi di recente P. Gotti, *La problematica nozione finanziaria di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in Dir. Amm., 2016, 1-2, p. 177 ss.; sul tema cfr. anche S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in Gior. dir. amm.,1996, 10, p. 920 ss.; J. A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in Riv. It. Dir. Pubb. Com., 1998, p. 561 ss., nonché per gli aspetti connessi alla finanza pubblica, G. Rivosecchi, *La legge di bilancio e le leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della costituzione. Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità,* in Atti del 58° Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2012, Milano, Giuffré, 2013; G. Bellitti, *Il settore pubblico con riferimento alla lista S.13, riguardante l'elenco delle pubbliche amministrazioni*, in Riv. Corte Conti, 2015, 5-6, p. 527 ss.; G. Colombini, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione,* in Federalismi.it, 2017, 13, p. 1 ss.

sia per effetto della matrice definitoria costituzionale (prima della riforma del 2012, l'art. 97 Cost., pur rubricato come *Pubblica amministrazione*, si riferiva solamente ai "*pubblici uffici*"), sia per la carenza di una definizione, unitaria ed universalmente valida, di pubblica amministrazione ad opera del legislatore ordinario[60]; ed infatti, le leggi di settore (ed in modo particolare quelle relative al pubblico impiego[61]), hanno sempre provveduto ad una *suppositio terminorum* per definire il loro perimetro applicativo: con la conseguenza che la nozione di pubblica amministrazione è stata sostanzialmente legata ad ambiti settorialmente definiti, differenti per finalità legislative e di regolamentazione[62], ancorché uniti da una matrice comune legata a principi costituzionali (il rispetto del principio di legalità, la preordinazione dell'attività a finalità di pubblico interesse, le finalità relative al perseguimento di obiettivi di buon andamento, l'applicazione del principio di imparzialità).

Ne è conseguita l'emersione di diverse accezioni di pubblica amministrazione tendenzialmente mutevoli a seconda della specifica disciplina settoriale ed aventi caratteristiche e natura differenti, al punto

[60] Sul punto, ma la questione qui è soltanto accennata per essere progressivamente approfondita nell'ambito del presente paragrafo, cfr. D. Sorace, *Amministrazione pubblica*, in www.enc.giur. (Treccani), Aggiornamento, Roma, 2016, p. 1, secondo il quale "*nel nostro ordinamento non esiste una definizione legislativa*" di *"amministrazione pubblica*"; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Vol. I, II ed., Milano, Giuffrè, p. 181 ss. Osserva E. Casetta, *Manuale di diritto Amministrativo*, Milano, Giuffré, 2007, p. 1, che il termine "amministrazione" in sé, non esprime neppure un concetto strettamente giuridico, potendo essere riferito a qualunque soggetto che svolga un'attività diretta alla cura di interessi correlati al fine che il soggetto persegue.

[61] L'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 individua le amministrazioni pubbliche in "*tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI*". L'archetipo su cui si fonda l'individuazione delle amministrazioni pubbliche nelle diverse leggi di settore è stato costituito proprio dal t.u. sul pubblico impiego: la disposizione viene infatti utilizzata con espressi richiami e con l'aggiunta di singole previsioni in relazione alla materia trattata.

[62] Secondo M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 319, i principali plessi normativi da considerare in ordine alla nozione di pubbliche amministrazioni sono: a) pubblico impiego; b) procedimento amministrativo; c) contratti pubblici; d) finanza pubblica ed in particolare al Patto di stabilità e di crescita.

che, come osservato in dottrina, appena si abbandona il terreno meramente descrittivo "*riesce difficile anche solo precisare che cosa s'intende per pubblica amministrazione: non perché manchi una definizione, ma perché ce ne sono troppe*"[63]; inoltre, trattandosi di una mera "*espressione di sintesi*"[64], sarebbe più corretto parlare "*non di pubblica amministrazione*, *ma di pubbliche amministrazioni*"[65].

Su tali premesse teoriche si fondano gli approdi giurisprudenziali relativi alla definizione "cangiante" o "funzionale" di amministrazione pubblica[66], che sarebbe basata su criteri non "statici" e "formali", ma "dinamici" e "funzionali": in sintesi una simile "*nozione cangiante di ente pubblico impedisce di estendere automaticamente la qualifica pubblicistica riconosciuta a un ente in determinati ambiti, al fine di giustificare automaticamente la sua integrale soggezione alla disciplina di diritto pubblico*"[67]. Si è quindi osservato che la valorizzazione del profilo funzionale relativo alle finalità perseguite dal legislatore porta ad individuare "*diverse nozioni di pubblica amministrazione in ragione degli ambiti generali e settoriali di disciplina che vengono in rilievo e, per ciascuna pubblica amministrazione, una possibile articolazione della natura, pubblica o privata, in ragione della specifica disciplina applicabile*"[68]. Con la specificazione che, stabilire se un soggetto sia o meno parte della pubblica amministrazione non risponde ad una mera esigenza di classificazione, ma acquista rilievo, sul piano sostanziale, al fine di accertare se a quel dato soggetto si applichino o meno determinate regole[69] e, su quello processuale, ai fini del riconoscimento del giudice munito di giurisdizione.

4.1.1. *L'influenza del diritto europeo*

All'emersione di una pluralità di ambiti applicativi del perimetro delle amministrazioni pubbliche ha contribuito certamente il diritto europeo (e

[63] E. Casetta, *Pubblica Amministrazione*, in Digesto disc. Pubbl., XII, Torino, 1997, p. 271.
[64] D. Sorace, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 17.
[65] M. Nigro, *Amministrazione Pubblica* (*organizzazione giuridica dell'*), in Enc. Giur., II, Roma, 1988, 3; E. Casetta, *op. cit*., p. 272 ss.
[66] Cons. St., Sez. VI, 22.03.2016, n. 1164, in Foro it. 2016, 9, III , p. 457.
[67] *Id*, 11.7.2016, n. 3043, in Guida al Dir., 2016, 96, secondo cui, il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato, con la conseguenza, in altri termini, "*che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente… la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione*".
[68] Così, *Id*., Sez. VI, 1.6.2016, n.2326, *ivi,* 28, 64.
[69] Cfr. S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Trattato di diritto Amministrativo, in Id (a cura di), Diritto amministrativo generale, Tomo I, Parte II, Milano, Giuffré, 2003, p. 173 ss.

forse di più la giurisprudenza della Cgue), in particolare affermando l'esistenza di una nozione "funzionale" di amministrazione pubblica[70] diversa a seconda delle materie trattate, sia pure nel rispetto (in assenza di una specifica norma attributiva di competenze all'Unione europea) della riserva di sovranità degli Stati membri nell'individuazione delle pubbliche amministrazioni, in ossequio al principio della cd. autonomia organizzativa nazionale[71].

Segnatamente il diritto dell'Unione europea, improntato al principio di neutralità delle forme giuridiche, ha consentito l'emersione nel nostro ordinamento di figure soggettive pubbliche elaborate alla stregua di parametri sostanziali e teleologici, quindi indifferenti ai profili di qualificazione formale[72]. Nell'ordinamento dell'Ue è possibile difatti rinvenire una nozione variabile di pubblica amministrazione, la cui *ratio* appare riconducibile all'esigenza di assicurare il c.d. principio dell'effetto utile: passando in rassegna i settori nei quali è possibile scorgere una diversa e variabile nozione di pubblica amministrazione nel diritto sovranazionale, si può osservare che nella materia della concorrenza e dei contratti pubblici,

[70] In termini letterali cfr. il punto 52 della sentenza Cgue, grande sezione 19.12.2013, Fish Legal e Shirley, causa C-279/12, su e-curia, nella quale si è sostenuto che al fine di stabilire se le società di gestione dei servizi idrici possano essere qualificate come persone giuridiche che svolgono "funzioni di p.a." ai sensi dell'art. 2, punto 2, lett. b), della direttiva 2003/4, si deve esaminare se tali enti siano investiti, in forza del diritto nazionale loro applicabile, di poteri speciali che eccedono quelli risultanti dalle norme applicabili ai rapporti tra soggetti di diritto privato "*Imprese quali le società di gestione dei servizi idrici che forniscono servizi pubblici connessi con l'ambiente, si trovano sotto il controllo di un organismo o di una persona di cui all'art. 2, punto 2, lett. a) o b), della direttiva 2003/4, cosicché dovrebbero essere qualificate come "autorità pubbliche" ai sensi dell'art. 2, punto 2, lett. c), di tale direttiva se tali imprese non determinano in maniera realmente autonoma le modalità con le quali forniscono detti servizi, poiché un'autorità pubblica rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 2, punto 2, lett. a) o b), della richiamata direttiva è in grado di influenzare in maniera decisiva l'azione di dette imprese nel settore ambientale*".

[71] Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 24.7.2017, n. 3666, in Dir. & Giust., 2017, 3 agosto 2017.

[72] Si ha riguardo alle figure di derivazione sovranazionale ben note quali l'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e i soggetti *in house*. Giova inoltre sottolineare che nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea si registra l'assenza di una definizione unitaria di pubblica amministrazione potendosi piuttosto rinvenire diversi accezioni della nozione di p.a. a seconda del settore di riferimento e dello scopo perseguito dal legislatore sovranazionale, sul punto si v. S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione, op. cit.*, p. 920 ss., secondo il quale la nozione di pubblica amministrazione individuata dalla Corte di giustizia —in particolare nelle sentenze 2 luglio 1996, causa C-473/93, causa C-173/94 e causa C-290/94, in Giorn. dir. amm., 1996, 10, p. 915 ss. — ha caratteristiche 'funzionali'. Non sarebbe quindi rinvenibile una concezione 'organica' o 'istituzionale'; con la conseguenza che "*potrebbero esservi, nel diritto comunitario, tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le volte che c'è bisogno di esse*".

la portata soggettiva delle norme viene estesa attraverso la nozione di "*organismo di diritto pubblico*"[73] in quanto funzionale alla realizzazione dell'interesse sotteso alla relativa disciplina ossia quello a che un numero maggiore possibile di soggetti osservi la disciplina comune; al contrario nel settore del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, l'eccezione alla libertà di circolazione dei lavoratori, costituita dalla prestazione di lavoro presso la pubblica amministrazione viene interpretata dalla Corte di giustizia in senso restrittivo, fornendo cioè una nozione di pubblica amministrazione funzionale a favorire l'effetto utile per il diritto europeo costituito dalla massima estensione della libertà di cui trattasi[74].

4.1.2. *L'assenza di una definizione normativa di pubblica amministrazione e i conseguenti problemi interpretativi*

Muovendo da simili premesse la dottrina ha rilevato che per effetto dell'influenza della normativa sovranazionale, anche nel nostro ordinamento assume rilievo una definizione funzionale e strumentale di pubblica amministrazione[75].

[73] L'elaborazione (inizialmente ad opera della Cgue e poi codificata) della nozione di organismo di diritto pubblico appare difatti funzionale ad impedire che il riconoscimento di una piena libertà agli ordinamenti nazionali di identificare la nozione di amministrazione aggiudicatrice rischi, mediante il ricorso a forme organizzative private, di eludere le norme di garanzie che presiedono alla scelta del contraente. La nozione di organismo di diritto pubblico opera esclusivamente nel settore dei contratti pubblici e non in quello della concorrenza nel quale viene in rilievo la diversa nozione di "impresa pubblica". In dottrina, a mero titolo esemplificativo, si v. M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004; *Id.*, *L'ambito soggettivo degli enti aggiudicatori*, in Trattato sui contratti pubblici. I settori speciali. L'esecuzione, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3145 ss. Più di recente, si v. F. Aperio Bella, *Organismo di diritto pubblico*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), in Trattato sui contratti pubblici, Vol. II, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 417 ss.

[74] Cgue, 2.7.1996, causa C-473/93*, cit.,* che allo scopo di definire in senso restrittivo tale esclusione e favorire dunque la libertà di circolazione, afferma che si ha pubblica amministrazione rilevante ai sensi della conferente disposizione del Trattato al ricorrere di due presupposti: (a) esercizio di pubblici poteri; (b) tutela di interessi generali o di altre collettività pubbliche: soltanto al ricorrere di tali due presupposti l'impiego può essere riservato ai cittadini dello Stato. Si v., tra gli altri, M. P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in *Id* (a cura di), Diritto Amministrativo europeo, Milano, Giuffré, 2013, p. 171 ss. È stato osservato che nel diritto dell'Unione europea si trovano nozione opposte di pubblica amministrazione, ora estensive ora restrittive, per massimizzare il loro effetto utile, in questo senso si v. P. Gotti, *op. cit.*, p. 181.

[75] Si è parlato a tale proposito di nozione cangiante o a geometria variabile, cfr. in proposito J.A. Moreno Molina, *op. cit.*, p. 588. L'A. osserva che si assiste, ormai da tempo, "*alla costruzione di un diritto amministrativo europeo comune che si impone sui diritti amministrativi*

Le ragioni storiche di un una simile acquisizione teorica devono essere rinvenute anche nel moltiplicarsi di soggetti che esplicano attività amministrativa (fenomeno questo che rende arduo stabilire i limiti dell'amministrazione in senso soggettivo), oltre che nella tecnica normativa utilizzata, non ispirata ad un criterio o metodo definitorio omogeneo: in alcuni casi il legislatore si riferisce genericamente alla pubblica amministrazione, ricorrendo a qualificazioni presupposte, non definite dal legislatore che si limita a postularne l'esistenza e la riconoscibilità[76]; altre volte invece il legislatore procede ad enucleare l'ambito di applicazione soggettivo della specifica disciplina attraverso il ricorso alla definizione della nozione di pubblica amministrazione mediante una elencazione tassonomica dei singoli enti destinatari di quello specifico plesso normativo. Si pensi alla già menzionata enumerazione casistica delle pubbliche amministrazioni contenuta all'art. 1 co. 2 del d.lgs. n.165/2001. Viceversa, l'art. 7 del codice del processo amministrativo[77] per individuare l'oggetto della giurisdizione amministrativa, valorizza l'obbligo del rispetto dei principi del procedimento amministrativo nell'esercizio del potere autoritativo[78], senza indicare in via tassonomica i soggetti che possono ritenersi pubbliche amministrazioni.

Occorre chiarire che il problema della qualificazione di un soggetto come "pubblica amministrazione" (e quindi l'emersione di una nozione "funzionale", "cangiante", "variabile" di p.a.) si pone per quegli enti che non sono ontologicamente tali[79]: se si muove da una simile premessa,

interni e che, senza dubbio, influisce nella concezione stessa del diritto amministrativo. In questo senso, bisogna far risaltare la scarsa importanza che il diritto comunitario, vero stimolatore di questo processo di convergenza, concede al dato della personalità giuridica così come la preminenza che dà ai criteri funzionali o materiali". Nello stesso senso cfr. altresì A. Pajno, *La giustizia amministrativa nel 2016*, in Giorn. dir. amm., 2016, 2, p. 139 ss.

[76] Cfr. E. Chiti, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in Giorn. dir. amm., 1996, p. 741.

[77] D.lgs. 2 luglio 2010, n.104 ("codice del processo amministrativo" o "c.p.a.").

[78] Tar Lazio, Roma, Sez. III, 3.3.2008, n.1938, in Foro amm. TAR 2008, 3, 738, afferma che se il confine tra pubblico e privato tende ad assumere contorni differenti a seconda dell'ambito settoriale di riferimento, allora la qualificazione giuridica di un determinato soggetto finisce per essere condizionata dal fine perseguito dalla norma da applicare.

[79] Cfr. sul punto Cons. St., Sez. VI, 30.5.2014, 2818, in Foro Amm. (Il) 2014, 5, 1460, che nell'affrontare la questione afferente alla correttezza dell'inserimento dell'Agcm nell'elenco Istat e della soggezione dell'Autorità alle norme di spending review, ha affermato che a tale fini non vale considerare se essa abbia natura "*di unità istituzionale pubblica per la sussistenza dei due indici del controllo e del finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni, poiché tale definizione soccorre qualora non sia evidente che l'organismo esaminato è esso stesso una Pubblica amministrazione (…) la qualifica di tali organismi deriva (…) dalla stessa loro natura ontologica di pubblica amministrazione*".

nell'enucleare l'ambito soggettivo di applicazione degli artt. 81 comma 6 e 97 comma 1 Cost. nessun dubbio sussiste in ordine al fatto che tutte le pubbliche amministrazioni "in senso stretto" (cioè con le persone giuridiche formalmente e sostanzialmente pubbliche) siano tenute al rispetto degli obblighi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico; il condizionamento della disciplina europea (Sec 2010) nella definizione della nozione di pubblica amministrazione ai fini finanziari nasce da una scelta del legislatore nazionale, in funzione dell'esigenza di assicurare un controllo constante sull'andamento della spesa pubblica per il rispetto dei vincoli di bilancio assunti in sede sovranazionale (cfr. art.1, comma 4 del regolamento Sec 2010, ai sensi del quale gli Stati membri non sono affatto obbligati ad utilizzare i criteri ivi previsti per elaborare i conti, restando quindi ferma una piena autonomia contabile in base alle proprie strutture, tradizioni e competenze): tale scelta ha determinato l'emersione - anche con riferimento al settore della finanza pubblica-, di una nozione *variabile* di pubblica amministrazione che ripropone, con riferimento alla materia in esame, il tema della delimitazione del perimetro dell'apparato pubblico in rapporto ai soggetti privati[80].

4.2. *Il "complesso delle pubbliche amministrazioni" nel settore della finanza pubblica*

Uno dei terreni di elezione della definizione di amministrazione pubblica di derivazione europea è rappresentato proprio dalla disciplina della finanza pubblica[81]: tuttavia è bene subito evidenziare che le modalità con le quali il nostro ordinamento ha visto progressivamente modificare in senso sostanziale il perimetro applicativo (sempre con riferimento alla rilevanza finanziaria) delle amministrazioni pubbliche, sono del tutto ellittiche. In nessun caso il legislatore ha formalizzato una applicazione diretta ed immediata di regole formatesi al di fuori del nostro ordinamento: lo ha fatto indirettamente, individuando prima il soggetto cui spetta il compito della ricognizione annuale di un elenco (di amministrazioni), poi richiamando, a costituzione variata (con le modifiche dell'art. 81 e dell'art.

[80] Cfr. Cons. St., n.2326/2016 *cit*. Sulle difficoltà nell'individuazione dei limiti del comparto pubblico in Italia, si v. G. Colavitti, *Concorrenza, trasparenza e autonomia. Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico,* Bari, Cacucci Ed., 2018, p. 34 ss. (in particolare, per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo delle norme sul contenimento della spesa pubblica, 44 ss.).
[81] Cfr. M. Clarich, *op. ult. cit.,* p. 319.

97 comma 1 Cost. in particolare), le procedure seguite in conformità alle norme europee. Come rilevato, l'art. 2, comma 1 lett. a) della legge 243/2012 richiama (indirettamente) l'art. 1 della legge 196/2009[82], per effetto del quale la ricognizione delle amministrazioni pubbliche che costituiscono il terreno applicativo delle disposizioni di finanza pubblica viene operata annualmente dall'Istat con proprio elenco pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. A sua volta l'Istat utilizza, quali criteri per la compilazione dell'elenco delle amministrazioni pubbliche, quelli previsti nel regolamento 549/2013 dell'Unione: regolamento che, è bene ribadire, ha una portata certamente vincolante per gli stati membri, ma solo per la compiuta realizzazione del Sistema europeo dei conti.

In altri termini, l'influenza del diritto sovranazionale nella definizione del perimetro soggettivo di applicazione del quadro delle regole finanziarie non deriva direttamente dalle fonti europee ma costituisce l'effetto di una scelta propria del legislatore nazionale che ha assunto i criteri economico e statistici enucleati nel Sec 2010 a parametri cogenti all'interno dell'ordinamento e condizionanti la nozione di pubblica amministrazione rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica. Questa impostazione è stata in realtà inaugurata con l'art. 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 che ha conferito all'Istat il compito di redigere annualmente l'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato al fine di "*assicurare il consolidamento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea*"[83]; è proseguita con la legge n. 196 del 2009 che ha fornito una definizione di pubblica amministrazione di valenza non generale ma limitata allo scopo di assicurare il rispetto dei vincoli assunti in sede sovranazionale

[82] La norma prevede che ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche "*si intendono, per l'anno 2011, gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall'anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell'elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 228 e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all' articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni*".

[83] In argomento cfr. S. Del Gatto, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 960 ss.; nonché M. Di Lullo, *Soggetti privati "pubbliche amministrazioni" ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in Foro amm.-C.d.S., 2013, p. 3579 ss.

(le norme della legge sulla contabilità pubblica costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica finalizzati alla tutela dell'unità economica della Repubblica, e sanciscono la condivisione dei relativi obiettivi e responsabilità da parte di tutte le amministrazioni) ed è stata confermata con gli artt. 81 co. 6 nel testo modificato dalla riforma costituzionale del 2012 oltre che dalla legge n.243/2012[84].

Il quadro normativo primario trova, come detto, la propria legittimazione costituzionale nelle intervenute modifiche dell'art. 81 e dell'art. 97 comma 1 Cost.; le due norme costituzionali hanno una diversa portata applicativa: l'una, quella dell'art. 97, che risponde al tradizionale perimetro soggettivo della norma in parola che è quello delle amministrazioni pubbliche in senso stretto[85]; l'altra, che contempla una categoria inedita (in Costituzione non vi era nessun riferimento prima della novella del 2012 al "*complesso delle pubbliche amministrazioni*") più ampia rispetto a quella prevista dall'art. 97 e, per effetto in particolare del rinvio contenuto nella legge 243/2012, aperta ai condizionamenti derivanti dalla declinazione europea del concetto di amministrazione pubblica contenuto nel Sec 2010. La nuova formulazione dell'art. 81 comma 6 ed in specie il riferimento al "*complesso delle pubbliche amministrazioni*", sembra aver rotto l'esclusività definitoria attribuibile all'art. 97 Cost. con riferimento alle amministrazioni pubbliche, contemplando una categoria (più che una nozione) di complesso delle pubbliche amministrazioni la cui portata applicativa è stata forse non attentamente valutata dalla dottrina (che, come si argomenterà *infra*, tende a sovrapporre gli ambiti applicativi delle due disposizioni costituzionali, in questo senso agevolata dal testo non sempre sorvegliato della legge attuativa della novella).

[84] Sul punto, si v. V. Torano, *op. cit.*, p. 1053. L'A. ha osservato che la logica classificatoria che connota il sistema europeo dei conti differisce da quella usualmente utilizzata dal diritto nazionale, essendo appunto incentrata su indicatori di tipo economico e monetario; ciò comporta che la determinazione dei soggetti la cui attività comporta un costo per il bilancio dello Stato – e che quindi può generare disavanzo e debito pubblico – prescinde dalla veste formale, pubblica o privata, da attribuire sulla base del diritto interni (p. 1055).

[85] *Contra*, G. Colombino, *op. loc. ult. cit.,* p. 4, secondo cui "*con questo nuovo comma, il legislatore non ha certamente voluto operare una mera ripetizione del principio dell'equilibrio di bilancio ma ha voluto caricare l'intero articolo 97 di una portata innovativa sistemica in quanto, con il riferimento al plurale "amministrazioni pubbliche", ha inteso indicare una nozione ampia di amministrazione pubblica ove l'elemento dell'interesse finanziario pubblico assume un ruolo centrale per la relativa qualificazione sia a livello nazionale che a livello sovranazionale (coerenza con l'ordinamento dell'UE*)".

5. *I criteri definitori contenuti nel Sec 2010*

Uno degli aspetti meno analizzati nella difficile articolazione ricostruttiva del quadro normativo è proprio quello dell'origine definitoria delle amministrazioni pubbliche contenuta nel regolamento Ue n.549/13. È utile rammentare che la funzione del Sec 2010 è essenzialmente di natura statistica, ossia quella di documentare la realtà economica prescindendo dalla forma giuridica (i criteri per la sussumibilità di un soggetto nel settore delle pubbliche amministrazioni ai sensi del sistema europeo dei conti hanno difatti natura sostanziale: si tratta invero di parametri economici e monetari, di natura fattuale, in ragione dei quali anche soggetti formalmente privati - secondo le qualificazioni dell'ordinamento nazionale - possono essere configurati come pubblici ai fini dell'inserimento nel conto economico consolidato); l'obiettivo sotteso al sistema europeo dei conti è quello di consentire l'esercizio delle funzioni di monitoraggio sulle economie degli Stati membri e dell'unione economica e monetaria e dunque la verifica degli impegni assunti in tema di disavanzo e debito pubblico ai sensi del *"protocollo sulle procedure per i disavanzi pubblici eccessivi e Patto di Stabilità e crescita*"[86].

Il regolamento europeo contiene due allegati[87]: l'allegato A predispone una metodologia "*relativa alle norme, alle definizioni, alle classificazioni e alle regole contabili comuni, che devono essere utilizzate per l'elaborazione dei conti nazionali*". L'allegato B prevede un programma che stabilisce i termini, incluse le scadenze, entro i quali gli Stati membri trasmettono alla Commissione (Eurostat) i loro conti nazionali.

Il capitolo 20 del regolamento SEC è intitolato "*I conti delle amministrazioni pubbliche*". Il paragrafo 20.01 rappresenta che «[*l*]*e attività delle amministrazioni pubbliche sono presentate separatamente da quelle del resto dell'economia perché i poteri, le finalità e le funzioni delle amministrazioni pubbliche differiscono da quelli di altri settori». Il paragrafo 20.01 dell'allegato A del regolamento SEC prosegue affermando che il capitolo 20 presenta i conti delle amministrazioni pubbliche in una maniera «che offre un quadro integrato delle attività economiche delle amministrazioni pubbliche: entrate, spese, disavanzo/avanzo, finanziamenti, altri flussi economici e conto patrimoniale*». Secondo l'allegato A al regolamento 549/2013 per amministrazioni pubbliche si intendono le unità istituzionali[88] che agiscono da produttori

[86] Si v. *supra* Cap. 1, par. 4.2.
[87] V. articolo 1, paragrafo 2, del regolamento 549/2013 *cit.*
[88] Per unità istituzionali il Sec 2010 (punto 2.12) intende entità economiche caratterizzate da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale.

di beni e servizi non destinabili alla vendita, "*la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza*" del paese[89]. Il sistema europeo distingue per settori omogenei le singole unità istituzionali definite come entità economiche caratterizzate da "*autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale*" (par. 2.12. del Sec 2010), tra le quali rientra il settore delle "pubbliche amministrazioni" suddiviso in quattro sotto settori: i) le amministrazioni centrali (che "*comprendono tutti gli organi amministrativi dello Stato e gli altri enti centrali la cui competenza si estende normalmente alla totalità del territorio economico, nonché le istituzioni senza scopo di lucro controllate dalle amministrazioni centrali, e gli organismi regolatori del mercato che a titolo esclusivo o principale sono distributori di contributi*"); ii) le amministrazioni di stati federati (che si collocano ad un livello intermedio tra le amministrazioni centrali e quelle locali); iii) le amministrazioni locali (ossia le amministrazioni territoriali, ivi comprese le istituzioni senza scopo di lucro controllate da esse); iv) gli enti di previdenza ed assistenza sociale (che comprendono "*le unità istituzionali la cui attività principale consiste nell'erogare prestazioni sociali*").

Tale articolazione è formalizzata nell'art. 2 co. 1 della legge 243/2012 secondo cui le amministrazioni pubbliche sono articolate *"nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale*", manca per ovvie ragioni il riferimento alle amministrazioni federali. Più specificamente le unità delle amministrazioni pubbliche sono "*persone giuridiche istituite mediante un processo politico, che esercitano un'autorità legislativa, giudiziaria o esecutiva su altre unità istituzionali all'interno di una data area*" (Sec 2010, par. 20.06); le istituzioni senza scopo di lucro controllate da soggetti pubblici per mettere in atto

Indirettamente quindi una unità istituzionale qualificabile come amministrazione pubblica è essenzialmente concepita come una entità economica.

89 A titolo esemplificativo rientrano nel settore delle amministrazioni pubbliche a*) le unità pubbliche che in forza di una legge esercitano un potere giuridico su altre unità nel territorio economico e gestiscono e finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; b) una società o una quasi-società a condizione che la loro produzione consista prevalentemente in beni e servizi non destinabili alla vendita ed esse siano controllate da un'amministrazione pubblica; c) le istituzioni senza scopo di lucro riconosciute come entità giuridiche indipendenti che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita e che sono controllate da amministrazioni pubbliche; d) i fondi pensione autonomi se la contribuzione è obbligatoria e le amministrazioni pubbliche gestiscono i fondi per quanto concerne la fissazione e l'approvazione dei contributi e delle prestazion*i.

politiche governative, "*poiché queste istituzioni sono considerate più imparziali e obiettive e meno soggette a pressioni politiche*" (par. 20.13); in tal caso la nozione di controllo si fonda su cinque indicatori diversi (dei quali anche solo uno può essere considerato sufficiente, par. 20.15). Come previsto nel grafico 2.1. riportato nel paragrafo 2.32 del Sec 2010, l'inserimento di un organismo nell'ambito del settore delle pubbliche amministrazioni deve essere condotto partendo dalla valutazione economica, per poi successivamente esaminare il presupposto del controllo dell'organismo da parte di una pubblica amministrazione[90]: si deve quindi procedere mediante un approccio bifasico, che si articola cioè sulla valutazione, in prima battuta, della circostanza se l'istituzione senza scopo di lucro sia un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita o non destinabili alla vendita. Solo laddove non superi questo test (vale a dire se le vendite rappresentino meno del 50% dei costi), si procederà allora alla seconda valutazione che consiste nel verificare se l'ente sia o meno sottoposto la controllo di un'amministrazione pubblica.

Il Sec 2010 delinea il concetto di controllo pubblico sulle istituzioni senza fine di lucro precisando che "*per controllo si intende la capacità di determinare la politica generale o il programma di una unità istituzionale"* (par. 1.36 e par. 20.15 Sec 2010), la quale deve essere valutata con riferimento a cinque "*indicatori di controllo*", ossia i. nomina di funzionari; ii. obblighi contenuti nello statuto dell'istituzione senza scopo di lucro; iii. accordi contrattuali; iv. grado di finanziamento; v. grado di esposizione al rischio dell'Amministrazione pubblica, di cui "*un solo indicatore potrebbe essere talvolta sufficiente per stabilire il controllo, ma in altri casi più indicatori distinti possono collettivamente attestare il controllo*"[91].

Il vigente regolamento si riferisce, ai fini dell'indicatore costituito dal grado di finanziamento, al concetto di "finanziamento principale" da parte della p.a.; esso appare diverso dal "finanziamento pubblico prevalente", invece previsto nel previgente Sec95 come requisito per classificare un'istituzione senza fine di lucro come amministrazione. Nel *Manual on Government deficit and Debt – Implementation of Esa 2010*[92] redatto al

[90] La verifica della sussistenza dell'elemento economico, da condurre attraverso il test "*market-non market*", consiste nell'accertare, in concreto, se i beni e i servizi prodotti dall'unità istituzionale siano o meni destinabili alla vendita. Il regolamento 549/2010 contiene la nozione di "*produzione di beni o servizi destinabili alla vendita*" (par. 3.17), precisa che sono considerati prodotti per la vendita quei beni o servizi "*venduti a prezzi economicamente significativi*" (par. 3.18, lett. a) e che un prezzo è qualificabile come significativo se l'organismo "*copre almeno il 50% dei suoi costi, con le sue vendite, per un periodo quinquennale quantitativo*" (paragrafi 3.19, lett. b) e 20.29).

[91] Si v. G. Bellitti, *op. cit.,* p. 527 ss.

[92] Il menzionato manuale, infatti, alla lettera d) del paragrafo 17 prevede espressamente

fine di consentire un'interpretazione armonizzata del Sec 2010 nell'ottica del perseguimento dell'armonizzazione dei sistemi contabili e pertanto utilizzabile come parametro di riferimento[93], si è rilevato che il concetto di finanziamento principale postulerebbe una capacità di ingerenza del soggetto controllore nelle scelte gestionali del controllato.

5.1. *L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza europea*

La questione relativa alla corretta interpretazione dei presupposti al ricorrere dei quali un soggetto controllato dalla p.a. (nonostante la sua forma giuridica privata) possa ritenersi rientrante nel settore delle pubbliche amministrazioni secondo il Sec 2010, è stata affrontata dalla Cgue, con la sentenza 11.9.2019, resa nelle cause riunite C-612/17 e C-613/17[94] (si tratta a quanto risulta, della prima occasione in cui il giudice sovranazionale è stato chiamato a fornire orientamenti sui criteri contenuti nel regolamento 549/13) a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte dei Conti[95].

che un'unità finanziata dal governo, in misura almeno pari al 50 per cento, può ritenersi controllata qualora il finanziamento sia non temporaneo e/o se si traduca in un monitoraggio stretto dell'utilizzo dei fondi e in una forte influenza del governo sulla sua politica generale.

[93] Cfr. Corte Conti, Sez. Riun., n. 12/2017 *cit*.

[94] Cgue, 11.9.2019, Federazione Italiana Golf (FIG) e Federazione Italiana Sport Equestri (FISE) contro Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT e Ministero dell'Economia e delle Finanze, cause riunite C-612/17 e C-613/17, su e-curia. Per un commento si v. P. Briguori, *Le Federazioni sportive sono pubbliche amministrazioni? Ancora incertezza dopo la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in Diritto & Conti. Bilancio - Comunità - Persona, 2, 2019, p. 129 ss.

[95] Con ordinanza del 13.9.2017, n. 32, la Corte dei conti, sezioni riunite, in speciale composizione, in www.cortedeiconti.it, ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, tre questioni pregiudiziali, che di seguito si riportano per comodità espositiva: "1. *Se il concetto di "intervento pubblico in forma di regolamentazione generale applicabile a tutte le unità che svolgono la stessa attività" di cui al par. 20.15 del Regolamento 549/2013/UE (c.d. SEC 2010) debba intendersi in senso ampio come comprensivo anche dei poteri di indirizzo di natura sportiva (c.d. soft law) e dei poteri di riconoscimento, previsti dalla legge, ai fini dell'acquisto della personalità giuridica e dell'operatività nel settore dello sport, poteri entrambi generalmente riferibili a tutte le Federazioni sportive nazionali italiane; 2 se l'indicatore generale del controllo di cui al par. 20.15 del Regolamento 549/2013/UE (c.d. SEC 2010) ("la capacità di determinare la politica generale o il programma di una unità istituzionale") debba essere inteso in senso sostanziale quale capacità di dirigere, condizionare, vincolare e condizionare l'attività gestionale dell'ente non lucrativo, ovvero se possa essere inteso in senso atecnico come comprensivo anche di poteri di vigilanza esterna diversi da quelli definiti dagli indicatori specifici del controllo di cui alle lettere (a), (b), (c), (d) ed (e) del par. 20.15 (quali ad esempio poteri di approvazione dei bilanci, di nomina dei revisori, di approvazione di statuti e di talune tipologie di regolamenti, di indirizzo*

La questione principale posta dal giudice contabile, afferiva alla possibilità di considerare la Federazioni italiana Golf e la Federazione Italiana Sport equestri come amministrazioni pubbliche secondo i criteri del regolamento 549/2013 (come tali rientranti nel conto economico consolidato dello Stato); l'alternativa ad una simile qualificazione sarebbe stata quella di considerare le predette Federazioni quali istituzioni senza scopo di lucro al servizio delle famiglie[96].

Nel delibare le questioni pregiudiziali oggetto del rinvio, la Cgue si è concentrata sui requisiti del controllo pubblico, essenzialmente riconducendo ad unità i criteri previsti nel Sec 2010, a loro volta interpretati attraverso il faro costituito dall'esistenza di un potere della p.a. di influenza determinante sulla politica generale o sul programma dell'istituzione senza scopo di lucro.

Ed invero, quanto alla prima questione la Corte ha rilevato che il "*potere di riconoscimento del CONI può costituire un intervento pubblico in forma di regolamentazione generale*" purchè si verifichi che la regolamentazione esistente "*indipendentemente dal suo carattere generale o dettagliato attribuisca a quest'ultima (*cioè la pubblica amministrazione) *competenze giuridiche o imponga obblighi all'istituzione senza scopo di lucro nei confronti di tale amministrazione, cosicchè la politica generale o il programma di detta istituzione senza scopo di lucro ne risultano determinati".*

Quanto alla seconda questione la Cgue ha ritenuto che "*Dall'analisi svolta risulta che gli elementi rilevanti al fine di determinare l'esistenza di un controllo pubblico su un'istituzione senza scopo di lucro si riferiscono non alla funzione di gestire e amministrare un ente nonché a garantire l'espletamento delle pratiche correnti, bensì a quello di definire o fissare gli obiettivi dell'ente, le sue attività e i loro aspetti operativi, nonché gli indirizzi strategici e gli orientamenti che l'ente intende perseguire nell'esercizio di tali attività*".

Quanto alla terza questione, la Cgue in applicazione del noto principio della prevalenza della sostanza sulla forma e di quello dell'effetto utile, premesso che "*la qualificazione, a fini statistici, delle quote associative degli*

sportivo o riconoscimento a fini sportivi); 3. se, in base al combinato disposto dei par. 20.15 e 4.125 e 4.126 del Regolamento 549/2013/UE (c.d. SEC 2010), possa tenersi conto delle quote associative ai fini del giudizio sull'esistenza o meno del controllo pubblico, specificando se un elevato importo delle predette quote, unitamente alle altre entrate proprie, possa attestare, alla luce delle specificità della fattispecie concreta, la presenza di una significativa capacità di autodeterminazione dell'ente non lucrativo".

[96] Un'istituzione senza scopo di lucro al servizio delle famiglie è un'unità o un settore istituzionale che è un produttore privato di beni e servizi non destinabili alla vendita e che non è soggetto al controllo delle amministrazioni pubbliche. Cfr. tavola 2.1 dell'allegato A del regolamento Sec 2010.

aderenti tra le fonti di finanziamento privato o pubblico non deve unicamente tenere conto della qualità privata o pubblica del debitore della quota, o del rapporto giuridico esistente fra tale debitore e l'istituzione senza scopo di lucro in forza del diritto nazionale", ha rilevato che nella specie "*le quote associative che gli aderenti devono versare alle federazioni sportive nazionali in discussione nei procedimenti principali potrebbero essere considerate di natura pubblica, giacché esse contribuiscono, stante il loro carattere obbligatorio, a finanziare obiettivi di interesse pubblico perseguiti"*.

I criteri di matrice sostanziale contenuti nel Sec 2010 hanno quindi costituito la chiave di volta di una interpretazione tendente ad ampliare lo spettro delle pubbliche amministrazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento europeo. La Corte ha, in altri termini, fatto applicazione del richiamato criterio dell'effetto utile, là dove ha optato per l'attribuzione ai parametri definitori del settore delle amministrazioni pubbliche di un significato volto ad estenderne il relativo perimetro: così, quanto alla nozione di controllo pubblico, la Cgue ha ritenuto sufficiente, affinché esso possa ritenersi integrato, che la p.a. sia in grado di condizionare gli obiettivi dell'ente senza che sia, invece, necessaria un'ingerenza sulla concreta gestione o amministrazione dello stesso. Anche per quanto concerne il significato della nozione di finanziamento pubblico, il giudice europeo ha optato per una interpretazione estensiva, ritenendo essenziale la sola finalizzazione del contributo ad obiettivi di interesse generale, senza che assuma rilievo la provenienza delle risorse.

Sembra emergere da un simile approccio ermeneutico una interpretazione essenzialmente guidata dall'urgenza di tutelare un interesse particolarmente sensibile in sede europea (anche alla luce delle recenti vicende che hanno interessato gli Stati membri) ossia quello della finanza pubblica; di qui la necessità di una estensione della nozione di p.a. ai fini della determinazione della situazione economico finanziaria di un Paese. Invero, soltanto la riconduzione di un ente nel settore delle pubbliche amministrazioni assicura che il suo indebitamento venga computato ai fini del calcolo del debito pubblico complessivo, a sua volta funzionale ad assicurare la sorveglianza europea sul rispetto dei parametri fissati. La decisione europea è rilevante anche sotto altro profilo: la peculiare stratificazione normativa interna, di cui si è dato conto, determina difatti un effetto, tutt'affatto peculiare, consistente nella dipendenza della nozione di pubblica amministrazione dai predetti criteri economico-statistici come interpretati in sede europea, in settori che vanno ben altro quello del calcolo del debito pubblico nazionale.

La sentenza della Cgue offre quindi l'occasione per approfondire

le implicazioni sul piano sistematico della derivazione della nozione di pubblica amministrazione, da concetti di natura sostanziale aventi una matrice sovra nazionale.

5.2. *La matrice internazionale dei criteri definitori del settore delle pubbliche amministrazioni finanziarie*

I profili definitori propri del Sec 2010 sono riscontrabili quasi letteralmente nello SNA 2008[97], e cioè il sistema dei conti nazionali che costituisce un quadro statistico destinato a fornire un completo, consistente e flessibile insieme di principi macroeconomici per politiche economiche, analisi e ricerche di mercato, realizzato dalle Nazioni Unite, Commissione Europea, OCSE, Fondo Monetario internazionale, e Banca mondiale, e nel BPM 6 (che è il Balance of Payments and International Investment Position Manual del Fondo monetario internazionale del 2009).

Ad esempio le unità amministrative sono definite come "*unique kinds of legal entities established by political processes that have legislative, judicial or executive authority over other institutional units within a given area*" (SNA 2008, par….; identica la definizione nel BPM 6, par. 4.91); le NPI (non profit institution) controllate da unità amministrative, sebbene "*they may legally be established to be independent from government, they are considered to be carrying out government policies and are effectively part of government. Governments may choose to use non-profit institutions rather than government agencies to carry out certain government policies because NPIs may be seen as not subject to political pressures*" (SNA 2008, par. 20.22). La nozione di controllo si fonda anche in questo caso sulla presenza di uno o più indicatori quali "*The appointment of officers; Other provisions of the enabling instrument; Contractual agreements; Degree of financing by government; and Risk exposure*". Anche l'articolazione in sottosettori riguarda l'amministrazione centrale, quella statale (per gli stati federali) e quella locale, mentre i "*social security funds could form a separate subsector or could be combined with each level of government*" (SNA 2008, par. 22.39). Non sono dissimili, ancorché più aggiornate, le definizioni di pubbliche amministrazioni ricavabili dal GSFS 2014 del Fondo Monetario Internazionale: anzi, il ruolo delle statistiche viene enfatizzato ricordando che esse sono state tradizionalmente utilizzate per analizzare lo stato dell'amministrazione pubblica, il suo contributo per

[97] Lo SNA 2008 rappresenta una evoluzione del precedente sistema del 1993, e riflette i crescenti bisogni dei suoi utenti, i nuovi sviluppi dell'ambiente economico ed il progresso nelle ricerche metodologiche.

l'aggregazione della domanda, degli investimenti, e del risparmio; l'impatto delle politiche fiscali sull'economia, incluso l'uso delle risorse, le condizioni monetarie, l'indebitamento del paese; la politica di tassazione; la protezione delle tariffe, ed il sistema di sicurezza sociale.

La definizione di amministrazione pubblica, o del settore pubblico allargato, è quindi il riflesso di *standards* statistici che possono essere utilizzati ed applicati in tutti i paesi[98]: ancora più efficacemente, sulla natura universale e globalizzante delle definizioni il GSFS afferma che "*The basic concepts, classifications, and definitions employed in this Manual reflect economic principles that should be universally valid regardless of the circumstances in which they are applied. Therefore, the GFS framework is applicable to all types of economies regardless of the institutional or legal structure of a country's government, the sophistication of its statistical development, the financial accounting system of government, or the extent of public ownership of for-profit entities. Nevertheless, the fact that the institutional and economic structures of countries differ greatly means that the various parts of this Manual will not be equally relevant*".

Questa matrice economicistica e statistica è alla base delle definizioni e dei concetti che sono stati elaborati nel sistema internazionale e globale dei conti: essa risponde a finalità ben precise, e cioè quelle della disponibilità di dati particolarmente accurati per poter provvedere all'analisi e soprattutto alla comparazione della situazione economica e finanziaria di un paese, e segue gli andamenti economici adattando a schemi consolidati (l'individuazione delle unità elementari amministrative come entità economiche, la schematizzazione dei diversi livelli di governo, la separazione dei sistemi di sicurezza sociale quale sotto-settore specifico, l'interposizione di figure gestorie per lo svolgimento di pubbliche funzioni che non rispondono al *còtè* classico dell'amministrazione in senso stretto, ma riguardano l'istituzione di organizzazioni non profit comunque controllate da enti pubblici, l'individuazione di un settore pubblico allargato nel quale sono progressivamente coinvolte istituzioni dotate di autonomia di spesa – e conseguentemente di capacità di indebitamento) modalità sempre più penetranti e complesse di individuazione del perimetro del settore pubblico allargato.

L'origine sovra statale della definizione di amministrazione pubblica (o meglio del comparto delle pubbliche amministrazioni) comporta tuttavia alcune conseguenze[99]:

[98] V. C.M. Diolek, A.J. Jimenez de Lucio, J.Chan, *Definition of government in IMF supported Programs*, IMF, 2013, *passim*.

[99] Su questi temi e in senso conforme alle argomentazioni sostenute in questa sede, cfr. F. Cardarelli, *Nozione di pubblica amministrazione finanziaria e accertamento giurisdizionale*, estratto dalla Relazione su "Il ruolo delle giurisdizioni nel sistema

i) la prima è che le definizioni ed i concetti rispondono a logiche estranee alle tradizioni culturali e costituzionali dei singoli ordinamenti, in quanto nascono da un sistema definitorio e concettuale finalizzato alla comparazione dei dati e delle conoscenze indispensabili per gli interventi economici e finanziari, per definizione applicabile ad una pluralità di forme di governo e ad articolazioni variamente declinate della organizzazione amministrativa di un singolo stato;

ii) la seconda è che le definizioni ed i concetti sono frutto di *standards* (cioè regole tecniche) che presentano caratteri di neutralità, nel senso che non implicano valutazioni politiche, e quindi in sé appaiono inidonee ad imporre limitazioni alle scelte rientranti nell'autonomia costituzionalmente garantita, sia pure, con diverse graduazioni, degli enti che costituiscono l'amministrazione; sempre in sé considerati gli *standard* non sono lesivi né delle competenze costituzionali (anzi, ne costituiscono applicazione, in base alla materia del coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale), né del principio di legalità sostanziale. Infatti la condizione di legittimità della produzione di standard o regole tecniche dipende dall'esistenza di norme legislative abilitative di organi del potere esecutivo (o soggetti dell'ordinamento) "dotati di specifiche attitudini", quindi in forza di una norma primaria attributiva di una competenza specifica in base al grado di conoscenza (relativa alle scienze esatte) espresso dall'organo (o dagli organi);

iii) la terza è che gli *standards* economico-statistici non sono stabili nel tempo, necessitando di una continua rivisitazione in base al ritmo di crescita (o di crisi) dei sistemi economici, nonché del progresso tecnologico[100]. Ne consegue che eventuali misure organizzative che

giuridico globale e gli effetti sugli ordinamenti nazionali", al XXIV Colloquio biennale Associazione Italiana di Diritto Comparato, IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 15-17 giugno 2017, che ringrazio per aver messo a disposizione del mio studio, il suo scritto inedito.

[100] Significative a tale proposito sono le previsioni contenute negli artt. 2, 5 e 7 del regolamento 547/13, che prevedono che alla Commissione sia conferito il potere di adottare atti delegati (sia pure per un periodo di cinque anni, fermo restando il potere di revoca del Consiglio e del Parlamento) riguardo a modifiche della metodologia del Sec 2010 al fine di precisarne e migliorarne il contenuto allo scopo di garantire un'interpretazione armonizzata o di assicurare la comparabilità internazionale, a condizione che tali atti delegati non ne cambino i concetti base, che non richiedano risorse supplementari per la loro attuazione ai produttori all'interno del sistema statistico europeo e che non comportino una variazione delle risorse proprie.

dipendono dalla formulazione di una regola applicativa di standards possono essere destinate a processi di obsolescenza, e comunque di instabilità anche in brevi lassi di tempo (significativa è la cadenza annuale della revisione degli elenchi Istat);

iv) in conclusione le regole definitorie sulla pubblica amministrazione ricavabili dal contesto istituzionale globale sono frutto non dell'apparato rappresentativo della sovranità, ma piuttosto il portato di un sistema di natura convenzionale per definizione dinamico e transeunte.

6. *Il potere di certificazione dell'Istat e i conseguenti problemi applicativi*

La dipendenza della definizione giuridica di pubblica amministrazione dai criteri economico statistici di matrice europea ed internazionale derivante dal complesso quadro normativo descritto, realizza un ponte "*tra scienza giuridica e altre scienze fino a far dipendere le definizioni giuridiche da quelle di altre scienze*"[101] avente, nel caso di specie, conseguenze finanche nella declinazione di una tipica espressione della sovranità, cioè quella che si esplica nella enucleazione del proprio apparato organizzativo.

Uno snodo, a tale fine essenziale, è costituito dall'attribuzione all'Istat del compito di predisporre annualmente il conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche. L'elaborazione di tale documento si basa sulla corretta individuazione delle unità istituzionali che fanno parte del settore amministrazioni pubbliche, secondo i criteri fissati dalla disciplina europea e dal relativo Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico. Un simile elenco costituisce il presupposto soggettivo per la compilazione da parte dell'Istat del conto economico delle amministrazioni pubbliche previsto dalle nome europee nonché, il riferimento per il calcolo a livello aggregato dell'indebitamento netto e del debito delle amministrazioni pubbliche. L'atto ricognitivo elaborato dall'Istat ha una natura giuridica dubbia: limitandoci per ora ad una qualificazione generale esso può essere definito come un atto amministrativo[102] adottato in esercizio di una delegazione amministrativa

[101] F. Merusi, *A proposito di "Verwaltungsrechtliche dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assmann. Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo*, in Riv. Trim. di Dir. Pubbl.,2014, p. 21. L'osservazione citata viene sviluppata dall'A. proprio con riferimento alla definizione di pubblica amministrazione che il diritto europeo con il regolamento Sec 2010 fa dipendere da nozioni di scienza delle finanze.

[102] Sulla natura giuridica (amministrativa o normativa) dell'elenco Istat è sorto un contrasto

di funzioni pubbliche in favore di un'amministrazione dotata di specifiche competenze tecniche[103].

L'attività dell'Istat ha ad oggetto "*l'individuazione anno per anno delle entità che, a prescindere dalla loro configurazione giuridica vanno ricondotte al conto economico consolidato dello Stato, secondo i rigidi paletti della contabilità europea*"[104]. Più specificamente, all'Istat spetta di verificare l'attualità della rispondenza delle diverse istituzioni ai paradigmi della contabilità statistica europea "secondo valutazioni vincolate al rispetto di valutazioni comunitarie che, in ogni caso, non possono essere derogate dal alcuna disposizione nazionale"[105].

La potestà certatoria[106] dell'applicazione di diposizioni europee ed interne

giurisprudenziale: per effetto dell'art. 5, comma 7, del dl. 2 marzo 2012 n. 16 (convertito dalla l. 44/2012) modificativo della l. 196/2009, gli elenchi Istat 2010 e 2011 sono stati espressamente menzionati all'interno della anzidetta disposizione normativa, mentre per gli elenchi successivi si è fatto riferimento ad un aggiornamento degli stessi. Secondo una prima tesi il rinvio all'elenco Istat contenuto nella disposizione novellata avrebbe dovuto intendersi come recettizio con conseguente legificazione dello stesso, cfr. Tar Lazio, Sez. III, 5.6.2013, n.5635, in www.giustizia-amminstrativa.it. Questo orientamento è stato superato da una condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. da ultimo, Cons. St., sez. VI, 21.1.2020, n. 509, su de-jure) che ravvisa il carattere dinamico di tale rinvio. Sul punto cfr. anche Corte dei Conti, Sez. Riu., 27.11.2013, n.13, in www.cortedeiconti.it che, nel negare l'avvenuta legificazione dell'elenco Istat, ha rilevato che bisogna distinguere le amministrazioni pubbliche che sono tali *ex lege* (ovvero le p.a. in senso stretto) da quelle che sono tali per effetto dell'inserimento nell'elenco Istat: "*la ricognizione annuale dell'Istat è volta proprio a discernere – nell'ambito degli organismi di vario genere e a prescindere dalla veste giuridica (pubblica o privata) che essi assumono – quelle unità istituzionali che debbono essere qualificate come pubbliche ai sensi degli specifici regolamenti dell'Unione europea e che – in conseguenza di detta qualificazione – concorrono con le amministrazioni pubbliche in senso stretto, alla formazione del conto economico consolidato*".

[103] Parte della dottrina ha criticato la scelta del legislatore di rimettere ad un'istituzione come l'Istat (priva delle necessarie competenze giuridiche) il compito di definire un'amministrazione pubblica ai fini dell'applicazione della disciplina finanziaria, cfr. M. Luciani, *op. ult. cit*, p. 25 ss.

[104] Tar Lazio, Roma, Sez. III, n.486/2007, *cit.*

[105] *Ibidem.*

[106] Si ritiene che l'elenco Istat non abbia natura di mero accertamento preposto a rimuovere una situazione di incertezza relativa a modi di essere tecnici delle cose, ma abbia piuttosto natura di "certazione", cioè sia volta a creare una realtà giuridica prima inesistente: sulla natura costitutiva dell'elenco Istat si v. Cons. St. Sez. VI, 10.12.2015, n.5617, in Foro Amm. (Il) 2015, 12, 3096, il quale ha chiarito che l'elenco di cui trattasi ha natura di "*accertamento costitutivo – a carattere provvedimentale (e con margini di discrezionalità tecnica…) – per quanto riguarda la qualificazione degli enti in esso compresi come amministrazioni pubbliche, chiamate a concorrere agli equilibri finanziari fissati dall'Unione europea per gli Stati membri, con gli effetti giuridici fissati dalla legge e, ove ritenuti lesivi,*

costituisce l'esercizio di discrezionalità non amministrativa[107] (che presuppone l'attribuzione di uno spazio decisionale all'autorità amministrativa abilitata, nel rispetto dei confini fissati dalla legge, ad individuare il modo migliore per perseguire l'interesse pubblico) bensì tecnica.

L'Istat è difatti chiamata a valutare una situazione di fatto alla stregua di regole tecniche, ossia i criteri economico- fattuali (non giuridici) contenuti nel Sec 2010 (dinamica dei flussi di trasferimento di risorse finanziarie di soggetti pubblici in senso stretto dallo Stato e dagli enti territoriali al bilancio di soggetti anche di diritto privato) che cambiano nel tempo e vanno periodicamente aggiornati.

L'amministrazione nel caso di specie non valuta comparativamente interessi scegliendo, all'esito, le modalità che consentono il più efficacie soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, ma si limita a verificare, in applicazione di regole specialistiche predeterminate (ancorché in astratto opinabili), la sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa europea per l'adozione della determinazione amministrativa, costituita dall'inclusione nell'elenco delle pubbliche amministrazioni funzionale all'inserimento nel conto economico consolidato[108].

assoggettabili a valutazioni in sede giurisdizionali".

[107] La discrezionalità amministrativa presuppone il riconoscimento in capo all'amministrazione di uno spazio valutativo e decisionale, potendo la stessa individuare il modo migliore per perseguire l'interesse pubblico normativamente determinato, così A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in Encic. Giur.,, Milano, XIII, 1964. Per altra nota definizione, la discrezionalità amministrativa è la facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine corrispondente alla causa del potere esercitato, cfr. P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, IV ed., Milano, Giuffré, 1979. La più evoluta e dinamica definizione di discrezionalità amministrativa è quella elaborata da M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffré, 1993, secondo cui essa si connota come attività di ponderazione comparativa che l'amministrazione compie tra gli interessi secondari e l'interesse primario di cui è portatrice, funzionale ad arrecare il minor sacrificio possibile agli interessi privati.

[108] Sulla riconduzione alla discrezionalità tecnica del giudizio espresso dall'Istat in sede di inserimento nell'elenco delle p.a. cfr. Cons. St. Sez. VI, 18.5.2015, n.2515, in Foro Amm. (Il) 2015, 5, 1437, secondo cui il potere certificativo "*pur se vincolato in base alla rigida applicazione della disciplina tecnica di settore, postula pur sempre il corretto apprezzamento dei rilevanti presupposti fattuali e l'altrettanta corretta individuazione delle regole tecnico/giuridiche di riferimento. Si intende in tal modo rappresentare che, pur riconoscendo gli oggettivi margini di valutazione che devono essere riconosciuti alle amministrazioni deputate all'esercizio di attività tecnico-discrezionali (e all'apprezzamento dei sottostanti presupposti fattuali), resta pur sempre rimessa all'Autorità giurisdizionale la verifica in ordine al corretto apprezzamento da parte dell'Amministrazione di settore dei richiamati presupposti fattuali, nonché in ordine alla corretta individuazione dei connessi profili e delle regole tecniche di riferimento*"; nello stesso senso cfr.

6.1. *L'ambito soggettivo di applicazione delle norme di* spendig review

Un terreno di elezione per l'analisi del problema definitorio di pubblica amministrazione a fini finanziari, è costituito dall'utilizzazione dell'elenco Istat quale punto di rifermento ai fini della definizione dell'ambito di applicazione soggettivo dei provvedimenti di contenimento della spesa nel settore della pubblica amministrazione. A partire dalla legge finanziaria 2005 il legislatore ha iniziato a richiamarsi all'elenco Istat adottato sulla base del metodo di classificazione europeo, individuando – nelle unità istituzionali ivi ricomprese - un nuovo perimetro di applicazione delle manovre di finanza pubblica intese *"a ridurre il costo complessivo della pubblica amministrazione e la sua incidenza sul bilancio dello Stato*"[109]. Le considerazioni sviluppate nei precedenti paragrafi secondo cui rientrano nell'ambito della definizione di pubblica amministrazione in senso finanziario, in ragione dei criteri sostanziali di derivazione europea fatti propri dall'Istat nell'atto ricognitivo annuale delle p.a., una molteplicità di soggetti diversi tra loro per caratteristiche, finalità, operatività, sollecita due ordini di questioni: i. se sia ragionevole disporre l'applicazione omogenea e indistinta di previsioni limitative - quali quelle contenute nelle previsioni di *spending review* - dell'autonomia di soggetti giuridici diversi tra loro per il solo fatto di essere inseriti nell'elenco predisposto dall'Istat; ii. e, sotto concorrente profilo, se e come le scelte del legislatore di riduzione della spesa pubblica debbano essere bilanciate con altri interessi costituzionalmente protetti.

È noto che le norme di legge in materia di riduzione della spesa pubblica si connotano, dal punto di vista contenutistico, come misure restrittive idonee ad incidere sulle attività istituzionali poste in essere dall'ente interessato e dal punto di vista funzionale, come disposizioni indirizzate a razionalizzare la spesa nell'ambito degli obiettivi imposti a livello sovranazionale, in presenza di situazioni di deficit eccessivo. Ora se è pur vero che il giudice (prima amministrativo e oggi contabile, per effetto del

anche Corte dei Conti, Sez, Riun., n.12/2017 *cit.* secondo cui la decisione in ordine alla sussistenza dei requisiti per l'inclusione nell'elenco Istat "*postula valutazioni nell'esercizio di una discrezionalità tecnica riferite alla specificità delle fattispecie*". Sulla sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte dei giudici amministrativi la giurisprudenza è, oggi, unanime. In dottrina cfr. *ex multis* F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; A. Fontana, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in Foro amm.-CdS, 2011, p. 3216 ss.; M. Clarich, *op. loc. ult. cit.,* p. 125 ss.

[109] Si pensi al d.l. n.78/2010 *cit.*, al d.l. n.98/2011 *cit.*, al d.l. 95/2012 *cit.* e alla legislazione successiva via via sempre più stringente.

comma 169 dell'art.1 della legge 2012, n.228, il quale espressamente recita che avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'Istat ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103 comma 2 Cost.[110]) non può utilizzare ai fini della valutazione della legittimità della scelta dell'inclusione di un soggetto nell'elenco Istat parametri diversi e ulteriori rispetto a quelli fissati dalle menzionate disposizioni europee in quanto "*soggetto alla legge*", è però sempre consentito il giudizio di ragionevolezza sulle scelte discrezionali del legislatore di cui all'art. 3 della Costituzione. In altri termini, gli interessi che possono venire in rilievo in simile controversie, potrebbero imporre un'esigenza di bilanciamento con le ragioni finanziarie ispiratrici delle norme di *spending review*; un simile bilanciamento, è rimesso non al giudice, ma alla Corte Costituzionale in quanto avente ad oggetto, ovviamente, non il provvedimento di inserimento dell'ente nell'elenco, ma la legge o le leggi che indiscriminatamente abbiano operato un ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione del relativo plesso normativo, senza tenere in debito conto le peculiarità degli enti inseriti nell'elenco Istat[111]. La delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della legge non dovrebbe, ad avviso di chi scrive, essere frutto di una decisione mossa dalla esistenza di un elenco "pronto all'uso", ma dovrebbe corrispondere alla qualificazione pubblica dell'ente secondo i criteri stabiliti dalla legge in coerenza con i principi desumibili dagli artt. 81 e 97 Cost., oltre che essere comunque rispettosa del principio di eguaglianza e ragionevolezza garantito all'art. 3 della Cost.[112].

[110] Su cui vedi *infra* Sez. III del presente Capitolo.

[111] Emblematico di un ripensamento da parte del legislatore in ordine all'opportunità di assoggettare l'intero settore allargato delle pubbliche amministrazione come enucleato nell'elenco Istat alle norme sul contenimento della spesa pubblico, è il caso delle federazioni sportive che, per effetto di una norma contenuta nella legge 28 dicembre 2015, n. 208 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*, non sono soggette alle misure di *spending review,* ma restano invece assoggettate a tutte le ulteriori conseguenze giuridiche derivanti dall'inclusione nell'elenco Istat.

[112] La questione era stata sollevata anche con riferimento all'Agcm: l'autorità sosteneva difatti di non poter essere qualificata pubblica amministrazione ai sensi del Sec 2010 e per effetto di dover essere estromessa dall'elenco Istat. Il giudice amministrativo ha invertito i termini della questione affermando l'irrilevanza dell'inclusione o meno dell'Autorità nell'elenco Istat: ciò in quanto essa essendo un'amministrazione pubblica in senso stretto è in se assoggettata alle norme di contenimento della spesa pubblica, "*essendo queste strutturalmente rivolte alla riduzione dei costi degli apparati amministrativi, con i correlativi interventi di contenimento della spesa in materia di impiego pubblico e in materia previdenziale*", così Cons. St. n.2818/2014 *cit.*

Sulla scorta di simili premesse appare criticabile l'arresto del giudice amministrativo che muovendo dall'assunto secondo cui "*le scelte del legislatore possono muoversi con ampi margini di discrezionalità, peraltro nell'ambito di obiettivi imposti a livello comunitario, in presenza di situazioni di deficit eccessivo*" ha ritenuto in una caso in un cui una Fondazione lirico sinfonica contestava la propria inclusione nell'elenco Istat, che seppur le misure di contenimento della spesa pubblica "*possono presentare aspetti opinabili*" esse "*non esulano dalle finalità di contenimento generale della spesa, stimato necessario per fronteggiare la situazione economica in atto, così come non evidenziano percepibili alterazioni dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ottica di austerità imposta dal contingente andamento dei conti pubblici*"[113].

Simili perplessità appaiono confermate dalla vicenda che si è conclusa con la sentenza della Corte Costituzionale n. 7/2017 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 co. 3 del d.l. 95/2012, nella parte in cui prevede che le somme derivanti dalle riduzioni di spesa ivi previste siano versate annualmente dalla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per i dottori commercialisti ad apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato[114].

La norma censurata imponeva alle Casse previdenziali privatizzate in forza della loro inclusione nell'elenco Istat, ai sensi dell'art. 1 co. 2 della

[113] Cons. St. n.5617/2015 *cit*. Nel caso di specie l'appellante era una Fondazione Lirico Sinfonica (Fondazione Arena di Verona), avente natura di soggetto di diritto privato preposto ad offrire un servizio alla collettività di indubbio valore sul piano culturale ed inserito nell'elenco Istat. Sul punto si può osservare che in un sistema fondato su un giudizio accentrato (e ad accesso indiretto) di legittimità costituzionale, appare preclusa al giudice *a quo* la valutazione in ordine alla ragionevolezza delle scelte legislative ovvero alla valutazione della non arbitrarietà del bilanciamento tra gli opposti interessi che vengono in rilievo, trattandosi di una competenza riservata alla Corte Costituzionale. Il giudice investito della questione di legittimità costituzionale in via incidentale, dovrebbe infatti limitarsi a valutare la sussistenza di due requisiti, ovvero la rilevanza (sussistente al ricorrere della necessaria applicazione ai fini della risoluzione della controversia della disposizione sospettata di incostituzionalità) e la non manifesta infondatezza (art. 1 della legge 1/1948) che mira a verificare che la questione *prima facie* abbia un minimo di fondamento giuridico. In definitiva, si ritiene che il giudice amministrativo avrebbe dovuto nel caso di specie rimettere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della L. n.196/2009 nonché del d.l. n.95/2012 convertito in legge nella parte in cui estendono indiscriminatamente le norme contenenti misure di *spending review* a soggetti che per caratteristiche organizzative e per finalità non sono equiparabili alle amministrazioni in senso stretto, alla Corte Costituzionale, alla quale spetta oltre alla verifica del rispetto dell'art. 3 della Cost. anche quello della valutazione della correttezza della effettuazione da parte del legislatore del bilanciamento tra gli interessi che vengono in rilievo.

[114] Corte Cost. 11.1.2017, n.7, in Dir. & Giust. 2017, 12 gennaio 2017.

L. 196/2009, di adottare interventi di razionalizzazione della spesa per consumi intermedi in modo da assicurare risparmi corrispondenti al 5% per il 2012 ed al 10% a partire dal 2013, nonché di riversare annualmente tali risparmi sui propri consumi intermedi, al bilancio dello Stato. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con ordinanza n. 2756 del 4 giugno 2015, dalla IV sezione del Consiglio di Stato, sotto il profilo della violazione degli artt. 2, 3, 23, 35, 36, 38, 53 e 97 della Costituzione[115].

La Corte ha ritenuto fondata la questione rilevando che la scelta di privilegiare, attraverso il prelievo, esigenze del bilancio statale rispetto alla garanzia, per gli iscritti alla Cassa, di vedere impiegato il risparmio di spesa corrente per le prestazioni previdenziali non è conforme né al canone della ragionevolezza, né alla tutela dei diritti degli iscritti, garantita dall'art. 38 Cost., né al buon andamento della gestione amministrativa della medesima[116].

Preme mettere in rilievo alcuni elementi della decisione della Corte Costituzionale, dai quali possono trarsi delle considerazioni di carattere più generale.

In primo luogo, la Corte afferma che "*non può essere condiviso l'assunto secondo cui l'interesse dell'ente previdenziale….sarebbe recessivo…rispetto al*

[115] Il Consiglio di Stato era stato investito dell'appello proposto dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti (CNPADC) e da due iscritti alla Cassa in proprio, contro la sentenza del Tar Lazio – Roma n. 6103 del 18.6.2013, in www.giustizia-amministrativa.it, che aveva rigettato il ricorso avverso i provvedimenti applicativi dell'art. *8 cit.*

[116] A tale conclusione il giudice è pervenuto sulla scorta dei seguenti rilievi: a) sotto il profilo della ragionevolezza, l'art. 3 Cost. risulta violato per l'incongrua scelta di sacrificare l'interesse istituzionale della CNPADC ad un generico e macro economicamente esiguo impiego nel bilancio statale; b) se, in astratto, non può essere disconosciuta la possibilità per lo Stato di disporre, in un particolare momento di crisi economica, un prelievo eccezionale anche nei confronti degli enti che – come la CNPADC – sostanzialmente si autofinanziano attraverso i contributi dei propri iscritti, non è invece conforme a Costituzione articolare la norma nel senso di un prelievo strutturale e continuativo nei riguardi di un ente caratterizzato da funzioni previdenziali e assistenziali sottoposte al rigido principio dell'equilibrio tra risorse versate dagli iscritti e prestazioni rese; c) se la prima parte dell'art. 8, comma 3 - nel prevedere misure di contenimento della spesa per i beni intermedi - si configura come un efficace strumento di coordinamento della finanza pubblica, la seconda parte – nel destinare detto risparmio all'Erario – collide anche con l'art. 97 Cost., in quanto sottrae alla Cassa risorse intrinsecamente destinate alla previdenza degli iscritti. Non è tanto l'entità del prelievo – peraltro esiguo in rapporto alla dimensione delle entrate dello Stato – a determinare la non conformità a Costituzione, quanto l'astratta configurazione della norma, che aggredisce, sotto l'aspetto strutturale e continuativo, la correlazione contributi-prestazioni, nell'ambito della quale si articola "la naturale missione" della Cassa vulnerando l'autosufficienza del proprio sistema previdenziale.

principio del pareggio di bilancio sancito dall'articolo 81 Cost. anche alla luce degli impegni assunti dal nostro Paese con le autorità europee".

Una simile affermazione viene motivata in ragione della insussistenza di una correlazione eziologica tra (i) l'art. 1 co. 2 della L. 196/2009, (ii) la prima parte dell'art. 8 co. 2 del d.l. 95/2012, e (iii) la seconda parte del medesimo co. 3 dell'art. 8. Ed infatti secondo la Corte se è vero che l'iscrizione nell'elenco Istat comporta la considerazione dell'ente nel complesso macroeconomico della finanza pubblica da coordinare attraverso l'imposizione di economie della spesa per i beni intermedi, non può dirsi che per effetto di un simile inserimento, si determini anche il prelievo di tali economie a beneficio dello Stato. La prima parte della norma "*provvede in modo costituzionalmente legittimo ad assicurare – attraverso il risparmio e l'accantonamento della percentuale di spesa pertinente a ciascuno dei soggetti rientranti nel sistema europeo dei conti nazionali e regionali dell'Unione europea-SEC 2010 – il coordinamento della finanza pubblica allargata per il raggiungimento degli obiettivi concordati in sede europea, mentre la seconda parte introduce un finanziamento a favore dell'Erario….ponendo in essere un prelievo indebito che si risolve in una minusvalenza correlata ad una speculare plusvalenza a favore del bilancio dello Stato*"[117]. Ciò in combinato disposto con l'art. 97 Cost., rispetto al quale il giudice delle leggi riconosce che laddove la norma sancisce il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, individua un limite alla discrezionalità del legislatore, che non potrà introdurre norme tali da minare la capacità dell'ente di assolvere alla sua naturale missione.

In definitiva, il giudice delle leggi rileva che le misure di cui alla seconda parte dell'art. 8 co. 3 del decreto *spending review* sono tali da precludere il funzionamento stesso dell'ente e, in ultima analisi, posizioni soggettive individuali nella specie riconducibili all'art. 38 Cost., dichiarando incostituzionale il relativo comma.

La decisione della Corte Costituzionale fornisce utili coordinate ermeneutiche per affrontare le questioni enucleate in apertura del presente paragrafo.

Per quanto concerne la prima questione, si può rilevare che la riscontrata inesistenza di una correlazione eziologica tra l'art. 1 co. 2 della L. 196/2009,

[117] Osserva sul punto la Corte Costituzionale che "*nella manovra di finanza pubblica il contestato prelievo assume valore neutro, dal momento che il saldo complessivo delle risorse disponibili nel consolidato pubblico risulta invariato, tale prelievo costituisce una scelta autonoma del legislatore statale (consistente nel trasferimento di risorse della CNPADC al proprio bilancio), del tutto distinta dall'adempimento degli obblighi di riduzione della spesa concordati in sede europea*".

la prima parte dell'art. 8 co. 2 del d.l. 95/2012 e la seconda parte del medesimo co. 3 dell'art. 8, sembra confermare l'idea secondo cui il legislatore dovrebbe restringere in modo razionale l'ambito soggettivo di applicazione normativa in base alle peculiarità degli enti e degli obiettivi che si intendono realizzare attraverso i singoli interventi normativi: ciò tenendo anche conto che, mentre la compilazione dell'elenco Istat secondo i principi standardizzati di matrice internazionale ed europea, consente la costruzione del conto delle Amministrazioni Pubbliche (a sua volta funzionale alla trasmissione alla Commissione europea dei dati in materia di finanza pubblica), l'utilizzo di detto elenco per l'applicazione di norme sostanziali di diversa natura e portata giuridica, postulerebbe una ponderata e meditata valutazione, volta a fare emergere gli elementi distintivi tra i soggetti, accomunati ai fini dell'elenco Istat, essenzialmente sotto il profilo dei flussi finanziari ed economici[118]; dette misure, a parere di chi scrive, non dovrebbero essere estese indiscriminatamente a soggetti che, sebbene aventi caratteristiche diverse, siano inseriti in un medesimo "elenco" in quanto accumunati dalla integrazione di parametri economico statistici fondati sui flussi economici e finanziari.

Per quanto concerne il secondo profilo, il recente arresto della Corte consente di rilevare che le scelte del legislatore, "*necessarie per garantire il rispetto del principio del pareggio di bilancio sancito dall'art. 81 Cost. anche alla luce degli impegni assunti dall'Italia con le autorità europee*"[119], incontrano un limite: esse non devono sacrificare "l'interesse istituzionale" dell'ente, ad un generico impiego nel bilancio statale: il rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, impone il bilanciamento con gli altri valori costituzionalmente garantiti, la cui verifica spetta al giudice delle leggi.

Dalle considerazioni sin ora sviluppate, si ricava che la definizione di pubblica amministrazione in senso finanziario si discosta dal modello delle tradizionali definizioni giuridiche solitamente cristallizzate in testi normativi (e che presentano un certo grado di rigidità), in quanto si fonda su criteri per loro natura mutevoli (tanto è vero che l'Istituto di statistica è tenuto ad aggiornare l'elenco annualmente); inoltre la definizione in esame appare una definizione trasversale, in quanto la normativa finanziaria prescinde dal settore di attività in cui il singolo ente opera essendo invece legata ai flussi economici e finanziari; essa si presta a costituire il punto di riferimento per l'applicazione di singoli plessi normativi[120]. Ciò avviene per effetto di una

[118] Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riu. 7/2013 *cit*.

[119] Così l'Avvocatura Generale dello Stato: assunto non condiviso dalla Corte Costituzionale che rileva come l'interesse finanziario debba comunque essere bilanciato con gli altri valori costituzionalmente garantiti.

[120] M. Di Lullo, *op. cit.* Sul punto, Cons. St. n.2515/2015 *cit.*, ha rilevato che se è pur vero

opzione ascrivibile al legislatore interno che ha conferito al regolamento istitutivo del Sec 2010 un rilievo che va oltre il suo originario valore statistico economico: la categoria delle "pubbliche amministrazioni" di cui al menzionato regolamento, è progressivamente divenuta punto di riferimento per l'applicazione delle norme finalizzate al contenimento della spesa pubblica e delle norme in materia di armonizzazione dei sistemi di contabili e di bilancio. Non solo. Per effetto di successive disposizioni di legge l'elenco Istat è divenuto altresì il punto di riferimento soggettivo per l'applicazione degli obblighi di pubblicità e di trasparenza di cui al d.lgs. n.33/2013 nonché di pubblicazione dei procedimenti di scelta del contraente di cui al decreto anticorruzione[121].

che la predisposizione degli elenchi in questione muove da finalità eminentemente statistiche e contabili, il legislatore ha ritenuto di utilizzare gli elenchi e le classificazioni operate dalla normativa europea al diverso fine di perseguire particolari obiettivi di contenimento delle spese riferibili al c.d. settore pubblico allargato, in tal modo conferendo al contenuto dell'elenco Istat una connotazione e una finalità in parte diverse rispetto a quelle originarie, tipiche di una mera elencazione con finalità statistiche e contabili. Nello stesso senso anche Corte dei Conti, Sez. Riun. n. 13/2014 *cit.*, che osserva che la funzione attribuita dal diritto europeo all'elenco Istat è quella di assicurare la produzione di statistiche confrontabili in quanto fondate su norme e principi statistici stabiliti ma che tuttavia, l'elenco ha assunto a livello nazionale funzioni ben più ampie: "*Ed invero, fin dalla prima menzione normativa nella legge finanziaria 2005 (cfr. art. 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004 n. 311), venne disposto che «Al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea, indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria e nelle relative note di aggiornamento, per il triennio 2005-2007 la spesa complessiva delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate per l'anno 2005 nell' elenco 1 allegato alla presente legge e per gli anni successivi dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) con proprio provvedimento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale non oltre il 31 luglio di ogni anno, non può superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica». Inoltre, anche nella successiva legislazione è dato riscontrare costantemente l'utilizzo dell'inserimento di enti nel suddetto elenco ISTAT quale ambito di riferimento delle misure economico-finanziarie stabilite dalla legge di stabilità di ciascun anno e da altri atti legislativi volti a raggiungere gli obiettivi della armonizzazione e del coordinamento della finanza pubblica, nonché del contenimento della spesa pubblica (a mero titolo esemplificativo è sufficiente rammentare il decreto legge 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122 e il decreto legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 135). In sostanza, come già sottolineato da queste Sezioni riunite nella decisione n. 3/2013/RIS dell'11 luglio 2013, le disposizioni delle leggi finanziarie sono caratterizzate, in prevalenza, da un'estensione applicativa individuata mediante il rinvio dinamico all' elenco delle Amministrazioni Pubbliche formato annualmente dall' ISTAT, in esito all'attività di ricognizione condotta dall'Istituto secondo i criteri stabiliti dai regolamenti comunitari*.

[121] Simili effetti si concretano: a) nell'assoggettamento alle disposizioni di carattere contabile (fatturazione elettronica) e procedimentale tra i quali, obblighi di trasparenza,

7. *I paradigmi tradizionali della nozione di pubblica amministrazione, alla prova dei vincoli economico-finanziari*

I principali referenti costituzionali in materia di p.a. consentono di delineare diversi modelli di amministrazione pubblica: da un lato, l'art. 95 sembra prefigurare un'amministrazione come apparato strumentale e servente rispetto al Governo; dall'altro lato, l'art. 97 e i suoi corollari dell'imparzialità, del buon andamento e della riserva di legge, legittimano l'idea di un'amministrazione indipendente rispetto al potere esecutivo; viene poi in rilievo il modello improntato al decentramento amministrativo, o più in generale, al pluralismo amministrativo, prospettato dagli artt. 5, 114 e 118 Cost. I modelli di amministrazione appena tratteggiati sono uniti da una matrice comune legata ai principi costituzionali (la funzionalizzazione al pubblico interesse, gli obiettivi del buon andamento e il principio di imparzialità) e presuppongono il rispetto (e la garanzia) del principio di legalità che può trovare fondamento nella stessa Costituzione, ovvero nella fonte immediatamente subordinata (si pensi alla legge sul parastato, l. 20 marzo 1975, n. 70 ai sensi della quale "*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*")[122].

Su tale quadro incide la riforma costituzionale con due norme che riguardano le pubbliche amministrazioni, l'art. 81 co. 6 da un lato, e l'art. 97 co. 1 dall'altro. Per effetto della combinazione normativa sopra tratteggiata che trova un fondamento costituzionale nei nuovi artt. 81 co. 6 e 97 Cost., gli schemi di qualificazione del settore delle pubbliche amministrazioni individuati in sede sovranazionale sono penetrati nel nostro ordinamento acquisendo una peculiare capacità conformativa: essi hanno perso difatti la loro originaria natura di criteri economico statistici funzionali alla individuazione - secondo parametri uniformi - delle grandezze economiche relative allo Stato, per assumere valore di criteri giuridico-sostanziali di definizione del perimetro degli enti assoggettati alle regole di finanza pubblica.

L'origine del sistema consolidato dei conti pubblici non è infatti di matrice nazionale, ma attraverso l'applicazione del Sec 2010 (e prima

pubblicità e diffusione delle informazioni di cui al d.lgs. n.33/2013, nonché obblighi di pubblicazione dei procedimenti di scelta del contraente previsti dall'art. 1 co. 2 della Legge 190/2012, b) nell'assoggettamento alle disposizioni sul protocollo informatico di cui al d.P.R 28.12.2000 n.445.

[122] Cfr. su tale profilo, Cons. St. 2326/2016 *cit.* secondo cui "*La Costituzione impone che deve essere la legge a stabilire quando un soggetto possa qualificarsi come pubblico (art. 97 Cost.). L. 20 marzo 1975 n. 70 in attuazione di tale regola dispone con previsione generale che "nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*".

ancora del Sec 95) ha introdotto per finalità statistiche concetti definitori europei, a loro volta mutuati da standard internazionali (le modifiche apportate dal Sec 2010 al sistema europeo dei conti derivano infatti dalla necessità di adeguarne i contenuti allo SNA 2008 delle Nazioni unite ed al manuale BPM6 del fondo monetario internazionale). Si tratta quindi di una fattispecie nella quale fenomeni di globalizzazione producono effetti giuridici su uno dei cardini della sovranità ordinamentale interna, quale quello della individuazione dei soggetti sussumibili al rango di amministrazioni pubbliche (sia pure per finalità specificamente individuate). Con un ulteriore dato che merita di essere evidenziato, ossia che quegli stessi criteri e parametri hanno contestualmente acquisito, sul piano formale delle fonti del diritto, la stessa forza vincolante della norma di rinvio (ossia l'art. 2 lett. a) della l. n.243/2012) che come si è già rilevato è suscettibile di essere modificata soltanto con il procedimento legislativo "rinforzato" declinato all'art. 81 comma 6 della Costituzione[123].

Il rinvio contenuto nella L. 243/2012 alla normativa di contabilità pubblica e quindi all'elenco annuale redatto dall'Istat secondo le regole contenute nel Sec 2010, non può tuttavia determinare una estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. alle amministrazioni in senso ampio (comprensive cioè di soggetti che devono considerarsi tali ai soli fini dell'applicazione delle regole finanziarie): ciò determinerebbe insanabili contraddizioni ermeneutiche ed applicative, sia del principio di legalità (che finirebbe per essere esteso anche alla struttura di soggetti che non sono articolati in uffici pubblici), sia del principio di buon andamento ed imparzialità (che non appartengono alle finalità proprie di soggetti privati controllati dalle amministrazioni pubbliche), sia in ultimo della regola dell'espletamento del concorso ai fini dell'accesso al pubblico impiego.

La soluzione del dilemma va probabilmente rinvenuta nella circostanza che le modifiche apportate dalla legge costituzionale 1/2012 non riguardano solamente l'art. 97, comma 1 della Costituzione, ma soprattutto il testo dell'art. 81. Fa capolino nel comma 6 del nuovo articolo una nozione non esistente nella previgente disposizione, che si riferisce al complesso delle pubbliche amministrazioni ("*Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale*").

[123] V. Torano, *Il ricorso in unico grado alle sezioni riunite della corte dei conti avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'Istat*, in Dir. Proc. Amm., 2015, 2, p. 646.

Ed è infatti la nozione di "complesso" delle pubbliche amministrazioni, che evoca una dimensione allargata e sostanziale, propria dell'ordinamento sovranazionale, dell'ambito applicativo più che la nozione derivante dall'art.97 Cost. (che resta strettamente legata all'origine costituente e tradizionale di amministrazione pubblica). In altri termini, la penetrazione nel nostro ordinamento di obblighi di comportamenti virtuosi estesi all'intero comparto pubblico, non è assicurata dalla modifica dell'art.97 Cost., quanto dall'art.81. Ne deriva che nel corpo della Costituzione, come di recente modificata, sono presenti sicuramente accezioni diverse di amministrazione pubblica:

- una, quella dell'art. 97, che attiene alle amministrazioni pubbliche in senso stretto, cioè quelle ontologicamente tali, sicuramente astrette alla necessità di assicurare l'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito in conformità all'ordinamento dell'Unione; di qui l'irrilevanza dell'elenco Istat quale presupposto per l'applicazione delle norme sulla razionalizzazione e il contenimento della spesa[124].

- L'altra, che non a caso viene contemplata all'interno di una norma relativa al bilancio, che estende le sue propaggini all'intero apparato dello Stato persona, di cui le amministrazioni pubbliche costituiscono, ai fini finanziari, articolazioni determinanti. Il "complesso" (è la nozione di "complesso" delle pubbliche amministrazioni, che evoca una dimensione allargata e sostanziale, propria dell'ordinamento sovranazionale) delle amministrazioni pubbliche è quindi diverso e più ampio della nozione di amministrazione pubblica di cui all'art. 97, e la sua delimitazione finisce per dipendere da criteri statistici ed economici di

[124] Cfr. Corte dei Conti n. 7/2013 cit. secondo cui *"è agevole rilevare che gli elenchi Istat predisposti all'esito dell'attività di ricognizione delle amministrazioni pubbliche includono anche le autorità indipendenti e amministrazioni indicate all'art. 1 co. 2 del d.lgs. n.165/2001, trattandosi sia nell'uno che nell'altro caso, di soggetti pubblici in senso stresso. Deve quindi ritenersi che l'espressa menzione di tali organismi sia volta a distinguere nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, quelle che sono tali per previsione normativa – a prescindere dalla loro inclusione nell'elenco Istat – da quelle che "si intendono" come pubbliche in quanto rispondono ai parametri definiti negli specifici regolamenti Ue: parametri il cui accertamento è rimesso sulla base della normativa europea agli Istituti nazionali di statistica e la cui sussistenza dà luogo alla inclusione nell'elenco delle amministrazioni pubbliche. A differenza di quanto accade per le amministrazioni in senso stretto, la ricognizione annuale Istat è volta a discernere – nell'ambito degli organismi di vario genere e a prescindere dalla veste giuridica che essi assumono – quelle unità istituzionali che debbono essere qualificate come pubbliche amministrazioni ai sensi della normativa europea e che in conseguenza di detta qualificazione concorrono, insieme con le amministrazioni pubbliche in senso stretto, alla formazione del conto economico consolidato"*.

derivazione europea[125]. Nel complesso delle p.a. rientrano soggetti che non sono formalmente enti muniti di personalità giuridica pubblica e che fanno parte di una zona grigia e variabile in cui confluiscono criteri economici e statistici, la cui riconduzione nell'alveo delle p.a. è variabili nel tempo.

Ci troviamo pertanto difronte ad una nozione che abbatte il principio della personalità e della stessa legalità per confluire in un ambito dove impera il bilancio e le forme di finanziamento, che sono per loro stessa natura volatili.

Ciò spiega anche la difficoltà di ricostruire la nozione di p.a. secondo i canoni tradizionali.

La definizione di amministrazione pubblica tradizionalmente operata nel nostro ordinamento, si è fondata sulla ricognizione operata direttamente dalla legge, che ha provveduto ad una definizione tassonomica degli enti, in omaggio al principio di legalità, e di certezza e stabilità dei rapporti. Ciò coerentemente alla natura di *status* che evoca generalmente una situazione giuridica non temporanea, che costituisce sintesi di un insieme normativo applicabile ad un determinato soggetto, potenzialmente produttivo di diritti e doveri in maniera non precaria né discontinua.

Nel settore della finanza pubblica la limitazione temporale dell'accertamento operato dall'Istat, e la dimensione ondivaga degli interventi del legislatore (non tutti originati dalla necessità di garantire omogeneità statistico-contabile), appaiono la naturale conseguenza della flessibilità definitoria imposta dal diritto sovranazionale[126]: l'accezione di pubblica

[125] In termini critici in ordine alla rigorosità con la quale il legislatore ha individuato l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni costituzionali introdotte con la riforma del 2012, Cfr. M. Luciani, *L'equilibrio dei bilanci e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, *op. cit.*, p. 25 secondo cui *" Ora, diversamente dalla legge costituzionale, la legge di attuazione si colloca, anche dal punto di vista degli usi lessicali, nel solco degli indirizzi europei. Se questo è vero, non è - però - meno vero che il nodo della nozione di "amministrazione pubblica" continua a non essere sciolto. Anzi, il legislatore lo ha reso sempre più inestricabile, prima rinviando alle determinazioni di un'istituzione come l'ISTAT, priva delle competenze tecnico-giuridiche indispensabili per definire un'"amministrazione pubblica, poi "legificando" l'elenco redatto dall'ISTAT, senza alcuna riflessione critica supplementare e senza interrogarsi sui delicati problemi giuridici posti dall'applicazione del sistema statistico europeo (il SEC95) nei singoli Paesi*".

[126] Corte dei Conti, Sez, Riun. 9.3.2017, n.11, in www.cortedeiconti.it, a mente della quale "*gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operati annualmente dall'istata discendono dalla normativa europea recante il sistema europeo dei conti nazionali e regionali. Le disposizioni europee comportano vincoli di conformazione che scaturiscono dal Tue e dagli altri accordi stipulati in materia e che sono riconducibili quanto all'ordinamento giuridico interno al coordinamento della finanza pubblica e ai parametri di cui agli articoli 11 e 117*

amministrazione data dal Sec 2010 prescinde dalla natura giuridica delle singole unità istituzionali, fondandosi esclusivamente sulla base dell'effettivo comportamento economico degli operatori: ed infatti, può accadere che un soggetto venga considerato pubblica amministrazione con riferimento ad una annualità e non con riferimento all'anno successivo, o viceversa. Nello specifico, il nuovo sistema europeo, consente l'identificazione delle pubbliche amministrazioni indipendentemente dalla natura giuridica delle singole unità istituzionali. I criteri classificatori del regolamento europeo non si basano su criteri giuridici, quanto, piuttosto, sull'effettivo comportamento economico degli operatori, indipendentemente dalla forma pubblicistica o privatistica e dalla loro veste formale. Ciò che appare dirimente ai fini qualificatori è l'accertamento della "capacità di determinarsi autonomamente" da parte dell'ente, che va valutata con le specifiche modalità prescritte dalla disposizione che la prevede, e cioè "lungo le linee definite dagli altri indicatori", e con riferimento ad un criterio economico e non strettamente giuridico, come espressamente dispone il par. 2.02, secondo cui "*Le unità e gli insiemi di unità da prendere in considerazione nell'ambito della contabilità nazionale sono definiti in relazione al tipo di analisi economica a cui sono destinati e non in termini di unità abitualmente utilizzate per effettuare le rilevazioni statistiche*".

In definitiva, la qualità di amministrazione pubblica di un soggetto privato, ai fini dell'applicazione delle regole sul contenimento e razionalizzazione della spesa, dipende dall'autonomia finanziaria del soggetto e quindi si misura sulla base dei flussi di denaro[127]. Detto *status* di amministrazione pubblica, se riferito a soggetti non qualificabili come tali in base ad uno

Cost. Detti obblighi hanno origine nel momento in cui il patto di stabilità ha assunto valore cogente nei confronti delle Amministrazioni pubbliche che partecipano al bilancio nazionale consolidato. Quest'ultimo deve corrispondere ai canoni stabiliti dalla stessa Unione europea, mentre le componenti aggregate, costituite dai bilanci degli enti del settore allargato, sono soggette alla disciplina statale, che ne coordina il concorso al raggiungimento dell'obiettivo stabilito in sede comunitaria".

[127] *Ibidem:* "*Conclusivamente, va evidenziato che, nella specie, i contributi del CONI e quelli pubblici più in generale non costituiscono né la fonte di finanziamento prevalente, né la fonte di finanziamento principale, essendo circa la metà delle quote degli associati e degli altri ricavi (per il 2014, a titolo di esempio: € 1.600.079,32 rispetto a € 3.202.433,77) sicché non sussiste né l'indicatore rappresentato dal "grado di finanziamento" pubblico, né l'altro indicatore del controllo, che si riferisce al livello di "esposizione al rischio" per l'Amministrazione pubblica, giacché gli apporti pubblici, non prevalenti né principali, si riferiscono per la maggior parte a contributi del CONI, che, per quanto aventi natura vincolata, non sono tali da far ricadere gli effetti della spesa della Federazione sul bilancio del CONI secondo un concetto (come gli altri, espressi nel SEC 2010) di tipo statistico-economico (cfr. Sezioni riunite, sent. n. 20/2015/RIS; 10/2016/RIS).*

statuto codificato da una fonte normativa, ma la cui appartenenza al complesso allargato del comparto pubblico è determinata solo da elementi sostanziali di connotazione esclusivamente economica, appare refrattaria rispetto alle categorie consolidate delle situazioni giuridiche soggettive, e delle forme tradizionali della tutela apprestata per la loro protezione.

7.1. *Una opzione interpretativa coerente al tradizionale statuto costituzionale della pubblica amministrazione*

Simili considerazioni sono alla base della opzione interpretativa sostenuta in questa sede secondo cui la novella costituzionale del 2012 non avrebbe inciso sulla nozione di amministrazione pubblica di cui all'art. 97 Cost. che non è diversa da quella storicamente ricavabile dal dettato costituzionale; si tratta di una conclusione che si pone in controtendenza rispetto a quella cui è pervenuta gran parte della dottrina[128] che ritiene all'opposto di rinvenire nel nuovo comma 1 dell'art. 97 Cost. una nozione di pubblica amministrazione in senso finanziario, ossia una nozione allargata di p.a. coincidente con quella enucleata all'art. 81 co. 6 Cost. ("complesso delle pubbliche amministrazioni") la cui definizione è stata rimessa alla legge 243/2012 che, come visto, fa riferimento agli enti individuati con le procedure previste in coerenza con il diritto europeo in materia di contabilità pubblica, e quindi all'elenco Istat redatto sulla base dei criteri contenuti nel regolamento Sec 2010.

La ragione per la quale si ritiene di non condividere un simile approdo ermeneutico è duplice: da una parte, laddove si ritenesse che la nozione di pubblica amministrazione contenuta nell'art. 97 coincida con quella che trova invece fondamento nella diversa disposizione costituzionale, ossia il co. 6 dell'art. 81, si dovrebbe ammettere che la nozione di pubblica amministrazione contenuta nella Costituzione sia rimessa a criteri statistici ed economici elaborati in sede sovranazionale ed affidata ad un'attività di certificazione dell'Istat; dall'altra, ritenendo che il rinvio contenuto nella L. 243/2012 alla normativa di contabilità pubblica e quindi all'elenco annuale redatto dall'Istat secondo le regole contenute nel Sec 2010, determini una estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. alle amministrazioni

[128] G. Colombini, *Notazioni a margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica*, in AA. VV., Passato a presente del diritto amministrativo, giornata di studi in onore di Alberto Massera, Napoli, Ed. Sc., 2017 e più di recente, sempre *Id*., *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost*., in Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile*, op. cit.,* p. 385; G. Bottino *op. cit*.; Di Lullo, *op. cit*.

in senso ampio (comprensive cioè di soggetti che devono considerarsi tali ai soli fini dell'applicazione delle regole finanziarie), si determinerebbero insanabili contraddizioni interpretative ed applicative, sia del principio di legalità (che finirebbe per essere esteso anche alla struttura di soggetti che non sono articolati in uffici pubblici), sia del principio di buon andamento ed imparzialità (che non appartengono alle finalità proprie di soggetti privati controllati dalle amministrazioni pubbliche), sia in ultimo della regola dell'espletamento del concorso ai fini dell'accesso al pubblico impiego.

Sez. III – L'accertamento giurisdizionale della qualità di pubblica amministrazione finanziaria

Sommario: 8. La tutela dell'interesse finanziario alla corretta perimetrazione del settore pubblico allargato – 9. La giurisdizionale amministrativa sulle controversie avverso gli atti di ricognizione dell'Istat – 9.1. *Segue*: il caso delle Autorità indipendenti – 9.2. Dall'interesse legittimo oppositivo, alla configurazione di uno *status* di p.a. – 10. La giurisdizione della Corte dei Conti in unico grado sull'accertamento della dimensione soggettiva del debito pubblico – 10.1. I dubbi di legittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione contabile – 11. *Status* di pubblica amministrazione e giurisdizione contabile: prospettive *de iure condendo.*

8. *La tutela dell'interesse finanziario alla corretta perimetrazione del settore pubblico allargato*

Tra le implicazioni giuridiche derivanti dalla progressiva emersione di una nozione (o meglio settore) variabile e transeunte di pubblica amministrazione finanziaria, vi è quella di una crescente esigenza di accertamento giurisdizionale (come tale munito di un certo grado di certezza) della qualificazione giuridica pubblica dei soggetti che concorrono alla determinazione del debito complessivo dello Stato.

Il legislatore, a fronte della necessità di individuare tecniche di tutela collegate ad un interesse "sensibile" dello Stato (quale quello finanziario), ha optato per lo spostamento della cognizione giurisdizionale sugli atti ricognitivi adottati dall'Istat a favore della Corte dei conti in composizione speciale ed in un unico grado; la disposizione è contenuta nel comma 169 dell'art.1 della legge 2012, n.228, il quale espressamente recita che "*avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione*".

La lettura della norma impone alcune considerazioni:

> *a) le finalità del giudizio sono quelle dell'accertamento in sede giurisdizionale della qualificazione, in capo a determinati soggetti, della qualità di amministrazione pubblica per il rispetto dei vincoli europei di finanza pubblica e, in particolare, dell'equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito;*

b) il presupposto implicito della disposizione è che essa interviene per modificare un sistema di tutela giurisdizionale comunque assicurato dell'ordinamento, ossia quello della giurisdizione amministrativa: l'intervento del legislatore si colloca, difatti, a valle di numerose decisioni del giudice amministrativo concernenti l'elenco predisposto dall'Istat, provocate in particolare dalla sopravvenuta incidenza delle norme di spending review;

c) l'oggetto del giudizio è relativo agli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche ed ha una struttura classicamente impugnatoria ("avverso gli atti…");

d) il richiamo all'art. 103 Cost., secondo comma, per il quale la Corte dei Conti ha "giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica ed in quelle individuate dalla legge" si rende necessario ai fini della esatta collocazione costituzionale della garanzia giurisdizionale apprestata.

Ciascuno dei profili sopra considerati merita un approfondimento, con una preliminare specificazione: la mera collocazione all'interno dell'elenco Istat non comporterebbe di per sé alcun effetto lesivo; di converso, l'utilizzazione di quell'elenco (in sé neutrale) quale perimetro applicativo di norme diverse da quelle meramente contabili, è alla base della sua lesività e del conseguente contenzioso sull'esatta collocazione, nel settore della finanza pubblica, di soggetti formalmente privati all'interno della categoria delle amministrazioni pubbliche[129].

9. *La giurisdizione amministrativa sulle controversie avverso gli atti di ricognizione Istat*

Sino all'intervento legislativo del 2012 era pacificamente ammesso, sulla base degli ordinari criteri di riparto, che la giurisdizione sulle determinazioni dell'Istat di approvazione degli elenchi delle pubbliche amministrazioni soggette al Sec, spettasse al giudice amministrativo.

Si è sostenuto che la predisposizione annuale dell'elenco di cui trattasi avrebbe natura di "*accertamento costitutivo*"[130] (con margini di discrezionalità

[129] Cfr. Cons. St., 1515/2015*, cit.*

[130] È discusso l'inquadramento nell'ambito degli atti dichiarativi degli atti di iscrizione e di registrazione (iscrizione in registri albi o elenchi). In alcuni casi si tratta di atti meramente

tecnica) della qualità di amministrazioni pubbliche, riferita a soggetti formalmente privati e che i peculiari effetti giuridici derivanti da una simile qualità (segnatamente la sottoposizione alle norme sul contenimento della spesa pubblica), se ritenuti lesivi della posizione vantata dal privato, in quanto meritevoli di tutela in sede giurisdizionale, avrebbero legittimato l'azione impugnatoria dinanzi al giudice amministrativo[131].

La matrice teorica del riconoscimento della giurisdizione amministrativa era essenzialmente costituita dalle regole costituzionali di riparto di giurisdizione, come attuate dal codice del processo amministrativo. In via di estrema sintesi, il giudice naturalmente deputato alla cognizione delle "*controversie in cui si faccia questione di interessi legittimi*"[132], relative "*ad atti, provvedimenti (…) delle pubbliche amministrazioni (…)*[133]" è, come noto, il giudice amministrativo. Le regole ordinarie in tema di riparto di giurisdizione, dispongono che quando sono impugnati provvedimenti amministrativi che si assumono lesivi di interessi legittimi, la relativa cognizione ricade nella giurisdizione generale di legittimità, così definibile - cioè generale – in quanto prescinde (a differenza di quella esclusiva e di merito) da una specifica disposizione normativa attributiva della giurisdizione, ma che, di converso, si radica, per il solo fatto che venga in rilievo l'esercizio del potere autoritativo.

La declinazione sul piano sostanziale della natura dell'elenco Istat quale provvedimento amministrativo lesivo di interessi legittimi (non senza qualche forzatura come verrà chiarito infra) ha recato con sé, sul piano processuale, l'ammissibilità delle azioni di annullamento *in parte qua* dell'elenco Istat nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, dal quale è scaturito il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo.

Il contenzioso concernente i menzionati atti di ricognizione ha riguardato l'inquadramento all'interno dell'elenco Istat di soggetti formalmente privati, ma qualificati come amministrazioni pubbliche ai fini dell'applicazione dei vincoli di derivazione europea in materia di bilancio, nonché l'inquadramento nell'elenco stesso delle Autorità amministrative indipendenti (operanti nei settori non finanziari[134]).

dichiarativi con funzione certificativa; in altri casi si tratta di accertamenti costitutivi in quanto in mancanza di essi la persona o il bene interessati non potrebbero godere di un determinato status giuridico o di un servizio.

[131] Cons. St., 5617/15 *cit.*

[132] Art. 103 co. 1 Cost; art. 113 Cost.; art. 7 co. 1 del. d.lgs. n.104/2010 *cit*.

[133] Art. 7 co. 4 c.p.a.

[134] Il regolamento europeo Sec 2010 colloca il la Banca centrale e i regolatori del mercato

La natura (potenzialmente) pregiudizievole dell'elenco e l'interesse dei soggetti ivi inquadrati a contestarne l'inserimento, si è manifestata per effetto della scelta di utilizzare l'elenco (in sé privo di efficacia lesiva), al fine di perseguire obiettivi di contenimento di spesa riferibili al c.d. settore pubblico allargato, in tal modo conferendogli una connotazione e una finalità diverse rispetto a quelle originarie tipiche di una mera elencazione con finalità statistiche e contabili.

Appare utile ripercorrere brevemente il contezioso che ha riguardato alcuni enti privati, ossia le Fondazioni Lirico Sinfoniche, i Teatri stabili e dalle Federazioni sportive.

Una prima questione affrontata dal giudice amministrativo nell'ambito contenzioso in esame, è stata quella afferente la natura giuridica dell'elenco Istat: dalla declinazione della natura dell'elenco discendono difatti rilevanti conseguenze in punto di ammissibilità dell'impugnazione e, più in generale, di radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

Come già evidenziato il giudice amministrativo ha sostenuto che l'elenco di cui trattasi avrebbe carattere provvedimentale[135]. In particolare, il requisito suscettibile di un accertamento, attraverso una valutazione tecnica, ai sensi e per gli effetti di legge, sarebbe quello della produzione e offerta al pubblico da parte dei soggetti interessati di beni e servizi "non destinabili alla vendita". Quest'ultima espressione, come chiarito dal regolamento europeo e dal relativo Manuale esplicativo (rispettivamente, nei paragrafi 3.33 e 5.2) implica una ricognizione del carattere economicamente significativo, o meno, del prezzo di vendita, dovendo ritenersi "*non destinabile alla vendita*" un bene o un servizio: convenzionalmente, è stato scelto al riguardo il "criterio del 50%", in base al quale deve essere accertato se i ricavi realizzati, in condizioni di mercato, coprano o meno una quota superiore alla metà dei costi di produzione (fermo restando che, per la rilevanza dell'interesse pubblico sotteso, l'attività viene comunque espletata, anche ove non sfruttabile economicamente in modo produttivo).

La disciplina di derivazione sovranazionale, inoltre, imporrebbe non un mero riscontro contabile, ma un giudizio prognostico, formulato nei seguenti termini: "*il criterio del 50% va applicato in un'ottica pluriennale, ossia solo se vale per diversi anni, oppure se vale per l'anno in corso e si attende che varrà per il prossimo futuro. Le fluttuazioni secondarie del volume delle vendite da un anno all'altro non richiedono una riclassificazione delle Unità Istituzionali.*": quanto sopra, all'evidente fine di riconoscere o meno

finanziario e assicurativo al di fuori del settore pubblico.

[135] Vedi *supra* Cap. 3, Sez. II, par. 6.

all'ente - con relativa stabilità - carattere imprenditoriale in un sistema di mercato. Muovendo da tali premesse il giudice amministrativo ha ravvisato la sussistenza di margini di discrezionalità tecnica, richiedenti il "*possesso di conoscenze specialistiche*", contestabili non con mere argomentazioni difensive o ricostruzioni soggettive dei fatti, ma solo per erronea rappresentazione della realtà, palese incongruenza o inosservanza di regole tecnico-scientifiche di inequivoca lettura.

La complessità dei parametri di riscontro, "*la proiezione anche futura dei dati stessi, da cui discende una qualificazione produttiva per gli enti interessati di effetti giuridici*", sono alla base della tesi della natura provvedimentale - e non di mero strumento statistico, e quindi puro atto di conoscenza - dell'elenco di cui trattasi, con consequenziale radicamento della giurisdizione amministrativa di legittimità in caso di impugnazione dello stesso.

Una seconda questione problematica affrontata dal giudice amministrativo attiene ai limiti del sindacato sugli atti che costituiscono espressione di discrezionalità tecnica.

Pur riconoscendo oggettivi margini di valutazione spettanti all'amministrazione deputata all'esercizio di attività tecnico discrezionale, il giudice amministrativo ha ribadito che "*resta pur sempre rimessa all'autorità giurisdizionale la verifica in ordine al corretto apprezzamento da parte dell'amministrazione di settore dei richiamati presupposti fattuali, nonché in ordine alla corretta individuazione dei connessi profili e delle pertinenti regole di riferimento*"[136]. Ma ammesso il sindacato sugli atti di esercizio di discrezionalità tecnica, dall'analisi del contenzioso amministrativo si evince che la giurisprudenza amministrativa ha, di fatto, finito per vagliare *funditus* la sussistenza dei requisiti prescritti dalla normativa sovranazionale ai fini del riconoscimento della natura di amministrazioni pubbliche dei soggetti aventi veste giuridica privata[137], facendo applicazione dei criteri economico/statistici di cui al Sistema contabile europeo, ricorrendo - laddove necessario - allo strumento della consulenza tecnica.

Da ciò si ricava che il giudizio, seppur dietro la veste impugnatoria, appare in realtà diretto all'accertamento dei presupposti per l'attribuzione della qualificazione del soggetto come pubblica amministrazione. Una prima riflessione che si impone è che, nella specie, la qualificazione dell'elenco redatto dall'Istat come provvedimento amministrativo connotato da discrezionalità tecnica, a fronte del quale si collocherebbero interessi legittimi, come tale impugnabile ai sensi dell'art. 29 c.p.a. [138], sembra in

[136] Cfr. *ex multis* Cons. St., 2515/2015 *cit.*
[137] *Id.*, 2326/2016, *cit.*
[138] Nel merito poi, le soluzioni cui sono giunti Tar e Consiglio di Stato sulla collocazione

realtà il portato di una esigenza "contingente", cioè quella di assicurare una qualche forma di tutela giurisdizionale agli enti interessati dall'inclusione nell'elenco Istat; l'escamotage dell'azione di annullamento e l'attribuzione di una valenza provvedimentale al predetto elenco, hanno consentito di radicare la giurisdizione amministrativa sulle controversie di cui trattasi, pur potendosi dubitare, come si chiarirà *infra*, della qualificazione di interesse legittimo della posizione giuridica la cui esigenza di tutela viene in rilievo. Ciò in quanto, attraverso l'impugnazione *in parte qua* dell'elenco Istat, i soggetti privati interessati, pur attraverso il grimaldello formale della

nell'elenco di alcune tipologie di enti non sono sempre state condivise. Ad esempio, per quanto concerne le casse previdenziali, il Tar Lazio aveva valutato la posizione delle stesse, in una prima decisione resa con riferimento all'inclusione nell'elenco delle pubbliche amministrazioni da parte dell'Istat ai sensi e ai fini dell'applicazione dell'art. 1, comma 5, L. n. 311/2004 (legge finanziaria 2005). Come già visto tale norma introduce un "*limite all'incremento delle spese delle pubbliche amministrazioni*" e disponeva che, al fine di assicurare gli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione Europea la spesa complessiva delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato, individuate nell'elenco allegato alla medesima legge e per gli anni successivi dall'Istat, non avrebbe potuto superare il limite del 2% rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno. Il Giudice, sulla base delle finalità della legge, aveva ritenuto irragionevole l'inclusione nell'elenco delle pubbliche amministrazioni, legato ad esigenze di contenimento della spesa pubblica, di soggetti che non beneficiano di finanziamenti pubblici o di altre forme di sovvenzionamento pubblico (Tar Lazio, 1938/2008, *cit*.). Si legge nella citata sentenza che "*L'obiettivo espressamente perseguito, quello cioè del contenimento della spesa pubblica, non fa capire quale possa essere la ragione per la quale enti privati che non usufruiscono di finanziamenti pubblici o di altri ausili pubblici di carattere finanziario, organizzati sulla base di un circuito che si potrebbe definire «chiuso» dal punto di vista finanziario e che non gravano in nessun modo sul bilancio pubblico debbano essere annoverati nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e inseriti nell'elenco relativo, al fine del conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica. Non incidendo, i loro bilanci, in alcun modo sull'erario pubblico e quindi sul livello della spesa pubblica e sul «patto di stabilità e di crescita» che vincola il nostro Paese e che trova il suo fondamento nell'articolo 104 del Trattato dell'Unione Europea gli stessi si rivelano estranei e indifferenti a tale obiettivo*". In una seconda decisione — sempre con riferimento ai suddetti enti previdenziali — il medesimo Tar aveva preso in esame la vicenda con riferimento all'art. 1, L. n. 196/2009, concludendo anche in questo caso per l'illegittimità dell'inclusione degli istituti previdenziali nell'elenco Istat per due ordini di ragioni: carenza del requisito dell'assoggettamento al controllo pubblico" e irragionevolezza dell'inserimento nell'elenco non gravando i predetti enti sulla finanza pubblica, si v. Tar Lazio, sez. III quater, 11.1.2012, n. 224, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui attesa la "*completa autonomia finanziaria delle Casse ricorrenti, che si manifesta con la capacità delle stesse di provvedere con le proprie entrate a fronteggiare per intero le spese sostenute per l'attività svolta, (.) manca il presupposto che in coerenza con le finalità perseguite potrebbe giustificare il loro inserimento nell'elenco Istat, e cioè un costo per la finanza pubblica e per il bilancio dello Stato che va contenuto*".

richiesta di annullamento nei loro confronti dell'elenco Istat, sottopongono alla cognizione del giudice la questione della sussistenza o meno dei requisiti previsti dalla disciplina di derivazione sovranazionale ai fini della qualificazione di un ente come pubbliche amministrazioni ai fini finanziari.

9.1. Segue*: il caso delle Autorità amministrative indipendenti*

Il contenzioso sugli atti di ricognizione delle p.a. operato dall'Istat ha riguardato anche le autorità amministrative indipendenti, con esiti parzialmente diversi da quelli di cui si è dato conto.

Il giudice amministrativo ha rilevato che la qualifica di tali organismi come pubbliche amministrazioni e la conseguente applicazione della normativa in materia di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica deriverebbe per loro non già dai parametri di derivazione europea (cioè dall'inclusione nell'elenco Istat) *"ma dalla stessa loro natura ontologica di pubblica amministrazione"*[139]; specificando che le autorità indipendenti sono pubbliche amministrazioni in senso stretto, senza che il carattere di autonomia e indipendenza a loro riconosciuto possa ritenersi idoneo a determinarne l'esclusione dalla nozione di p.a.; da tale qualificazione deriverebbe la naturale soggezione alla normativa volta al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica.

Un simile iter argomentativo appare significativo ai nostri fini e sollecita alcune ulteriori considerazioni con riguardo, in particolare, al contenzioso che ha interessato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("Agcom").

Esso nasce dall'impugnazione dell'elenco Istat 2012 con cui l'Agcom contestava, per un verso, la propria inclusione nell'elenco e, per altro verso, la scelta del legislatore nazionale di assoggettare le autorità indipendenti alle disposizioni in materia di finanza pubblica; le contestazioni ivi sollevate riguardavano, oltre alle violazioni del diritto nazionale, la violazione delle direttive nn. 2002/21/Ce e 2009/140/Ce, atteso che il complesso di atti amministrativi e legislativi adottati sortirebbe l'effetto di imporre nei confronti di Agcom vincoli di natura organizzativa e finanziaria idonei a ridurre l'efficienza dell'intervento regolatorio nel settore delle telecomunicazioni.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario sollevare una questione pregiudiziale alla Cgue ai sensi dell'art. 267 Tfue, chiedendo al giudice sovranazionale "*se i principi di imparzialità e indipendenza sotto il profilo finanziario e organizzativo che devono essere riconosciuti alle autorità di*

[139] Consiglio di Stato n. 6014/2012, *cit*.

regolamentazione nonché quello di sostanziale autofinanziamento, ostino ad una normativa nazionale che assoggetti tali Autorità alle disposizioni in materia di finanza pubblica e in particolare a specifiche disposizioni in tema di contenimento e razionalizzazione delle amministrazioni pubbliche"[140].

La Cgue[141], investita della predetta questione, ha ritenuto che le misure di contenimento della spesa pubblica possano essere astrattamente considerate lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità delle autorità nazionali indipendenti, solo se possa essere constatato che esse configurino un potenziale ostacolo all'effettivo esercizio delle funzioni pubbliche oppure pregiudichino il richiesto tasso di indipendenza e di imparzialità dell'Autorità stesse. Simili valutazioni concrete, spettano però al giudice del rinvio, al quale spetta di verificare se le disposizioni nazionali configurino un potenziale ostacolo a che l'Autorità disponga delle risorse finanziarie e umane necessarie per svolgere in maniera soddisfacente i compiti ad essa assegnati (ossia, nella sua qualità di responsabile della regolamentazione ex ante del mercato e della risoluzione delle controversie tra imprese, la partecipazione attiva ed effettiva al *Body of European regulators for electronic communications* "BEREC").

A valle della riassunzione del giudizio, il Consiglio di Stato non ha ritenuto comprovato che per effetto delle misure di razionalizzazione della spesa l'Agcom fosse ostacolata nello svolgimento delle proprie funzioni; ciò in quanto "*la disciplina nazionale presa in considerazione persegue finalità di contenimento e di complessiva razionalizzazione, in una prospettiva di garanzia di altri interessi generali coinvolti, in presenza di risorse limitate e in un contesto generale caratterizzato dall'aggravarsi della crisi economico finanziaria del Paese e del bilancio pubblici, che richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*"[142].

Il Consiglio di Stato ha inoltre accolto la tesi ricostruttiva già enucleata da alcuni precedenti in materia, secondo cui le autorità indipendenti, in quanto amministrazioni in senso stretto, devono ritenersi soggette all'applicazione delle norme pubblicistiche di contenimento della spesa, non già per effetto della inclusione nell'elenco Istat (che avrebbe pertanto nei loto confronti un mero valore ricognitivo e non di "accertamento costitutivo"), bensì quale naturale conseguenza della loro natura giuridica pubblica.

Ciò appare un'ulteriore conferma della tesi in questa sede sostenuta, ossia che l'estensione del perimetro soggettivo degli enti tenuti al rispetto

[140] Cons. St., Sez. VI, 15.5.2012, n.2475, in www.giustizia-amministrativa.it.
[141] Cgue, sez. II, 28.7.2016, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni contro Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT, causa C-240/15, su e-curia.
[142] Cons. St., Sez. VI, 23.6.2017, n.3080, in www.giustizia-amministrativa.it.

dei vincoli dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico (cornice entro al quale si inquadra la normativa in materia di contenimento della spesa pubblica) è estranea all'art. 97 Cost. che si riferisce alle p.a. in senso stretto, ma dipende invece dal combinato disposto dell'art. 81 co. 6 (che si riferisce al complesso delle p.a.) con l'art. 2 lett. a) della legge 243/2012 e art. 1 della legge 196/2009.

9.2. *Dall'interesse legittimo oppositivo, alla configurazione di uno* status *di pubblica amministrazione*

Alcune considerazioni si impongono all'esito dell'indagine sugli arresti della giurisprudenza amministrativa:

a) l'elenco Istat viene qualificato, con riferimento ai soggetti aventi formalmente una veste giuridica privata, come "accertamento costitutivo" dal quale discendono specifici effetti giuridici; esso avrebbe quindi natura di provvedimento amministrativo, espressione di discrezionalità tecnica, a fronte del quale si pongono interessi legittimi, come tale impugnabile dinanzi al Tar;

b) l'azione proponibile dinanzi al giudice amministrativo assume le vesti formalmente di azioni di annullamento, sebbene il sindacato giurisdizionale sia tendenzialmente diretto ad accertare la sussistenza o meno dei requisiti per l'attribuzione della qualifica come pubblica amministrazione all'ente coinvolto: in altri termini e più chiaramente, sul piano strettamente processuale l'azione pur introdotta nelle forme dell'impugnazione dell'elenco Istat, non ha ad oggetto la legittimità dell'elenco che difatti non viene in rilievo perché privo di effetti con riferimento alle amministrazioni in senso stretto, ma riguarda (seppur attraverso l'impugnazione strumentale dell'elenco) l'applicazione delle misure di finanza pubblica e di contenimento della spesa;

c) la giurisdizione esercitata in concreto appartiene al genus di quella generale di legittimità sugli interessi legittimi, sicché l'eventuale sentenza di annullamento in parte qua dell'elenco, fa salva la riedizione del potere (entro i limiti dell'effetto conformativo): l'eventuale giudicato amministrativo non avrebbe, pertanto, effetti preclusioni sull'accertamento successivo della sussistenza/insussistenza dei requisiti richiesti per il riconoscimento dello "status" di p.a. (seppur limitato per l'anno in corso in considerazione del fatto che, come più volte ribadito,

l'elenco Istat viene redatto annualmente sulla base di valutazioni che vengono effettuate ex novo di volta in volta);

d) con riferimento ai soggetti ascrivibili alle pubbliche amministrazioni in senso stretto, l'elenco viene qualificato dal giudice amministrativo come mero atto di ricognizione irrilevante ai fini della qualificazione in termini pubblicistici, trattandosi di persone giuridiche ontologicamente pubbliche e quindi naturalmente ricadenti nell'ambito soggettivo di applicazione delle norme sul contenimento della spesa pubblica.

L'inserzione di un ente formalmente privato all'interno dell'elenco Istat sembra assumere valore costitutivo di uno *status*, inteso come condizione da cui derivano un complesso di situazioni giuridiche attive e passive; detto status è quello di pubblica amministrazione (o meglio di pubblica amministrazione in senso finanziario), dal quale discendono obblighi e vincoli ricadenti sugli enti che vi figurano iscritti, come tali potenzialmente pregiudizievoli. In altri termini e più chiaramente, nelle controversie esaminate sembra in rilievo la corretta attribuzione ad un ente della qualificazione giuridica pubblica per effetto dell'accertamento della sussistenza dei requisiti, nelle specie di derivazione europea, all'uopo richiesti.

Così ricostruita la vicenda in esame, sembra difficile ritenere che essa possa risolversi nella riduzione alternativa tra interesse legittimo/diritto soggettivo[143] (il primo ricorrente a fronte all'esercizio di un potere amministrativo; il secondo invece ricorrente a fronte di vicenda interamente regolata dalla legge riguardo ai presupposti per la costituzione dello status, come nel caso di iscrizioni di soggetti in albi professionali) venendo, piuttosto, in rilievo un *tertium genus*, cioè quello dell'accertamento di uno

[143] Non è questa la sede per prendere posizione sull'attualità del mantenimento del binomio diritti soggettivi e interessi legittimi, si deve però segnalare l'esistenza di un dibattito sul tema in dottrina: nel senso che una simile distinzione sarebbe ormai sfumata e comunque un retaggio storico, si v. V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione costituzionalizzata,* Torino, Giapp. Ed, 2019, p. 215; A. Proto Pisani, *Per un rinnovato discorso sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in Foro. It., 2019, V, p. 235 ss.; G. Greco, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in Individuo e potere, incontro di studio in ricordo di Andra Orsi Battaglini, in suppl. Dir. Pubbli., 2016, p. 108. A. Travi, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del Convengo in memoria di Umberto Pototschnig, Napoli, 2014, p. 14, osserva che la *"logica della contrapposizione ontologica fra le due figure può essere coltivata solo a costo di ridurre i termini del confronto a ragioni astrette e a costo di prescinder dalle innumerevoli sfumature e connotazioni che invece sono presenti concretamente*". Si v. anche, L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in Dir. Pubbl., 2019, 3, p. 723 ss.

status, rispetto al quale le sottese esigenze di tutela (segnatamente l'esigenza di accertamento incontrovertibile, seppur necessariamente transeunte come si vedrà subito, della qualità giuridica di pubblica amministrazione in senso finanziario) sembrano postulare una cognizione giurisdizionale che non sia limitata al vaglio della legittimità del procedimento valutativo condotto, ma che si estenda alla sussistenza o insussistenza dei presupposti per l'attribuzione dello *status* di p.a. È ben noto che la natura di *status* evoca generalmente una situazione giuridica non temporanea, che costituisce sintesi di un insieme normativo applicabile ad un determinato soggetto, potenzialmente produttivo di diritti e doveri in maniera non precaria né discontinua. Nel caso di specie però la limitazione temporale dell'accertamento operato dall'Istat e la dimensione ondivaga degli interventi del legislatore (non tutti originati dalla necessità di garantire omogeneità statistico-contabile), sono la naturale conseguenza della flessibilità definitoria imposta dal diritto sovranazionale: lo status di amministrazione pubblica, se riferito a soggetti non qualificabili come tali in base ad uno statuto codificato da una fonte normativa, ma la cui appartenenza al complesso allargato del comparto pubblico è determinata solo da elementi sostanziali di connotazione esclusivamente economica, appare refrattaria rispetto alle categorie consolidate delle situazioni giuridiche soggettive, e delle forme tradizionali della tutela apprestata per la loro protezione. Si tratta quindi di uno status per definizione transeunte, dominato dalla logica dei flussi economici, e che richiede ai fini del suo accertamento una ricognizione costante, ed una tutela celere ed orientata alla prevalenza di profili sostanziali piuttosto che formali o procedimentali.

Su tale quadro si innesta la scelta del legislatore ordinario di spostare la cognizione sulle controversie avverso gli atti di ricognizione annuale Istat delle pubbliche amministrazioni ricadenti nel conto economico consolidato, dalla giurisdizione amministrativa a quella del giudice contabile.

Gli assunti ricavabili dall'analisi svolta consentono di svolgere alcune riflessioni sulle ragioni di un tale spostamento della giurisdizione.

10. *La giurisdizione della Corte dei Conti in unico grado sulle controversie aventi ad oggetto gli atti di ricognizione adottati dall'Istat*

La devoluzione alla Corte dei Conti[144], Sezioni riunite, in speciale composizione ed in unico grado operata dal legislatore con l'art. 1 co. 196 della legge 228/2012 appare la naturale conseguenza della qualificazione sostanziale dell'interesse sotteso alle controversie di cui si tratta come accertamento di una qualità giuridica (status) non riducibile ad un interesse legittimo di natura oppositiva.

Si riconduce difatti la cognizione giurisdizionale dello *status* di pubblica amministrazione ai fini finanziari, ad un giudice munito di giurisdizione piena e di merito; una giurisdizione, cioè, la cui morfologia appare in sé una garanzia sufficiente rispetto all'esigenza sottesa di assicurare una più accentuata tutela all'interesse pubblico alla certezza delle qualificazioni basate sul rinvio dinamico all'elenco annuale Istat, a sua volta connesso all'applicazione del Protocollo sulla procedura per i *deficit* eccessivi annesso al Trattato di Maastricht e delle leggi volte ad armonizzare e coordinare la finanza pubblica, oltre che a contenere la relativa spesa[145].

A tale esigenza di tutela risponde anche la conformazione della norma attributiva della nuova giurisdizione al giudice contabile, che non si limita a trasferire un ambito di competenza dal plesso giurisdizionale amministrativo alla giurisdizione della Corte dei conti (mantenendo inalterati poteri cognitivi e forme del rimedio giustiziale) ma, al contrario, attraverso l'esplicito richiamo all'art. 103, comma 2, Cost., ha riconosciuto l'attinenza alle "*materie di contabilità pubblica*"[146] delle questioni concernenti l'elenco delle amministrazioni pubbliche tenuto dall'Istat, con la conseguenza che, per la specificità della giurisdizione del giudice contabile in materia, che non è giurisdizione di legittimità (quindi limitata al vaglio dei vizi formali) ma giurisdizione di merito, il giudice è chiamato a valutare la rispondenza dell'attività ricognitiva ai presupposti e ai requisiti fissati dalla legge ai fini dell'inclusione di un dato

[144] Sulla evoluzione della giurisdizione della Corte dei Conti si veda la trattazione di A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti. Evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*. In Linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo, F.G. Scoca e A. F. Di Sciascio (a cura di), Napoli, Esi, 2014, p. 25 ss.

[145] Così V. Torano, *op. cit*. p. 642; Corte conti, Sez. riun., 18.4.2014 n. 12, in www.cortedeiconti.it.

[146] Il tema dei limiti esterni della giurisdizione contabile e dell'interpretazione del comma 2 dell'art. 103 Cost., è affrontato *funditus infra* Cap. 5, Sez. II, al quale pertanto si rinvia.

ente nell'elenco di cui trattasi[147]. In altri termini, l'apprezzamento della Corte dei conti, non si focalizza sui vizi del procedimento che conducono all'adozione dell'elenco dell'Istat o ai vizi dell'atto stesso, ma si concretizza nell'accertamento diretto della sussistenza o meno dei requisiti di legge[148], con la conseguenza che l'accertamento del giudice crea una situazione di certezza (seppur valevole per l'anno) in ordine al perimetro soggettivo del "settore pubblico all'allargato" in ambito finanziario.

L'opzione normativa in punto di giurisdizione appare in definitiva il portato processuale della qualificazione, sul piano sostanziale, di una situazione giuridica soggettiva ricostruibile in termini di *status* (quello di p.a. "in senso ampio")[149], rispetto al quale l'unica forma di tutela giurisdizionale satisfattiva sotto il profilo dell'effettività dell'interesse ordinamentale, che si assicura mediante "*.una stabile certezza delle situazioni giuridiche ed economico finanziarie fondate sul rinvio dinamico all'elenco*"[150], è quella di una giurisdizione piena e di merito di accertamento della qualità di amministrazione pubblica in capo ad una determinata unità istituzionale. Essa assicura, difatti, attraverso la cognizione diretta sui requisiti fissati dalla legge ai fini dell'inclusione nell'elenco, il richiesto grado di certezza in ordine al perimetro dei soggetti qualificati come pubbliche amministrazioni in base al Sistema statistico europeo: perimetrazione a sua volta funzionale ad assicurare la corretta tutela dell'interesse finanziario, ordinamentale[151]; ciò contrariamente a quanto accadrebbe in caso di annullamento parziale dell'elenco, dal quale discenderebbe - quale effetto proprio delle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di giurisdizione generale di legittimità – solo un effetto conformativo, che lascerebbe aperti margini più o meno ampi di manovra all'amministrazione in sede di riedizione del potere, consentendo,

[147] Corte dei conti, Sez. Riun., 7/2013, *cit.*

[148] Nel senso che si tratti di una giurisdizione piena, cfr. Corte dei conti, Sez. Riun., n.12/2017, *cit.:* "*la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di impugnazione degli elenchi Istat non verte sui possibili vizi dell'atto, ma comporta una cognizione piena sulla sussistenza dei requisiti dell'ordinamento per l'inclusione nel novero delle amministrazioni pubbliche*". In applicazione di tali criteri si è escluso che la Conferenza dei rettori delle Università Italiane (CRUI) possa ritenersi amministrazione pubblica secondo i criteri del Sec 2010, difettando il requisito del controllo pubblico sia in quanto le quote associative versate non avrebbero natura pubblica, sia in quanto le Università, pur rappresentando la maggioranza degli associati, non sarebbero in grado di incidere in modo determinante sulle scelte strategiche del CRUI: cfr. Corte Conti, Sez. Riun. 7/2019/RIS del 14.3.2019, *ivi.*

[149] In questo senso Corte Conti, Sez. Riun., 12/2017 *cit.*, secondo cui "*la qualificazione di pubblica amministrazione (sia pure nell'accezione europea parzialmente non coincidente con quella nazionale) ha riflessi sulla posizione di status, meritevole di tutela giurisdizionale*".

[150] Corte Conti, Sez. Riun., 13/2014 *cit.*

[151] Su cui vedi *infra* Cap. 5, Sez. I, in particolare, par. 2.

in astratto, previo emendamento dei vizi riscontrati nel procedimento, il reinserimento dell'ente all'interno dell'elenco, "ora per allora".

10.1. *I dubbi di legittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione contabile*

Occorre domandarsi se la norma attributiva della giurisdizione contabile sulla materia che ci occupa, sia compatibile con il sistema pluralistico delle giurisdizioni declinato nella Costituzione e con i relativi criteri di riparto.

Ad avviso di chi scrive, non sembra porsi nemmeno in astratto un problema di contrasto dell'art. 1 co. 196 della L. 228/2012 con l'art. 103 co. 1 della Cost. per sottrazione al giudice amministrativo della sua tipica giurisdizione di annullamento (come pur è stato sollevato)[152]; ciò in quanto, come rilevato nel precedente paragrafo, non viene in una situazione giuridica soggettiva propriamente declinabile quale interesse legittimo.

Né l'opzione legislativa sembra suscettibile di determinare dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al comma 2 dell'art. 103 Cost laddove attribuisce la Corte dei Conti la giurisdizione nelle "*nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*".

Il tema è affrontato *funditus* al Capitolo 5 Sez. II al quale, pertanto, si rinvia; si impongono però due immediate considerazioni.

Secondo la tradizionale giurisprudenza costituzionale, la perimetrazione della materia della contabilità pubblica richiede puntuali specificazioni legislative[153]: sulla scorta di tale premessa si è quindi affermato il carattere

[152] La scelta legislativa ha sollevato diversi dubbi di legittimità costituzionale. Tali censure sono state sollevate dinanzi alle tre giurisdizioni (amministrativa, contabile, ed ordinaria): in tutti e tre i casi, i giudizi si sono risolti con decisioni di insussistenza di uno dei presupposti necessari per il rinvio alla Corte Costituzionale, ovvero quello della "non manifesta infondatezza": cfr. Tar Lazio, 246/2017 *cit.*; Corte dei Conti n.13/2014 *cit.*; Cass. Sez. Un., 18.5.2017, 12517, su de-iure. In particolare, la Corte di Cassazione muovendo dall'assunto che con riferimento alle controversie in esame si versi in una ipotesi di giurisdizione generale di legittimità, ha ritenuto comunque infondato il relativo motivo di doglianza in quanto non sussisterebbe in favore del g.a. alcuna riserva di generale giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi a tutela di posizioni giuridiche soggettive nonché dei vizi del procedimento o di difetto di motivazione o di istruttoria.

[153] Corte Cost., n.17/1965 in www.cortecostituzionale.it. Osserva F. Cardarelli, *La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria nell'art.9 della legge 24/2017. Note critiche,* in G. Alpa (a cura di), La responsabilità sanitaria (commento alla l. 8 marzo 2017, n.24), p. 375 ss., Pisa, 2017, che l'art. 103 Cost. comma 2 laddove individua l'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti non ha portata vincolante e ciò in quanto si deve ritenere che spetta alla legge definire se e quali istituti concorrano a

della tendenziale e non assoluta generalità della giurisdizione della Corte dei Conti, richiedendo la sua concreta attribuzione *l'interpositio legislatoris*; di qui l'affermazione che al legislatore non è consentito estendere *ad nutum* il margine della giurisdizione della Corte dei conti, dovendo egli individuare un criterio di collegamento della "materia" con la giurisdizione. "*In altre parole, deve ritenersi che l'interpositio legislatoris che prevede un nuovo ambito di giurisdizione contabile debba sempre trovare un collegamento con l'esercizio di una specifica funzione. Mentre nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la Consulta ha precisato che la scelta legislativa deve essere collegata con l'esercizio del potere amministrativo, nell'ambito della giurisdizione contabile è da ritenere che la scelta del legislatore (che per ovvie ragioni non potrà essere connessa con l'esercizio di un potere amministrativo) debba essere collegata con l'esercizio di una funzione cha abbia comportato conseguenze (pregiudizievoli) per la contabilità pubblica*"[154].

La più recente dottrina e giurisprudenza evidenzia però che la nozione costituzionale di contabilità pubblica assume la valenza moderna di "finanza pubblica" come è venuta a configurarsi nello Stato contemporaneo in cui all'espansione di interessi pubblici e collettivi corrisponde il dilatarsi delle risorse prelevate dai cittadini e delle loro forme di impiego[155].

Ebbene l'art. 1 co. 169 della L. 228/2012 a parere di chi scrive, soddisfa

definire i contorni della contabilità pubblica. In questo senso Corte Cost. n.641/1987, *ivi,* secondo cui "*la giurisdizione della Corte dei Conti, nelle dette materie, é solo tendenzialmente generale e che sono possibili deroghe con apposite disposizioni legislative, specie nella materia della responsabilità amministrativa non di gestione" e che la cognizione delle cause attinenti alla responsabilità patrimoniale per danni cagionati agli enti pubblici da pubblici funzionari, nell'esercizio delle loro funzioni, siccome involge questioni relative a diritti soggettivi, "sarebbe spettata al giudice ordinario se non vi fosse stata la previsione legislativa derogatoria la quale sancisce una diversa ripartizione giurisdizionale*". Ne deriva che "*proprio in applicazione dell'art. 103, secondo comma, Cost., e nei limiti ad esso imposti, spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici (ordinario, amministrativo, contabile, militare ecc.). E nella interpositio del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei Conti*". La Corte ha anche chiarito che la materia di contabilità pubblica, va intesa nel senso tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza e dalla legislazione "*cioè come comprensiva sia dei giudizi di conto che di responsabilità a carico degli impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici non economici che hanno il maneggio del pubblico denaro; che la materia di contabilità pubblica non é definibile oggettivamente ma occorrono apposite qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto ma anche rispetto ai soggetti; che, comunque, essa appare sufficientemente individuata nell'elemento soggettivo che attiene alla natura pubblica dell'ente (Stato, Regioni, altri enti locali e amministrazione pubblica in genere) e nell'elemento oggettivo che riguarda la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione*".

[154] A. Police, *op. loc. ult. cit.*, p. 35.

[155] *Ibidem*; nello stesso senso, cfr. anche V. Torano, *op. cit.,* p. 641.

il criterio di collegamento sopra menzionato, in quanto la delimitazione del perimetro dei soggetti qualificati come pubbliche amministrazioni in base al regolamento Sec 2010, coincide con l'ambito soggettivo di applicazione delle previsioni normative sugli obblighi di equilibrio di bilancio e di compartecipazione alla garanzia della sostenibilità del debito pubblico, sicché la sua corretta perimetrazione è senza dubbio idonea a determinare conseguenze sulle finanze pubbliche[156]. Vi è poi un ulteriore elemento rilevante, che è quello della natura dell'interesse sotteso alla corretta delimitazione del perimetro soggettivo del debito pubblico: detto interesse è quello finanziario, ascrivibile allo Stato, la cui garanzia sembra postulare proprio una dimensione oggettiva della giurisdizione, rinvenibile nella Corte dei Conti quale giudice deputato ad assicurare la tutela dell'equilibrio finanziario complessivo.

Se dunque con riferimento agli anzidetti profili non si dubita della conformità costituzionale della scelta legislativa in punto di giurisdizione, talune perplessità emergono sotto il profilo della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 169, della Legge n. 228 del 2012 nella parte in cui assegna le competenze in discorso alle sezioni riunite in speciale composizione. Da un lato la disposizione in parola sembra aver creato un giudice *ad hoc* per la risoluzione delle controversie di cui trattasi in violazione al divieto di istituzione di giudici speciali di cui all'art. 102 co. 2 della Cost.[157], dall'altro lato, la composizione del Corte chiamata a dirimere simili controversie lascia aperta la questione del possibile conflitto di interessi tra i soggetti chiamati

[156] *Ibidem,* p. 651; in giurisprudenza, v. Tar Lazio, 9.1.2017, n. 246, in Foro Amm. (Il) 2017, 1, p. 200, il quale rileva che alla Corte dei Conti spetta il compito di garante dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, anche nel rispetto degli obblighi assunti in sede comunitaria ("*Il conto consolidato va annualmente a registrare le spese e le entrate delle unità istituzionali corrispondenti ai centri elementari di decisione economica specie in relazione ai flussi di trasferimento di risorse finanziare che periodicamente vengono trasferiti dal bilancio di soggetti pubblici in senso stretto (a partire dallo Stato, dagli enti territoriali e locali, ad altre entità pubbliche) al bilancio di soggetti anche di diritto privato. Tale processo è fondamentale affinché possano essere poi determinati i saldi di finanza pubblica e, in particolare, l'indebitamento netto, quale parametro essenziale di riferimento per il coordinamento e la sorveglianza delle politiche di bilancio, realizzate in ambito europeo da tutti gli stati membri. (…) Il legislatore ha assunto l'elenco Istat ad ambito di riferimento delle misure economico finanziarie stabilite annualmente dalla legge finanziaria nonché dagli atti legislativi diretti a raggiungere gli obiettivi di coordinamento della finanza pubblica, nonché del contenimento della spesa pubblica anche, se non soprattutto, in funzione del rispetto del Patto di stabilità. Sussiste pertanto un'indubbia correlazione tra elenco Istat e leggi finanziarie che la stessa Corte dei conti deve applicare*").

[157] All'art. 102 comma 2 Cost. viene sancito il divieto di istituzioni di giudici speciali, ma sono stati fatti salvi sia il Consiglio di Stato che la Corte dei Conti (VI disp. Trans.).

ad esercitare la funzione giurisdizionale e quelli chiamati ad esercitare la funzione di controllo[158].

11. Status *di pubblica amministrazione e giurisdizione contabile: prospettive* de iure condendo

In base ad una contestualizzazione storica lo spostamento dal giudice amministrativo alla Corte dei Conti della cognizione giurisdizionale sugli atti di ricognizione adottati dall'Istat, sembra avere avuto lo scopo di individuare uno strumento di tutela più efficace e soprattutto più rapido dell'ordinario giudizio di legittimità.

In realtà però l'ascrizione della giurisdizione su simili controversie alla Corte dei Conti appare anche il portato della corretta qualificazione delle posizioni soggettive che vengono in rilievo nel contenzioso relativo all'inserimento di soggetti nell'elenco Istat, diretto all'accertamento dei presupposti per l'attribuzione della qualificazione del soggetto come pubblica amministrazione, ossia all'accertamento di uno "status" seppur limitatamente allo specifico settore finanziario.

Se tale è la situazione giuridica soggettiva rilevante sul piano sostanziale (non riducibile quindi all'alternativa diritto soggettivo/interesse legittimo), allora essa appare in sé giustificativa della individuazione di una giurisdizione diversa da quella amministrativa. Inoltre l'opzione del legislatore è anche rispondente alle esigenze di tutela sottese al relativo contenzioso, che postulano una cognizione che non sia limitata al vaglio di legittimità ma che al contrario si estenda alla sussistenza o meno dei presupposti per la riconducibilità del soggetto nell'alveo della categoria del "*complesso delle pubbliche amministrazioni*": una simile connotazione del sindacato giurisdizionale appare funzionale a soddisfare l'interesse generale alla certezza delle situazioni giuridiche ed economiche fondate sul rinvio all'elenco Istat. Sotto tale profilo, la giurisdizione di merito del giudice contabile assicura, attraverso cognizione diretta sui requisiti fissati dalla legge ai fini dell'inclusione nell'elenco, il richiesto grado di certezza in ordine al

[158] Ai sensi dell'art. 11 comma 7 del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, *Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, "*Il collegio delle sezioni riunite in speciale composizione è composto, oltre che dal presidente, da sei magistrati, in pari numero tra i consiglieri componenti il collegio delle sezioni riunite in sede giurisdizionale e in sede di controllo individuati, sulla base di criteri predeterminati, sentito il consiglio di presidenza e tenendo conto del principio di rotazione con decreto presidenziale all'inizio di ogni anno*".

perimetro soggettivo del settore pubblico allargato in ambito finanziario, seppur valevole per l'anno: ma questo appare la conseguenza della flessibilità definitoria imposta dal diritto sovranazionale che deriva lo status di amministrazione da elementi sostanziali di connotazione esclusivamente economica.

Ci si potrebbe allora chiedere *de iure condendo* (si tratta di un problema aperto che forse dovrebbe essere oggetto di apposita mediazione) se non sia opportuno introdurre un'azione pubblica d'ufficio (in capo alla procura contabile) al fine di accertare la natura sostanzialmente pubblica, a fini contabili/finanziari, di un ente non inserito dall'Istat nel conto economico consolidato. In altri termini e più chiaramente, così come sussiste un interesse "privato" dell'ente all'espunzione dall'elenco - derivando da un simile inserimento l'applicazione di una normativa limitativa e vincolistica-, alla stessa stregua sussiste un interesse dello Stato (ordinamentale) a che soggetti erroneamente non inclusi nell'atto di ricognizione annuale siano, invece, qualificati come p.a. e quindi ricondotti nell'alveo del comparto del settore pubblico allargato. L'ordinamento consente di contestare l'inclusione all'interno dell'elenco Istat e quindi la consequenziale attribuzione della qualifica di pubblica amministrazione nel settore finanziario; ma proprio la natura dell'interesse sotteso – cioè quello finanziario, quindi generale o meglio ordinamentale – dovrebbe postulare anche l'esistenza di una aziona pubblica a sua tutela volta a "contestare" la mancata inclusione di un ente all'interno di quell'elenco.

Capitolo IV

La "dimensione oggettiva" del debito pubblico, alla luce degli strumenti di ingegneria contrattuale e finanziaria

Sommario: 1. Le operazioni di finanza innovativa quali fonti di indebitamento delle pubbliche amministrazioni – 1.1. La ricerca di fonti alternative di finanziamento da parte degli enti territoriali – 2. Le fonti *ex lege* di indebitamento degli enti territoriali – 2.1. La tassonomia delle modalità di finanziamento delle spese per investimenti – 2.1.1. La sua natura "aperta" secondo la giurisprudenza costituzionale e contabile – 2.2. La nullità dei contratti elusivi dei vincoli di bilancio – 3. I derivati finanziari in mano pubblica – 3.1. Problemi di inquadramento giuridico e di compatibilità con la natura pubblica delle amministrazioni territoriali – 3.2. La classificazione in bilancio dei derivati finanziari e le ricadute sul piano delle qualificazioni sostanziali – 3.2.1 La natura giuridica "di indebitamento" dei derivati finanziari: un problema irrisolto – 4. Le cartolarizzazioni pubbliche – 4.1. Le operazioni di cartolarizzazione sui beni immobili degli enti territoriali: cessione di immobili o indebitamento? – 4.2. La classificazione in bilancio e le ricadute sul piano sostanziale – 4.3. Dai criteri Eurostat alla giurisprudenza contabile: il regime giuridico incerto delle cartolarizzazioni pubbliche – 5. Le garanzie pubbliche – 5.1. Inquadramento giuridico e rilevanza ai fini dell'indagine – 5.2. La normativa sovranazionale sulla classificazione delle *Government guarantees* – 5.2.1. La normativa nazionale sulla qualificazione delle garanzie pubbliche – 5.2.2. Garanzie pubbliche rilasciate in favore di società partecipate: il divieto di soccorso finanziario – 5.2.3. Le garanzie pubbliche "atipiche" – 6. I contratti di partenariato pubblico privato ("PPP") – 6.1. Inquadramento giuridico e rilevanza ai fini dell'indagine – 6.2. La contabilizzazione dei contratti di PPP – 6.3. Il rapporto tra le qualificazioni giuridiche contenute nel Codice dei Contratti Pubblici e nella legge n. 350/2003 – 6.3.1. Il caso del *leasing* finanziario – 7. La commistione tra criteri economici e qualificazioni sostanziali e i conseguenti limiti all'autonomia finanziaria

1. *Le operazioni di finanza innovativa quali fonti di indebitamento delle pubbliche amministrazioni*

Sino ad ora si è affrontato il tema dei vincoli finanziari relativi alle pubbliche amministrazioni dal punto di vista delle loro implicazioni sul

piano ordinamentale, teorico e dogmatico.

Spostando l'attenzione sulle ripercussioni pratiche e, segnatamente, sugli effetti conformativi dell'azione amministrativa (che comprende, come noto, non solo quella che si svolge secondo moduli autoritativi, ma anche l'attività di diritto privato, compresa quella negoziale[1]), si nota che l'implementazione dei vincoli di bilancio, che costituiscono limiti anche alla capacità di spesa delle pubbliche amministrazioni, ha di fatto costituito un fattore di accelerazione nella ricerca di modalità alternative, rispetto alle classiche fonti di indebitamento, di reperimento delle risorse necessarie all'espletamento delle funzioni.

Tale fenomeno è oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza contabile, impegnata - con riferimento alle condotte imputabili agli amministratori degli enti locali e territoriali - a dischiudere, dietro la veste formale delle operazioni in concreto poste in essere, la loro natura sostanziale di indebitamento. La stessa attenzione si registra anche da parte del legislatore ordinario, sia alla luce delle previsioni normative volte a sanzionare - mediante nullità negoziali testuali - operazioni elusive dei vincoli finanziari, sia attraverso l'enucleazione normativa di definizioni giuridiche sostanziali di operazioni di ingegneria finanziaria/negoziale in qualche modo neutrali rispetto alla forma giuridica concretamente impiegata e volte a disvelarne la natura di fonte di debito pubblico.

L'indagine che segue, muovendo da un'analisi della giurisprudenza e delle previsioni normative vigenti, si propone di valutare le modalità alternative di finanziamento delle pubbliche amministrazioni e le problematiche giuridiche ad esse sottese, rammentando immediatamente che una gestione economica, efficace ed efficiente delle risorse pubbliche presuppone la capacità dell'ente di scegliere lo strumento più adeguato per il finanziamento delle funzioni e servizi che esso è tenuto ad espletare. Il problema dell'adeguatezza dello strumento si pone con particolare riferimento, per un verso, all'utilizzo di prodotti finanziari che presuppongono una valutazione complessiva e prognostica della convenienza economica dell'operazione[2]; per altro verso, assume rilievo con riguardo al rilascio di garanzie pubbliche in favore di soggetti terzi o ad operazioni contrattuali complesse e di lunga durata, quali quelle annoverabili nel *genus* del partenariato pubblico privato, che per loro caratteristiche richiedono una attenta ponderazione.

[1] Cfr. art. 1 comma1 *bis* della legge n.241/1990 e ss.mm.ii.

[2] M. Nigro, *Le fonti di finanziamento degli enti locali italiani*, in Liuc Papers n.97, Serie Economica e istituzioni, 2001, 4, p. 8.

1.1. *La ricerca di fonti alternative di finanziamento da parte delle amministrazioni territoriali*

La ricerca di nuovi "*percorsi di sostenibilità finanziaria*"[3] è un fenomeno che ha riguardato le amministrazioni territoriali, quale conseguenza del concorso di almeno tre fattori: (i) il riconoscimento formale di autonomia finanziaria non controbilanciata dalla capacità di auto-generare risorse (essenzialmente tramite la leva tributaria); (ii) la previsione di limiti sempre più stringenti alla capacità di indebitamento; (iii) la perdurante esigenza di garantire funzioni e servizi in favore della collettività[4].

Il quadro in cui si colloca l'attività di gestione finanziaria degli enti locali appare difatti caratterizzato da spinte divergenti: da un lato, il riconoscimento costituzionale dell'autonomia finanziaria degli enti locali postulerebbe sul piano pratico maggiori possibilità per gli stessi di reperire risorse sul mercato dei capitali ovvero con modalità alternative di volta in volta offerte dalla prassi finanziaria e negoziale; dall'altro lato, il recepimento dei vincoli di bilancio di matrice sovranazionale - e, soprattutto, la loro estensione a tutte le articolazioni territoriali dello Stato - limita il libero dispiegarsi di politiche di reperimento e gestione delle risorse; a ciò si aggiunga l'aumento esponenziale dei compiti degli ordinamenti locali, accompagnato dal taglio dei sostegni statali, quale corollario di un sistema amministrativo decentrato.

L'interazione tra i menzionati fattori e le istanze ad essi sottese ha contribuito a creare una crisi di liquidità per gli enti locali che, astretti dall'esigenza di assicurare l'espletamento delle funzioni pubbliche e da quella di non ricorrere all'indebitamento per il loro finanziamento, hanno sperimentato percorsi alternativi di sostenibilità finanziaria. La necessità per gli enti territoriali di dare avvio ad operazioni di ristrutturazione del debito pregresso in funzione della riduzione dell'indebitamento - nonché di ricercare contestualmente nuove forme di finanziamento sia nel panorama degli strumenti offerti dalla finanza innovativa, sia più in generale nel panorama delle operazioni negoziali che seppur non causalmente destinate ad assicurare forme di finanziamento, si prestano in concreto ad essere piegate a simili finalità - si sviluppa proprio nel contesto del risanamento

[3] Cfr. VI Commissione finanze, Camera dei deputati, *Indagine conoscitiva sulle problematiche relative alla diffusione di strumenti finanziari derivati*, 3 marzo 2005, in http://documenti.camera.it/_dati/leg14/lavori/stencomm/06/indag/strumenti_finanziari/2005/0303/s000r.htmin

[4] Il tema delle limitazioni all'autonomia finanziaria degli enti territoriali è affrontato *funditus*, *supra* Cap. 2, par. 2.

delle finanze pubbliche.

Con l'espressione "finanza innovativa" ci si riferisce all'utilizzo da parte degli ordinamenti territoriali di strumenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli che costituiscono le ordinarie e tradizionali forme di finanziamento[5]; la possibilità di utilizzo della finanza "creativa" è stata sancita a livello legislativo dall'art. 199 del Testo unico degli enti locali, che elenca tra le forme di finanziamento degli investimenti "*altre forme di ricorso al mercato finanziario consentite dalla legge*"; essa è stata successivamente oggetto di progressive limitazioni introdotte ad opera del legislatore al fine di contenere l'aumento dell'indebitamento pubblico.

2. *Le fonti* ex lege *di indebitamento degli enti territoriali*

Con riferimento agli enti locali, il citato d.lgs. n.267/2000 contiene - agli articoli 202-205-bis - le regole relative al ricorso all'indebitamento; oltre a ribadire che questo è ammesso solo nelle forme previste dalle leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti[6], la disciplina in parola individua (art. 203 Tuel), quali presupposti per il legittimo ricorso all'indebitamento: a) l'avvenuta approvazione del rendiconto dell'esercizio del penultimo anno precedente quello in cui si intende deliberare il ricorso a forme di indebitamento; b) l'avvenuta deliberazione del bilancio di previsione.

Inoltre, in caso di stipulazione di prestiti obbligazionari con enti diversi da Cassa depositi e presiti, dall'ex Inpdap e dall'Istituto per il Credito sportivo, l'art. 204, comma 2, del Tuel prescrive il rispetto di ulteriori condizioni, consistenti nell'ammortamento non inferiore a 5 anni, né superiore a 30, nonché nel rispetto del divieto di emettere titoli obbligazionari o altre passività con pagamento alla scadenza in un'unica soluzione (c.d. *bullet*).

Il comma 2 dell'art. 203 stabilisce che, ove nel corso dell'esercizio si

[5] Sono strumenti "classici" di indebitamento pubblico, l'emissione di titoli obbligazionari e la contrazione di mutui; si annoverano, invece, tra gli strumenti di finanza innovativa le operazioni di c.d. cartolarizzazione dei crediti, l'impiego dei strumenti finanziari derivati e, come si vedrà *infra*, operazioni complesse che si realizzano nei rapporti amministrazione partecipante - società partecipata nonché, infine, talune fattispecie annoverabili nel *genus* del partenariato pubblico privato.

[6] Cfr. art. 202, comma 1 del d.lgs. n.267/2000 *cit.*, secondo cui "*Il ricorso all'indebitamento da parte degli enti locali è ammesso esclusivamente nelle forme previste dalle leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti. Può essere fatto ricorso a mutui passivi per il finanziamento dei debiti fuori bilancio di cui all'art. 194 e per altre destinazioni di legge. 2. Le relative entrate hanno destinazione vincolata*".

renda necessario attuare nuovi investimenti o variare quelli già in atto, l'organo consiliare deve adottare apposita variazione al bilancio di previsione, adeguando contestualmente il documento unico di programmazione e, di conseguenza, le previsioni del bilancio degli esercizi successivi per la copertura degli oneri derivanti dall'indebitamento e delle spese di gestione[7].

Ulteriori condizioni rispetto a quelle contemplate all'art. 203 Tuel, sono previste dall'art. 204 del medesimo plesso normativo e, in particolare, "*… l'ente locale può assumere nuovi mutui e accedere ad altre forme di finanziamento reperibili sul mercato solo se l'importo annuale degli interessi, sommato a quello dei mutui precedentemente contratti, a quello dei prestiti obbligazionari precedentemente emessi, a quello delle aperture di credito stipulate e a quello derivante da garanzie prestate ai sensi dell'articolo 207, al netto dei contributi statali e regionali in conto interessi, non supera il 12 per cento, per l'anno 2011, l'8 per cento, per gli anni dal 2012 al 2014, e il 10 per cento, a decorrere dall'anno 2015, delle entrate relative ai primi tre titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno precedente quello in cui viene prevista l'assunzione dei mutui (…)*".

La competenza ad adottare atti di contrazione di mutui, aperture di credito, emissioni di prestiti obbligazionari spetta - ai sensi dell'art. 42, comma 1, lett. h) del Testo unico enti locali - al Consiglio, quale organo a legittimazione democratica diretta dell'ente stesso.

La disciplina che regola l'assunzione dei mutui da parte degli Enti locali ha natura inderogabile e la sua violazione comporta la nullità dei relativi atti negoziali[8].

[7] La Corte dei Conti, in sede consultiva, nel parere 3.7.2012 n.202, in www.cortedeconti.it, ha evidenziato che "*gli enti locali non possono ricorrere al debito per soddisfare le loro esigenze in modo illimitato, ma possono assumere mutui e accedere a altre forme di finanziamento solo se l'importo annuale degli interessi sommato con quello dei mutui contratti precedentemente ed a quello derivante dalle garanzie prestate, al netto dei contributi statali e regionali in conto interessi, non sia superiore ad un parametro finanziario correlato all'ammontare delle entrate dell'ente risultanti dal rendiconto del penultimo anno precedente quello in cui viene prevista l'assunzione del mutuo (…). L'entrata in vigore dei suddetti parametri progressivi in senso restrittivo si correla all'esigenza di evitare che il debito cresca in modo incontrollato con conseguenze negative sulla gestione finanziaria dell'ente, creando condizioni di squilibrio finanziario sui bilanci futuri*".

[8] La natura cogente delle norme di cui trattasi riguarda non solo il rispetto della capacità di indebitamento nell'anno in cui si contrae il nuovo mutuo, ma anche "*l'andamento decrescente del rapporto tra gli oneri passivi derivanti dalla contrazione dei mutui e le entrate dei primi tre titoli del bilancio pluriennale",* così Corte dei Conti, Sez. Contr. Lombardia, 22.1.2009, n.3, in http://www.ptpl.altervista.org/corte_dei_conti/2009/corte_conti_lombardia_parere_22012009_3.pdf. Più di recente il legislatore ha posto un'indicazione vincolante su come interpretare il comma 1 dell'art. 204; difatti, l'art. 16 co. 11 d.l. n.

La legge n.350/2003 ss.mm.ii.[9] ha chiarito, "*ai fini di cui all'articolo 119, sesto comma, della Costituzione*", cosa debba intendersi per spese per investimenti e per indebitamento.

Gli atti o i contratti adottati dagli enti territoriali per finanziare spese diverse da quelle di investimento sono nulli. Si tratta, dal punto di vista civilistico, di una nullità testuale (ex art. 1418 c.c.), introdotta con l'art. 30, comma 15 della legge 27 dicembre 2002, n.289 (legge finanziaria 2003), ai sensi del quale "*Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli*"[10].

Per le Regioni a statuto ordinario la disciplina è contenuta, invece, nell'art. 23 del d.lgs. n.76/2000e ss. mm e ii.[11].

Il regime normativo relativo alle modalità di indebitamento delle Regioni, oltre a disporre che l'importo complessivo delle annualità di ammortamento per capitale e interessi dei mutui e delle altre forme di indebitamento in estinzione nell'esercizio considerato non può comunque superare il 20% dell'ammontare complessivo delle entrate tributarie non vincolate della Regione (a condizione che gli oneri futuri di ammortamento trovino copertura nell'ambito del bilancio pluriennale della Regione stessa), stabilisce che la legge regionale che autorizza l'accensione dei prestiti deve specificare l'incidenza dell'operazione sui singoli esercizi finanziari futuri,

95/2012 *cit.,* ha previsto che esso "*si interpreta nel senso che l'ente locale può assumere nuovi mutui e accedere ad altre forme di finanziamento reperibili sul mercato, qualora sia rispettato il limite dell'anno di assunzione del nuovo indebitamento*".

[9] Legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004).*

[10] La norma attribuisce, inoltre, alle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti il potere di irrogare agli amministratori che hanno assunto la relativa delibera la condanna ad una sanzione pecuniaria "*pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione".* Nella stessa direzione si muove anche, ad esempio, l'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n.174 del 10 ottobre 2012 recante "*Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012*", convertito nella legge n. 213 del 2012, che ha modificato l'art. 148 del d.lgs. n. 267/2000. La nuova disposizione prevede, al comma 4, che, in caso di rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di controllo interno, le Sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti - ferma restando la possibilità di condanna a titolo di ordinaria responsabilità amministrativa - "*irrogano agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione*".

[11] D.lgs. 28 marzo 2000, n.76 ss.mm.ii., recante *Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208.*

nonché i mezzi necessari per la copertura degli oneri, e deve altresì disporre, per i prestiti obbligazionari, che l'effettuazione dell'operazione sia deliberata dalla giunta regionale, previo conforme parere del comitato interministeriale per il credito e per il risparmio.

Per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano, la disciplina della contrazione di mutui per investimenti è dettata da norme di principio contenute negli Statuti speciali e dalle norme dettate da ciascuna legge regionale di contabilità. Si rammenta a tale riguardo che, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale, la disciplina attuativa dell'art 119, comma 6 Cost. trova applicazione nei confronti "*di tutte le autonomie, ordinarie e speciali, senza che sia necessario all'uopo ricorrere a meccanismi concertati di attuazione statutaria*"[12].

2.1. *La tassonomia delle modalità di finanziamento delle spese per investimenti*

L'articolo 199 del menzionato d.l.gs n.267/2000 - al comma 1 - dispone che per l'attivazione degli investimenti gli Enti locali possono utilizzare:

a) entrate correnti destinate per legge agli investimenti;

b) avanzo di parte corrente del bilancio, costituito da eccedenze di entrate correnti rispetto alle spese correnti aumentate delle quote capitali di ammortamento dei prestiti;

c) entrate derivanti dall'alienazione di beni e diritti patrimoniali, riscossioni di crediti, proventi da concessioni edilizie e relative sanzioni;

d) entrate derivanti da trasferimenti in conto capitale dello Stato, delle regioni, da altri interventi pubblici e privati finalizzati agli investimenti, da interventi finalizzati da parte di organismi comunitari e internazionali;

e) avanzo di amministrazione, nelle forme disciplinate dall'art. 187;

f) mutui passivi;

g) altre forme di ricorso al mercato finanziario consentite dalla legge.

[12] Corte Cost., 2.7.2014, n.188, in Giur. Cost., 2014, 4, 3078. Sulla necessità del carattere generale dei vincoli di finanza pubblica, senza che possa assumere rilievo il regime speciale di talune autonomie territoriali, si v. di recente, Corte Cost., 4.5.2018, n. 94, in Foro it. 2019, 4, I, 1141.

Il comma 1 bis della norma in commento prevede che le entrate sub lettere a), c), d) ed f) devono essere destinate in via esclusiva al finanziamento di spese di investimento e non possono essere impiegate per la spesa corrente.

La citata legge n.350/2003 ss.mm. ii, all'art. 3, comma 17., declina le forme di indebitamento (ai dini del sesto comma dell'art. 119 Cost.); esse sono:

a) *l'assunzione di mutui;*
b) *l'emissione di prestiti obbligazionari;*
c) *le cartolarizzazioni relative a flussi futuri di entrata, a crediti e a attività finanziarie e non finanziarie;*
d) *l'eventuale somma incassata al momento del perfezionamento delle operazioni derivate di swap (cosiddetto upfront);*
e) *le operazioni di leasing finanziario stipulate dal 1° gennaio 2015;*
f) *il residuo debito garantito dall'ente a seguito della definitiva escussione della garanzia; la previsione precisa che costituisce indebitamento il residuo debito garantito a seguito dell'escussione della garanzia per tre annualità consecutive, fermo restando il diritto di rivalsa nei confronti del debitore originario.*

Alle operazioni sub a) -f), a partire dal 1 gennaio 2007, occorre aggiungere le "*operazioni di cessione o cartolarizzazione dei crediti vantati dai fornitori di beni e servizi per i cui pagamenti l'ente assume, ancorché indirettamente, nuove obbligazioni, anche mediante la ristrutturazione dei piani di ammortamento*".

2.1.1. *La sua natura "aperta" secondo la giurisprudenza costituzionale e contabile*

La tassonomia che il legislatore ha enucleato rispetto alle fattispecie costituenti indebitamento - come tali conseguentemente assoggettate al regime giuridico proprio del ricorso al debito (i.e. (a) alle regole procedurali in materia di indebitamento; (b) al vincolo finalistico del comma 6 dell'art. 119 Cost.; (c) alle norme sostanziali stabilite dal legislatore e (d) al conferente apparato sanzionatorio) - non costituisce, secondo la giurisprudenza, un elenco vincolante per l'interprete.

Secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale[13], la nozione di spesa di investimento e quella di indebitamento non può essere determinata a priori in modo assolutamente univoco sulla base della sola disposizione

[13] Corte Cost., 29.12.2004, n. 425, in Giur. it., 2005, 2257.

costituzionale, ma va desunta dai principi della scienza economica e dalle regole di contabilità; sempre secondo la Corte, le definizioni di "spese di investimento" e "indebitamento" offerte dal legislatore statale "*derivano da scelte di politica economica e finanziaria effettuate in stretta correlazione con i vincoli di carattere sovranazionale cui anche l'Italia è assoggettata in forza dei Trattati europei, e dei criteri politico-economici e tecnici adottati dagli organi dell'Unione europea nel controllare l'osservanza di tali vincoli*".

Sul solco della appena citata giurisprudenza, con la deliberazione n. 49/2011[14] resa in materia di "*leasing in costruendo*", le Sezioni Riunite della Corte dei Conti hanno affermato che, pur non contemplando tra le forme di indebitamento i contratti di partenariato pubblico privato, l'elenco contenuto all'art. 3, comma 17 della citata legge n.350/2003, deve ritenersi comprensivo di simili operazioni quando l'Ente vincola e destina in via continuativa una parte delle risorse disponibili per pagare i canoni di locazione per ottenere la disponibilità di un'opera pubblica. Si tratterebbe nella sostanza di un vincolo che, indipendentemente dalle modalità di contabilizzazione, sarebbe assimilabile al debito, ove i rischi inerenti l'esecuzione dell'opera e quelli relativi alla sua gestione ricadano sulla pubblica amministrazione. In buona sostanza, la locuzione "*assunzione di mutui*" di cui al citato comma 17 sarebbe idonea a ricomprendere tutte le operazioni negoziali variamente denominate che in concreto configurino forme di finanziamento.

Un simile approccio sostanzialistico applicato alla materia che ci occupa pone rilevanti problemi interpretativi ed applicativi:

- sotto il primo profilo, come si avrà modo di rilevare, la qualificazione giuridica di una operazione finanziaria o contrattuale in termini di assunzione di debito, di sovente è realizzata mediante il riferimento ai criteri economico-statistici elaborati dall'Eurostat, ontologicamente non rispondenti alle regole tradizionali con le quali si effettuano operazioni giuridiche di sussunzione di una fattispecie concreta nelle categorie giuridiche o meglio negli istituti giuridici previsti dall'ordinamento;
- quanto al secondo profilo, simili operazioni di qualificazione giuridica non sono neutrali o meramente descrittive, ma determinano l'applicazione, con riferimento alle amministrazioni territoriali, di un regime giuridico del tutto peculiare, con implicazioni rilevanti sul piano della validità degli atti e dei negozi compiuti e, più in generale, sulla capacità delle amministrazioni territoriali di operare una autonoma gestione finanziaria delle risorse.

[14] Corte dei Conti, Sez. Riun. di Contr., 16.9.2011, n. 49, in file:///C:/Users/ProBook%20LCA/Downloads/corteconti_del_49_2011.pdf.

2.2. *La nullità dei contratti elusivi dei vincoli di bilancio*

Il grimaldello per l'emersione di fattispecie contrattuali sostanzialmente lesive dei vincoli di bilancio e dei limiti alla capacità di indebitamento delle amministrazioni territoriali è costituito dal comma 480 dell'art. 80 della legge di bilancio 2017[15], secondo cui "*I contratti elusivi delle regole di cui ai commi da 463 a 484 sono nulli*".

Si tratta di una norma che ricalca l'art. 31 dell'abrogato Patto di stabilità interno, il quale disponeva che "*i contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dagli enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli*", introducendo con ciò una nullità testuale (art. 1418 co. 3 c.c.) che risulta però integrata da una fattispecie generale ed atipica, ossia quella dei contratti "*elusivi*", la cui individuazione impone all'interprete uno sforzo ermeneutico.

Inoltre, il legislatore ha espressamente previsto che l'istituto finanziatore o l'intermediario finanziario non può procedere al finanziamento o al collocamento del prestito in assenza di una attestazione da cui risulti il rispetto del vincolo di equilibrio di bilancio.

Entrambi i profili meritano un approfondimento.

Quanto all'istituto finanziatore, si osserva che le ipotesi che possono astrattamente porsi (oltre quella ovviamente della veritiera attestazione di un saldo di bilancio in equilibrio) sono essenzialmente due:

i. la falsa attestazione da parte dell'ente territoriale del rispetto dell'equilibrio di bilancio, cui segue la conclusione del contratto nullo;

ii. la mancata attestazione del rispetto del saldo, cui segue la conclusione del contratto nullo.

Nell'ipotesi sub i. la condotta dell'ente territoriale appare tale da indurre in errore l'intermediario finanziario, al quale, si ritiene, non potranno essere riconosciute forme di responsabilità direttamente imputabili alla certificazione del rispetto formale del saldo di bilancio.

Nell'ipotesi sub ii., la circostanza che il legislatore abbia previsto, con una specifica norma di legge, che l'istituto finanziatore "*non può*" procedere al collocamento del prestito o al finanziamento, sembra introdurre una forma di corresponsabilità ex art. 1227 c.c. del privato in ordine alla conclusione del contratto nullo, con conseguente limitazione delle pretese creditorie avanzabili in ragione della radicale inefficacia del contratto[16].

[15] Legge 11 dicembre 2016, n. 232 *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*.

[16] Si tenga conto che la Corte dei Conti, Sez. I, Giur. App., 16.12.2015, n.609, in https://

Quanto invece alla nullità dei contratti stipulati in elusione delle norme in materia di equilibrio di bilancio, si può osservare che intanto un atto, un negozio, un comportamento può considerarsi elusivo del paradigma normativo in quanto, seppur ad esso formalmente conforme, sia in concreto (i) idoneo a vanificare gli obiettivi perseguiti dalla disposizione normativa nella previsione e disciplina della fattispecie giuridica, oppure (ii) sia tale da perseguire finalità antitetiche rispetto a quelle tutelate dalla norma che contempla la fattispecie giuridica.

Applicando simili coordinate ermeneutiche alla materia oggetto di analisi, si può osservare che la possibilità di ravvisare una forma elusiva delle norme a tutela della finanza pubblica sembra poter sussistere principalmente nei casi in cui l'ente realizzi, in modo preordinato, un'operazione economica che, pur legittima in sé, sia idonea ad occultarne il reale peso finanziario: in altri termini e più chiaramente, l'amministrazione, anziché scegliere lo strumento negoziale ritenuto maggiormente soddisfacente per il pubblico interesse, costruisce l'operazione in relazione all'applicabilità della normativa finanziaria ritenuta più vantaggiosa[17].

Una simile considerazione, postula un'analisi in concreto della "causa" dell'operazione realizzata[18]: in questo senso la giurisprudenza contabile ha ritenuto elusive delle regole del patto di stabilità interno operazioni coinvolgenti le società a partecipazione pubblica: a mero titolo esemplificativo,

www.self-entilocali.it/wp-content/uploads/2016/03/CC-Sez.-I-Giurisd.-Centrale-Appello-sent.-n.-609-2015.pdf, ha ritenuto sussistente la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità esercitate nei confronti di un istituto di intermediazione finanziaria, ritenendo che il livello di coinvolgimento del consulente nei confronti dell'ente pubblico e la tipicità delle azioni che l'*advisor* deve porre in esse è "*tale da porre in risalto il suo inserimento nella organizzazione dell'ente pubblico con l'assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali*".

[17] La Circolare MEF-RGS del 14 febbraio 2012 n. 5, in http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/circolari/2012/, con riferimento al previgente Patto di Stabilità Interno, aveva precisato che si configurano fattispecie elusive dello stesso ogni qualvolta siano attuati comportamenti che, pur legittimi, risultino intenzionalmente e strumentalmente finalizzati ad aggirare i vincoli di finanza pubblica

[18] Cfr. *ex multis,* Cass., Sez. Un., 21.4.1989, n.1907, in Foro it. 1989, I, 1791. La Circolare MEF-RGS n. 5/2012 *cit.*, a fini esemplificativi, ha considerato elusive, nell'ambito delle valorizzazioni dei beni immobiliari, anche le operazioni poste in essere dagli Enti locali con società partecipate con la finalità esclusiva di reperire risorse finanziarie "*senza giungere ad una effettiva vendita del patrimonio*". Di conseguenza le operazioni dalle quali non traspaia una "*effettiva volontà di vendita del patrimonio*" possono essere valutate, ricorrendo altre circostanze concrete, come potenzialmente elusive degli obiettivi posti a tutela delle finanze pubbliche posto che, a fronte dell'adozione di un contratto caratterizzato da una causa di scambio, la realtà dell'operazione economica farebbe trasparire il perseguimento di altri obiettivi (di finanziamento, garanzia, etc.)

si pensi al caso in cui alcune spese siano poste al di fuori del perimetro del bilancio dell'ente per trovare evidenza in quello delle società partecipate; oppure si pensi alle operazioni di evidente sottostima dei costi dei contratti di servizio tra l'ente e le sue articolazioni societarie o strumentali (con copertura rimandata agli esercizi futuri) nonché all'illegittima traslazione di pagamenti realizzata, sempre per esempio, attraverso un utilizzo improprio delle concessioni e riscossioni di crediti a società partecipate.

Ipotesi potenzialmente elusive sono state inoltre rinvenute nell'utilizzo improprio di alcuni strumenti contrattuali. Ciò è, in particolare, avvenuto con riguardo ad operazioni:

- di *leasing* immobiliare pubblico, in presenza di particolari clausole contrattuali quali l'obbligo di riscatto del bene;
- di *project financing,* laddove vi si faccia ricorso solo per l'impossibilità di attivare nuovi investimenti per via dei vincoli apposti ai pagamenti o per le limitazioni all'indebitamento (sempre che le clausole contrattuali evidenzino la sostanziale assenza di traslazione dei rischi a carico del privato);
- di *sale and lease back* o locazione finanziaria di ritorno (consistente nella vendita del bene a società di *leasing* con successiva concessione in godimento al medesimo venditore, previo pagamento di un canone periodico e opzione di riacquisto finale), nel momento in cui essa miri soltanto a procurare immediata liquidità all'ente alienante attraverso un'operazione che, di fatto, per le modalità di restituzione o le altre clausole contrattuali, dissimuli l'assunzione di un debito.

3. *I derivati finanziari in mano pubblica*

3.1. *Problemi di inquadramento giuridico e di compatibilità con la natura pubblica delle amministrazioni territoriali*

L'analisi che si intende condurre in questa sede si concentra sul profilo della qualificazione giuridica dei derivati finanziari e, segnatamente, sulla possibilità di qualificare dette operazioni come forme di indebitamento della pubblica amministrazione, con tutte le conseguenze che ne discenderebbero sul piano del regime giuridico in tal caso applicabile[19].

[19] Le ricadute, in punto di giurisdizione, dei profili sostanziali qui analizzati, sono

A tale fine occorre prendere le mosse dai problemi definitori di tali operazioni finanziarie e dal quadro normativo che ha progressivamente regolato la materia con riferimento alle amministrazioni territoriali, rammentando che il riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione di una generale capacità di diritto privato[20] è alla base della sua legittimazione all'utilizzo di strumenti giuridici di diritto comune, ogni qual volta essi risultino tecnicamente idonei al perseguimento di interessi pubblici. Questo profilo emerge con riguardo ai contratti inerenti prodotti finanziari derivati stipulati dagli Enti locali, rispetto ai quali, fin dalle origini della disciplina che ne ha consentito l'utilizzo da parte delle autonomie territoriali, il legislatore si è preoccupato di delimitarne l'accessibilità, consentendo la conclusione dei soli contratti aventi finalità c.d. di copertura rispetto ad un debito pregresso.

I derivati sono strumenti finanziari che originano nella prassi dei mercati. In assenza di una definizione normativa, essi sono stati definiti dalla Banca d'Italia, come quei "*contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa, ecc. il loro valore deriva da quello degli elementi sottostanti*"[21]; anche la dottrina si esprime negli stessi termini affermando generalmente che i derivati, come suggerisce l'espressione stessa, sono contratti il cui valore dipende da quello di una variabile sottostante (indice di borsa, quotazioni azionarie, tassi di cambio, tassi di interesse ecc.)[22].

Il d. lgs. n.58 del 24 febbraio 1998, recante il Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria (TUF), all'art. 1, comma 2 lettere d), e), f), g), h), i), j), individua i diversi strumenti finanziari rientranti nella categoria dei derivati, ma non offre una definizione della tipologia contrattuale generale:

oggetto di approfondimento al Cap. 5, Sez. III, in particolare parr. 9 e 10.

[20] L'affermazione secondo cui la pubblica amministrazione può assolvere alle finalità pubblicistiche assegnate alla sua cura anche avvalendosi di strumenti di diritto comune è stata da sempre fondata sul riconoscimento in capo ai soggetti pubblici, accanto alla posizione di "supremazia speciale" che li connota, della loro natura, all'interno dell'ordinamento, di entità dotate di autonomia negoziale al pari di quelle collettivi di natura privatistica (art.11 c.c.). Una simile acquisizione teorica trova oggi un puntuale referente normativo nell'art. 1, comma 1 bis della l. n.241/1990 ss.mm. ii. La questione della capacità negoziale delle p.a. è approfondita, oltre che in questa sede, anche al Cap. 5, Sez. II, par. 7.1.

[21] Si v. Circolare della Banca d'Italia, 21.4.1999, n. 299, in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c229/index.html.

[22] In base all'entità di riferimento si suole distinguere tra *commodities* e *financial derivatives*. I primi, sono contratti derivati la cui entità di riferimento è costituita da merci (petrolio, grano, oro …); i secondi, sono contratti in cui il sottostante è rappresentato da attività o parametri finanziari (azioni, obbligazioni, tassi, ecc.).

ciò sia per le difficoltà che si riscontrano nella sintesi di elementi comuni che consentano di pervenire ad una definizione onnicomprensiva muovendo dalle molteplici fattispecie in cui si si sostanzia il *genus* dei derivati, sia per la necessità di non imbrigliare, entro una definizione statica, una realtà in permanente evoluzione.

Indubbia è l'intrinseca aleatorietà dei contratti in parola, che assumendo come riferimento il valore di un "sottostante", dipendono dalle fluttuazioni che le grandezze economiche di riferimento possono assumere nel tempo[23].

Dal punto di vista teleologico, i derivati nascono storicamente per assolvere ad una finalità di copertura: tali strumenti finanziari si sono atteggiati come possibile rimedio ai rischi connessi alle oscillazioni dei tassi di interesse o cambio; i derivati si prestano, tuttavia, anche ad essere preordinati ad una finalità speculativa[24].

[23] Secondo lo IAS 39 (IAS n.39 - IASB - Principio contabile internazionale (IAS) 3 novembre 2008) le caratteristiche fondamentali dei contratti derivati sarebbero tre: *"a) il loro valore cambia in relazione al cambiamento di un tasso di interesse, di un prezzo di uno strumento finanziario, di un prezzo di una merca, di un tasso di cambio di valuta estera, di un indice di prezzi o di tassi, di un merito di credito o indici di credito o altra variabile prestabilita (alcune volte denominata sottostante); b) non richiedono un investimento netto iniziale o richiede un investimento netto iniziale che sia minore di quanto sarebbe richiesto per altri tipi di contratti da cui ci si aspetterebbe una risposta simile a cambiamenti di fattori di mercato (c.d. effetto leva); c) è regolato a data futura con regolamento differito rispetto alla data di negoziazione*". Queste tre caratteristiche denotano l'endemica componente di rischio che connota tali strumenti negoziali, i quali atteggiandosi come aleatori, fosse anche solo per l'incertezza derivante dall'andamento futuro delle variabili sottostanti, determinano i riferiti dubbi in punto di loro compatibilità con la natura degli enti pubblici. In virtù dell'inadeguatezza palesatasi in seguito alla crisi finanziaria del 2008, lo IAS 39 è stato sostituito dall'IFRS 9 - IASB, con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2018. L'IFRS 9 introduce un nuovo modello di classificazione e misurazione degli strumenti finanziari, nonché l'adozione di un nuovo criterio di valutazione delle perdite attese e la definizione di nuove regole di rilevazione degli strumenti di copertura. Anche l'IFRS 9 continua a definire il contratto derivato nei termini già prospettati dallo IAS 9, ossia quale strumento finanziario che presenta *"tutte le tre caratteristiche seguenti: a) il suo valore varia in conseguenza della variazione di un determinato tasso di interesse, del prezzo di un determinato strumento finanziario, del prezzo di una determinata merce, di un determinato tasso di cambio, indice di prezzi o di tassi, rating di credito o indice di credito o altra variabile, a condizione che, nel caso di una variabile non finanziaria, tale variabile non sia specifica di una delle parti contrattuali (a volte chiamato «sottostante»); b) non richiede un investimento netto iniziale o richiede un investimento netto iniziale minore di quello necessario per altri tipi di contratto da cui ci si aspetterebbe una risposta simile alle variazioni dei fattori di mercato; c) è regolato a data futura"*.

[24] Un contratto derivato assolve una finalità di copertura (*hedging*) quando è funzionalizzato alla neutralizzazione o comunque al contenimento dei rischi connessi all'andamento sfavorevole di una variabile finanziaria ad esso preesistente, attraverso la creazione di una posizione speculare e opposta rispetto all'elemento da coprire. La copertura del rischio

Distinguere tra derivati con finalità di copertura e derivati con finalità speculativa può non essere agevole, specie ove si pensi che la stipulazione di tali contratti accede di sovente ad operazioni economiche particolarmente complesse. La dicotomia tra funzione di copertura e funzione speculativa se non è rilevante ai fini dell'autonomia negoziale privata, essendo ormai sopiti i dubbi in punto di liceità e meritevolezza della fattispecie negoziale in questione anche se avente finalità speculativa, diviene centrale con riguardo all'accessibilità di una simile tipologia contrattuale da parte degli Enti locali, la cui missione istituzionale, in quanto necessariamente ispirata ad una sana e corretta gestione delle risorse pubbliche in funzione di garanzia del corretto espletamento dei propri compiti, potrebbe apparire incompatibile rispetto all'uso di strumenti speculativi.

Prescindendo dall'attuale quadro normativo, il tema appena tratteggiato pone un problema generale di compatibilità in astratto degli strumenti in parola con l'intrinseca natura degli Enti locali, la cui azione è finalizzata al perseguimento del pubblico interesse, al soddisfacimento dei bisogni essenziali della collettività di riferimento, all'espletamento delle funzioni pubbliche.

Il *leading case* in materia di finanza innovativa e autorità territoriali sotto il profilo in esame è una sentenza del 1991 pronunciata dalla House of Lords[25] (*Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*) con la quale, nell'ambito dell'ordinamento britannico, sono stati declinati

garantita dai contratti derivati non è tuttavia assoluta. I derivati sono infatti contratti aleatori, in cui l'esito finale dell'operazione e le prestazioni cui sono tenute le parti, dipendendo dalla variazione del sottostante, non possono essere predeterminate con certezza. Non solo quindi la parte contraente - che intendeva coprirsi da un precedente rischio - potrebbe non conseguire tale risultato, ma potrebbe anche essere costretta ad un esborso maggiore rispetto a quello cui sarebbe stata tenuta ove non avesse stipulato il contratto derivato. Il derivato assolve invece una funzione speculativa (*trading*), quando si risolva in una "scommessa" circa l'andamento futuro di una variabile finanziaria al fine di conseguirne un profitto, confidando nella bontà della propria previsione circa il corso dell'elemento sottostante. In tal caso è la stipulazione del contratto a creare un rischio prima inesistente, donde il suo carattere speculativo. I derivati possono assolvere anche a una terza finalità che è quella di arbitraggio, ovvero possono essere stipulati per l'acquisto di un bene su un determinato mercato per poi rivenderlo in un altro.

[25] Cfr., House of Lords, 24.1.1991, *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, in Ban. Bor. e tit. Cred., 1991, p. 1, con nota di R. Agostinelli, *Struttura e funzione dei contratti di swap,* in cui si legge che "*The function and purpose of the swap transaction is to alleviate the consequences of borrowing by the local authority purchasing what has been conveniently called a stream of income which will enable it to reduce the net cost of its borrowing. (…) they are designed not to meet any specific loss but to seek to ensure that the local authority pays as little interest on its loan as can be achieved. In this respect they are indististinguishable from any other transaction which involves the hope of gain, which gain is intended to reduce a risk attendant on an uderling transaction*".

i limiti all'accessibilità per gli Enti territoriali di tali figure negoziali. La questione che si pose era inerente alla legittimazione delle autorità locali alla stipulazione dei contratti derivati; la conclusione a cui è pervenuto il giudice inglese è quella della esclusione di una simile capacità, essendo incompatibile, rispetto alla natura propria degli ordinamenti locali, l'accesso a figure contrattuali siffatte. In particolare, secondo la Corte, "*il contratto swap comporta necessariamente un profitto o una perdita a seconda delle fluttuazioni dei tassi di interesse e/o di cambio ed è sempre sorretto da un intento speculativo";* esso, quando stipulato da un ente territoriale, deve considerarsi *ultra vires* e, quindi, inefficace.

La soluzione britannica non appare esportabile nel nostro ordinamento perché eccessivamente rigida sia rispetto ad un modello di federalismo competitivo che postula il riconoscimento in capo agli Enti territoriali di autonomia e responsabilità in punto di scelte finanziarie, sia rispetto al generale riconoscimento di una piena capacità di diritto privato alle pubbliche amministrazioni. La legittimazione negoziale degli enti pubblici nel nostro ordinamento - e, quindi, la conseguente validità del contratto stipulato - non sembra incontrare un limite nello scopo perseguito in assenza di specifiche norme proibitive che escludano la possibilità di assentire a determinati contratti; l'interesse pubblico, cui è funzionalizzata ogni attività della pubblica amministrazione, ivi compresa quella non autoritativa, trova emersione difatti nel procedimento di formazione della volontà negoziale dell'ente e l'eventuale sviamento rileva sotto il profilo dell'eccesso di potere (cioè nel momento procedimentale a monte), ma non impinge in sé sulla fattispecie negoziale o sulla capacità negoziale della p.a.[26]

[26] Sia consentito rinviare, quanto alle conseguenze sul contratto derivanti dall'illegittimità degli atti amministrativi prodromici, a S. Caldarelli, *La "riserva" di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, Federalismi, 2018, 22, p. 1 ss. e *Id.*, *Poteri pubblici e mercati finanziari: la giurisdizione inglese sui derivati stipulati dagli enti locali,* in Foro. Amm., 2015, 2, p. 379 ss. La giurisprudenza amministrativa ha affrontato il tema dei derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni nell'ambito dei contenziosi che hanno coinvolto questioni di carattere generale, come quelle afferenti la giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio o giurisdizionale delle delibere a monte di affidamento dei contratti derivati o sulle domande consequenziali alla caducazione del derivato (i.e. ripetizione dell'indebito). L'attenzione al tema di cui trattasi nasce dalla nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. V., 7 settembre 2011, n. 5032, in Urb. e App., 2012, 2, p. 197 ss., con nota di A. Bartolini, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, nella quale si è affermato che "*secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo alcuno per discostarsi, anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori appalti e forniture, l'amministrazione conserva il potere di annullare il bando, le*

Di diverso avviso sembra essere la giurisprudenza contabile che in due delibere[27] ha fatto riferimento alla limitata capacità contrattuale delle amministrazioni locali; in buona sostanza, essa potrebbe essere esercitata soltanto secondo le leggi e gli usi riconosciuti dal diritto pubblico, con

singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia dell'interesse pubblico". Per un commento alla sentenza si veda anche, F. Cortese, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati e l'autotutela amministrativa*, in Giorn. di Dir. Amm., 2012, 4, p. 394 ss.; Faletti, *Annullamento in autotutela dei contratti derivati*, in Resp. Civ., 2012, 1, p. 52 ss.; G. Ucciardello, *Potere di autotutela, strumenti derivati e finanza pubblica alla luce della sentenza del Consiglio di Stato*, *sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032*, in Ianus, 2011, 5, p. 341 ss. La questione relativa alla giurisdizione sui contenziosi in parola è stata risolta dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 5.5.2014, n.13, in Foro Amm. (Il) 2014, 5, p. 1392, che ha escluso la sussistenza della giurisdizione amministrativa attraverso un iter argomentativo fondato sulla natura degli atti adottati: più specificamente, secondo l'Adunanza Plenaria, non afferendo l'atto di pretesa rimozione in autotutela ad una "*determinazione autoritativa procedimentalizzata*", la materia del contendere si sostanzierebbe in un giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti, come tale estraneo alla giurisdizione speciale. La sentenza è stata commentata, tra gli altri, da A. Massera, *Enti territoriali e contratti derivati finanziari: un rapporto travagliato*, in Giorn. di Dir. Amm., 2014, 8-9, p. 825 ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sui contratti derivati, sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *op. loc. ult. cit.*; si v. anche A. Benedetti, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali,* in Giorn. di Dir. Amm, 2013, 11, p. 367 ss.

[27] Corte dei Conti, Sez. contr. Lombardia, 26.10.2007, n. 596 in http://www.issirfa.cnr.it/download/File/Corte_dei_conti.Deliberazione%20596-07.pdf, secondo cui "*Le ragioni giuridiche del divieto dei contratti derivati speculativi sono sostanzialmente l'alea abnorme con una causa negoziale pari ad un gioco di azzardo, elemento questo che richiama una discutibile rappresentanza negoziale degli interessi dei cittadini contribuenti e quindi un difetto di legittimità negoziale e/o di capacità giuridica negoziale. In particolare, la natura estremamente aleatoria dei derivati speculativi sono assimilabili ai contratti di borsa e gioco vietati alla pubblica amministrazione. Nondimeno, anche se gli enti pubblici in quanto persone giuridiche, hanno piena capacità giuridica, tale capacità giuridica, ai sensi dell'art. 11 del codice civile, può essere esercitata secondo le leggi e gli usi riconosciuti dal diritto pubblico. In altre parole, la finalità istituzionale degli enti locali di tutelare gli interessi degli amministrati è incompatibile con contratti di natura estremamente aleatoria. (…) In conclusione, mentre in una prima fase i derivati erano considerati strumenti per la gestione del rischio idonei per beneficiare di favorevoli andamenti delle variabili di mercato e di riduzione dei costi dell'indebitamento, in una seconda fase è subentrata una domanda di prodotti finanziari sempre più sofisticati e innovativi i quali, alla funzione di copertura, associano anche una componente determinata da una logica che persegue strategie ed intenti speculativi, con effetti gravemente dannosi sul bilancio degli enti. Ed è per questa ragione che, anche a voler prescindere dalla limitata capacità negoziale di tali enti locali, la natura speculativa di questi contratti ha finito per vanificare la ratio legis sottesa alla individuazione e tipizzazione delle operazioni ammissibili ed effettuate in sede di Regolamento contenuto nel d.p.r. n. 389/2003 e con la circolare MEF del 27 maggio 2004*".

esclusione pertanto della capacità di concludere derivati speculativi. La questione è stata di fatto risolta sul piano normativo, in quanto il legislatore ha optato, all'esito della stratificazione di una serie di interventi normativi di progressiva introduzione di limiti e vincoli all'utilizzo di derivati da parte delle amministrazioni territoriali, per l'escludere la possibilità per le amministrazioni territoriali di stipulare nuovi contratti derivati.

L'evoluzione normativa che ha connotato le fattispecie negoziali in commento è stata caratterizzata: a) da una prima fase di apertura dell'ordinamento (o meglio di vuoto normativo), nel senso che nessuna norma regolava in modo espresso i derivati in mano pubblica, mentre l'autonomia finanziaria degli Enti locali - unitamente allo loro generale capacità di diritto privato - consentiva la diffusione dell'utilizzo di tali strumenti a livello concreto e operativo; b) da una seconda fase di limitazione del ricorso ai derivati ai soli casi di contratti con finalità di copertura; c) da una terza fase di divieto di utilizzo di tali contratti nelle more dell'adozione di un regolamento del MEF che avrebbe dovuto approntare un sistema di regole per l'uso prudenziale e oculato di tali strumenti, poi culminata nel sostanziale divieto di ricorso ai derivati finanziari da parte delle amministrazioni territoriali.

Le ragioni che hanno condotto a tale epilogo non sembrano riconducibili alla "pericolosità" in sé dello strumento, bensì alle modalità del suo utilizzo, nel senso che la prassi ha dimostrato una scarsa preparazione delle amministrazioni territoriali nella gestione delle operazioni finanziarie di cui si discute. In ogni caso, ai fini che qui interessano, è utile ricordare come, quando il legislatore nazionale - nella seconda fase - ha consentito alle amministrazioni l'uso di tali contratti per finalità di copertura[28], lo ha

[28] Gli enti territoriali sono stati facoltizzati dall'ordinamento alla conclusione di *swap* al solo fine di procedere a operazioni di ristrutturazione del debito: dal punto di vista formale, la conclusione di contratti di *interest rate swap* costituisce per le amministrazioni sub-statali un atto di gestione dell'indebitamento con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti; si tratta di un'attività antitetica rispetto all'assunzione di un debito: in questo senso si è espresso di recente il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 30.6.2017, n.3174, in Red. Giuffrè amm. 2017), dinanzi al quale era stata posta la questione relativa alla possibilità di qualificare come assunzione di debito un'operazione in derivati posta in essere da una amministrazione; da una simile qualificazione sarebbe derivata l'illegittimità dell'operazione in quanto autorizzata con un atto della giunta e non del Consiglio comunale. Il giudice ha escluso la possibilità di sussumere la fattispecie nella categoria delle forme di indebitamento, rilevando che la funzione dei contratti in parola, riconducibile *ex lege* alla riduzione degli oneri finanziari legati all'indebitamento già contratto e dunque alla diminuzione del rischio ad essi legato, "*è addirittura antitetica a quella che presiede all'attribuzione al consiglio comunale della competenza sulle spese pluriennali ai sensi della lettera i) dell'art. 42, comma 2, t.u.e.l., su cui si fonda l'annullamento d'ufficio. Pertanto, in ragione di questa finalità -*

fatto proprio in ragione delle loro potenzialità, trattandosi di strumenti finanziari che se prudentemente utilizzati consentono (fermo restando il tasso di aleatorietà che li connota) di allineare in un orizzonte pluriennale le condizioni economiche ai tassi di mercato esistenti, così da ottenere risparmi di spesa e, da ultimo, liberare risorse a carico del bilancio già impegnate.

3.2. *La classificazione in bilancio dei derivati finanziari e le ricadute sul piano delle qualificazioni sostanziali*

In ordine alla classificazione dei flussi monetari derivanti da operazioni sui derivati, si rileva che, sino all'adozione del Sec 2010, l'Istat calcolava due versioni dell'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche: una coerente con il regolamento Sec 95, l'altra, predisposta ai fini della Procedura per i disavanzi eccessivi che divergeva dalla prima appunto nel trattamento dei flussi monetari derivanti da operazioni su titoli derivati[29].

Più specificamente, il regolamento Sec 95 stabiliva che la spesa per interessi legata ai contratti swap dovesse essere registrata nell'ambito delle operazioni finanziarie mentre, ai fini della Procedura sui Deficit Eccessivi, gli interessi scambiati nell'ambito di contratti derivati avrebbero dovuto essere inclusi all'interno della spesa per interessi, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto. Le disomogeneità tra Paesi nel considerare nei saldi di finanza pubblica, così come le diverse forme di derivati, hanno portato l'Eurostat, nel marzo del 2008, alla pubblicazione di apposite linee guida per regolare e armonizzare la registrazione di tutti i flussi movimentati per i derivati.

Quanto agli swap sottoscritti sin dall'origine in maniera deliberatamente

l'unica consentita per gli enti locali, come si vedrà infra - la conclusione di swap non può essere considerato un atto di assunzione di una spesa pluriennale, ma deve essere qualificato come atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, legittimamente adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, del testo unico di cui al d.lgs. n. 267 del 2000". Anche una parte della giurisprudenza contabile, in sede consultiva, ha ritenuto che gli strumenti derivati consentano operazioni di gestione del debito e non costituiscano indebitamento, così Corte Conti, Sez. contr. Puglia, n. 58/PRSP/2012. Il problema qualificatorio in esame ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale che è oggetto di analisi *infra* par. 3.2.1.

[29] Cfr. MEF-RGS, *I principali saldi di finanza pubblica, Strumenti e metodi*, luglio 2008, 1, in http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Comunicazione/Eventi/WORKSHOP--1/I-principali-saldi-di-finanza-pubblica-definizioni-utilizzo-raccordi-.pdf. Sulla Procedura per i deficit eccessivi e, più in generale, sulla *governance economica europea*, cfr. Servizio del bilancio del Senato, XVII legislatura, *La governance economica europea*, Elementi di documentazione, giugno 2013, 3, in https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739689.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it.

sbilanciata (c.d. *off-market swaps*), con la previsione ad esempio di un *upfront,* è stato chiarito che essi rappresentano un prestito e, quindi, un debito del soggetto pubblico verso la controparte bancaria. Il Sec 2010 (a partire dal 2014) ha previsto che i contratti derivati e i flussi ad essi collegati siano trattati nell'ambito delle operazioni finanziarie con nessun impatto sul deficit; a tale riguardo il Regolamento n.220/2014/UE (di aggiornamento delle definizioni della Notifica in base al Sec 2010) prevede che, in apposita voce del passivo, siano riportati i flussi netti connessi ai derivati finanziari (ad esempio, il saldo tra pagamenti in entrata e in uscita scambiati tra le parti nell'ambito di contratti swap). Inoltre, nel Manuale di attuazione per il calcolo di deficit e debito, si è previsto che le ristrutturazioni di contratti in essere debbano essere considerate come un nuovo contratto di swap. Con la conseguenza che, nel caso di una ristrutturazione, se il valore di mercato dello swap è negativo per lo Stato, tale valore deve essere considerato come un prestito della controparte al soggetto pubblico, anche se lo swap preesistente era stato originariamente pattuito a condizioni di mercato e, quindi, sottoscritto con valore di mercato nullo.

Al fine di allineare la disciplina interna ai principi e criteri di derivazione europea, il legislatore con il d.lgs. 10 agosto 2014, n.126 ha emendato il citato d.lgs. n.118/2011, in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli Enti locali e dei loro organismi. Il punto 3.23 dell'allegato n.4/2 al predetto decreto disciplina la rilevazione dei flussi finanziari conseguenti all'esistenza di contratti derivati, le ipotesi di sottoscrizione di contratti derivati da ammortamento di debiti che presentano un'unica scadenza e le estinzioni anticipate di contratti derivati, precisando che la rilevazione dei flussi finanziari in relazione al sottostante indebitamento deve avvenire nel rispetto del principio dell'integrità del bilancio; di conseguenza, è stabilito che devono trovare separata contabilizzazione i flussi finanziari riguardanti il debito originario rispetto ai saldi differenziali, attivi o passivi, rilevati in bilancio a seguito del contratto derivato.

La normativa tecnico-contabile di matrice europea (precisamente i criteri dettati all'epoca dall'Eurostat) è stata trasposta all'interno dell'art. 3, comma 17 della citata legge n.350 de 2003 dalla legge n.133 del 2008 di conversione del d.l. n.112 del 2008, che oggi annovera, tra le modalità di indebitamento degli Enti locali, i c.d. *upfront* derivanti dalle operazioni in derivati finanziari.

3.2.1. *La natura giuridica "di indebitamento" dei derivati finanziari: un problema irrisolto*

La soluzione normativa appena tratteggiata non ha sopito i dubbi sulla corretta qualificazione giuridico-sostanziale di simili contratti.

Con ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019, la Sez. I della Corte di Cassazione ha sollevato, dinanzi alle Sezioni Unite, la questione di massima afferente alla natura giuridica di un contratto di *swap* con *up front* stipulato da un Ente locale, non sottoposto *ratione temporis* alla legge n.133 del 2008 di conversione del d.l. n.112 del 2008 e alle ricadute in punto di organo compentente all'adozione della delibera di autorizzazione alla sua stipulazione. Ciò in ragione di un contrasto interpretativo sorto sia all'interno della giurisdizione contabile che tra quest'ultima e quella amministrativa, concernente la possibilità di qualificare giuridicamente i contratti di *swap* e, in particolare, quelli che generano *upfront,* come fonte di indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento e la spettanza o meno al Consiglio comunale della competenza a deliberare la conclusione di tali contratti in ragione dell'art. 42, comma 2, lett. i) del Tuel.

In via di estrema sintesi, le opzioni interpretative emerse in giurisprudenza sono essenzialmente riconducibili a tre distinti filoni:

(i) un primo - che può essere definito "sostanzialista"-, ascrivibile alla Corte dei Conti, secondo cui i derivati con *upfront* dovrebbero considerarsi quali fonte di indebitamento;

(ii) un secondo - invece "formalista" - propugnato dal Consiglio di Stato, che pone l'accento sulla natura *ex lege* dei contratti derivati stipulati dalle amministrazioni territoriali come strumenti di copertura del debito per definizione antitetici rispetto alla nozione giuridica di indebitamento;

(iii) un ultimo, che si colloca in una posizione "mediana" rispetto agli orientamenti sopra menzionati, secondo cui la qualificazione dei derivati come indebitamento discenderebbe solo dalla scelta puntuale del legislatore che con la legge n.133 del 2008 di conversione del d.l. n.112 del 2008, ha espressamente definito l'upfront di contratti derivati, come indebitamento ai fini di cui all'art. 119 comma 6 della Costituzione: dalla natura innovativa di una simile norma, discenderebbe il vincolo di operatività (solo) *pro futuro* di tale qualificazione giuridica.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sulle questioni di massima appena tratteggiate, con sentenza n.8770 del 12 maggio 2020, optando per una soluzione interpretativa parzialmente collocabile nei filoni sopra descritti.

Il giudice ha anzitutto rilevato che il quadro normativo e assiologico

sotteso all'attività finanziaria delle amministrazioni territoriali si caratterizzerebbe per la subordinazione di tale attività al rispetto delle regole di economicità, convenienza economica, prudenza, oltre che a quella "aurea" dell'equilibrio finanziario.

Nell'articolato motivazionale della sentenza, si legge che la corretta applicazione di tali principi postulerebbe un generale divieto di stipulazione di contratti derivati in quanto aleatori e forieri di variabili in contrasto con i vincoli che astringono gli impegni di spesa degli enti locali; da ciò conseguirebbe la natura eccezionale dell'art. 41 della legge finanziaria del 2002 laddove ha abilitato le pubbliche amministrazioni territoriali alla stipulazione dei derivati finanziari (per sole finalità di copertura), altrimenti prive di una simile capacità negoziale.

Muovendo da tali premesse ricostruttive le Sezioni Unite della Corte di Cassazione:

- hanno ritenuto che, anche per il periodo anteriore all'approvazione dell'art. 62 comma 9 del d.l. n. 112/2008 come modificato dalla legge n. 133 del 2008 in sede di conversione che, come già visto, ha optato per la qualificazione *ex lege* della somma incassata a titolo di upfront come indebitamento, detti importi ricevuti dalla parte contraente pubblica abbiano natura giuridica di finanziamento ai fini della disciplina di contabilità pubblica e dell'art. 119 Cost.;

- hanno escluso che i derivati finanziari stipulati dagli enti pubblici del tipo *interest rate swap* siano qualificabili come indebitamento, presupponendo (di converso) un precedente indebitamento al quale necessariamente accedono;

- hanno affermato in entrambi i casi (derivati con *upfront* e *interest rate swap*) la sussistenza della competenza consiliare all'adozione della relativa deliberazione autorizzativa, sebbene per ragioni diverse: (i) con riferimento ai derivati con *upfront,* ciò discenderebbe dalla loro ritenuta qualificazione come indebitamento che reca con sé l'applicazione dell'art. 42 comma 2 lett. i) del Tuel; (ii) mentre in ordine agli *interest rate swap*, la competenza del Consiglio comunale discenderebbe dalla loro necessaria accessione ad un precedente indebitamento: più specificamente, la Corte ha rilevato che se l'organo consiliare deve valutare la convenienza economica dell'operazione di indebitamento, allora deve anche deliberare sulla conclusione di derivati di copertura, considerando che una simile valutazione comprende necessariamente anche le sue condizioni o modalità attuative.

La sentenza in commento sollecita alcune riflessioni che involgono

tre distinti piani: quello del generale divieto alla stipulazione di contratti finanziari rischiosi da parte delle pubbliche amministrazioni; quello dell'utilizzo di derivati finanziari con clausola di *upfront* al fine di finanziare spese diverse da quelle di investimento; ed infine quello della patologia del contratto stipulato in violazione delle regole sul riparto di competenza tra organo consiliare e giunta comunale ovvero in violazione del sesto comma dell'art. 119 Cost.

Quanto al primo tema, l'opzione interpretativa secondo cui alle pubbliche amministrazioni sarebbe in sé vietata la stipulazione dei derivati finanziari in base ai principi di economicità e convenienza economica desumibili dalla Costituzione non appare del tutto persuasiva; si è argomentato nei precedenti paragrafi circa la sussistenza nel nostro ordinamento di una legittimazione negoziale degli enti pubblici che non incontra un limite nello scopo perseguito in assenza di specifiche norme proibitive che escludano la possibilità di concludere determinati contratti. Il principio generale in materia di capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni è difatti quello secondo cui esse possono accedere ai moduli negoziali tipici o atipici, salve norme che lo vietino espressamente e fermo restando il limite della funzionalizzazione dell'attività (anche quella che si esprime in forme privatistiche) all'interesse pubblico; una simile funzionalizzazione non ridonda tuttavia sulla validità negoziale, essendo la fattispecie negoziale neutrale rispetto alla natura pubblica di una delle parti contraenti.

Sotto tale profilo, pertanto, ed escluso che i principi di economicità, convenienza economica o equilibrio finanziario assurgano a norme imperative la cui violazione possa determinare una nullità del contratto ex art. 1418 c.c., l'argomento delle Sezioni Unite non sembra essere rispondente alle acquisizioni dottrinali in materia[30].

Quanto al secondo tema, giova osservare, in via preliminare, che nella ricerca di una qualificazione giuridica dei contratti derivati in mano pubblica assumono rilievo, ad avviso di chi scrive, almeno due elementi: un primo costituito dalla giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. n.425/2004), secondo cui la qualificazione di indebitamento ha natura sostanziale in quanto legata agli impegni assunti in ambito sovranazionale; un secondo, costituito dalle Linee Guida Eurostat che soltanto nel 2008 hanno formalmente introdotto la qualificazione dei derivati con clausola di *upfront* come indebitamento.

La scelta del legislatore nazionale di declinare formalmente la somma per-

[30] Il tema della patologia dei contratti derivati per violazione delle regole di economicità e convenienza economica è affrontato *funditus* al Cap. 5, Sez. II, par. 7.1., al quale si rinvia.

cepita a titolo di *upfront* dall'ente locale come indebitamento è stata quindi storicamente condizionata dall'opzione interpretativa adottata in sede europea. Inoltre, una simile scelta sembra essere stata giustificata dalla tendenza, originatesi nella prassi dell'epoca, di ricorrere alla conclusione di strumenti derivati per esigenze legate non già alla copertura di precedenti debiti dai rischi legati all'andamento sfavorevole dei tassi di interesse (causa tipica di simili contratti), quanto piuttosto al reperimento di risorse (liquidità immediata) in un momento di ristrettezze economiche (esigenza di reperimento delle risorse che costituisce viceversa la causa di contratti di finanziamento).

Muovendo da simili considerazioni, la questione se la somma percepita a titolo di *upfront* possa essere comunque qualificata come fonte di nuovo debito e astretta come tale ai limiti previsti dal legislatore, anche prima dell'intervento legislativo del 2008, sembra postulare un approfondimento di almeno due questioni, forse non pienamente colte dalle Sezioni Unite: una prima concernente le esigenze di certezza sottese alle qualificazioni giuridiche; una seconda relativa al significato dei limiti funzionali all'indebitamento degli enti locali, segnatamente quello di cui al comma 6 dell'art. 119 Cost. che vieta il ricorso al debito per spese diverse da quelle di investimento.

In via di prima approssimazione si può rilevare che, senza mettere in discussione la matrice sostanzialistica delle forme di indebitamento riconosciuta dalla Corte Costituzionale, le imprescindibili esigenze di certezza e sicurezza giuridica dovrebbero anche postulare un certo grado di affidamento nelle qualificazioni giuridiche, almeno tutte le volte che le operazioni concretamente realizzate non siano elusive, ma perfettamente coerenti al paradigma normativo di riferimento. In altri termini e più chiaramente, a fronte di operazioni contrattuali che non costituiscono formalmente e giuridicamente indebitamento, una diversa qualificazione sostanziale dovrebbe passare attraverso un'indagine in concreto della causa del contratto e, quindi, attraverso l'eventuale emersione (i) della sua natura elusiva o (ii) della sua concreta finalizzazione ad uno scopo stravagante rispetto a quello proprio della fattispecie. Ciò che preme rilevare è che occorre distinguere tra l'oggetto del contratto e l'eventuale alterazione del suo elemento causale: è chiaro che, nelle ipotesi appena enucleate, sembra ricorrere una vicenda non tanto legata ad una patologia del contratto, quanto piuttosto ad un suo uso distorto (che potrebbe determinare effetti alterativi della funzione economico sociale), sicché la qualificazione dell'operazione realizzata in concreto come sostanziale indebitamento, costituirebbe il portato non già dell'oggetto del contratto, bensì di una sua conseguenza sostanziale derivante dall'uso *contra legem* dell'istituto (e in questo un suo effetto).

La sostenibilità di una simile argomentazione è adombrata in un passaggio della sentenza, sebbene solo in riferimento all'*interest rate swap (*e non ai derivati con clausola *upfront),* in cui si legge che il derivato non costituisce indebitamento; semmai "*il suo effetto può sostanzialmente consistere in indebitamento*". Sul punto la decisione appare condivisibile; diverso è invece il ragionamento condotto per i derivati con clausola *upfront* per i quali, invece, la sentenza opta per la loro qualificazione sostanziale di indebitamento anche prima della scelta in tal senso effettuata dal legislatore. A tale riguardo, l'elemento determinante, a parere di chi scrive, avrebbe dovuto essere costituito dal limite finalistico del comma 6 dell'art. 119 Cost. (e cioè della impossibilità della destinazione delle somme percepite come *upfront* per il finanziamento della spesa corrente invece che per investimenti), piuttosto che da una sorta di efficacia retroattiva della qualificazione giuridica introdotta con la novella legislativa del 2008. Ed infatti, tale ultimo intervento normativo, là dove ha optato per una qualificazione giuridica formale dei derivati con *upfront* come indebitamento, prescindendo da una analisi sulla causa concreta, sembra avere natura innovativa dell'ordinamento giuridico; ciò in quanto, la qualificazione operata direttamente dal legislatore risolve alla radice il problema dell'inquadramento giuridico, ed in definitiva della liceità della fattispecie. Da ciò dovrebbe derivare, proprio in ragione della diversa causa dei contratti aventi ad oggetto derivati finanziari (che è quella di accedere ad un previo indebitamento con finalità di copertura) rispetto ai contratti di finanziamento, l'esclusione di una efficacia *ex tunc* della norma sopravvenuta, ferma restando la possibilità di una valutazione (per le fattispecie anteriori alla sua entrata in vigore) caso per caso[31].

In realtà, il maggior profilo di perplessità di operazioni degli enti locali in derivati con clausola *upfront*, necessariamente correlate ad un pregresso indebitamento e generalmente alla sua rinegoziazione, concerne il rischio che esse siano considerate sostanzialmente elusive/violative della regola di cui all'art. 119 co. 6 della Costituzione che vieta alle amministrazioni territoriali di ricorrere all'indebitamento per spese diverse da quelle di investimento, rammentando che gli atti o i contratti adottati dagli enti territoriali per finanziare spese diverse da quelle destinate ad investimenti sono nulli, disponendo in tale senso l'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), ai sensi del quale "*Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli*". Invero, dal punto di vista sostanziale, per effetto della

[31] Per un approfondimento, si v. *infra* Cap. 5, par. 9.

stipulazione di un derivato con *upfront*, l'ente locale ottiene una liquidità immediata che non può che essere usata per finanziare spese correnti, così eludendo il limite teleologico di cui si è detto[32]. In altri termini, se la stipulazione di uno strumento derivato scaturisce da una ristrutturazione di un precedente indebitamento, che non viene affatto estinto ma solo rinegoziato, e quel precedente indebitamento costituisce in sé elemento impeditivo per la contrazione di altri mutui o prestiti obbligazionari, tutte le somme che dovessero essere percepite dall'amministrazione nell'ambito in una simile operazione, in alternativa ad una rimodulazione delle rate residue o ad un più contenuto nuovo tasso di interesse, non potrebbero che avere una destinazione diversa da quella di spese di investimento: questa appare la vera ragione della nullità del contratto, che pur essendo astrattamente ammissibile, sarebbe concluso in frode alla legge per effetto dello sviamento impresso alla finalità complessiva dell'operazione, palesemente in contrasto con la limitazione sancita dal dettato costituzionale.

Alcune osservazioni si impongono infine per quanto riguarda la competenza del consiglio comunale alla deliberazione di conclusione di derivati finanziari: a favore della soluzione adottata dalla Cassazione depongono ragioni diverse dalla qualificazione dei derivati come indebitamento o meno. Segnatamente, ciò che assume rilievo è la circostanza che la stipulazione di derivati accede ad operazioni di ristrutturazione del debito pubblico (essendo esclusa ex lege la stipulazione di derivati speculativi) e che l'ente pubblico, a tale fine, deve valutare la convenienza economica dell'operazione per la sua validità. Di sovente inoltre la stipulazione di derivati comporta l'estinzione di precedenti posizioni debitorie di mutuo oppure una sua modificazione, tramite ad esempio allungamento del periodo di ammortamento. Incidendo la conclusione di derivati finanziari sulle condizioni dell'indebitamento sottostante, può ritenersi che la sua deliberazione spetti al Consiglio Comunale in qualità di organo competente a deliberare sugli impegni di spesa.

Occorre infine soffermarsi sulle implicazioni che deriverebbero sul contratto dalla qualificazione come indebitamento dei derivati con *upfront* e dalla violazione delle regole sul riparto di competenze a deliberarne la conclusione. La prima questione è stata già vagliata sopra, e consiste

[32] Sul divieto di rinegoziare un mutuo per finanziare spese correnti, si v. Corte dei Conti, Sezione di Controllo per il Piemonte, parere n. 190/2014/SRCPIE/PAR, del 26 settembre 2014, secondo cui "*pur in presenza della situazione di criticità finanziaria esposta dal Commissario straordinario della Provincia di Asti, non può che confermarsi la contrarietà ai parametri di legalità (desumibili dalla Costituzione, dal TUEL e dai Principi contabili), dell'operazione di copertura delle spese correnti con gli introiti derivanti da rinegoziazione di mutui, prospettata nella richiesta di parere*".

nella sua nullità in frode alla legge, o per violazione dell'art. 119, comma 6 Cost.; quanto invece alla seconda ipotesi, l'assenza di un pertinente atto deliberativo del Consiglio comunale a fronte di un operazione di sostanziale indebitamento non determinerebbe in sè la nullità del contratto, rilevando in tal caso un vizio di incompetenza, nella specie relativa, solo sulla fase procedimentale a monte della stipulazione: incompetenza che, sul piano civilistico, opererebbe quale difetto di legittimazione alla stipulazione, potendo quindi costituire, come la stessa Cassazione ha più volte storicamente ritenuto, causa di annullabilità del contratto per vizio del consenso o incapacità a contrarre (ai sensi dell'art. 1441 cc.) Sul piano del diritto amministrativo, difatti, il vizio di incompetenza relativa rileverebbe al più come vizio di illegittimità della delibera a monte, sanabile peraltro mediante ratifica; sul piano civilistico, il vizio della delibera a monte non rileva come causa di nullità del contratto, ma al più di sua annullabilità per vizio della volontà, da farsi valere secondo le modalità e termini previsti per l'esercizio di una simile azione[33].

4. *Le cartolarizzazioni pubbliche*

4.1. *Le operazioni di cartolarizzazioni sui beni immobili degli enti territoriali: cessione di immobili o indebitamento?*

Nel settore pubblico il sistema delle cartolarizzazioni è stato impiegato a partire dal d.l. 25 settembre 2001, n.351 per la dismissione e valorizzazione dei beni immobiliari[34] delle amministrazioni territoriali[35].

Le cartolarizzazioni possono essere definite come operazioni attraverso le quali un'attività finanziaria indivisa - si pensi ad un credito o un immobile -

[33] Si veda Cap. 5, par. 9 sulle implicazioni in punto di giurisdizione derivanti dalla qualificazione sostanziale dei derivati finanziari come fonte di debito.

[34] Su cui cfr. P. Virga, *La cartolarizzazione: una operazione nuova, anzi antica*, in Lexitalia.it, 2011, p. 1 ss. L'A. rileva che nel settore pubblico alle operazioni di cartolarizzazione si è fatto ricorso, in particolare, per la cessione dei crediti in occasione della liquidazione di società (legge 30 aprile 1999 n. 130). Successivamente si è fatto ricorso a tali operazioni nel settore degli immobili ai fini della loro valorizzazione, processo che prende avvio dal d.l. n.351 del 2001 per sfociare nel d.lgs. n.85/2010.

[35] L'art. 84 della legge 27 dicembre 2002, n.289, dispone che le Regioni, le Provincie, i Comuni e gli altri Enti locali sono autorizzati a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei rispettivi patrimoni immobiliari.

viene tramutata in titoli. Si tratta di operazioni che consentono lo smobilizzo di attività mobiliari o immobiliari e sono generalmente finalizzate a ottenere un'anticipazione sul valore dei futuri flussi finanziari (per i crediti) ovvero sul valore di collocamento sul mercato del cespite (per gli immobili)[36]. L'operazione è normalmente finanziata attraverso l'emissione di obbligazioni, effettuata da una società finanziaria, in genere creata ad hoc (detta società veicolo o SPV). Ad essa l'amministrazione pubblica, originariamente proprietaria degli attivi (*originator*), conferisce gli stessi in modo che possano fungere da collaterale rispetto all'emissione delle predette obbligazioni. Il controvalore delle emissioni è versato dalla società all'ente pubblico.

Questo genere di operazioni rilevano, ai fini che qui interessano, sotto due punti di vista:

i. in quanto potenzialmente utilizzabili al fine di superare la vincolante normativa sui limiti all'indebitamento pubblico: l'Eurostat ha infatti fissato i criteri che, se rispettati, comportano, nel caso di attività non finanziarie - quindi immobili -, che l'operazione venga contabilizzata come vendita, cioè come entrata da alienazione immobiliare, con conseguenti riflessi favorevoli sul bilancio di competenza anche in ordine al rispetto del patto di stabilità;

ii. in quanto, tenuto conto del principio della prevalenza della sostanza sulla forma di derivazione europea, simili operazioni possono configurarsi, al di là del *nomen iuris,* come indebitamento: si pensi all'ipotesi in cui si realizzi in concreto un collegamento negoziale tra il contratto di vendita del patrimonio immobiliare e il contratto di finanziamento grazie al quale la società veicolo partecipata paga all'Ente locale il prezzo d'acquisito del bene: in questo modo l'amministrazione consegue una forma di finanziamento che solo da un punto di vista formale è classificata come alienazione, ma che da un punto di vista sostanziale costituisce indebitamento.

4.2. *La classificazione in bilancio e le ricadute sul piano sostanziale*

Ai sensi dell'art. 3, comma 17 della legge n.350/2003, le cartolarizzazioni relative a flussi futuri di entrata, a crediti, ad attività finanziarie e non finanziarie, costituiscono indebitamento, agli effetti dell'art. 119, comma

[36] Sul tema, si v. P. Messina, *Profili evolutivi della cartolarizzazione: aspetti di diritto pubblico e privato dell'economia,* Torino, Giappichelli, 2009, *passim*; AA. VV., *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici: esperienze e prospettive*, Giuseppe Franco Ferrari (a cura di), Milano, Giuffré, 2006; M. G. Caroli, *La strategia finanziaria nello sviluppo economico locale. Il caso delle cartolarizzazioni*, in Banche e Banchieri, 2004, 4, p. 296 ss.

6 Cost.

Nella previgente formulazione, la norma in esame qualificava come indebitamento le sole cartolarizzazioni con corrispettivo iniziale inferiore all'85 per cento del prezzo di mercato dell'attività oggetto di cartolarizzazione, valutato da un'unità indipendente e specializzata, conformemente alla decisione dell'Eurostat del 3 luglio 2002.

Il criterio quantitativo appena enunciato era stato elaborato in sede europea in esercizio di quanto specificato nel Regolamento CE n.3605/93, modificato dal regolamento n.2103/2005 CE del 12 dicembre 2005, secondo cui Eurostat esercita, per conto della Commissione, il ruolo di quest'ultima quale autorità statistica. L'Autorità in parola ha dunque la responsabilità di valutare la qualità dei dati e di fornire quelli da utilizzare ai fini della procedura per disavanzi eccessivi, secondo la decisione n.97/281/CE della Commissione. In particolare, il citato regolamento CE n.3605/93, come modificato, pone in capo ad essa il compito di adottare le decisioni sul trattamento contabile di un'operazione, conformemente al regolamento (CE) n.2223/96 del Consiglio (relativo al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità), qualora esistano dubbi circa il corretto trattamento di un'operazione delle amministrazioni pubbliche o in casi complessi o di interesse generale.

La questione rispetto alla quale era stata formulata la citata decisione atteneva alla necessità di determinare se un'operazione di cartolarizzazione desse luogo ad entrate tese a ridurre il deficit pubblico o, se il ricavo ottenuto, dovesse essere considerato come indebitamento delle pubbliche amministrazioni.

Scopo della decisione in parola era quello di segnalare, ai fini della procedura per disavanzi eccessivi, il trattamento contabile da riservare alle operazioni di cartolarizzazione, ove presentassero le caratteristiche ivi descritte. Il criterio elaborato dall'Eurostat era quello secondo cui, se l'operazione di cartolarizzazione si fosse realizzata con un corrispettivo iniziale (prezzo di vendita) nettamente inferiore al prezzo di mercato, essa non avrebbe effettivamente trasferito sull'acquirente il reale rischio dell'operazione, sostanziandosi quindi in una forma di indebitamento finanziario.

Il legislatore nazionale, pur non essendovi obbligato (come chiarito *supra* Cap. 1 par. 4.2. e Cap. 4, Sez. II par. 4), ha tradotto il criterio elaborato dall'Eurostat in regola giuridicamente vincolante ai fini della definizione di una operazione di cartolarizzazione come indebitamento. Conseguentemente, sul piano ordinamentale interno, tutte le operazioni di cartolarizzazione, aventi le caratteristiche anzidette ed effettuate da

un'amministrazione locale, avrebbero dovuto essere considerate come indebitamento e quindi soggette alle regole procedurali previste nel Tuel, al vincolo finalistico previsto al comma 6 della Cost. e alle altre regole contemplate nella normativa di riferimento comuni all'indebitamento degli Enti locali, ivi comprese quelle di natura sanzionatoria.

Con la decisione n.88 del 25 giugno 2007, l'Eurostat ha modificato, però, i criteri enucleati nella precedente decisione del 2002.

Secondo quelli attualmente vigenti, un'operazione di cartolarizzazione può essere considerata vendita di un asset anziché accensione di un prestito, se la proprietà intesa in senso economico, quale possibilità di assumere i rischi e di godere dei benefici degli stessi, sia effettivamente trasferita alla società veicolo.

Costituiscono indici sintomatici della insussistenza di una fattispecie di debito l'inesistenza (i) di clausole di prezzo differito e di (ii) garanzie pubbliche sui titoli emessi dalla società. Un ulteriore (iii) indice è costituito dalla inesistenza di clausole restrittive della potestà della società di vendere a terzi gli asset ricevuti nell'ambito dell'operazione. Inoltre (iv) la società deve essere una entità privata.

Tra gli stringenti presupposti individuati dall'Eurostat ai fini della registrazione di un'operazione di cartolarizzazione come vendita e non come prestito, giova soffermare l'attenzione sui seguenti criteri: sulla circostanza che la società veicolo sia una entità privata; sulla necessità che non ricorrano le condizioni perché questa sia considerata a sua volta una pubblica amministrazione[37].

Quanto al primo profilo, il fatto che la società veicolo sia un soggetto formalmente di diritto privato non esclude che essa possa essere equiparata ad una p.a. sulla scorta della normativa nazionale ed europea (in quanto ad es. a totale partecipazione pubblica e soggetta ad attività di direzione e coordinamento da parte dell'ente territoriale)[38].

Quanto al secondo profilo, appare utile rilevare che la giurisprudenza contabile ha ritenuto che anche il conferimento di un consistente apporto patrimoniale da parte del soggetto pubblico in favore della società veicolo (e quindi non necessariamente una garanzia prestata nelle forme della fideiussione bancaria) può costituire una garanzia pubblica in quanto "*la fideiussione - pur autorizzata - non si è resa necessaria, in quanto l'Istituto bancario è stato, comunque, garantito dalla Provincia in altro modo, attraverso*

[37] Il tema delle garanzie pubbliche è approfondito *infra* par. 5.

[38] Giova rammentare che, secondo la giurisprudenza amministrativa, la società di cartolarizzazione svolge un'attività che deve considerarsi funzionalizzata al perseguimento di finalità di interesse generale della collettività, Cons. St., 30.1.2006, n.308, in Riv. Corte Conti, 2006, 1, 246.

l'iscrizione di ipoteca sui beni trasferiti ad hoc alla società. Se gli immobili cartolarizzati non dovessero essere collocati sul mercato e quindi la SPV non avrà a disposizione alle scadenze stabilite le risorse finanziarie necessarie per rimborsare i creditori, questi ultimi potranno beneficiare della garanzia costituita dal patrimonio della stessa società"[39].

4.3. *Dai criteri Eurostat alla giurisprudenza contabile: il regime giuridico incerto delle cartolarizzazioni pubbliche*

All'indomani della decisione in commento si è posta la questione relativa al rapporto tra l'art. 3, comma 1 della l. n.350/2003 e la decisione Eurostat del 2007; in buona sostanza, ci si è chiesti se, per effetto dell'introduzione di nuovi criteri in sede europea relativamente al trattamento contabile delle operazioni pubbliche di cartolarizzazione, la norma nazionale dovesse ritenersi superata. La giurisprudenza contabile ha sì ritenuto che la diversità di *ratio* tra le due discipline (la prima volta a dare attuazione al comma 6 dell'art. 119 Cost.; la seconda funzionale ad individuare il trattamento contabile delle operazioni ai fini statistici), così come la diversità di ambito di applicazione tra le stesse (la prima concernente le modalità di indebitamento degli enti locali; la seconda il sistema europeo dei conti nazionali e le procedure sul disavanzo pubblico eccessivo), non consentissero di ritenere abrogata la normativa nazionale in commento; tuttavia ha concluso che, "*preso atto, in mancanza di un adeguamento dell'ordinamento nazionale, della non coincidenza della nozione di indebitamento stabilita dalle diverse discipline, considerato che i principi espressi nella nuova decisione EUROSTAT trovano comunque applicazione nel contesto del controllo sui disavanzi eccessivi con effetto sulle operazioni concluse dopo il 1° gennaio 2007, si ritiene corretto non realizzare, per finanziare spese diverse da quelle di investimento, operazioni di cartolarizzazione che, in base alla decisione EUROSTAT, devono essere trattate come indebitamento delle pubbliche amministrazioni*"[40].

La decisione si presta a molteplici critiche di natura formale, attinenti cioè al rapporto tra fonti e alla sua corretta declinazione: poiché se è vero che i due plessi normativi hanno una diversa *ratio* e un diverso ambito di applicazione, e se è vero che manca un rinvio formale alla disciplina sovranazionale nella legge n.350/2003 ai fini della declinazione della nozione di indebitamento, allora la naturale conclusione avrebbe dovuto essere quella dell'impossibilità di applicare i nuovi criteri Eurostat ai fini della

[39] Corte Conti, Sez. Riun. 25/2015, in www.cortedeiconti.it.
[40] *Id.*, Sez. Reg. Controllo Piemonte, Parere n. 12, 7.5.2008, *ivi*.

qualificazione di un'operazione di cartolarizzazione come indebitamento agli effetti dell'art. 119, comma 6 Cost. Ulteriori critiche si potrebbe dire di sistema, dipendono dalla circostanza che un simile approdo ermeneutico non appare certamente rispondente alla istanza di certezza giuridica che dovrebbe sovraintendere la materia, introducendo elementi di volatilità quanto alla corretta configurazione delle operazioni che costituiscono indebitamento.

Procedendo nell'analisi, con il d.lgs. n.126/2014, il legislatore ha nuovamente modificato l'articolo 3, comma 17 della legge n.350/2003 che, nella versione attualmente vigente, prevede che tutte le operazioni di cartolarizzazione relative ai flussi futuri di entrata, a crediti e ad attività finanziarie e non finanziarie, attualmente, costituiscono indebitamento.

Ancora una volta, la norma non contiene un rinvio alle decisioni dell'Eurostat, nonostante ne sia chiara la matrice storica. La peculiarità in questo caso si rinviene nella circostanza che, mentre ai fini del calcolo dell'indebitamento rilevante a livello europeo le operazioni di cartolarizzazione per essere rilevanti devono avere le caratteristiche enucleate dall'Eurostat, nel nostro ordinamento qualunque operazione di cartolarizzazione su attività finanziarie o non finanziarie è considerata come indebitamento e soggetta al relativo regime giuridico.

Una simile conclusione discende dall'opzione interpretativa cui si ritiene di accedere: in altri termini, nel silenzio della normativa interna, il significato della disposizione nazionale non sembra poter essere riscostruito applicando le regole di matrice europea. I criteri di matrice europea sono elaborati ai soli fini dell'armonizzazione minima del trattamento contabile delle operazioni negoziali e finanziarie realizzate dalle p.a. negli Stati membri, per finalità statistiche e di applicazione, secondo parametri uniformi, della procedura sul disavanzo pubblico eccessivo; conseguentemente, essi non trovano applicazione all'interno dell'ordinamento, nel senso che non impingono sulle qualificazioni formali e sostanziali delle operazioni compiute dalle p.a., almeno in mancanza di un rinvio espresso ad essi da parte del legislatore nazionale.

La volontà "politica" di allineare la normativa nazionale alle indicazioni provenienti dall'Eurostat, si è tradotta sul piano giuridico nel sostanziale divieto di ricorrere alle cartolarizzazioni o, comunque, nella pregnante limitazione del ricorso ad un simile strumento, producendo effetti sul piano applicativo (appunto quello della sostanziale inibizione dell'uso delle cartolarizzazioni), i quali sembrano eccedenti rispetto alla stessa *ratio* e all'ambito applicativo della normativa sovranazionale, che non è certamente

quello di limitare la gestione finanziaria delle amministrazioni pubbliche.

Si tenga conto che le cartolarizzazioni sono operazioni che consentono lo smobilizzo di attività mobiliari o immobiliari (cioè la trasformazione di tali attività in titoli collocabili sul mercato) non agevolmente negoziabili sul mercato, attraverso l'emissione di titoli obbligazionari effettuata da una società veicolo in favore della quale l'amministrazione pubblica, originariamente proprietaria degli attivi, conferisce gli stessi in modo che possano fungere da collaterale all'emissione delle predette obbligazioni. Il controvalore delle emissioni è versato dalla società all'ente pubblico.

Questo genere di operazioni può produrre potenzialmente effetti positivi sul bilancio di un Ente locale e può costituire una valida forma alternativa di finanziamento delle funzioni pubbliche: per un verso, esse possono produrre effetti positivi sul bilancio dell'ente anche ai fini del rispetto dei vincoli di bilancio (se l'operazione di cartolarizzazione dal punto di vista formale - ma anche da quello sostanziale - è qualificabile come vendita, essa produce un effetto positivo sul bilancio dell'ente dovendo essere qualificata come entrata); per altro verso, esse possono produrre effetti positivi quanto alla capacità di risposta - in un periodo di ristrettezze economiche - delle amministrazioni territoriali all'ineludibile istanza di produzione di servizi e di assolvimento delle funzioni pubbliche ad esse affidate. Ciò non esclude che, qualora - tenuto conto del principio della prevalenza della sostanza sulla forma - le predette operazioni di cartolarizzazione possano configurarsi, al di là del *nomen iuris*, come forme di indebitamento[41] (si pensi all'ipotesi in cui si realizzi in concreto un collegamento negoziale tra il contratto di vendita del patrimonio immobiliare e il contratto di finanziamento grazie al quale la società veicolo partecipata dall'ente locale, paga all'ente locale il prezzo d'acquisito del bene: in questo modo l'amministrazione consegue una forma di finanziamento che solo da un punto di vista formale costituisce una alienazione ma che da un punto di vista sostanziale è una forma di indebitamento[42]), ne discenderebbe la qualificazione di

[41] Si pensi al caso in cui l'ente non si limiti a una dismissione dei beni patrimoniali ma accompagni alla dismissione una contestuale locazione dei beni a suo favore, corrispondendo sui canoni di locazione i relativi interessi. La giurisprudenza contabile ha qualificato simili operazioni dal punto di vista sostanziale come indebitamento (soggette quindi a tutti i limiti previsti dalla conferente normativa, primo fra tutti quello di cui all'art. 119 comma 6 Cost. che vieta il ricorso al debito per finanziare spese non di investimento): cfr. Corte dei Conti, *Indagine in materia di operazioni finanziarie relative alla dismissione degli immobili della regione siciliana*, Relazione n.99/2008, in www.cortedeiconti.it.

[42] Una simile operazione avrebbe un duplice effetto elusivo delle norme di finanza pubblica: da un lato, i proventi dell'alienazione rileverebbero solo apparentemente, in termini positivi, ai fini degli equilibri di bilancio; dall'altro, l'amministrazione traslerebbe

fatto come indebitamento; ma deve trattarsi, appunto, di operazioni elusive della normativa primaria in materia di finanza pubblica, cioè di operazioni che, seppur formalmente non aventi una causa di finanziamento, siano state strumentalmente piegate a tale finalità. In altri termini, la soluzione dell'aprioristica qualificazione legislativa della fattispecie come indebitamento sembra introdurre un eccesivo elemento di rigidità nel sistema della gestione finanziaria degli Enti locali e pone un interrogativo che concerne sia la compatibilità di un tale soluzione con i limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore in termini di ragionevolezza e proporzionalità, sia alla coerenza con il principio di autonomia finanziaria delle amministrazioni locali, i cui confini, seppur mossi da esigenze di rispetto dell'equilibrio di bilancio (anch'esso parametro costituzionale), dovrebbero essere contenuti entro quanto necessario ed adeguato ai fini del raggiungimento dello scopo prefissato.

5. *Le garanzie pubbliche*

5.1. *Inquadramento giuridico e rilevanza ai fini della indagine*

In assenza di una definizione normativa di garanzia del credito, si può affermare che essa costituisce un "*rimedio che dà al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione o inerzia, agendo sui beni di lui o grazie all'attività di un terzo*" [43]. Sotto il profilo funzionale, la garanzia trasferisce da un soggetto ad un altro il rischio connesso alla mancata

sull'organismo partecipato il proprio indebitamento.

[43] F. Mastropaolo, *I contratti di garanzia*, in Trattato dei Contratti, P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2° Ed., 2006, p. 36. Nello sforzo di enucleare una definizione generale del termine "garanzia", la dottrina ha rilevato che per essa deve intendersi "*ogni mezzo apprestato dall'ordinamento per assicurare circa il godimento di un diritto o l'adempimento di una obbligazione*", così G. Bo, Voce *Garanzia*, in Nuovo Dig. It., VI, Torino, 1937, p. 192 ss. Un diverso orientamento sottolinea che la funzione della garanzia andrebbe riferita soltanto a quegli strumenti che hanno l'effetto di accrescere per un credito la probabilità di essere soddisfatto, v. M. Fragali, *Garanzia (dir. priv.*), in Enc. dir., Annali, XVIII, Milano, 1969, p. 454 ss. Sul tema delle garanzie, cfr., a titolo esemplificativo, L. Barbiera, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 19 ss; G. Tucci, *Garanzia*, in Dig. civ., VIII, Torino, 1992, p. 581 ss., nonché, più di recente, T. Febbrajo, *Garanzia (dir. civ.)*, in Enc. Giur. Treccani, 2016, p. 1 ss.

esecuzione di una prestazione contrattuale. Esse possono essere distinte in garanzie reali, le quali attribuiscono al creditore il diritto di espropriare i beni vincolati a garanzia del suo credito (pegno o ipoteca), e personali, mediante le quali un soggetto garantisce con il proprio patrimonio l'adempimento di una obbligazione altrui; tipica figura di obbligazione personale è la fideiussione disciplinata all'art. 1936 c.c. La giurisprudenza della Cassazione ha però chiarito che il termine garanzia ricomprende tutti quegli accordi riconducibili a tale categoria[44] e, quindi, non soltanto i contratti aventi natura fideiussoria, ma ogni contratto caratterizzato da una finalità di garanzia (ad es. contratto autonomo di garanzia, lettera di patronage forte)[45].

La garanzia che lo Stato o una pubblica amministrazione concede su titoli, debiti, finanziamenti altrui ha natura di una passività contingente[46], in quanto può essere potenzialmente escussa qualora vi sia inadempimento dell'obbligazione principale; l'eventualità che all'amministrazione sia richiesto un pagamento è incerta sia nell'*an* che nel *quantum* discendendo da ciò la natura solo potenziale della relativa passività.

5.2. *La normativa sovranazionale sulla classificazione delle* Government guarantees

Simili caratteristiche sono alla base del crescente interesse in sede europea per le garanzie pubbliche.

Il citato Manuale europeo sul deficit e debito pubblico dedica il capitolo VII.4 alle "*Government guarantees*" al fine di indagare come registrare le garanzie rilasciate dalle amministrazioni pubbliche in favore di "*non-government unit in the event of that unit not being able to pay (so called "one-off guarantees)*[47].

[44] Sulla distinzione pretoria tra garanzie proprie e improprie si v. R. Tisini, *La distinzione tra garanzia propria e impropria nel pensiero delle Sezioni Unite e nelle applicazioni successive*, in Il Processo, 2019, 3, p. 241 ss.

[45] Cfr. Cass., Sez. Un., 18.2.2010, n.3947, in Giust. civ. 2011, 2, I, p. 497. In dottrina, sulle garanzie atipiche cfr. M. Cenini, *Garanzie atipiche*, Dig. Civ., Agg. VIII, Torino, 2013, p. 305 ss.; F. Fiorentini, *Le garanzie reali atipiche*, in Riv, Dir. Civ., 2000, p. 253 ss.

[46] F. Merusi, *Debito pubblico e giudice amministrativo,* in Dir. Proc. Amm, 2014, 1, p. 12 rileva che, in quanto passività potenziali, le garanzie dello Stato su titoli di terzi dovrebbero qualificarsi come "debito pubblico". Da ciò l'A. prospetta la possibilità di devoluzione delle relative controversie che dovessero insorgere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a., su cui v. *infra* Cap. 5, Sez. III.

[47] Cap. VII.4.1: "*In many EU Member States, government, usually at central level but also at*

Il principio generale è quello secondo cui "*… a government guaranteed debt is recorded solely as the borrowing of the borrower and an asset for the lender, whether or not the guarantee concerns specific borrowing (e.g. one particular loan) or the whole corporate debt. For the government, it is a contingent liability which is not recorded in ESA balance-sheet (but may be shown as memorandum item or a footnote)*"[48]. Per converso, quando "*it is known with certainty that, despite the borrowing being legally carried out by the corporation, it will be government which will repay the borrowing*" la garanzia dovrà essere immediatamente contabilizzata come debito nel bilancio dell'amministrazione garante[49].

In altri termini, di regola le garanzie pubbliche sono considerate come passività potenziali essendo "*per loro natura aleatorie e non effettive*" nel senso che, fino a quando il garante non venga chiamato ad adempiere l'obbligazione altrui, non vi è certezza circa l'*an* e il *quantum* della spesa che il soggetto dovrà realizzare. Considerato però l'impatto che simili garanzie potrebbero avere sul bilancio dell'amministrazione, *l'"Eurostat rileva i dati sull'importo in essere delle garanzie concesse dalle amministrazioni pubbliche. Oggetto di notifica sono soltanto le garanzie concesse alle unità non classificate nelle amministrazioni pubbliche. I dati sono espressi in stock totali di garanzie esclusi i debiti già assunti dalle amministrazioni pubbliche quali sono registrati nei conti Sec 2010"*[50].

state or local level, provides guarantees on the borrowing of certain corporations or other entities, both in the public and in the private sector. The guarantee can be unconditional or conditional and government can act alone or jointly with other units. Generally, this allows the beneficiary unit to borrow at a lower interest rate257, and even in some cases this support is needed in order to have access to borrowing markets. There are different ways in which a guarantee may be exercised (realisation of guarantor's obligations). The most frequent case is generally whenthe guarantee call is activated by the lending unit (the creditor, for example a bank), often at first demand. Usually three parties are involved in such guarantee calls: the borrowing unit (the debtor, for example a public corporation), the lending unit and the guarantor, in this chapter a government unit".

[48] Cap. VII.4.1.1 *Rationale of the treatment* e VII.4.2.2.1 *General case*. Al punto 12 si chiarisce che "*in the public accounts balance sheet, the guaranteed debt may not be recorded until the guarantee is called (activated). However, it is expected that information on government guarantees is made publicly available. It is usually the case, in addition, that the Parliament has to approve a cap amount of guarantees government could grant over a fiscal year*".

[49] Cap. VII.4.2.1.2 *Case where government will repay the debt with certainty*, punto 14.

[50] Relazione della commissione europea *sulle passività implicite aventi una potenziale incidenza sui bilanci pubblici,* Bruxelles, 30.6.2015, COM(2015) 314, in https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0314:FIN:IT:PDF. L'importanza di rilevare informazioni di questo tipo è esplicitamente riconosciuta sia nel Sec 2010 al par. 5.11, sia nella direttiva n.2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri; quest'ultima - all'art. 14, par. 3 - prevede che "*per tutti i sotto-settori dell'amministrazione*

Con riguardo specifico al tema di indagine, le garanzie pubbliche possono essere annoverate tra gli strumenti potenzialmente utilizzabili come forme alternative di finanziamento delle p.a., sebbene non in sé, bensì tutte le volte che siano collegate ad operazioni negoziali o finanziarie complesse, finalizzate all'espletamento di funzioni della p.a.; si pensi al caso, ricorrente nella prassi, del rilascio da parte dell'amministrazione pubblica concedente di una garanzia sul finanziamento attivato dal concessionario per la realizzazione di un'opera pubblica; oppure al rilascio di garanzie in favore di società istituite per l'espletamento di servizi pubblici locali.

5.2.1. *La normativa nazionale sulla qualificazione delle garanzie pubbliche*

Nel nostro ordinamento, la disciplina delle garanzie pubbliche rilasciate dagli Enti locali è contenuta nell'art. 207 del Tuel, come modificato dall'art. 74 del d. lgs. n.118/2011, secondo cui gli Enti locali possono rilasciare, in seguito ad apposita deliberazione consiliare, garanzia fideiussoria per l'assunzione di mutui destinati a investimenti e per altre operazioni di indebitamento, estendendo tale possibilità anche in favore di soggetti terzi destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito e con la finalità di procedere all'assunzione di mutui destinati alla realizzazione o alla ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali o sportivi, su terreni di proprietà dell'ente locale, purché siano sussistenti le seguenti condizioni: a) il progetto sia stato approvato dall'ente locale e sia stata stipulata una convenzione con il soggetto mutuatario che regoli la possibilità di utilizzo delle strutture in funzione delle esigenze della collettività locale; b) la struttura realizzata sia acquisita al patrimonio dell'ente al termine della concessione; c) la convenzione regoli i rapporti tra ente locale e mutuatario nel caso di rinuncia di questi alla realizzazione o ristrutturazione dell'opera.

L'art. 3, comma 17, della legge n. 350/2003, come modificato dall'art. 75 del D. Lgs. n. 118/2011, al secondo periodo, precisa, inoltre, che, dal 2015, gli enti possono rilasciare garanzie solo a favore dei soggetti che possono essere destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito e per finalità di investimento.

Ai sensi del comma 17, lett. f) dell'art. 3, l. n.350/2003 ss.mm.ii., il residuo debito garantito dall'ente a seguito della definitiva escussione della

pubblica, gli Stati membri pubblicano informazioni pertinenti sulle passività potenziali che possono avere effetti consistenti sui bilanci pubblici, comprese le garanzie pubbliche, i crediti deteriorati e le passività derivanti dalla gestione di imprese pubbliche, indicandone l'entità. Gli Stati membri pubblicano altresì informazioni sulle partecipazioni dell'amministrazione pubblica al capitale di imprese private e pubbliche per importi economicamente significativi".

garanzia costituisce indebitamento; inoltre, costituisce indebitamento il residuo debito garantito a seguito dell'escussione della garanzia per tre annualità consecutive, fermo restando il diritto di rivalsa nei confronti del debitore originario.

Il descritto quadro normativo sollecita una riflessione sulla *ratio* di una simile disciplina.

Il quadro regolatorio brevemente tratteggiato subordina il rilascio di garanzie pubbliche alla sua funzionalizzazione rispetto ad operazioni di indebitamento tese a realizzare investimenti. La concessione di garanzie appare, quindi, correlata dall'ordinamento ad operazioni di indebitamento nel rispetto della regola posta dall'art. 119, ultimo comma della Costituzione.

Come anticipato, con riferimento agli Enti locali, il rilascio di polizze fideiussorie è disciplinato all'art. 207 Tuel, che stabilisce condizioni e modalità per il rilascio di simili garanzie in favore di aziende dipendenti, consorzi o comunità montane, società partecipate di servizi pubblici, terzi per l'assunzione di mutui destinati alla realizzazione e ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali, sportivi, su terreni di proprietà dell'ente in presenza di talune condizioni (co. 3), alle quali si aggiunge il vincolo ex comma 4 in base al quale *"gli interessi annuali relativi alle operazioni di indebitamento garantite con fideiussione concorrono alla formazione del limite di cui al comma 1 dell'art. 204 d.lgs. n.204 del d.lgs. .267/2000 e non possono impegnare più di un quinto di tale limite"*.

Le norme in materia di concessione di garanzie assumono, quindi, carattere restrittivo sia perché correlate alla realizzazione di un investimento, nel rispetto dell'art. 119 della Costituzione, per l'Ente locale concedente la garanzia, sia per il possibile rischio di escussione che viene assunto dall'ente stesso. Alla luce del disposto di cui all'art. 207, comma 3 cit. e dell'art. 204 del Tuel, la concessione di garanzie fideiussorie in favore di terzi è sempre possibile, a condizione che risponda ad uno specifico interesse pubblico. La Corte dei Conti ha affermato a più riprese che, di fronte alla possibilità di rilasciare una garanzia fideiussoria, l'amministrazione è chiamata a valutarne la compatibilità con il rispetto del suo indebitamento complessivo, dovendo assicurare una sana gestione finanziaria e un duraturo equilibrio economico, nonché con l'ulteriore possibilità di contrarre mutui sia nell'anno in corso, sia in quelli successivi nel rispetto del principio di sostenibilità del debito pubblico di cui al novellato art. 97 Cost. Sempre secondo la giurisprudenza contabile, il vincolo di accessorietà che può legare il contratto di garanzia al debito principale assume carattere ancor più rilevante per gli enti territoriali, stante la vigenza di stringenti vincoli qualitativi e quantitativi in materia

di indebitamento. Ed infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 17 della legge n.350/2003, costituiscono indebitamento anche il residuo debito garantito dall'ente a seguito della definitiva escussione della garanzia, nonché il residuo debito garantito a seguito dell'escussione della garanzia per tre annualità consecutive, fermo restando il diritto di rivalsa nei confronti del debitore originario[51].

Il rilascio di garanzie pubbliche da parte degli Enti locali appare quindi assoggettato allo stesso regime giuridico previsto per le forme di indebitamento. Dal punto di vista sistematico, la *ratio* dell'applicazione alle garanzie pubbliche della stessa disciplina prevista per l'indebitamento sembra riconducibile alla natura accessoria della garanzia rispetto all'obbligazione debitoria principale; una simile accessorietà postulerebbe anche che le stesse siano trattate alla stessa stregua dell'indebitamento.

5.2.2. *Garanzie pubbliche rilasciate in favore di società partecipate: il divieto di soccorso finanziario*

L'assimilazione del rilascio di una garanzia da parte della pubblica amministrazione all'indebitamento[52] spiega perché, con riferimento agli Enti locali e nel disciplinare le garanzie sui finanziamenti agli organismi partecipati, il legislatore abbia però subordinato l'ammissibilità all'ipotesi in cui la garanzia sia rilasciata a favore di investimenti o determinate opere di pubblico interesse, conformemente a quanto previsto dall'art. 119 della Costituzione. La disciplina di riferimento enuclea specificamente i potenziali destinatari delle garanzie e le finalità pubblicistiche che ne giustificano il rilascio (ai sensi dell'art. 207, d.lgs. n. 267/2000, come modificato dal d.lgs. n.126/2014, è previsto il rilascio di garanzia fideiussoria a favore di società di capitali per l'assunzione di mutui destinati alla realizzazione delle opere necessarie allo svolgimento dei servizi pubblici locali). Inoltre, la legge n.350/2003 consente il rilascio di garanzie "*solo a favore dei soggetti che possono essere destinatari di contributi agli investimenti finanziati da debito e per le finalità definite dal comma 18*". Il comma 18, lett. g) della citata legge prevede che costituiscono investimenti "*i contributi agli investimenti e*

[51] Cfr. Corte Conti, Sez. Aut., *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali*, Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi, Relazione 2016, in http://www.astrid-online.it/static/upload/cort/corte-dei-conti_delibera_27_2016_sezaut_e_relazione.pdf

[52] Resta fermo che ai fini del rilascio di una garanzia pubblica - in quanto strumento di intervento pubblico - l'ente dovrebbe dimostrare che il suo utilizzo trovi fondamento nel perseguimento dell'interesse pubblico che, come ben noto, conforma tutta l'azione amministrativa, a prescindere dal modulo di azione in concreto prescelto.

i trasferimenti in conto capitale a seguito di escussione delle garanzie destinati specificamente alla realizzazione degli investimenti a cura di un altro ente od organismo appartenente al settore delle pubbliche amministrazioni".

Il rilascio di garanzie pubbliche è quindi consentito a favore dei soggetti destinatari di contributi agli investimenti e in favore di enti o organismi appartenenti al settore delle pubbliche amministrazioni. Difetta qualsivoglia riferimento alla possibilità di rilasciare garanzie pubbliche in favore di società partecipate, controllate, *in house* o strumentali.

Il rilascio di garanzie ad esclusivo vantaggio delle pubbliche amministrazioni sembrerebbe desumersi dal tenore letterale del citato art. 3, comma 18, lett. g) e dell'art. 3, comma 21-*bis*, della legge n.350/2003, che fa salva la facoltà delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano; tale ultima norma fa salva, in effetti, la possibilità di ricorrere all'indebitamento per finanziare contributi agli investimenti a favore di privati, con esclusivo riferimento agli impegni assunti anteriormente al 2004. Si deve rilevare, però, che, ai sensi dell'art. 6, comma 19 del d.l. n.78/2010, il rilascio di garanzie è vietato soltanto in favore delle società partecipate non quotate, che presentano perdite reiterate per tre esercizi consecutivi. Ciò consentirebbe di desumere che le società in utile possano ricevere garanzie.

In questo senso depone anche una lettura sistematica delle norme in materia di indebitamento degli Enti locali; si è difatti rilevato come per essi sia espressamente contemplata la possibilità di un rilascio di garanzie in favore di società partecipate, nel rispetto dei limiti finalistici e procedurali stabiliti dalla normativa primaria.

Ragioni di omogeneità applicativa della normativa in esame, stante la comune matrice delle norme sull'indebitamento che postulano "*un vincolo di carattere generale, che deve valere in modo uniforme per tutti gli enti*"[53], inducono a ritenere che anche Regioni e Province autonome possano rilasciare garanzie in favore degli organismi a partecipazione pubblica che realizzino investimenti nei servizi pubblici di interesse generale o, comunque, provvedano alla realizzazione di opere a vantaggio della collettività, per il complesso delle autonomie territoriali[54]. Per completezza espositiva, si rileva che l'art. 21 del più volte menzionato Testo unico sulle società partecipate (d.lgs. n.175/2016 ss.mm.ii.) a sua volta prevede che, nel caso in cui i predetti organismi presentino un risultato di esercizio negativo, le amministrazioni locali partecipanti sono tenute ad accantonare nell'anno successivo, in apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato

[53] Corte Cost., 425/2004 *cit.*

[54] Cfr. *ex multis*, Corte Conti, sez. reg. contr., Lombardia, 11.10.2013, n. 409 in www.cortedeiconti.it.

negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione[55].

Il comma 3-bis prevede poi che "*Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato*"[56].

[55] Si riporta per comodità espositiva il testo della norma: "*Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma*". La giurisprudenza contabile, nella vigenza della normativa anteriore al Testo unico sulle società partecipate, ha affermato che trasferimenti e garanzie apprestati in favore di organismi partecipati da pubbliche amministrazioni devono ritenersi consentiti solo ove vi sia un corrispondente ritorno in termini di corrispettività, quale, ad esempio, la realizzazione di un programma di investimenti o, comunque, la realizzazione di prospettive di economicità ed efficienza della gestione nel medio e lungo periodo: cfr. Corte dei Conti, Sez. reg. contr., Liguria, 9.10.2015, n. 71/2015/PAR in www.cortedeiconti.it.

[56] L'intervento deve avvenire nel rispetto della Comunicazione della Commissione europea del 20.12.2011, COM(2011) 900 definitivo, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa* - che codifica i principi fissati dalla Cgue, 24.7.2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in presenza di Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, su e-curia - per escludere che un intervento pubblico sia un aiuto improprio, confliggente con l'articolo 107 del Tfue. Pertanto, le amministrazioni locali potranno intervenire per il ripiano delle perdite solo nei confronti di società incaricate nell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico (non possono quindi intervenire a favore di società che esercitano attività commerciali, come ad esempio le società patrimoniali), secondo parametri definiti in modo trasparente. Inoltre, l'intervento di ripiano non potrà eccedere quanto necessario per coprire i costi per gli obblighi di servizio pubblico e il complesso delle risorse da erogare a supporto dovrà essere calcolato con un'analisi dei costi per queste attività sostenuti da un'impresa

Un elemento di particolare interesse si rinviene nel rafforzamento delle previsioni contenute nell'articolo 14, comma 4 del D.lgs. n.175/2016, che stabiliscono il divieto, per le amministrazioni pubbliche, di erogare finanziamenti o sostenere con garanzie le società partecipate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripiano di perdite anche infra-annuali. Le amministrazioni pubbliche locali devono poi gestire l'eventuale intervento dovendo fare riferimento alle condizioni definite dal nuovo comma 3-bis dell'articolo 21 del Testo unico.

Come chiarito dalla giurisprudenza contabile, la circostanza che l'ordinamento consenta il rilascio di garanzie in favore di soggetti diversi dalle amministrazioni in senso stretto (i.e. società pubbliche che non versino nelle situazioni di dissesto finanziario descritte precedentemente), e che le garanzie possono essere assimilabile all'assunzione di debito se e in quanto comportino il rischio di escussione dell'amministrazione pubblica, richiede a sua volta di riportare a coerenza l'intero sistema delle forme di indebitamento che, come noto, risulta assistito da tutta una serie di condizioni, preclusioni, limiti, volti a garantire che l'attività di gestione finanziaria degli enti sia ispirata ai principi di una sana e sostenibile gestione nel rispetto delle norme di derivazione europea e costituzionali in materia[57].

5.2.3. *Le garanzie pubbliche "atipiche"*

Ci si deve infine chiedere se le amministrazioni territoriali possano rilasciare garanzie diverse dalla fideiussione, pure in assenza di un referente normativo.

Da un punto di vista giuridico, le garanzie assumono la veste di contratti di diritto privato. La legittimazione teorica della possibilità per le amministrazioni territoriali di prestare garanzie diverse dalla fideiussione (unica ipotesi espressamente regolata) sembra in realtà riconducibile alla generale capacità di diritto privato riconosciuta in capo alle amministrazioni pubbliche.

Affermata l'ammissibilità teorica del ricorso alle garanzie reali o comunque personali diverse dalla concessione di una fideiussione, occorre chiarire quale sia il regime giuridico applicabile in tali casi. Le opzioni

mediamente efficiente operante nel settore (aggiungendo agli oneri un utile ragionevole). In dottrina, si v. E. Zanelli, *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in Politica del diritto, 2004, 1, p. 175 ss; A. Frattini, F. Filpo, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost.*, in Contr. & Impr., 2003, 2, p. 1183 ss.

[57] Corte dei Conti, Sez. Contr. Puglia, Delib. n. 84/2017/PAR, reperibile su http://www.segretarientilocali.it/nuovo/A2017/Cdc/Del_n_84_2017_PAR_Puglia.pdf

astrattamente possibili sembrano essere essenzialmente due: una prima, secondo cui la concessione di una garanzia reale o personale sarebbe soggetta esclusivamente ai principi di buon andamento ed economicità che reggono l'azione amministrativa, ivi compresa quella che si manifesta mediante moduli privatistici; una seconda che, in base a una interpretazione sistematica, riconduce ad unità la regolamentazione delle garanzie pubbliche, assoggettando, a prescindere dal *nomen iuris*, ogni forma di garanzia al regime delineato all'art. 207 Tuel.

Questa seconda tesi appare preferibile, considerato che la fideiussione e le garanzie reali non si differenziano sotto il profilo della loro funzione; trattandosi di strumenti tra loro alternativi, si ritiene che il loro regime giuridico debba essere il medesimo. Con la conseguenza che sia la concessione di garanzie fideiussorie o personali atipiche, sia la concessione di garanzie reali in favore di terzi debba ritenersi possibile a condizione che risponda ad uno specifico interesse pubblico, "*limitato ai casi in cui i relativi costi possano risultare neutralizzati dai benefici derivanti alla collettività dalla realizzazione dell'investimento*" su beni immobili di proprietà dell'Ente locale o che passino in proprietà dell'Ente al termine della concessione[58].

6. *I contratti di partenariato pubblico privato ("PPP")*

6.1. *Inquadramento giuridico e rilevanza ai fini dell'indagine*

Con l'espressione partenariato pubblico privato (PPP) si indicano le diverse forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato per la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici[59]. In alcuni casi, i PPP comprendono il finanziamento, la progettazione, la costruzione, la ristrutturazione e gestione o manutenzione di un'infrastruttura, mentre altre volte riguardano la fornitura di un servizio generalmente garantito dalle istituzioni pubbliche[60].

La funzione dei PPP è quella di promuovere l'efficienza nei servizi

[58] Corte dei conti, Sez. I App., 9.1.2018, n.4, in www.cortedeiconti.it.

[59] In questo senso, cfr. C. De Vincenti, *Interesse pubblico e partenariato pubblico – privato*, in Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, *op. cit.*, p. 127.

[60] Cfr. comunicazione della Commissione europea, *Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato,* Bruxelles, 19.11.2009 COM(2009) 615, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0615.

pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato; l'utilizzo di tali strumenti può avere però anche effetti positivi sui vincoli di bilancio degli enti territoriali, in quanto consente di scaricare sul privato una quota del finanziamento dell'attività che quindi non graverebbe sul bilancio dell'ente, sub specie di indebitamento. La cooperazione pubblico-privato, in un contesto di crisi economica e di scarsità delle risorse, può difatti costituire una forma di finanziamento alternativa rispetto ai classici strumenti, al fine di assicurare una risposta alle istanze di beni e servizi provenienti dalla collettività, e alla cui realizzazione e soddisfazione sono preposte le pubbliche amministrazioni[61].

Una simile potenzialità dei PPP, non esclude, tuttavia, che dietro i contratti di partenariato pubblico privato possano celarsi debiti non registrati come tali in bilancio[62], a seconda di come in concreto sia strutturata in

[61] Con la recente circolare 10 luglio 2019, G.U. n.198, 24 agosto 2019, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di concerto con l'Istat, in sostituzione della precedente circolare del 27 marzo 2009, ha ridefinito i flussi di informazioni relativi alle operazioni di partenariato con precipuo riferimento agli obblighi in capo alle stazioni appaltanti; ciò è avvenuto alla luce del nuovo panorama normativo e segnatamente dell'art. 3, comma 1, lett. eee) del d.l.gs n. 50/2016 ss.mm.ii. secondo cui, per i profili di tutela della finanza pubblica si applicano ai PPP le decisioni Eurostat (su cui vedi *infra* par. 6.3.). La finalità della circolare è difatti quella di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento pubblico e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico privato avviate dalle pubbliche amministrazioni. Da qui l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica le informazioni relative a tali operazioni. È interessante notare che, quanto all'ambito soggettivo di applicazione, la Circolare si riferisce non solo alle amministrazioni aggiudicatrici e organismi di diritto pubblico di cui al Codice dei Contratti Pubblici, ma anche espressamente alle amministrazioni pubbliche individuate, sulla base del Sec 2010, dall'Istat nel proprio elenco annuale.

[62] Cfr. il punto 20 dei considerando preliminari al reg. Sec 2010, dove si fa espresso richiamo al problema dei debiti impliciti derivanti dai contratti di PPP. A tale fine per le registrazioni contabili dei PPP si suggeriscono modalità tipiche dei *leasing*, v. All. A cap. 20, punto 20.289 e punto 20.131. L'importanza di un'appropriata contabilizzazione dei PPP è stata affermata da J. Guthrie, C. Humprey, L.R. Jones and O. Olson, *International public managment financial reform: progress, contraddictions anch challenges*, Greenwich, Information age, 2005; D. Gremsey, M.K. Lewis, *Are public Private Partnership value for money? Evaluating alternative approches and comparing accademic and practioner views*, Acocunting Forum, 2005, 29, p. 345 ss. È stato inoltre osservato che le amministrazioni pubbliche sono incentivate all'utilizzo di forme di partenariato, quali il *project financing*, non in ragione dell'effettiva convenienza economica dell'operazione, quanto piuttosto per i benefici ottenibili in termini di rispetto dei vincoli posti dalla normativa europea e nazionale in materia di debito pubblico, si v, in questo senso D. Hall, *PPPs in the Eu – a critical appraisal*, presentato al Aspe conference, october-november 2008; P. Robinson, J. Hawksworth, J. Broabment, R. Laughilin, C. Haslam, *The private finance Initiative.*

concreto l'operazione negoziale.

L'art. 3, comma 17 della l. n.350/2003 non contempla i contratti di partenariato pubblico privato tra le forme di indebitamento degli Enti locali; ciò non ha impedito alla giurisprudenza contabile di qualificare in termini di indebitamento operazioni di ingegneria negoziale e finanziaria, poste in essere dagli enti suddetti e riconducibili al *genus* dei PPP.

In materia di partenariato pubblico privato, l'impostazione tradizionalmente seguita dalla giurisprudenza contabile - a partire dalla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 con la quale sono state fornite indicazioni per il trattamento nei conti economici nazionali delle tipologie di partenariato pubblico-privato[63] - è stata quella secondo cui l'art. 3, comma 17 della legge n.350/2003, pur non contemplando formalmente i contratti di partenariato pubblico privato nell'elenco delle forme di indebitamento, non escluderebbe che simili operazioni possano essere ricomprese nella locuzione (ivi contenuta) "assunzione di mutui", tutte le volte che attraverso tali contratti l'Ente territoriale non si limiti a vincolare e destinare in via continuativa una parte delle risorse disponibili per pagare i canoni di locazione, ma assuma su di sé i rischi inerenti l'esecuzione dell'opera e quelli relativi alla sua gestione[64]. In simili casi, l'operazione, pur

Saviour, Villian or irrelevance?, Institute for Public policy research, 2009, reperibile al sito www.ippr.org.uk.

[63] Il riferimento è alla decisione Eurostat *Treatment of public private partnership,* 11.2.2004, n.18, ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/2041337/Treatment+of+PPPs.pdf, con la quale l'Autorità ha fornito indicazioni per il trattamento nei conti economici nazionali delle tipologie di partenariato pubblico-privato. Secondo la decisione Eurostat, i beni oggetto di tali operazioni non devono essere registrati nei conti delle pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, soltanto se vi è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata; ciò avviene quando il soggetto privato assume il rischio di costruzione, nonché almeno uno dei due rischi di disponibilità o di domanda. In dottrina è stato sottolineato che la decisione ha contribuito a chiarire che il beneficio delle operazioni di PPP non può risiedere nel più vantaggioso trattamento contabile, E. Iossa, F. Antellini Russo, *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, Riv. Poli. Ec., 2008, 5-6, p. 125 ss. Altra parte della dottrina rileva tuttavia che il criterio dei "rischi benefici" non è idoneo ad assicurare una trasparente contabilizzazione di queste operazioni in quanto eccessivamente generico: in tal senso, cfr. L. Martiniello, *La contabilizzazione on-off balance delle opere pubbliche realizzate in concessione*, in Az. Pubbl., 2011, 1, p. 47. La portata di un'erronea classificazione in bilancio delle operazioni di PPP è immediatamente percepibile se si pensa che l'Ungheria nel 2005 ha contabilizzato come *off balance* un PPP volto alla realizzazione di un'autostrada, riuscendo conseguentemente a rispettare i parametri di indebitamento europei; successivamente Eurostat ha riclassificato l'operazione *on balance* e ciò comportò la bocciatura dell'Ungheria nell'accesso all'area euro.

[64] Corte dei Conti, Sez. Riun., n.49/2011, *cit.* resa in materia di *leasing in costruendo*

formalmente denominata come partenariato, avrebbe in sostanza natura di finanziamento, con conseguente obbligo di inserimento nel calcolo del disavanzo e del debito nazionale[65].

6.2. *La contabilizzazione dei contratti di PPP*

Il trattamento contabile delle operazioni in commento è oggetto di una crescente attenzione in sede europea. I punti da 20.276 a 20.290 del regolamento n.549/2013 (Sec 2010), contenuti nel capitolo 209 dedicato ai "*conti delle pubbliche amministrazioni*", forniscono i criteri funzionali alla contabilizzazione dei PPP; essi devono essere integrati con le indicazioni contenute nel *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 di Eurostat* (2016), paragrafo VI.4, con cui l'Eurostat ha fornito nuovi principi, nonché ribadito che la classificazione delle operazioni di PPP a carico della contabilità nazionale o del settore privato dipende dalle modalità di allocazione dei rischi contrattuali tra le parti; segnatamente, l'amministrazione per poter contabilizzare "off balance" gli asset oggetto dell'operazione deve fornire una chiara dimostrazione dell'allocazione al privato del rischio di costruzione e almeno di uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda)[66].

secondo cui "*L'assunzione dell'obbligo del pagamento del canone … rientra a pieno titolo nella nozione di indebitamento*" e "*la relativa quota di interessi incide sul limite di indebitamento stabilito dall'articolo 204 del d.lgs. 267/2000*".

[65] Corte dei Conti, Sez. Riun., deliberazione del 16.09.2011 n.49/CONTR/2011, in www.cortedeconti.it.

[66] Come osservato dall'Anac nelle Linee Guida recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*", "*ciò che caratterizza un contratto di PPP, differenziandolo dal contratto d'appalto, è la ripartizione del rischio tra amministrazione e operatore economico. Nell'esecuzione del contratto d'appalto quest'ultimo sopporta il rischio di costruzione, ovvero il rischio imprenditoriale derivante dall'errata valutazione dei costi di costruzione, da una cattiva gestione degli stessi, da inadempimenti contrattuali di fornitori o subappaltatori o da cause di forza maggiore. Nei contratti di PPP, invece, al rischio proprio dell'appalto si aggiunge il rischio operativo legato alla gestione dei lavori o servizi, cioè la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione e, quindi, di subire perdite derivanti da squilibri che si possono generare sia dal lato della domanda (ad esempio, una domanda di mercato inferiore a quella prevista), sia dal lato dell'offerta (la fornitura di servizi non in linea con la domanda di mercato). Nei contratti di PPP la parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare, in altri termini, una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita subita dallo stesso non sia puramente nominale o trascurabile oppure all'incapacità di fornire, con continuità, l'opera alle condizioni previste nei documenti contrattuali, sopportando le perdite legate al mancato riconoscimento del canone. Pertanto, è*

Il capitolo 15.41 del Sec 2010 detta una disciplina dei contratti di partenariato pubblico-privato, definendoli negozi a lungo termine, stipulati tra due unità, sulla base dei quali una prima acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo e le cede a una seconda, con la puntualizzazione che le amministrazioni pubbliche possono stipulare contratti di PPP per molteplici motivi, come ad esempio l'obiettivo di una produzione più efficiente, l'accesso ad un ventaglio più ampio di fonti di finanziamento o la riduzione dell'indebitamento. Per quanto riguarda la "*proprietà economica e allocazione dei beni*" (par. 20.283), il regolamento europeo precisa che "*il proprietario economico del bene in un PPP si determina valutando quale unità sopporta la maggio parte dei rischi e quale unità dovrebbe ricevere la maggior parte dei benefici derivanti dai beni*".

Il criterio richiamato dalla disciplina europea ai fini della corretta registrazione contabile dei contratti di PPP è quello che fa leva sull'allocazione

necessario, sia per prevenire il contenzioso che per evitare un'allocazione solo formale dei rischi al privato, che i rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP siano chiaramente identificati, valutati e posti in capo al soggetto più in grado di farsene carico, fermo restando che l'operatore economico ne dovrà sopportare la maggioranza". Analoga definizione è contenuta nella UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships, gennaio 2020, approvata con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 184/73 del 18 dicembre 2019: *"… the term "Public Private Partnership" (PPP) is used in practice to refer to a wide variety of contractual arrangements or joint ventures through which the public and private sector cooperate towards a common purpose … The Guide uses the term PPPs to specically refer to long-term arrangements between public authorities and private entities contributing to the private financing of public infrastructure in the broad sense. PPPs are not a special new category of Government contracts. In fact, PPPs may use various well-known contractual structures (leases, concessions, services contracts, turnkey contracts, design-build- nance-operate contracts). PPP arrangements covered by the Guide may be divided into two broad categories. Firstly, the Guide covers PPPs in which the private partner operates the infrastructure and charges a price to the public under a licence or "concession" (see para. 18) issued by the Government (also known as "concession-PPPs"). Secondly, the Guide covers PPPs in which the private partner undertakes some work in connection with an infrastructure or facility (ranging from design and construction, renovation, expan- sion, maintenance or management, any contribution thereof) or services system (information or telecommunication, customer services) but does not charge any fees directly to the public, receiving instead payments from the contracting author- ity or other governmental agency ("non-concession PPPs"). This situation resembles what in some legal systems is known as "partnership for infrastructure" or "partnership contract", an innovative arrangement that allows for work or services to be procured against payment over the life of the contract, without upfront commitment of public funds. Under these arrangements, the private partner typically undertakes the financing and the construction of an infrastructure facility and transfers it after completion to the contracting authority or its designee. This arrangement is most often used for construction of a facility to host a public service provided directly by the contracting authority, whereas the private partner remains responsible for the operation and maintenance of the facility for the entire duration of the PPP agreement."*

del rischio di:

a) costruzione (superamento dei costi, possibilità di costi aggiuntivi derivanti da ritardi, rischi ambientali o di altro tipo che impongano altri pagamenti, ecc.);
b) disponibilità (costi aggiuntivi di manutenzione, pagamento di penali se volume o qualità dei servizi non rispettano standard specificati nel contratto, ecc.);
c) domanda (superiore o inferiore al previsto); nonché
d) sul valore residuo e obsolescenza (valore del bene, alla fine del contratto, inferiore a quello atteso, obbligo o facoltà di riscattare il bene, etc.); e
e) sull'esistenza di finanziamenti o di garanzie da parte del concedente o di clausole di risoluzione.

Più nel dettaglio, il capitolo 20.284 del Regolamento UE n.549/2013 stabilisce che la proprietà economica spetta all'operatore privato se il rischio di costruzione ed uno fra domanda o disponibilità sono stati effettivamente trasferiti.

Se ne ricava che, secondo il Sec 2010, solo se i rischi di un contratto di PPP sono prevalentemente allocati in capo alla pubblica amministrazione, il bene va iscritto nei suoi conti patrimoniali (in quanto ne è considerata "proprietaria economica") e i pagamenti inerenti al contratto (per esempio, il canone di locazione nel *leasing* immobiliare) costituiscono servizio del debito[67]. Da qui la matrice sostanziale del sistema europeo dei conti che impone di riclassificare le operazioni negoziali in funzione della loro finalità economica. Ad esempio, il *leasing* finanziario viene assimilato ad una vendita a rate, se il canone costituisce un pagamento frazionato finalizzato all'acquisto (operazione qualificata dal Sec 2010 come "*leasing* operativo"). La stessa matrice sostanziale presiede la tesi secondo cui i contratti di partenariato pubblico privato costituiscono "indebitamento", solo nella misura in cui l'allocazione dei rischi tipizzati (di costruzione ed uno fra disponibilità e domanda), in base alle clausole del contratto, sia prevalentemente posta a carico dell'amministrazione. Se per converso i rischi contrattuali sono correttamente allocati in capo all'operatore economico privato, in aderenza alle decisioni Eurostat, l'operazione non va qualificata in termini di indebitamento.

Le disposizioni normative richiamate non contemplano regole o classificazioni giuridiche, bensì indicatori costruiti secondo criteri contabili in funzione dell'esigenza di riclassificare operazioni che nei singoli Paesi

[67] Corte dei Conti, Sez. reg. contr., Lombardia, 1.3.2017, n.36 in www.cortedeiconti.it.

possono avere valore giuridico e contabile potenzialmente differenti, per rendere i dati comparabili e, in ultimo, ai fini della valutazione del rispetto dei parametri del disavanzo e del debito pubblico.

La richiamata disciplina di matrice europea - che assolve a finalità eminentemente statistiche e che trova applicazione in sede di elaborazione dei dati da parte dell'ordinamento in funzione della trasmissione all'Ue con riferimento alle operazioni poste in essere da tutte le entità riconducibili nella definizione europea di "pubblica amministrazione" ai fini del regolamento Sec 2010 - ha assunto, per effetto della elaborazione pretoria, una particolare rilevanza per quanto concerne le amministrazioni locali.

Più chiaramente, i criteri di matrice europea, sono stati progressivamente assunti dal giudice contabile a parametri per la qualificazione giuridica delle operazioni poste in essere dagli enti locali come "indebitamento" ai sensi della l. 350/2003. Da una simile qualificazione giuridica discendono conseguenze quanto al regime applicabile a simili fattispecie: se un contratto di partenariato pubblico privato viene ritenuto equivalente ad una "assunzione di un mutuo", allora esso soggiace ai limiti sostanziali, procedurali, quantitativi stabiliti dalla conferente normativa in materia di indebitamento degli Enti locali nonché al relativo regime sanzionatorio. I criteri per la qualificazione dell'operazione come indebitamento non sono però fissati dal legislatore, ma dipendono da fonti europee che contemplano criteri economico-statistici, per loro natura sostanziali e variabili, applicati secondo un approccio altrettanto sostanziale dalla giurisprudenza contabile; detti criteri, non previsti da una fonte primaria, finiscono per integrare i limiti alla capacità di indebitamento delle p.a. e alla loro formalmente riconosciuta autonomia finanziaria, erodendone spazi.

6.3. *Il rapporto tra le qualificazioni giuridiche contenute nel Codice dei Contratti pubblici e nella legge n.350/2003*

Un ulteriore profilo da analizzare è quello della potenziale interferenza della disciplina contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n.50/2016 e ss. mm. e ii.)[68] con la nozione di indebitamento, atteso che

[68] In dottrina cfr., a mero titolo esemplificativo, R. Cori e I. Paradisi, *I contratti di concessione e il Partenariato pubblico privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in App. & contr., 2017, 6, p. 36 ss.; V. Giannotti, *La corretta contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato e la rilevanza sul pareggio di bilancio*, in Azienditalia, 2017, 5, p. 483 ss.; *Id*, *Il partenariato pubblico privato e la contabilizzazione del diritto di superficie*, *ivi*, 2016, 11, p. 1007 ss.; V. Sessa, *Il Partenariato Pubblico*

all'art. 3, comma 1, lett. eee) del Codice dei Contratti Pubblici viene previsto che, "*fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat*".

La norma richiama espressamente le decisioni Eurostat con l'inciso - aggiunto dal decreto legislativo correttivo (d.lgs. n.56/2017) - "*per i soli profili di tutela della finanza pubblica*".

Tale inciso non escluderebbe, per un verso, che operazioni concluse sotto la definizione di PPP possano essere qualificate come indebitamento; per altro verso, la scelta sembrerebbe volta a chiarire che l'applicazione dei criteri declinati nelle decisioni dell'Eurostat concerne i soli profili di contabilità pubblica, non incidendo invece sulla definizione contrattuale del PPP (per la quale rilevano i criteri giuridici definiti dal Codice dei Contratti pubblici in recepimento delle Direttive europee).

Un simile richiamo comporta anche che, nel valutare l'incidenza "*on balance*" o "*off balance*" di un contratto di partenariato si debba fare riferimento ai criteri economico statistici declinati in sede sovranazionale: ciò implica a sua volta un certo margine di apprezzamento sulla portata sostanziale e sugli effetti dell'operazione, coerentemente all'approccio di matrice sovranazionale secondo cui ciò che rileva non è il *nomen iuris* delle operazioni poste in essere, quanto l'incidenza che esse hanno sui saldi di bilancio (declinata in maniera uniforme secondo gli indici statistici Sec 2010)[69].

Nella definizione di contratto di partenariato pubblico privato contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici di cui all'art. 3, comma 1, lettera eee), l'assunzione del rischio a carico dell'operatore economico privato pare assurgere ad elemento caratterizzante la fattispecie di cui trattasi: la norma dispone infatti che, per contratto di partenariato pubblico privato, si intende "*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione*

Privato, in Giustamm.it, 2016, 7, p. 1 ss.; F. Di Cristina, *Il partenariato pubblico privato quale 'archetipo generale' [Il nuovo codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50],* in Giorn. Dir. Amm., 2016, 4, p. 482 ss.

[69] Sul tema, cfr. Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 13.6.2017, n.15, in http://www.pppitalia.it/wp-content/uploads/2019/04/N.15-SEZAUT-2017-QMIG.pdf.

di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

All'interno di questa categoria giuridica generale sono da ricondurre sia le fattispecie contrattuali declinate in via esemplificativa al comma 8 dell'art.180 (finanza di progetto, concessione di costruzione e gestione, concessione di servizi, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità), sia le altre fattispecie atipiche rientranti nella formula aperta (qualsiasi "*altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche descritte nell'art. 180*"). Muovendo dalla definizione generale di contratto di partenariato pubblico privato, il minimo comune denominatore sembra essere costituito dal trasferimento in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera (art. 180, comma 3).

Dalla lettura delle norme citate emergono quindi un complesso di elementi qualificanti i contratti di PPP, che contribuiscono a delineare una sorta di schema legale tipico[70], connotato dall'assunzione del rischio in capo al privato, in mancanza del quale l'operazione dal punto di vista giuridico perderebbe la qualificazione in termini di contratto di partenariato pubblico privato e, dal punto di vista contabile, dovrebbe essere riclassificato come indebitamento.

Le conseguenze di una simile riqualificazione dell'operazione negoziale sembrano del tutto peculiari quando l'operazione sia realizzata da un'amministrazione locale. Ciò dipende dal particolare regime nazionale quanto alla materia dell'indebitamento delle amministrazioni locali: sembra paventabile che, laddove l'ente abbia posto in essere l'operazione nonostante sin dall'inizio versasse in una situazione di incapacità di indebitamento, il contratto avrebbe natura elusiva delle norme in materia di finanza pubblica; esso, sarebbe quindi nullo ai sensi del comma 480 della legge finanziaria 2017, secondo cui "*i contratti elusivi delle regole di cui ai commi da 463 a 484 sono nulli*"; laddove invece l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto contabilizzare on balance l'operazione sin dall'inizio, la circostanza che non si sia stata seguita la procedura di gara richiesta dal Codice per l'aggiudicazione di quel contratto sembra recedere a mera irregolarità, come tale non idonea a cagionare effetti sul contratto, ferma restando la necessità di riclassificare l'operazione dal punto di vista contabile.

[70] Su cui si v. C. Contessa, *PPPC: modello generale*, in Trattato sui contratti pubblici, Vol. V, M. A. Sandulli e R. De Nictolis (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss.

6.3.1. *Il caso del* leasing *finanziario*

Tra le questioni problematiche afferenti al rapporto tra il Codice dei contratti pubblici e la normativa sull'indebitamento degli Enti locali, vi è quella relativa all'art. 3, comma 17 della legge n.350 del 2003, secondo cui il contratto di *leasing* finanziario stipulato dalle amministrazioni territoriali (coerentemente a quanto previsto dal par. 3.25 del principio contabile concernente la contabilità finanziaria (All. 4.2. al d.lgs. n.118/2011) costituisce una forma di indebitamento e soggiace ai relativi limiti e al relativo regime giuridico.

Il d.lgs. n.126 del 2014 - che ha modificato contestualmente il d.lgs. n.118 del 2011 e la l. n.350/2003 - ha: da una parte, aggiunto - all'elenco delle operazioni qualificate come "indebitamento" dall'art. 3, comma 17 della legge da ultimo menzionata - anche quelle di "*leasing* finanziario" stipulate dal 1° gennaio 2015"; dall'altra, modificato il principio contabile concernente la contabilità finanziaria (Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2001) che, al punto 3.25, dispone oggi quanto segue:

"a) il leasing *finanziario e i contratti assimilati (*leasing *immobiliare,* leasing in costruendo*,* sale and lease-back*, ecc.) sono contratti di finanziamento;*

b) ai sensi di quanto previsto dall'art. 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003, le operazioni di leasing *finanziario costituiscono indebitamento;*

c) per il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, come previsto dal SEC 95, dallo IAS 17 e dalla giurisprudenza consolidata, il leasing *finanziario ed i contratti assimilati costituiscono debito che finanzia l'investimento;*

d) il leasing *finanziario e le operazioni assimilate, sono registrate con le medesime scritture utilizzate per gli investimenti finanziati da debito, secondo il c.d. metodo finanziario al fine di rilevare sostanzialmente che l'ente si sta indebitando per acquisire un bene".*

Il *leasing* finanziario è però anche riconducibile al modello del contratto di PPP di locazione finanziaria di opere pubbliche disciplinato dagli artt. 3, comma 1, lett. eee), nn. 180 e 187 del d.lgs. n.50/2016.

Si pone allora un problema di coordinamento tra le anzidette norme, nel senso che non appare chiaro se il contratto di PPP di locazione finanziaria di opere pubbliche debba essere considerato come forma di indebitamento a prescindere dalla verifica in concreto della prevalente allocazione dei rischi alla p.a. locataria (come parrebbe disposto dalla legge n.350/2003), oppure debba soggiacere ex art. 3 co. 1 lett. eee) del d.lgs.n.50/2016 e ss. mm. e ii., alla valutazione sostanziale dipendente dall'applicazione dei criteri enucleati nelle decisioni Eurostat richiamate dal Codice dei Contratti Pubblici stesso[71].

[71] La questione di massima è stata sottoposta al Presidente della Corte dei Conti ai sensi

Prima della novella legislativa, la giurisprudenza contabile si era espressa circa la configurabilità delle menzionate operazioni di *leasing* come fonte di indebitamento, concludendo - in applicazione dei criteri esplicitati da Eurostat che, come visto, pongono l'accento in un'ottica sostanziale sul soggetto in cui incombono i rischi dell'operazione - per la qualificazione delle stesse in termini di operazioni con le quali l'ente si sta indebitando per acquisire un bene o un servizio tutte le volte che esso assume su di sé il rischio della relativa operazione[72]; viceversa, laddove il rischio ricada sulla parte pubblica, il contratto non assumerebbe natura di debito per il soggetto pubblico.

La questione del rapporto tra i due plessi normativi è stata deferita dalla sezione regione di controllo per la Lombardia[73] alle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, che si sono pronunciate con la decisione n.15 del 23 giugno 2017.

Secondo le Sezioni riunite, la modifica della l. n.350/2003 avrebbe introdotto una presunzione *iuris et de iure* in ordine alla riconduzione del *leasing* finanziario fra i contratti di finanziamento. Tuttavia, i rapporti negoziali definibili come *leasing* finanziario, costituiscono forme atipiche di contratti che, nella materia della contrattualistica pubblica, integrano una procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi. Queste ultime sono state sistematizzate nel Codice dei contratti pubblici che - all'art. 3, comma 1, lett. eee) e all'art. 180 del d.lgs. n.50/2016 – prevede, quale

dell'art. 17 co. 31, del d.l. n.174/2012, conv. in legge n.213/2012, dalla Corte dei Conti Sez. Reg. Contr. Lombardia 36, 1.3.2017, in www.cortedeiconti.it.

[72] La Corte dei Conti, Sez. Riun., con deliberazione n. 49/CONTR/2011, ha ritenuto, tra l'altro, che:

- l'art. 3, comma 17, l. n.350/2003, prima della modifica introdotta con l'art. 75 del d.lgs. n.118/2011, con l'espressione "assunzione di mutui" volesse ricomprendere le diverse fattispecie nelle quali si fa ricorso a finanziamenti e, quindi, anche lo schema del contratto misto cui è riferibile il *leasing* immobiliare *in costruendo*;
- i canoni possono essere considerati come spesa di investimento, laddove sia prevista la facoltà di riscatto;
- poiché il *leasing* immobiliare *in costruendo* è una modalità di realizzazione di infrastrutture pubbliche secondo schemi di partenariato pubblico-privato, l'amministrazione è tenuta a verificare la sussistenza, oltre che delle condizioni formali e sostanziali per l'accesso al *leasing*, anche di tali criteri. Ciò al fine di stabilire i connotati dell'operazione e valutarne la complessiva convenienza. La finalità dei criteri dettati da Eurostat è comunque quella di evidenziare le componenti dell'indebitamento della pubblica amministrazione. In tal modo, peraltro, è anche possibile trarre elementi per porre in essere i test di convenienza tecnico-economica e scongiurare eventuali elusioni dei vincoli di finanza pubblica; d'altronde, prima di ricorrere al *leasing* immobiliare *in costruendo*, l'ente deve effettuare approfondite valutazioni in termini di analisi costi-benefici.

[73] Corte dei Conti, sez. reg. contr., Lombardia, delibera 1.2.2017, n.36.

elemento connotante la fattispecie, il trasferimento del rischio in capo all'operatore privato. Con riferimento quindi alle operazioni di *leasing* pubblico ascrivibili al *genus* dei PPP, secondo la decisione in commento, la presunzione di cui alla legge n.350/2003 in ordine alla qualificazione dell'operazione come indebitamento subirebbe una mutazione genetica, trasformandosi da presunzione *iuris et de iure* a presunzione *iuris tantum*, con conseguente onere in capo all'amministrazione di dimostrare la corretta allocazione dei rischi in capo al soggetto privato.

7. *La commistione tra criteri economici e qualificazioni sostanziali e i conseguenti limiti all'autonomia finanziaria*

L'analisi del complesso delle limitazioni alla capacità di reperimento di risorse da parte degli enti territoriali dimostrano una sostanziale dipendenza degli stessi dall'ente di governo superiore, alla quale tuttavia non fa da contraltare una garanzia "dall'alto" delle risorse necessarie per l'espletamento delle funzioni degli enti sub-statali. Il sistema così delineato sembra scontare quindi una contraddizione di fondo: nega nella sostanza il modello della finanza autonoma (che postula un certo margine di libertà nel reperimento delle risorse e nella gestione delle spese), attraverso la previsione di un complesso di meccanismi di controllo, di vincoli e di limitazioni qualitative, quantitative e teleologiche (che afferiscono tipicamente al modello della finanza fondata sull'intermediazione statale), senza assicurare meccanismi di "compensazione" volti a garantire l'espletamento delle funzioni pubbliche, che restano a loro volta di fatto invariate.

L'esigenza per gli enti territoriali di reperire risorse in una fase di ristrettezze economiche e limitazioni alla propria capacità di ricorrere al mercato dei capitali costituiscono le ragioni storiche dell'utilizzo, nella prassi, di strumenti di ingegneria contrattuale e finanziaria ai fini del reperimento delle risorse necessarie all'implementazione di servizi e funzioni. Il ricorso ai predetti strumenti, che trova il proprio fondamento teorico nella capacità giuridica di diritto privato delle p.a. e nel riconoscimento della loro autonomia finanziaria, offre potenzialmente strade alternative quanto al reperimento delle risorse necessarie alla invariata domanda di servizi pubblici.

La diffusione tra le pubbliche amministrazioni territoriali del ricorso ad operazioni, quali i derivati finanziari, le cartolarizzazioni, le garanzie pubbliche, il *leasing finanziario*, il *project financing*, ha indotto l'ordinamento

nazionale - sollecitato dalla progressiva attenzione in sede europea con riferimento a tali operazioni in considerazione degli effetti potenziali sui bilanci delle pubbliche amministrazioni - a intervenire attraverso l'ampliamento dell'elenco delle operazioni che costituiscono *ex lege* indebitamento, contestualmente modificando i criteri contabili di relativa allocazione in bilancio. Ne è scaturita una legislazione che, attraverso una aprioristica qualificazione in termini di indebitamento di operazioni sorte nella prassi negoziale e finanziaria che non sono ontologicamente tali, mira di fatto ad arginarne l'utilizzo da parte delle amministrazioni territoriali.

A fronte di tali interventi normativi, si pongono diversi interrogativi che involgono la *ratio* delle scelte del legislatore, nonché la loro compatibilità con il principio di autonomia finanziaria degli enti territoriali, costituzionalmente garantita.

Quanto al primo profilo, occorre indagare il rapporto che si pone tra la normativa di fonte europea, ossia il sistema europeo dei conti nazionali, e quella interna in materia di armonizzazione dei bilanci e di indebitamento degli Enti locali. La questione rileva in quanto la novella legislativa che ha ampliato l'elenco delle forme di indebitamento - come evincibile dalla relazione illustrativa al d.lgs. n.126/2014 nella quale si legge che "*l'articolo 75, adegua la disciplina dell'indebitamento, prevista per gli enti territoriali dall'articolo 3 della legge 24 dicembre 2003, n. 350, alle norme europee, con particolare riferimento alle disposizioni riguardanti il leasing finanziario, le cartolarizzazioni e l'escussione delle garanzie*"- è ispirata dalle norme europee contenute nel regolamento Ue n.549/2013 (e dai relativi atti applicativi ivi comprese le decisioni dell'Eurostat).

Nel regolamento europeo, come visto, per un verso, è individuato, sotto il profilo soggettivo, il settore delle pubbliche amministrazioni; al contempo, sotto il profilo oggettivo, nell'ambito del capitolo dedicato alle p.a., sono enucleati i criteri economico-statistici ai fini della allocazione in bilancio di particolari operazioni (*leasing* finanziario, partenariato pubblico-privato, garanzie, cartolarizzazioni). I criteri di matrice europea sono elaborati ai soli fini dell'armonizzazione del trattamento contabile delle operazioni negoziali e finanziarie realizzate dalle p.a. negli Stati membri; essi rispondo a finalità statistiche e di applicazione, secondo parametri uniformi, della procedura sul disavanzo pubblico eccessivo.

La volontà del legislatore di allineare la normativa nazionale ai parametri europei si è tradotta - sul piano giuridico domestico - nella limitazione del ricorso, per effetto della loro qualificazione giuridica come forme di indebitamento, a strumenti che non costituiscono ontologicamente

indebitamento; detti strumenti, nella logica europea, sono trattati secondo un approccio sostanzialistico che, come tale, postula una indagine in concreto che dovrebbe rifuggire da rigide qualificazioni giuridiche. Gli effetti che discendono dalla opzione a cui ha acceduto il legislatore nazionale, sembrano pertanto del tutto stravaganti rispetto alla *ratio* e all'ambito applicativo della normativa sovranazionale, che pur ne costituisce la matrice storica.

Quanto al secondo profilo, l'autonomia di entrata e di spesa postula, unitamente alla generale capacità di diritto privato delle amministrazioni sub-statali, il riconoscimento della possibilità di ricorrere al mercato dei capitali e di utilizzare strumenti di ingegneria finanziaria e contrattuale offerti dal mercato. Ciò non significa che il legislatore nazionale, cui spetta di assicurare il coordinamento in materia di finanza pubblica, non possa introdurre limitazioni a una simile autonomia, ma si pone certamente un problema in ordine alla loro misura, che non dovrebbe essere tale da comprimere il nucleo minimo dell'autonomia finanziaria riconosciuta.

Inoltre, ogni intervento normativo deve essere coerente ai limiti di ragionevolezza e proporzionalità. Ci si chiede, sotto tale profilo, se sia sufficiente un'interposizione legislativa purchessia, per ritenere che una operazione negoziale, sebbene non costituisca ontologicamente indebitamento, sia qualificabile come tale o se, almeno tutte le volte che una simile qualificazione incida su uno spazio di autonomia costituzionalmente assicurata, essa debba ritenersi astretta dal rispetto della natura propria delle operazioni cui si riferisce.[74]

[74] Il problema in esame si pone, in particolare, con riferimento alle cartolarizzazioni e alle operazioni di *leasing* finanziario, che sono indicate *tout court* come indebitamento nella legislazione di riferimento, escludendo apprezzamenti in concreto.

Capitolo V

La giurisdizione sugli interessi finanziari e sul debito delle pubbliche amministrazioni

Sez. I – L'effettività degli interessi finanziari

Sommario: 1. La tutela giurisdizionale a garanzia dell'effettività delle regole di sana e prudente gestione finanziaria – 2. Posizioni giuridiche soggettive e interesse finanziario: riflessioni sulla sua natura di interesse "ordinamentale" – 3. La giurisdizione amministrativa sulle scelte finanziaria della pubblica amministrazione – 4. La Corte dei Conti come grimaldello per la legalità finanziaria – 4.1. La riscoperta della natura "giurisdizionale" del controllo sui bilanci esercitato dalla Corte dei Conti.

1. *La tutela giurisdizionale a garanzia dell'effettività delle regole di sana e prudente gestione finanziaria*

Un'analisi dei paradigmi giuridici dei vincoli al bilancio e al debito delle pubbliche amministrazioni sarebbe incompleta se non si affrontasse il tema, necessariamente correlato, delle tecniche di tutela giurisdizionale a garanzia dell'effettività delle regole di finanza pubblica; come argomentato nel presente lavoro, le predette regole concorrono all'attuale definizione dei limiti all'esercizio della funzione legislativa nonché, per effetto del comma 1 dell'art. 97 Cost., oltre che dell'art. 119 Cost. relativo agli enti territoriali, di quella amministrativa.

A tale riguardo si evidenzia che, se è vero che tradizionalmente le scelte finanziarie sono state considerate espressione di discrezionalità essenzialmente politica[1], la riforma costituzionale n.1 del 2012 e il conferente apparato normativo di attuazione, oltre ad aver individuato nuovi limiti all'esercizio discrezionale (o meglio di discrezionalità politica) della funzione legislativa (come significativamente dimostrato dalle dimensioni assunte

[1] In questo senso, A. Carosi, *Il sindacato sugli atti di natura finanziaria tra Corte Costituzionale e magistrature superiori*, *op. cit.*, p. 103.

dal contenzioso costituzionale che involge le scelte finanziarie), ha altresì coinvolto l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni.

Tale ultimo profilo, induce a valutare se le previsioni normative finanziarie che si rivolgono alle p.a. possano o meno costituire nuovi parametri di legittimità dell'azione pubblica e se e attraverso quali mezzi e strumenti, possa emergere nel nostro ordinamento la giuridicità di tali nuovi parametri, tenendo conto che l'effettività delle norme si misura proprio nell'individuazione di forme di controllo e garanzia, anzitutto giurisdizionale. A questo proposito si deve osservare che, mentre l'art. 81 della Costituzione si rivolge al bilancio statale prescrivendone la conformità alla regola dell'equilibrio e contestualmente codificando il principio generale di sostenibilità del debito pubblico, diversamente gli artt. 97 e 119 Cost. si rivolgono ai bilanci delle pubbliche amministrazioni vincolandole formalmente, nella loro organizzazione e azione, alla conformità a quelle regole.

L'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico, come precetti espressi nell'art. 97 Cost. hanno i caratteri di principi generali[2]; essi richiedono, pertanto, la mediazione di altre fonti per la declinazione puntuale del loro contenuto. Simili principi generali sono inverati, in effetti, in molteplici previsioni normative: si pensi alla legge n.243/2012 di attuazione del comma 6 dell'art. 81 Cost, oppure, oltre ovviamente alle regole sul contenimento della spesa pubblica, a quelle relative ai bilanci degli enti locali e alla loro capacità di indebitamento e al relativo apparato sanzionatorio; si pensi ancora alle norme sull'armonizzazione contabile, la cui matrice sostanziale (e non solo tecnica) emerge in combinato disposto a quelle concernenti la qualificazione di operazioni finanziarie o negoziali come indebitamento, secondo i criteri statistici sovranazionali.

Ebbene, seppur frammentato e talvolta di difficile ricomposizione ad unità, un simile apparato di previsioni normative costituisce il concreto sviluppo dei principi costituzionali sulla prudente e sana gestione delle risorse pubbliche. Non v'è dubbio che dette regole siano preposte alla tutela di un interesse dello Stato particolarmente sensibile, ossia quello finanziario; più difficile però è identificare le modalità attraverso le quali, al di là della previsione di una molteplicità di norme settoriali, un simile sotteso interesse possa trovare tutela di fronte ad un organo giurisdizionale.

Il preliminare profilo problematico che ci si propone di affrontare attiene proprio alla natura giuridica degli interessi sottesi alle rinnovate regole di finanza pubblica; il tema sostanziale della natura degli interessi è difatti intimamente correlato (anzi ne costituisce l'indispensabile premessa) a

[2] In questi termini, di recente, Corte Cost. n. 18/2019, *cit.*

quello della individuazione delle confacenti tecniche di tutela giurisdizionale. Il ragionamento che si intende condurre passa attraverso un'analisi dei seguenti temi:

- se gli interessi sottesi alle nuove regole di finanza pubblica assurgano o meno a posizione giuridiche qualificate e differenziate;
- difronte a quale giudice detti interessi possano trovare una modalità di controllo e di tutela giurisdizionale;
- quali siano le tecniche di tutela contemplate nell'ordinamento giuridico con rifermento ai plessi giurisdizionali in cui si articola il nostro sistema e la loro "applicabilità" alla materia in esame.

2. *Posizioni giuridiche soggettive e interesse finanziario: riflessioni sulla sua natura di interesse "ordinamentale"*

L'interesse finanziario ha natura di interesse "qualificato" - in quanto oggetto di tutela nelle norme costituzionali di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, nonché nelle previsioni che ne costituiscono attuazione – e, come tale, esso è in sé un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico; l'interesse finanziario non ha però i connotati dell'interesse differenziato. Se è vero che la qualificazione sostanziale della posizione soggettiva dipende dal grado di configurazione giuridica e di tutela accordato dal legislatore, ebbene, le norme sull'equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni non assurgono ad un livello tale di conformazione da consentire l'emersione di correlate posizioni giuridiche puntuali di diritto/interesse legittimo dei singoli nei confronti dei pubblici poteri, sebbene gravi su questi ultimi il dovere di garantire una gestione oculata delle risorse pubbliche.

A ben vedere tale dovere sembra assumere consistenza non tanto nei rapporti amministrazione/privati[3], bensì in quelli tra i diversi livelli di

[3] La nozione di "*interesse*" come posizione giuridica facente capo ad un soggetto, nella dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo, è stata costruita quale espressione di un rapporto tra un soggetto e un bene della vita rispetto al quale si ha *interesse* (a conseguire/a conservare), così R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, Giuffré, 1962, p. 1. Una simile *relazione* (interesse-bene della vita) non sembra ricorrere nel caso delle regole di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico: l'interesse finanziario non è correlato ad un bene della vita facente capo ad un singolo, quanto piuttosto alla tenuta del sistema ordinamentale nel contesto del sistema sovranazionale di governo dell'economica.

governo[4]: l'interesse finanziario sotteso a dette regole appare difatti come un interesse ascrivibile allo Stato-ordinamento, la cui esigenza di stringente protezione è stata sollecitata da una crisi finanziaria e globale che si è tradotta in una crisi del sistema istituzionale sovranazionale. Se tale è la configurazione dell'interesse sotteso alle regole finanziarie di cui trattasi, allora ne consegue che la sua tutela è per definizione refrattaria al paradigma della giurisdizione soggettiva di cui all'art. 24, art. 103, comma 1 e art. 113 della Costituzionale[5], la quale al più può costituire "l'occasione" per la tutela dell'interesse finanziario (che assurgerebbe ad interesse occasionalmente protetto) ma non il suo oggetto primario.

La tesi merita qualche precisazione.

Analizzando il problema dal punto di vista del rapporto amministrazione/cittadino una prima ipotesi potrebbe darsi nel caso in cui la violazione delle regole di finanza pubblica incida sulla efficienza dei servizi pubblici, legittimando l'esercizio della speciale "azione popolare" ammessa al ricorrere dei presupposti puntualmente declinati dal legislatore; è interessante notare che l'oggetto immediato della tutela non sarebbe costituito dall'interesse finanziario, ma dalla pretesa alla funzionalità dei servizi resi all'utente, avente i connotati dell'interesse diffuso la cui titolarità - seppur non individuabile a priori - appare decifrabile *ex post* in ragione di una certa qualificazione (nella specie quella del fruitore del servizio) ed è suscettibile di tutela giurisdizionale, nelle forme dei meccanismi di tutela soggettiva, a fronte di norme derogatorie rispetto alle ordinarie previsioni sulle condizioni dell'azione. Ciò è confermato dall'analisi dei presupposti di ammissibilità del ricorso in commento: l'azione in materia di efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici prevista dall'art. 1, d.lgs. n. 198 del 2009 – che si propone con ricorso innanzi al Tar contro una pubblica amministrazione (escluse le autorità amministrative

[4] In questo senso, cfr. M. Luciani, *Equilibrio di bilancio e principi fondamentali la prospettiva del controllo di Costituzionalità*, Relazione al Convengo Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, *op. cit.*, p. 39, secondo cui "*la problematica del rispetto dell'art. 81 Cost. "* si pone *"nel confronto tra Stato e autonomie, piuttosto che in quello fra privati e p.a. o privati tra loro*".

[5] La tesi è accolta da A. Martucci di Scarfizzi, *Interessi della collettività e tutela della finanza pubblica: due facce della stessa medaglia*, in La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica, *op.cit.*, pp. 19-28. Secondo la giurisprudenza, il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa ha il carattere di giurisdizione soggettiva e non ammette, un ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge: cfr. *ex multis*, TAR, Roma, sez. II, 3.02.2020, n.1408, in Guida al dir. 2020, 16, p. 105; Cons. Stato, I, 18.12.2019, n. 3182, in Red. Giuffrè, 2019; *Id.* Ad. Plen. 7.4.2011, n.4, in Dir. proc. amm. 2011, 3, p. 1035.

indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali, la Presidenza del Consiglio dei Ministri) o contro un Concessionario di servizio pubblico -, sul piano della legittimazione attiva, è proponibile dal destinatario di una funzione pubblica oppure dall'utente/consumatore di un servizio pubblico, oppure ancora da associazioni o comitati a difesa degli utenti o consumatori. L'azione può essere esercitata in casi di (i) mancata o tardiva emanazione di atti amministrativi generali, obbligatori e non aventi contenuto normativo che dovevano essere emanati dalla pubblica amministrazione obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, (ii) violazione degli obblighi contenuti nelle Carte di Servizi o (iii) violazione di *standards* qualitativi ed economici.

La violazione degli obblighi di bilancio, in quanto idonea a ridondare sugli standard qualitativi ed economici, si presta ad essere fatta valere tramite l'azione appena descritta, esclusivamente con riferimento ai presupposti di ammissibilità sub (iii).

Il presupposto dell'azione è costituito dalla titolarità di diritti omogenei individuali: ed allora essendo dubbia, a parere di chi scrive, la titolarità di un interesse individuale alla gestione prudente ed oculata delle finanze pubbliche, cui sono preposti gli obblighi del comma 1 dell'art. 97 Cost., è chiaro che neanche una tale azione "popolare", quindi derogatoria delle regole sulla legittimazione processuale (correlate alla titolarità di una situazione giuridica puntuale) là dove essa consente la tutela di un interesse c.d. diffuso, è idonea ad assicura tutela diretta all'interesse finanziario[6]. Giova ribadire che l'interesse a cui l'azione popolare in commento è preposta, è quello all'efficienza dei servizi: interesse diverso da quello finanziario che,

[6] Si v., nel senso che il ricorso per l'efficienza della p.a. non crea nuove situazioni giuridiche soggettive, F. Cintioli, *Note sulla class action amministrativa*, in Giustamm.it, 2010; C. Cudia, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si concentra sull'individuo*, *ivi*, 2011. È opportuno rilevare che, per i soli concessionari di pubblici servizi, il legislatore ha previsto anche l'azione di classe di cui alla legge n. 31 del 12 aprile 2019, che entrerà in vigore trascorsi 12 mesi dalla pubblicazione della legge in Gazzetta ufficiale, e dunque il 19 aprile 2020, il quale ha introdotto, a sua volta, il nuovo Titolo VIII-bis, "Dei procedimenti collettivi" nel Libro IV del Codice di Rito. Segnatamente l'art. 840-bis, comma 3 c.p.c. - che fa salve *"le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi"* - stabilisce che l'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Ciò nondimeno, il comma 2 individua, quale presupposto dell'azione, la titolarità di diritti omogenei individuali; valgono pertanto le stesse considerazioni svolte nel testo circa la concreta inutilizzabilità di tale strumento per la tutela primaria dell'interesse finanziario.

semmai, ne costituisce il presupposto.

Una seconda ipotesi ricorre nel caso in cui un atto puntuale adottato dalla p.a. in esecuzione di scelte di programmazione finanziaria compiute a monte (oppure una clausola puntuale contenuta in atti di programmazione finanziaria) contrasti con i parametri di economicità dell'azione pubblica (sotto il profilo finanziario), contestualmente pregiudicando una posizione giuridica del singolo avente la consistenza di posizione differenziata e qualificata. La posizione giuridica che il ricorrente poterebbe dedurre in giudizio (nel rispetto delle condizioni dell'azione, ossia legittimazione attiva e interesse ad agire) non sarebbe, neanche in questo caso, la tutela "dell'interesse" all'equilibrio di bilancio o alla sostenibilità del debito della p.a., bensì quella (diversa) della tutela di una posizione giuridica che si assumerebbe lesa dalle scelte compiute dall'amministrazione in attuazione o in violazione delle regole della sana gestione finanziaria; sicché la tutela "dell'interesse" all'equilibrio di bilancio o alla sostenibilità del debito della p.a., sarebbe in tale caso solo occasionale, cioè oggetto di tutela in quanto di fatto coincidente con la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal privato.

Occorre dare conto di una ipotesi ricostruttiva secondo cui l'interesse finanziario sotteso alle regole costituzionali sui vincoli di bilancio sarebbe ascrivibile alla categoria degli interessi diffusi, facenti capo all'intera collettività[7].

È noto come il problema degli interessi diffusi è storicamente nato per effetto delle difficoltà di individuare mezzi di tutela adeguati a fronte di interessi difficilmente imputabili, sotto il profilo soggettivo a determinati soggetti e sotto il profilo oggettivo, aventi un contenuto "sfuocato"[8], ma comunque, contemplati dall'ordinamento giuridico e, quindi, in sé meritevoli di tutela. L'aporia del sistema è essenzialmente legata alla previsione costituzionale di un sistema giurisdizionale improntato alla tutela soggettiva secondo il paradigma degli artt. 24 e 113 Cost. e alle conseguenti limitazioni processuali, ossia le condizioni di ammissibilità dell'azione, che presuppongono ai fini della proposizione del strumento di tutela la titolarità di una

[7] F. Sucameli, *op. cit.*, p. 9 ss. Pur accedendo alla qualificazione dell'interesse finanziario come interesse diffuso della collettività, l'A. evidenzia però l'insufficienza delle forme di tutela soggettiva dell'interesse finanziario come interesse diffuso, suggerendo un cambio di paradigma verso una giurisdizione di tipo oggettivo, rinvenuta nella Corte dei Conti. In un passaggio sembra poi, inoltre, riconoscere che l'interesse finanziario non sia riducibile *sic et simpliciter* alla categoria degli interessi diffusi, laddove afferma che esso è un interesse "*pervasivo della realtà ordinamentale, ovvero quello alla buona amministrazione della provvista finanziaria necessaria al funzionamento della Repubblica e all'adempimento dei suoi doveri*" (p. 14).

[8] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I, 1990, p. 180.

posizione giuridica differenziata e qualificata nonché la sua concreta lesione[9].

Una simile opzione teorica, tuttavia, non appare pienamente persuasiva.

Se si guarda alla matrice storica delle regole sui vincoli di bilancio nonché alla loro funzionalizzazione, che è quella di disciplinare secondo nuove dinamiche l'articolazione delle responsabilità tra tutti i soggetti pubblici che concorrono con il loro debito alla formazione di quello complessivo dello Stato, emerge che le norme costituzionali sui vincoli di bilancio sono preposte non alla tutela di un interesse della collettività (rispetto al quale quello finanziario ben potrebbe anche essere confliggente), bensì ad un interesse dello Stato, come ordinamento[10].

Che si tratti di un interesse ordinamentale si evince anche dall'analisi, compiuta nel corso della trattazione, dell'apparato normativo di attuazione dei principi costituzionali: si tratta di norme che regolano i rapporti tra i diversi livelli di governo, anche attraverso la previsione di sanzioni applicabili dal livello di governo centrale, nei confronti di quelli territoriali inferiori. Una simile natura di interesse ordinamentale sembra postulare, come si chiarirà *infra*, forme di tutela giurisdizionale di tipo oggettivo, le uniche che ne possano assicurare effettività.

Per gli interessi diffusi, quali ad esempio quello in materia ambientale o anche quella all'efficienza dei servizi pubblici, il problema della loro giuridicità era strettamente connesso all'assenza di modalità di accesso di quell'interesse alla tutela giurisdizionale ordinaria o amministrativa; si è quindi tentato di superare tale ostacolo tramite la *fictio* della soggettivazione della posizione, grazie al meccanismo della imputazione dell'interesse ad un ente esponenziale o categoria rappresentativa, che finisce con il trasformare l'interesse diffuso, adespota, in interesse collettivo azionabile dinanzi al giudice con le forme della tutela soggettiva[11].

---

[9] In dottrina, sulle questioni sostanziali e processuali relative agli interessi diffusi o collettivi, si rinvia per approfondimenti a V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*. *La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p. 39; S. Cassese, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in L. Lanfranchi (a cura di), La tutela degli interessi collettivi e diffusi, Torino, 2003, p. 569; R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi*, in Dig. pub., VIII, Torino, 1993, p. 482.

[10] Nella dottrina statunitense simili interessi sarebbero definiti come *Compelling Governmental Interest,* su cui, a titolo esemplificativo, si v. R.T. Miller, *What is a Compelling Governmental Interest? In Journal of Morality and Markets, (Forthcoming)*, U Iowa Legal Studies Research Paper, 21, 2018, p. 1 ss.

[11] Nel senso che la legittimazione ad agire di enti rappresentativi debba considerarsi come legittimazione soggettiva, rapportabile a quella dei singoli, cfr. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli, F. Francario e M. A. Sandulli (a cura di), Diritto & Società, Quaderni, Ed.

Un simile meccanismo è però solo parzialmente applicabile all'interesse finanziario.

Ed infatti, l'interesse finanziario sembra anzitutto costituire il presupposto logico dei molteplici beni della vita o interessi diffusi astrattamente individuabili, apparendo quindi sotto tale profilo come interesse "trasversale"; inoltre, in quanto interesse imputabile allo Stato-ordinamento, esso non sembra poter essere relativizzato/differenziato tramite il meccanismo delle azioni collettive.

In realtà, l'unica ipotesi di soggettivizzazione di tale interesse - come effetto legato alla peculiare articolazione territoriale di governo prescelta nella nostra Costituzione – è quella che può riconoscersi con riguardo alle pubbliche amministrazioni territoriali, in quanto livelli di governo in cui lo Stato-ordinamento si articola. Le amministrazioni territoriali - a legittimazione democratica diretta e ad autonomia finanziaria costituzionalmente assicurata -, vantano la pretesa a che le scelte dei livelli di governo superiori non si ripercuotano sulla sostenibilità del proprio debito o sull'equilibrio del proprio bilancio, così pregiudicandone la sana gestione finanziaria ed esponendoli a forme di responsabilità e a sanzioni per violazione delle regole di matrice europea.

Nella relazione Stato-autonomie territoriali, l'interesse finanziario tende, quindi, a soggettivizzarsi in quanto legato al bilancio che, secondo la definizione fornitane dalla Corte Costituzionale[12], è un bene pubblico, da intendersi (tale pubblicità), a parere di chi scrive, non nel senso di "diffuso" o "collettivo", quanto piuttosto come riferito all'apparato pubblico di poteri a legittimazione democratica.

3. *La giurisdizione amministrativa sulle scelte finanziaria della p.a.*

La qualificazione dell'interesse finanziario come interesse ordinamentale non esclude, come sopra accennato, che esso possa inverarsi, sia pur occasionalmente (come, cioè, interesse secondario), nell'esercizio puntuale dell'azione amministrativa.

Il giudice amministrativo è stato progressivamente coinvolto nel sindacato sulle scelte dell'amministrazione che si muovono sul solco delle regole del comma 1 dell'art. 97 Cost. Il contenzioso che ne è derivato sembra

Sc., Napoli, , 2017, p. 103 ss.

[12] Corte Cost. 6.5.2016, n.129, in Giur. Cos., 2016, 3, 1023

sintetizzabile in due macro-categorie: quella delle azioni di singoli avverso le scelte finanziarie della p.a., ispirate alle regole di oculata gestione delle risorse pubbliche; quella delle azioni proposte dai livelli di governo inferiori (Province e Comuni) contro il livello di governo centrale o regionale avverso le scelte finanziarie in qualche modo lesive della propria sfera di autonomia.

Quanto alla prima, il giudice amministrativo ha manifestato un atteggiamento piuttosto deferente nella valutazione della legittimità delle scelte operate nei provvedimenti amministrativi finalizzati al perseguimento di obiettivi e vincoli finanziari. Secondo la giurisprudenza amministrativa le predette scelte, in quanto postulano la considerazione e la graduazione degli interventi attraverso il bilanciamento e la ponderazione tra diversi tipi di interessi e tra prestazioni eterogenee, appartengono alla sfera della discrezionalità amministrativa con i conseguenti limiti in termini di sindacato giurisdizionale. Fermi restando i vincoli relativi ai livelli essenziali e ad oggettivi criteri di logicità, ragionevolezza, economicità e di appropriatezza, simili scelte comporterebbero "*una sfera di discrezionalità politico-amministrativa particolarmente ampia. Pertanto, in ossequio al principio democratico, i soggetti abilitati dall'ordinamento ad attuare siffatta graduatoria di valori e di interessi sono coloro che vantano la legittimazione elettorale e che rispondono in sede politica delle scelte effettuate. Rispetto a queste ultime il giudice può (e deve) esercitare il potere di controllo, con la cautela conseguente alla consapevolezza della estrema difficoltà delle scelte che spettano all'autorità politico-amministrativa e dei limiti della sua stessa conoscenza, quando le questioni hanno portata politica generale e comportano scelte di grande rilevanza tra diverse alternative (di bilanciamento costi/benefici e di equa distribuzione dei sacrifici in varie ed eterogenee direzioni), alternative che quasi sempre, salvo casi del tutto eccezionali, restano estranee al singolo giudizio, nel quale per lo più si reclama la tutela di un singolo interesse*"[13].

Ben diverso è invece l'atteggiamento tenuto dal giudice amministrativo sulla seconda categoria di controversie, ossia quelle che hanno coinvolto i diversi livelli di governo.

Ci si riferisce al contenzioso dinanzi al Tar Piemonte, promosso da alcune Province contro le deliberazioni della giunta della Regione Piemonte e i provvedimenti dirigenziali del servizio rapporti con le autonomie locali. Le Province lamentavano un'illegittima riduzione dei fondi destinati alle stesse per l'erogazione dei servizi ad esse trasferite. Con più ordinanze, il giudice di primo grado ha investito la Corte Costituzionale della questione

[13] Cons. St., sez. III, 4.2.2016, n. 450, in Red. Giuffrè amm., 2016; nello stesso senso, anche cfr. TAR Catanzaro, sez. I, 7.7.2017, n. 1056*, ivi,* 2017.

afferente alla legittimità delle scelte della Regione, essenzialmente mosse da esigenze di tutela della finanza pubblica, in riferimento ai precetti costituzionali di autonomia finanziaria delle province ma anche di buon andamento, oltre che del principio di eguaglianza sostanziale, posto che la riduzione delle risorse e dei servizi pubblici ad esse correlati avrebbe determinato una sostanziale discriminazione tra i cittadini e la lesione dei loro diritti[14].

Si pensi anche all'azione di annullamento del d.p.c.m. di ripartizione del Fondo di solidarietà comunale per il 2015, proposta da alcuni Comuni che lamentavano la violazione dei principi di equilibrio di bilancio, oltre che di autonomia finanziaria, accolta dapprima dal Tar Lazio e confermata dal giudice di appello[15]. Ciò in quanto la prevista ripartizione del Fondo oltre il termine per l'adozione dei bilanci di previsione comunale avrebbe scalfito i predetti principi e la certezza delle risorse disponibili, che ne costituisce corollario, richiamando all'uopo la giurisprudenza costituzionale secondo cui, per un verso, "*un intervento di riduzione dei trasferimenti che avvenisse a uno stadio avanzato dell'esercizio finanziario comprometterebbe un aspetto essenziale dell'autonomia finanziaria degli enti locali, vale a dire la possibilità di elaborare correttamente il bilancio di previsione, attività che richiede la previa e tempestiva conoscenza delle entrate effettivamente a disposizione*" [16]; per altro verso, il bilancio può essere qualificato come *"bene pubblico"* nella misura in cui è funzionale a sintetizzare e rendere certe le *"scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per*

[14] Le questioni sollevate dal TAR Piemonte con ordinanza 31.1.2014, n.201, in Ragiusan 2014, 365-366, 124 e Id., 16.4.2015, n.42, in www.giustizia-amministrativa.it, hanno condotto alle sentenze della Corte Costituzionale n.188/2015 e n.10/2016 entrambe già citate. La Corte costituzionale ha rilevato che la riduzione delle risorse necessarie per le funzioni conferite alle Province si riverbera sull'autonomia finanziaria di queste ultime, nella misura in cui non consente di finanziarie adeguatamente le funzioni pur attribuite all'ente. La lesione di tale autonomia finanziaria si riflette anche sul buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto la diminuzione delle risorse, in assenza di adeguate misure di riorganizzazione o di riallocazione delle funzioni conferite, comporta un grave pregiudizio per il loro corretto assolvimento. Secondo la Corte, inoltre, "*In assenza di adeguate fonti di finanziamento cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate. Le norme in questione, operando in direzione opposta all'obiettivo di assicurare lo svolgimento delle funzioni conferite alle Province, non superano il test di proporzionalità*".

[15] TAR Lazio, Roma, sez. I, 17.2.2017, nn. 2552 e 2554, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 12.4.2018, n.2201, su de-iure.

[16] Corte Cost., 6.6.2016 n. 129, in Dir. & Giust. 2016, 14 giugno.

chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato. […] Il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche."[17]

La giurisprudenza richiamata conferma la sostanziale incidenza delle regole di bilancio sui rapporti tra le articolazioni amministrative; è su di esse, infatti, che si riscontra la mole maggiore di contenzioso (anche alla luce della giurisprudenza costituzionale). Come argomentato nel presente lavoro, siffatte regole sono tese a definire una nuova articolazione delle responsabilità tra le pubbliche amministrazioni coinvolte nel concorso al rispetto delle regole europee, apparendo preposte alla tutela di un interesse trasversale e pervasivo dell'ordinamento.

Un'ulteriore riflessione riguarda la legittimazione ad agire degli enti territoriali che hanno impugnato i provvedimenti dei livelli di governo superiore: seppure in nessuna delle pronunce del giudice amministrativo commentate sia stata sollevata la questione, le strettoie della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di carattere soggettivo - a tutela di interessi legittimi ed anche diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva - postula sempre la previa declinazione della titolarità di una posizione giuridica che si assuma lesa. Si deve quindi necessariamente ritenere che il giudice amministrativo abbia implicitamente riconosciuto la titolarità, in capo agli enti che hanno agito giudizialmente, di un interesse qualificato e differenziato[18].

Nel caso di specie, seguendo la tesi interpretativa prospettata nel paragrafo precedente, vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra l'interesse finanziario ordinamentale (quindi oggettivo) e quello "soggettivo" dell'ente a legittimazione democratica, con conseguente agevole superamento delle strettoie della giurisdizione a tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

[17] *Id.*, n. 247/2017 *cit.*

[18] La legittimazione degli enti territoriali ad impugnare atti dello Stato o di altri enti territoriali rappresentativi è riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, tra cui cfr. Cons. St., sez. IV, 5.12.2010, n.8183, in www.giustizia-amministrativa.it; *Id.*, 9.12.2010, n.8689, su de-iure. Per un approfondimento su tale tema, in dottrina, si v. A. Clivi, L.R. Prefetti, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in Dir. Proc. Amm., 2011, 4, p. 1443 ss. e M. Antonioli, *La legittimazione a ricorrere degli Enti pubblici, tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, *ivi*, 2015, p. 359 ss.

A parere di chi scrive, tuttavia, il contenzioso appena descritto non sembra vertere sul soddisfacimento dell'istanza di tutela di una posizione giuridica soggettiva declinabile come interesse legittimo; la ragione della giurisdizione amministrativa sembra in realtà soltanto quella della avvenuta impugnazione di un provvedimento amministrativo, da un lato, e della necessità, in ragione del principio di effettività dell'ordinamento giuridico, di individuazione di una forma di tutela giurisdizionale dall'altro.

La soluzione - quanto all'individuazione del giudice dinanzi al quale incardinare simili controversie - sembra non tenere pienamente conto dell'esistenza nel nostro ordinamento di una giurisdizione di tipo oggettivo, cioè quella contabile, che appare preposta proprio alla tutela dell'interesse finanziario come ordinamentale; la giurisdizione contabile potrebbe costituire, quindi, la sede di tutela della istanze sottese alle controversie analizzate e, più in generale e come si cercare di argomentare nel prosieguo della trattazione, di tutte quelle ipotesi in cui venga in rilievo l'esigenza di tutelare in via principale in predetto interesse; ciò sulla scorta di una rinnovata possibile lettura delle conferenti norme costituzionali.

4. *La Corte dei Conti come grimaldello per la legalità finanziaria*

I canoni dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico come regole che si rivolgono alle pubbliche amministrazioni non sembrano, per le ragioni sopra esposte, poter trovare una valida ed efficace forma di tutela nella dimensione soggettiva della giurisdizione; piuttosto, come conseguenza della qualificazione sostanziale dell'interesse ordinamentale alla cui salvaguardia quelle norme sono preposte, esso sembra poter emergere in una giurisdizione di tipo oggettivo[19].

Tali considerazioni evocano il ruolo della Corte dei Conti[20] quale come

[19] La distinzione tra profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione è approfondita da M. Lipari, I *profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione nella prospettiva comparatistica,* in Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa, *op. cit.,* p. 367 ss.; F. Francario, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, *ivi,* p. 13 ss.; A. Cioffi, *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, ivi, p. 289 ss.; N. Paolantonio, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo e oggettivo (osservazioni sparse),* in giustamm.it, 2013, 10, p. 1 ss.

[20] Nel 1979, nel commentare la sentenza della Corte Costituzionale n.226/1976 *cit.*, che per la prima volta aveva riconosciuto il potere della Corte dei Conti di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di controllo preventivo, A. M. Sandulli sottolineava il potenziale ruolo del giudice contabile come garante della legalità costituzionale nella materia

organo di rilevanza costituzionale posto a servizio dello Stato-ordinamento, garante dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico nel suo complesso[21] nell'interesse generale oggettivo alla regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente[22].

Come è stato osservato la giurisdizione contabile è "*giurisdizione essenzialmente nell'interesse della legge e della collettività*"[23]. Il riferimento alla Corte dei Conti - come grimaldello di effettività delle regole di sana e prudente gestione della finanza pubblica[24]- coinvolge le diverse funzioni da essa esercitate secondo il dettato costituzionale: per un verso, l'art. 100, comma 2 della Costituzione, che ascrive alla Corte dei Conti la funzione di controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato, prevedendo che l'organo "*partecipa nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*"[25]; per altro verso, il comma 2 dell'art. 103 Cost., che riconosce alla Corte dei Conti la "*giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*".

È proprio in conseguenza di una simile morfologia e conformazione

della finanza pubblica: si v. A.M. Sandulli, *La Corte dei conti come strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, in atti del Convegno Corte dei Conti e finanza pubblica, Napoli-Salerno, 19-21 giugno 1979, Napoli, Ed. Sc. It., Vol. 1, p. 27-53.

[21] Corte Cost. n.60/2013, *cit.* Si vedano, quanto alla necessità/opportunità di riscoperta del ruolo della Corte dei Conti, in ragione del mutato quadro costituzionale, le riflessioni di L. Antonini, *Il ruolo da riscoprire in chiave umanistica della Corte dei Conti nello sviluppo costituzionale italiano*, in Dir. & Conti. Bilancio. Comunità. Persona, 2019, 2, p. 17 ss. Sul dibattito circa il potenziale nuovo ruolo della Corte dei Conti, cfr. M. Clarich, F. Luiso, A. Travi, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in Dir. Proc. Amm., 2016, 4, p. 1271 ss.

[22] Si v. Corte Cost. 5.4.1971, n.68, su de-iure.

[23] Corte Conti, Sez. Riun., in sede giurid. spec. comp., nn.2/2013, 5/2013, 6/2013, in www.cortedeiconti.it. Su tale profilo, si v. M. Andreis, *La giurisdizione contabile nella prospettiva storica: tra controllo e tutela, in Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, M. Andreis e R. Morzenti Pellegrini (a cura di), Atti dell'incontro preliminare AIPDA Università degli Studi di Bergamo, 7 giugno 2016, Giapp. Ed. Torino, pp. 22-23.

[24] G. Rivosecchi, *Il ricorso incidentale in sede di controllo della Corte dei Conti*, in Il diritto di bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, *op. cit.*, p. 201 ss. L'A. rileva che le tendenze normative che rafforzano i vincoli in materia di sana gestione delle risorse pubbliche *"riflettono le esigenze di garanzia della legalità finanziaria incentrate sul ruolo della Corte dei Conti*" (202).

[25] Sull'appartenenza dei controlli esterni della Corte dei Conti al sistema delle garanzie dell'ordine costituzionale si v., oltre a *Ibidem* pp. 238-239, U. Allegretti, *Controllo finanziario e Corte dei Conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive*, in Rivista AIC, 2013, p. 1 ss.

della giurisdizione contabile che le norme costituzionali di recepimento delle previsioni europee che prescrivono il rispetto dei vincoli di bilancio (artt. 81, 97 e 119 Cost) assurgono a cornice giuridica dell'accrescimento delle attribuzioni giurisdizionali e di controllo della Corte dei Conti. Si pensi in tal senso alle norme che hanno introdotto nuove forme di controllo contabile sulla regolarità dei bilanci delle pubbliche amministrazioni e sulla relativa gestione finanziaria: contestualmente alla riforma costituzionale n.1/2012 sono stati implementati - con il citato decreto legge n.174/2012 - i poteri della Corte dei Conti[26] nei confronti delle Regioni e degli Enti locali.

Quanto alle Regioni, è stato esteso a queste ultime il giudizio di parificazione del rendiconto generale[27], originariamente previsto solo per lo Stato. Sono state contestualmente apportate modifiche al d.lgs. n.267/2000, quali la novella dell'art. 148, comma 1, che ascrive alle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti la verifica sulla legittimità e sulla regolarità delle gestioni e sul funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale, contemplando sanzioni, irrogate dalla stessa Corte dei Conti, per gli amministratori in caso di riscontrate violazioni. Ed ancora, all'art. 148-bis del citato Testo Unico sugli enti locali (rubricato, *Rafforzamento del controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria degli enti locali*) è stato previsto che spetta alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti l'esame dei bilanci preventivi e rendiconti consuntivi degli Enti locali per la verifica del rispetto dell'equilibrio di bilancio, del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, comma 6 della Costituzione, della sostenibilità dell'indebitamento e dell'assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti medesimi. È stata attribuita alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti la funzione di verificare - nell'esercizio di tale controllo - che le Regioni e gli Enti locali contemplino le partecipazioni in società controllate[28]. All'esito dell'attività di controllo, le Sezioni depositano una "pronuncia di accertamento"; in caso di riscontrate violazioni, gli Enti interessati hanno l'obbligo di adottare entro sessanta giorni i provvedimenti

[26] Sul rafforzamento dei controlli volti a garantire l'equilibrio di bilancio, cfr. G. Rivosecchi, *I controlli della Corte dei Conti sugli enti territoriali*, in AA.VV., Studi in memoria di Sergio Zambardi, E. Brandolini e F. Lillo (a cura di), Milano, Giuffrè, 2015, p. 120 ss.

[27] Sul tema cfr., tra gli altri, A. Baldanza, *Le funzioni di controllo della Corte dei Conti*, in V. Tenore (a cura di), La nuova Corte dei Conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli, Milano, Giuffrè, 2013, p. 1120 ss.

[28] Cfr. artt. 1, comma 4 e art. 3, comma 1, lett. d) del d.l. n.174/2012 *cit.*

idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio. Sono previste conseguenze interdittive, sub specie di preclusione rispetto all'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria, se l'ente non provveda alla trasmissione dei suddetti provvedimenti alle Sezioni regionali di controllo entro il termine di 30 giorni o la successiva verifica delle Sezioni regionali stesse dia esito negativo. Anche le norme che abilitano la Corte dei Conti all'esercizio di poteri sanzionatori per violazione delle norme sulla prudente e oculata gestione delle pubbliche risorse da realizzarsi tramite il rispetto dei vincoli al bilancio sono inquadrabili nella cornice costituzionale delle regole di bilancio: in questo senso, l'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n.174/2012 prevede che, in caso di rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di controllo interno approntate dagli enti locali, le Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti - ferma restando la possibilità di condanna a titolo di ordinaria responsabilità amministrativa - "*irrogano agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione*". Il legislatore è anche intervenuto, come rilevato nel corso della trattazione, spostando la cognizione giurisdizionale sugli atti di ricognizione adottati dall'Istat dal giudice amministrativo alla Corte dei Conti, attraverso l'art. 1, comma 196 della legge n.228 del 2012, sull'esigenza di ricondurre alla cognizione giurisdizionale della delimitazione della dimensione soggettiva del debito pubblico ad un giudice munito di giurisdizione di merito e la cui morfologia appare una garanzia sufficiente rispetto all'esigenza di assicurare una più accentuata tutela all'interesse alla certezza delle qualificazioni basate sul rinvio dinamico all'elenco annuale Istat: interesse a sua volta connesso all'applicazione del Protocollo sulla procedura per i deficit eccessivi annesso al Trattato di Maastricht e delle leggi volte ad armonizzare e coordinare la finanza pubblica, oltre che a contenere la relativa spesa. A tale esigenza di tutela risponde la conformazione della norma attributiva della nuova giurisdizione al giudice contabile, norma che non si è limitata a trasferire un ambito di competenza dal plesso giurisdizionale amministrativo alla giurisdizione della Corte dei Conti (mantenendo inalterati poteri cognitivi e forme del rimedio giustiziale), ma al contrario, attraverso l'esplicito richiamo all'art. 103, comma 2 Cost., ha riconosciuto l'attinenza alle "*materie di contabilità pubblica*" delle questioni concernenti l'elenco delle amministrazioni pubbliche tenuto dall'Istat.

4.1. *La riscoperta della natura "giurisdizionale" del controllo sui bilanci esercitato dalla Corte dei Conti*

Gli interventi normativi brevemente tratteggiati si atteggiano a indici sintomatici della riscoperta - in una fase connotata dalla implementazione delle regole di sana e prudente gestione delle risorse pubbliche in funzione della tutela dell'interesse finanziario dello Stato - del ruolo di garanzia della legalità finanziaria, in realtà sin dalle origini riconosciuto dalla Costituzione, ascrivibile alla Corte dei Conti[29].

È nel contesto delle norme costituzionali in materia di finanza pubblica, introdotte con la riforma costituzionale n.1/2012, che assume difatti un rinnovato vigore la dottrina sulla natura sostanzialmente giurisdizionale delle funzioni di controllo di legittimità aventi come parametro la legalità, attribuite ad un organo terzo ed imparziale[30]. Secondo tale celebre ricostruzione teorica, la funzione di controllo di legittimità avrebbe i caratteri della "neutralità", in quanto esercitata a garanzia dell'ordinamento o meglio nell'interesse dello stesso; la sua attribuzione ad organi dotati dei requisiti di terzietà ed indipendenza ne appare pertanto una conseguente necessità, in quanto a sua volta garanzia della neutralità della funzione[31]. I predetti connotati (neutralità della funzione, terzietà ed indipendenza dell'organo che la esercita) contribuiscono alla sussunzione della funzione stessa e dell'organo che la esercita nell'ambito del concetto di giurisdizione, con tutte le conseguenze che ne discendono, prima fra tutte, data la sua natura "pregiudiziale".

Quella della legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio

[29] In questo senso si v. Corte Cost. n.60/2013 *cit.*

[30] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 394.

[31] *Id.*, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in Riv. Dir. Proc. 1964, p. 200 ss. Il concetto di neutralità della funzione viene riconosciuto in ragione della compresenza di due condizioni: "*la prima è rappresentata dalla provenienza dell'attività da un organo in posizione di indipendenza – e cioè un organo non sottoposto (gerarchicamente o altrimenti), né condizionato (giuridicamente o di fatto) da altri soggetti o altri organi in grado di influenzarne in alcun modo i suoi titolari. La seconda condizione – collegata immediatamente con la prima – è rappresentata dalla collocazione dell'attività stessa in una posizione di estraneità ed indifferenza assoluta rispetto agli interessi al cui regolamento è diretta*" (p. 210). Nel successivo saggio *La Corte dei Conti nella prospettiva costituzionale*, in Dir. & Soc., 1979, p. 33 ss., l'A. rileva che la Corte dei Conti *"presenta i caratteri dell'autonomia, dell'obiettività, dell'imparzialità. Tra gli atti di controllo solo la pronuncia sul rendiconto generale dello Stato viene emessa dalla Corte e con le formalità della sua giurisdizione contenziosa*", riconoscendo però, contestualmente, anche la natura neutrale della funzione di controllo di legittimità preventiva degli atti.

1948, n.1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte Costituzionale), e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n.87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Su tale impianto teorico si innestano le pronunce della Corte Costituzionale che di recente hanno riconosciuto la natura di giudice *a quo* ai fini anzidetti, della Corte dei Conti in sede di effettuazione dei controlli di legittimità sui bilanci degli enti territoriali[32], oppure quelle che hanno esteso i parametri di legittimità costituzionale invocabili in caso di questioni incidentali sollevate dalla Corte dei Conti in sede di giudizio di parificazione, innestandosi su quella che pacificamente aveva ritenuto legittimata la Sezione di controllo della Corte dei Conti a sollevare le questioni di legittimità costituzionale che avessero come parametro le norme sul bilancio[33].

È utile rilevare come un simile riconoscimento sia sostanzialmente avvenuto sotto la spinta dell'esigenza di assicurare effettività alle regole di finanza pubblica, di cui il controllo costituzionale costituisce uno dei presupposti[34]; le leggi di cui trattasi, secondo la giurisprudenza costituzionale

[32] Corte Cost. n.18/2019 *cit.*; sul tema cfr. E. Cavasino, *La dimensione costituzionale del diritto del bilancio: un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n.196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in Diritto & Conti – Bilancio. Comunità. Persona, 2019, 1, p. 7 ss.; F. S. Altavilla, *La sentenza di San Valentino. La Corte Costituzionale e il controllo "neocavouriano" della Corte dei Conti a tutela del bilancio come "bene pubblico" e delle generazioni future*, *ivi*, p. 23 ss. Non molti anni prima, la stessa Corte Costituzionale, aveva assunto un atteggiamento molto diverso quanto alla materia in esame. Infatti, con sentenza 9.2.2011, n.37, in Giur. cost. 2011, 1, 507, essa aveva ritenuto che i controlli di regolarità sui bilanci introdotti dai commi 166-168 della legge n.266 del 2005 fossero annoverabili tra i controlli di gestione, che concorrerebbero alla formazione di una visione unitaria della finanza pubblica che la Corte dei conti potrebbe garantire in un'ottica collaborativa. Per una analisi critica di tale impostazione, si v. G. Colombini, *Il "nuovo" sistema di controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in Riv. Corte conti, n. 3-4, 2015, p. 588 ss.; Id., *La progressiva giurisdizionalizzazione del controllo nel codice della giustizia contabile: limiti e prospettive*, in Riv. Corte conti, 2017, 1-2, p. 739 ss.

[33] Con la sentenza 9.11.2018, n.196, in Giur. Cost. 2018, 6, p. 2370, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il giudice contabile, in sede di giudizio di parificazione del rendiconto regionale, possa sollevare questioni di legittimità costituzionale che presentano come parametro norme diverse dall'art. 81 Cost. Quest'ultima ipotesi era stata già ammessa dalla Corte: si v. Id. 30.12.1968, n.142, su *de-iure*, ma anche *Id.* 18.6.2008, n.213, in Foro it. 2009, 3, I, 589. Nella richiamata decisione del 2018, il giudice delle leggi ha osservato che la riforma costituzionale del 2012 ha in qualche modo inciso anche *"sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni"* sollevabili in sede di giudizio di parificazione; in particolare, le predette norme ridondano anche sul riparto di competenze legislative Stato-Regioni nella materia finanziaria.

[34] La contingente esigenza di assicura il controllo di costituzionalità, quale ragione del

e in assenza di un simile riconoscimento difficilmente, per altra via, riuscirebbero a trovare ingresso nelle strettoie del giudizio incidentale o in via diretta di legittimità costituzionale[35]. A tal fine, la Corte Costituzionale ha fatto uso dei criteri individuati nella sentenza dello stesso giudice n.226 del 1976[36] che ha per la prima volta declinato i requisiti necessari e sufficienti affinché le questioni sollevate dalla Corte dei Conti in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti possano considerarsi promanare da un "giudice" nel corso di un "giudizio" (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948)[37].

Detti criteri sono stati ribaditi a proposito degli incidenti di costituzionalità sollevati nell'ambito dei giudizi di parificazione dinanzi alla Corte dei conti[38], rammentando che anche dopo la pronuncia del 1976 "[*t*]*ale legittimazione è stata riconosciuta (sent. n. 226 del 1976) alla Corte dei conti in ragione della sua particolare posizione istituzionale e della natura delle sue attribuzioni di controllo. Sotto il primo aspetto, viene posta in rilievo la sua composizione di "magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza (art. 100, comma 2, Cost.)" e la sua natura di "unico organo di controllo che goda di una diretta garanzia in sede costituzionale". Sotto il secondo aspetto, viene in evidenza il peculiare carattere del giudizio portato dalla Corte dei conti*

riconoscimento della legittimazione a sollevare le questioni di legittimità costituzionale, era già stata affermata dal giudice delle leggi con riferimento alla legittimazione della Corte dei Conti a sollevare questioni di costituzionalità, atteso che il riconoscimento di tale legittimazione "*si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero per altra via, ad essa sottoposte*", v. Corte Cost. 18.11.1976, n. 226, su de-iure. Nello stesso senso, si v. *Id.*, 14.7.1989, n.406 in Riv. corte conti 1989, 4, p. 153, in cui si è rilevato che, quando l'accesso al suo sindacato sia reso poco agevole, come accade in relazione ai profili attinenti all'osservanza di norme poste a tutela della sana gestione finanziaria e degli equilibri di bilancio, i meccanismi di accesso debbano essere arricchiti e che la Corte dei Conti è la sede più adatta a far valere quei profili, e ciò in ragione della peculiare natura dei suoi compiti, essenzialmente finalizzati alla verifica della gestione *secundum legem* delle risorse finanziarie.

[35] Si vedano, sul tema delle difficoltà di accesso alla Corte Costituzionale per far valere questioni di legittimità costituzionale di leggi involgenti profili di natura finanziaria, le riflessioni di G. Scaccia, *La giustiziabilità delle regole di bilancio*, *op. cit., p.* 214 ss.

[36] Corte Cost. 18.11.1976, n. 226, su de-iure.

[37] Su cui cfr. R. Chieppa, *Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente nel corso del giudizio di parificazione del rendiconto generale (a proposito della registrazione con riserva di atti regionali siciliani) e sulle nuove prospettive per i conflitti di attribuzione*, in Giur. Cost., 1966, p. 1651 ss.; G. Caianello, *Notazioni varie sui controlli della Corte dei Conti, con particolare riguardo alle questioni di costituzionalità, alla parificazione e alla registrazione con riserva,* in Foro Amm., 1976, II, p. 53 ss.; C. Anelli, *Corte dei Conti e questioni di legittimità costituzionale*, ivi, 1968, III, p. 783 ss. In senso critico, si v. G. Amato, *Il Parlamento e le sue Corti*, in Giur. Cost., 1976, I, p. 1986 ss.

[38] Corte Cost., n. 196/2018 e n. 188/2015, *cit.*

sugli atti sottoposti a controllo, che si risolve nel valutarne "la conformità (…) alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico". Si tratta pertanto di una funzione di garanzia dell'ordinamento, di "*controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato (…) preordinato a tutela del diritto oggettivo*"[39].

Lo strumento in parola è stato però di rado utilizzato dal giudice contabile dopo la storica sentenza richiamata, almeno sino a quando l'evoluzione del quadro normativo costituzionale ne ha sollecitato un nuovo vigore. La previsione di un complesso di vincoli e limiti a tutela dell'interesso finanziario dello Stato ha reso urgente la individuazione di strumenti di garanzia della loro attuazione; l'implementazione a tal fine dei controlli di legittimità sui bilanci degli Enti territoriali e sulla gestione finanziaria degli enti pubblici, ne costituisce evidente espressione. Storicamente, però, la Corte Costituzionale aveva riconosciuto la legittimazione della Corte dei Conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale in due occasioni: in sede di controllo di legittimità sugli atti e in sede di giudizio di parificazione, ciò sulla base dei criteri sopra descritti. Le nuove forme di controllo sui bilanci e sulla gestione finanziaria, introdotti a valle della riforma costituzionale n.1/2012, hanno richiesto degli adattamenti di quella giurisprudenza. Sulla scorta di una sostanziale assimilazione tra funzione di controllo sulla regolarità dei bilanci con quella di controllo di legittimità sugli atti, assimilazione arricchita da alcuni elementi quali la stabilità delle decisioni assunte in quelle sede dalla Corte dei Conti, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la natura di giudice *a quo* della Corte dei Conti in sede di attuazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale e, quindi, in sede procedura di pre-dissesto degli enti locali[40], nonché nell'ambito del procedimento di controllo sui bilanci e gli equilibri finanziari degli Enti locali, così come disciplinati dal decreto-legge 10 ottobre 2012, n.174 convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 2012, n.213[41].

Il giudice costituzionale ha inquadrato i controlli sulla regolarità dei bilanci nella categoria del controllo di legittimità-regolarità, essendo essi "*strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio. In questa prospettiva, funzionale ai principi di coordinamento e di armonizzazione dei conti pubblici*", i quali "*si giustificano in ragione dei caratteri di neutralità e indipendenza del*

[39] *Id.,* 17.10.1991, n. 384, Giust. civ. 1992, I, 1172.
[40] *Id.,* n.18/2019 *cit.*
[41] Sull'ascrivibilità del sindacato sui bilanci degli enti territoriali alla categoria del controllo di legittimità, si vedano anche *Id.*, sentenze 10.3.2014, nn.39 e 40 in Foro it. 2015, 9, I, p. 2651*; Id.* 5.4.2013, n. 60, in Giur. Costit., 2013, 2, 917.

controllo di legittimità della Corte dei conti"[42]. Quanto ai controlli del titolo VIII del TUEL, essi "*consistono appunto in controlli di legittimità-regolarità se non addirittura in attribuzioni di natura giurisdizionale. Appartengono alla prima categoria: a) la determinazione di misure correttive per gli enti in pre-dissesto (art. 243-bis, comma 6, lettera a, del TUEL); b) l'approvazione o il diniego del piano di riequilibrio (art. 243-quater, comma 3, del TUEL); c) gli accertamenti propedeutici alla dichiarazione di dissesto (art. 243-quater, comma 7, del TUEL). Riguardano funzioni di natura giurisdizionale: a) la giurisdizione delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione avverso le delibere della sezione regionale di controllo (art. 243-quater, comma 5, del TUEL); b) l'attività requirente della Procura regionale sulle cause del dissesto (art. 246, comma 2, del TUEL); c) l'accertamento delle responsabilità degli amministratori e dei revisori dei conti ai fini dell'applicazione delle ulteriori sanzioni amministrative (art. 248, commi 5 e 5-bis, del TUEL)".*

In tali casi l'attività della Corte dei Conti risulta ancorata a parametri legali e soggetta, quanto ai risultati dell'attività di controllo, al sindacato giurisdizionale delle Sezioni Riunite in speciale composizione[43].

Tra gli elementi individuati dalla Corte Costituzionale ai fini del riconoscimento della legittimazione della Corte dei Conti nel procedimento di pre-dissesto a sollevare questioni di legittimità costituzionale vi è quello della necessaria conformazione dell'attività di controllo come funzione consistente nella valutazione della "*conformità (…) alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico*"; ed invero, a parere della Consulta, anche "*la forma della sentenza (articolata in motivazione in diritto e dispositivo) con cui si configurano le delibere di controllo sulla legittimità dei bilanci e delle gestioni finanziarie a rischio di dissesto – e la sottoposizione di tali delibere alla giurisdizione esclusiva delle sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione – determinano un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica*"[44]. Con la precisazione

[42] *Id.* n. 39/2014, *cit.*

[43] *Id.,* 25.10.2017, n.228, in Foro it. 2019, 4, I, 1142.

[44] La Corte Costituzionale nella sentenza n.18/2019 *cit.* ricorda che lo stesso assunto è stato condiviso anche dalla Corte di Cassazione, secondo cui l'art. 243-quater, comma 5, del TUEL (introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera r) del d.l. n.174 del 2012) "*assegna alle sezioni riunite della stessa Corte dei conti la giurisdizione esclusiva in tema d'impugnazione avverso la delibera di approvazione o di diniego del piano, nelle forme del giudizio ad istanza di parte, espressamente richiamando a tal proposito l'articolo 103, secondo comma, della Costituzione, con un'ulteriore analoga previsione di giurisdizione esclusiva anche sui ricorsi avverso i provvedimenti di ammissione al Fondo di rotazione di cui al precedente articolo 243-ter; da tali disposizioni chiaramente si evince*

che, mentre le pronunce di controllo di legittimità sugli atti possono essere in qualche modo disattese dal Governo se questo ricorre alla registrazione con riserva, l'accertamento effettuato nell'esercizio del sindacato di legittimità sui bilanci "fa stato" nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei Conti, Sezioni Riunite in speciale composizione; dunque, osserva la Corte, "*in aggiunta ai caratteri che furono ritenuti sufficienti dalla sentenza n. 226 del 1976 di questa Corte per sollevare l'incidente di costituzionalità nell'esercizio del controllo di legittimità sugli atti di Governo, il controllo che viene all'esame in questa sede è munito di una definitività che non è reversibile se non a opera della stessa magistratura dalla quale il provvedimento promana*".

I controlli di legittimità sui bilanci sembrano delineare, quindi, una funzione "giustiziale" (in contrapposizione a quella di controllo in senso stretto, espressione invece della funzione di amministrazione attiva)[45] che assicura, nella sua dimensione oggettiva di attività di accertamento di conformità alle norme legali nell'interesse dell'ordinamento, il *"… rispetto dei vincoli nazionali ed europei"* la cui effettività viene assicurata dalla riconduzione di dette regole *"al vaglio unitario di una magistratura specializzata, in modo da affrancarlo da ogni possibile contaminazione di interessi che privilegiano, non di rado, la sopravvivenza di situazioni patologiche rispetto al trasparente ripristino degli equilibri di bilancio e della sana gestione finanziaria, elementi questi ultimi che la nuova formulazione dell'art. 97, primo comma, Cost. collega alla garanzia di legalità, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa*"[46].

l'intento del legislatore di collegare strettamente, in questa materia, la funzione di controllo della Corte dei conti a quella giurisdizionale ad essa attribuita dal citato art. 103, terzo comma, Cost." (Corte Cass. Sez. Un., 13.3.2014, n.5805, Dir. & Giust., 2014, 9 luglio).

[45] Si rammenta che a tali fini occorre sempre mantenere la distinzione tra i controlli c.d. collaborativi, per i quali si esclude la riconducibilità alla funzione giustiziale, e controlli di legittimità: mentre i primi sono svolti nell'interesse dell'ente controllato e si concludono con un referto in funzione collaborativa, i secondi, tra i quali si annoverano i controlli per prevenire eventuali squilibri nei bilanci delle p.a., sono invece volti a tutelare la legalità finanziaria, nell'interesse dell'ordinamento a che le risorse pubbliche e i bilanci pubblici rispondano a criteri prudenziali, come enucleati nelle norme costituzionali in recepimento dei vincoli sovranazionali. Sulla polivalenza della dell'espressione controllo, si v. M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1974, XXIV, p. 1263 ss., secondo cui il controllo può significare dirigere attivamente, ma anche accertare la conformità ad un modello. Sulla riconduzione ad un'unita di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti nel paradigma costituzionale di cui agli artt. 100 e 103 co. 2 Cost., cfr. F. Sucameli, *op. cit.* p. 29 ss.; E. Cavasino, *op. cit.*, p. 18.

[46] Corte Cost. n.18/2019 *cit.*, che richiama i suoi precedenti, segnatamente, *Id.*, n. 39/2014 *cit.* e n.60/2013 *cit.*

Sez. II – La giurisdizione contabile sulla materia della finanza pubblica

Sommario: 5. I confini della giurisdizione contabile nella Costituzione – 5.1. I confini della giurisdizione contabile nel codice di giustizia contabile – 5.2. Una possibile interpretazione evolutiva – 6. La giurisdizione sulla responsabilità amministrativa estesa al settore pubblico allargato – 6.1. Il caso della giurisdizione sulle società pubbliche – 7. La giurisdizione contabile sulle scelte finanziarie discrezionali – 7.1. L'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito quali parametri giuridici dell'azione amministrativa – 7.2. Sui pretesi giudizi "atipici" ad istanza di parte: una visione critica.

5. *I confini della giurisdizione contabile nella Costituzione*

La giurisdizione contabile ha un preciso referente nella Costituzione, a mente del cui art. 103, comma 2 "*la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*"[47]; la formulazione letterale della norma attributiva della giurisdizione contabile depone nel senso che, ai fini del radicamento di siffatta giurisdizione, occorre tenere conto dell'attinenza della questione alla materia della "*contabilità pubblica*"; sul piano meramente descrittivo, quindi, si può rilevare che la giurisdizione della Corte dei Conti si individua in base al criterio della materia[48], in contrapposizione al criterio della *causa petendi*, ossia della diversa consistenza delle posizioni giuridiche soggettive (in questo senso disponendo gli artt. 24, 103 e 113 Cost., come interpretati dalla ormai consolidata giurisprudenza), sulla base dei quali si declina il riparto della giurisdizione tra gli altri due plessi in cui si articola il sistema di tutela delineato in Costituzione, ossia la giurisdizione ordinaria e amministrativa.

Se si abbandona il terreno meramente descrittivo e ci si interroga invece sul contenuto della materia della contabilità pubblica, si incontrano rilevanti difficoltà a dare una risposta a due essenziali quesiti: cosa si intenda per materia di contabilità pubblica ed a chi spetti definirne in concreto i confini.

[47] Per un commento si v. A. Police, *Commento all'art. 103, 1° e 2° co., Cost.,* in Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana, A. Celotto, R. Bifulco e M.Olivetti (a cura di), Torino, 2006, vol. III, p. 1987 ss.

[48] Osserva A. Brancasi, *Contabilità pubblica*, in Enc. Giur., Roma, VII, 2008, p. 3, che la norma costituzionale parla di "materie" e non di "materia" della contabilità pubblica: l'uso del plurale starebbe ad indicare che la contabilità pubblica si compone di molteplici materie; in questo senso rientrerebbe nell'alveo dell'art. 103, comma 2 Cost., tutto quanto il legislatore appresti in funzione della tutela del denaro e patrimonio pubblico.

La definizione dell'area della giurisdizione contabile attraverso il riferimento ad una nozione (quella di materia contabile) che è stata ritenuta inidonea allo scopo[49], ha sollecitato un ampio dibattito sulla autosufficienza del riferimento costituzionale.

Senza pretesa di esaustività, si possono riassumere due principali filoni giurisprudenziali.

Un primo, piuttosto risalente, favorevole a riconoscere la portata immediatamente precettiva alla norma in commento.

La Corte Costituzionale aveva difatti ritenuto che ".. *il secondo comma dell'art. 103 della Costituzione, nel riservare alla giurisdizione della Corte dei conti "le materie di contabilità pubblica", da un lato, ne abbia assunto la nozione tradizionalmente accolta nella legislazione vigente e nella giurisprudenza, comprensiva dei giudizi di conto e di quelli di responsabilità; mentre, d'altro lato e sotto l'aspetto soggettivo, ne abbia allargato l'ambito oltre quello, cui aveva originario riferimento, dell'amministrazione diretta dello Stato: tale essendo il proprio significato dell'aggettivo "pubblico", com'è confermato dallo stesso uso fattone in altre disposizioni della Costituzione…* "[50]. Anche la giurisprudenza di legittimità, chiamata a dirimere le controversie sulle questioni di giurisdizione, aveva accolto tale tesi, riconoscendo che *"la Corte dei conti ha acquisito, in forza dell'art. 103 della Costituzione, la cui efficacia precettiva immediata non è discutibile, una competenza generale nelle materie di contabilità pubblica"*, da ritenersi integrata con il concorso di due elementi, *"l'uno soggettivo che attiene alla natura pubblica dell'ente, sia esso lo Stato siano le regioni, gli enti locali, gli enti ed amministrazioni pubbliche in genere; l'altro oggettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione*"[51].

Gli sfumati ed evanescenti contenuti della materia di contabilità pubblica[52] hanno indotto ad un ripensamento della soluzione interpretativa

[49] La tesi era quella secondo cui la materia di contabilità pubblica fosse una di quelle materie "*il cui ambito non si riesce a definire*" tanto per ciò che riguarda l'oggetto, quanto per ciò che riguarda i soggetti, se non in base a puntuali specificazioni legislative; in questi termini si v. Corte Cost. 31.3.1965, n.17, su de-iure.

[50] *Id.,* 5.4.1971, n. 68, su de-iure.

[51] Cass. Civ. Sez. Un., 5.2.1969, n. 363, in Foro It., 92, 11, 1969, p. 2961 ss., secondo cui "*l'art. 103, 2° comma, rappresenta la fonte primaria, diretta ed insieme sufficiente della giurisdizione della corte nelle materie di contabilità pubblica*".

[52] Corte Cost., n.17/1965 *cit.* In dottrina, si v. F. Cardarelli, *La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria nell'art.9 della legge 24/2017. Note critiche,* in AA.VV. (a cura di G. Alpa), La responsabilità sanitaria, Pacini, Pisa, 2017, p. 113 ss., secondo cui l'art. 103 Cost. comma 2, laddove individua l'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti, non avrebbe portata vincolante, spettando alla legge

accolta dalla prima giurisprudenza formatasi sull'art. 103 co. 2 Cost.: il secondo orientamento ha, difatti, ritenuto non auto-consistente la norma costituzionale attributiva della giurisdizione. Si è quindi affermato che la giurisdizione contabile avrebbe (solo) il carattere della tendenziale generalità sulla materia della contabilità pubblica; conseguentemente "*sono possibili deroghe con apposite disposizioni legislative, specie nella materia della responsabilità amministrativa…*"[53]. Ne deriverebbe quindi che "*proprio in applicazione dell'art. 103, secondo comma, Cost., e nei limiti ad esso imposti, spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici (ordinario, amministrativo, contabile, militare ecc.). E nella interpositio del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei Conti*"; da qui il riconoscimento di una ampia discrezionalità del legislatore nella puntuale attribuzione della giurisdizione contabile specie "*in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa, non operando automaticamente, in base al disposto costituzionale…*"[54].

L'orientamento descritto, che può dirsi essere quello attualmente prevalente, è stato accolto anche dalla Corte di Cassazione secondo cui, ai fini del riconoscimento della giurisdizione contabile, è necessaria l'*"interpositio del legislatore, all'esito di valutazioni che non toccano soltanto gli aspetti procedimentali del giudizio, ma investono scelte in ordine a diversi regimi sostanziali della responsabilità e del giudizio tali da comportare effetti diversi nei riguardi tanto dei responsabili che dei soggetti danneggiati, sicché soltanto al legislatore può spettare di valutare se e quali siano le soluzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi insiti nella materia*"[55].

Si deve rilevare che la giurisprudenza sulla necessità della *interpositio legislatoris* di cui si è appena dato conto, si è sviluppata con specifico riferimento alla giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità amministrativa, le quali, si è detto, spetterebbero alla cognizione del giudice ordinario quale giudice naturale delle controversie che investono diritti soggettivi, tra cui rientrano, certamente, quelle fondate sul paradigma del *neminen ledere* di cui all'art. 2043 c.c. La sorte che ha riguardato invece il giudizio di conto appare diversa: ed infatti, con riferimento a quest'ultimo, pur formalmente affermandosi il principio della tendenziale generalità della giurisdizione della Corte dei Conti e pur ribadendosi che il comma 2 dell'art. 103 Cost. non conterebbe una riserva di legge a favore della predetta giurisdizione, si ammette però che la responsabilità degli agenti

definire se e quali istituti concorrano a definire i contorni della contabilità pubblica

[53] Corte Cost. 30.12.1987, n.641, in Giur. it. 1989, I,1, 227.

[54] *Id.*, 15.12.2010, n. 355, in Giur. Cost., 2010, 6, 4948.

[55] Cass. Civ. Sez. Un., 9.6.2011, n. 12539, in Riv. corte conti 2011, 3-4, 374.

contabili[56] sia una fattispecie rientrante in sé (senza quindi bisogno di una norma puntuale attributiva) nell'ambito di applicazione dell'art. 103 co. 2 Cost.[57], salvo deroghe espresse.

Se ne ricava che, ad eccezione della materia strettamente contabile per la quale l'*interpositio legislatoris* è richiesta solo al fine di escluderne la sussistenza, i confini della giurisdizione della Corte dei Conti dipenderebbero dalle scelte puntuali del legislatore ordinario. Sulla scorta di tale linea ermeneutica, l'art. 103, comma 2 Cost. non avrebbe immeditata portata precettiva, tale da comportare il carattere esclusivo della giurisdizione contabile, ma sarebbe espressione di un principio tendenzialmente generale, idoneo ad operare immediatamente, con capacità espansiva, solo in presenza di una identità oggettiva della materia come nel caso della responsabilità contabile in senso stretto[58].

5.1. *I confini della giurisdizione contabile nel Codice di giustizia contabile*

Il perimetro esterno della giurisdizione contabile è oggi definito dall'art. 1 del citato d.lgs. n.174/2016, secondo cui "*La Corte dei Conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danni all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica. 2. Sono devoluti alla giurisdizione della Corte dei conti i giudizi in materia pensionistica, i giudizi aventi per oggetto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie e gli altri giudizi nelle materie specificate dalla legge*".

La norma, codificando sul punto le pacifiche acquisizioni di giurisprudenza e dottrina, annovera sia i giudizi di conto che quelli di responsabilità amministrativa nella giurisdizione contabile sulla materia di

[56] La responsabilità amministrativa è la responsabilità patrimoniale in cui incorre il soggetto legato da un rapporto di impiego o servizio che abbia cagionato, per inosservanza dolosa o gravemente colposa dei suoi doveri e obblighi, un danno alla pubblica amministrazione. Sono elementi costitutivi della responsabilità amministrativa l'esistenza di un danno erariale; il rapporto d'impiego o di servizio con una pubblica amministrazione; la condotta antigiuridica; il nesso di causalità tra danno e condotta; il dolo o la colpa grave dell'autore del danno (elemento soggettivo o psicologico). La responsabilità contabile è invece quella *species* di responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere i dipendenti pubblici che rivestano la qualifica di agenti contabili; ai sensi dell'articolo 74 del R.D. n.2440 del 1923 e dell'articolo 178 del R.D. n.827 del 1924, essa grava sui soggetti che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato e, segnatamente: a) agli agenti della riscossione o esattori, incaricati di riscuotere le entrate; b) agli agenti pagatori o tesorieri, incaricati della custodia del denaro e dell'esecuzione dei pagamenti; c) agli agenti consegnatari, incaricati della conservazione di generi, oggetti e materie appartenenti alla P.A.

[57] Corte Cost., 26.6.1970, n.110, su de-iure.

[58] *Id.,* 7.7.1988, n. 773, in Foro it.,1989, I, 368.

contabilità pubblica ex art. 103, comma 2 Cost.; anche i giudizi in materia pensionistica, sulle sanzioni pecuniarie e, in via residuale, quelli ulteriori previsti dalla legge sono devoluti alla giurisdizione della Corte dei Conti, senza però che questi siano riferibili alla materia della contabilità pubblica.

La disposizione prosegue con la previsione dell'attribuzione alla giurisdizione contabile anche degli altri giudizi in materia di contabilità pubblica: essi sono elencati all'art. 11 comma 6 del Codice di giustizia contabile: si legge nella norma che "*le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in materia di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi:*

a) in materia di piani di riequilibrio degli enti territoriali e ammissione al Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali;

b) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT;

c) in materia di certificazione dei costi dell'accordo di lavoro presso le fondazioni lirico- sinfoniche;

d) in materia di rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali;

e) nelle materie di contabilità pubblica, conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo."

Considerando l'art. 1 del c.g.c., la disposizione in commento contiene un riferimento espresso alla natura esclusiva della giurisdizione della Corte dei Conti in sezioni riunite in speciale composizione[59]. Il significato del riferimento alla natura esclusiva sembra essere duplice: per un verso, appare il portato della peculiare conformazione del giudizio che si svolge in unico grado davanti alle Sezioni Riunite; per altro verso, sembra voler chiarire, rispetto all'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura esclusiva o meno della giurisdizione contabile (in cui l'espressione esclusiva è usato nel senso di unica, cioè tale da escludere il concorso di altre giurisdizioni), che soltanto il giudice contabile può conoscere di simili giudizi. È stato a tale riguardo osservato che il riferimento nel caso di specie alla esclusività della giurisdizione, sarebbe in realtà il portato della peculiare afferenza di tali giudizi alla materia della contabilità pubblica in senso stretto: detta tesi accede, quindi, all'opzione secondo cui, mentre per le materia di contabilità pubblica, la giurisdizione contabile escluderebbe il concorso di altre giurisdizioni, per le materie solo collegate alla contabilità pubblica (tra cui rientrerebbe la responsabilità amministrativa), la giurisdizione contabile

[59] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 8.11.2016, n.22645, in Giust. Civ. Mass., 2016.

potrebbe concorrere con le altre [60].

La tesi appare condivisibile in quanto mette in luce la specialità della giurisdizione contabile nel disegno costituzionale di composizione del sistema giurisdizionale in una pluralità di plessi magistratuali, conferendo, in tal modo, un preciso significato al comma 2 dell'art. 103 che, nella definizione dell'ambito materiale della giurisdizione contabile, distingue la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica dalle "altre" individuate dalle legge. Distinzione questa che può trovare una *ratio* propria nella esclusività della giurisdizione contabile sulle materie di contabilità pubblica e sulla, invece, potenziale concorrenza della giurisdizione contabile, con le altre giurisdizioni, nel caso di materie solo collegate alla prima[61].

5.2. *Una possibile interpretazione evolutiva*

Il ruolo della Corte dei Conti come organo di garanzia dello Stato ordinamento, posto a presidio della legalità finanziaria e degli interessi ad essa sottesi, induce ad interrogarsi sulle possibili implicazioni della riforma costituzionale n.1/2012 nella definizione dell'ambito materiale della giurisdizione contabile e, quindi, rispetto alla nozione di contabilità pubblica di cui all'art. 103, comma 2 Cost.

A tal fine si ritiene utile prendere le mosse dai criteri ermeneutici ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sopra descritta: un primo elemento utile è costituito dalla consapevolezza del condizionamento storico cui è esposta la nozione di contabilità pubblica[62], tale da renderne

[60] A. Manzione, *I principi del giudizio in materia di responsabilità amministrativa*, in Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti, A. canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, p. 73 ss.

[61] Un'ulteriore possibile interpretazione del comma 2 dell'art. 103 Cost. è quella propugnata da A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti. Evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in Linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo, a cura di F.G. Scoca e A. F. Di Sciascio, Napoli, Ed. Sc., 2014, p. 10, secondo cui "… *deve ritenersi che l'interpositio legislatoris che prevede un nuovo ambito di giurisdizione contabile debba sempre trovare un collegamento con l'esercizio di una specifica funzione. Mentre nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la Consulta ha precisato che la scelta legislativa deve essere collegata con l'esercizio del potere amministrativo, nell'ambito della giurisdizione contabile è da ritenere che la scelta del legislatore (che per ovvie ragioni non potrà essere connessa con l'esercizio di un potere amministrativo) debba essere collegata con l'esercizio di una funzione cha abbia comportato conseguenze (pregiudizievoli) per la contabilità pubblica*".

[62] Sulla natura dinamica della contabilità pubblica cfr. la citata sentenza Corte Cost. n.18/2019. In dottrina, cfr. A. Carosi, *Linee evolutive delle funzioni della Corte dei conti alla*

evanescenti i confini in quanto permeabili alla scelte discrezionali di volta in volta compiute dal legislatore contabilità pubblica; ciò ha condotto negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione a ritenere non auto-consistente il comma 2 dell'art. 103 laddove, nell'individuare i confini della giurisdizione contabile, fa riferimento ad una nozione che avrebbe postulato interventi normativi per la sua concreta determinazione. Un secondo profilo che emerge dall'indagine effettuata è che la richiesta di apposite qualificazioni legislative ai fini della definizione delle "*materie di contabilità pubblica*" non ha impedito di ritenere sufficientemente integrati i suoi contorni soggettivi ed oggettivi (con conseguente naturale capacità precettiva della norma costituzionale) al ricorso di due elementi: (i) natura pubblica dell'ente e (ii) qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione. Così l'autosufficienza dell'art. 103, comma 2 Cost. è stata ritenuta sussistente nel caso di responsabilità contabile in senso stretto per la quale l'*interpositio legislatoris* opererebbe non ai fini attributivi della giurisdizione contabile, bensì al fine di escluderla, sul presupposto della spettanza naturale di tali questioni alla sua cognizione; è chiaro che chi accede ad una simile opzione interpretativa di fatto prende anche posizione sulla questione della esclusività o meno della giurisdizione contabile nella materia della contabilità pubblica, nel senso di ritenere che essa possa non solo concorrere con altre giurisdizioni ma essere spogliata della cognizione di questioni afferenti alla materia della contabilità pubblica in base alla scelta discrezionale del legislatore.

La permeabilità della nozione di contabilità pubblica ai mutamenti storici ha condotto la più recente dottrina, sulla scorta di una interpretazione evolutiva e dinamica, a ritenere che la nozione in esame possa assumere la valenza moderna di "finanza pubblica"[63].

Muovendo da tale moderna accezione della nozione contenuta nel comma 2 dell'art. 103 Cost., occorre chiedersi se questa materia non sia in realtà oggi (diversamente dall'epoca di entrata in vigore della Costituzione) sufficientemente definita nei suoi tratti distintivi oggettivi e soggettivi;

luce della recente giurisprudenza costituzionale, atti Convegno su L'evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività. Giornata di studio in memoria di Salvatore Buscema, Roma, Corte dei conti 10 marzo 2016, in Riv. Corte dei conti, n. 3-4-2016, p. 459 ss.

[63] Sulla nozione costituzionale di finanza pubblica, si v. *Ibidem*. Nel senso che nella nozione di contabilità pubblica rientrano le norme sul *"rispetto dei principi dell'equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico introdotti dalla riforma costituzionale del 2012 per lo Stato, per le amministrazioni non territoriali e per gli enti territoriali (artt.81,97,117,119), a presidio della unitarietà della finanza pubblica*", cfr. G. Colombini, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile*, in Diritto & Conti. Bilancio-Comunità-Persona, 2019, 2, p. 8. In giurisprudenza, si v. Corte Cost., n.39/2014 e n.40/2014 *cit.*.

si tratta, in altri termini, di verificare la possibilità, alla luce delle novità normative che hanno interessato il bilancio delle pubbliche amministrazioni e la gestione delle finanze pubbliche, di individuare, secondo un approccio ermeneutico non dissimile da quello che ha già condotto la giurisprudenza maggioritaria a ritenere munita di sufficiente *vis espansiva* la norma costituzionale con riferimento alla fattispecie della responsabilità contabile in senso stretto, di ricavare elementi a favore della auto-consistenza del comma 2 dell'art. 103 Cost. anche con riferimento ad altri profili.

Sovvengono a tale fine le norme introdotte con la riforma costituzionale n.1/2012: i principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico, così come l'apparato normativo di loro concreta attuazione approntato dal legislatore, assumono così valore pregnante sia sotto il profilo della delimitazione dell'ambito soggettivo delle norme di finanza pubblica; sia sotto il profilo oggettivo della natura pubblica dei beni e delle risorse della cui gestione si tratta.

Occorre osservare che i predetti principi oltre ad aver assunto una formale collocazione nelle norme costituzionali che disciplinano il bilancio dello Stato, oltre che l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e degli enti territoriali, appaiono sufficientemente determinati nel loro contenuto, in quanto inverati in svariate norme di attuazione precettive e vincolanti.

Quanto al confine soggettivo, le nuove regole di finanza pubblica sana e sostenibile si impongono nei confronti dello Stato (art. 81 Cost.), delle amministrazioni territoriali (art. 119 Cost.), delle pubbliche amministrazioni in senso stretto (art. 97 co. 1 Cost.) e del plesso delle pubbliche amministrazioni finanziarie, inserite nell'elenco annuale dell'Istat ai fini della redazione del conto economico consolidato, di cui al combinato disposto degli art. 81, comma 6 Cost., art. 1 della l. n.243/2012 e art. 1 della l. n.196/2009. La combinazione delle disposizioni predette ha l'effetto di circoscrivere puntualmente (seppur con valutazioni periodiche in quanto rimesse agli accertamenti annuali compiuti dall'Istat) il perimetro soggettivo di applicazione delle regole sulla finanza pubblica che risulta, pertanto, oggi, puntualmente determinato.

Così come, quanto all'ambito oggettivo della materia della finanza pubblica, non può sottacersi che, per effetto dell'influenza del diritto sovranazionale, assunto come parametro giuridico di riferimento anche per le qualificazioni oggettive delle operazioni contrattuali e finanziarie realizzate dalle amministrazioni finanziarie[64] come indebitamento, risulta sufficientemente determinata anche la dimensione oggettiva del debito pubblico. Inoltre,

[64] Sul punto si rinvia all'analisi condotta al Cap. 4 del presente lavoro.

l'ipostatizzazione nel testo costituzionale dei vincoli di matrice europea in materia di bilancio, incidendo sulla misura della legittimità/liceità dell'azione amministrativa, ha ridotto correlativamente gli spazi del merito amministrativo insindacabile, ampliando i confini esterni della giurisdizione contabile[65].

I tratti distintivi della materia della finanza pubblica, da intendersi come finanza pubblica allargata, quanto agli aspetti sopra enucleati, sembrano quindi oggi "sufficientemente" individuati dalle norme introdotte con la riforma costituzionale n.1/2012. A tale dato si aggiunge il descritto rafforzamento delle funzioni della Corte dei Conti (sia di controllo che giurisdizionale) quale giudice cui spetta di garantire la legalità, economicità ed efficienza nella gestione delle risorse pubbliche con riferimento al c.d. settore pubblico allargato, il cui indice più significativo sembra essere proprio l'ascrizione al giudice contabile delle controversie in materia di atti di ricognizione delle p.a. effettuato annualmente dall'Istat, in quanto materia di "*contabilità pubblica*" rientrante, quindi, nell'art. 103, comma 2 Cost.

Il complesso di tali indici appare rivelatore - oltre che della centralità delle regole di finanza pubblica (che non si riducono alle regole formali di bilancio ma che assumono valore sostanziale di paradigmi di legalità/liceità dell'azione delle pubbliche amministrazioni) - della esistenza di una puntuale perimetrazione dal lato soggettivo degli enti che rientrano nel c.d. settore pubblico allargato; una simile acquisizione può costituire l'apparato argomentativo su cui fondare l'estensione della giurisdizione contabile (naturale, che trova cioè il suo sufficiente referente normativo nel comma 2 dell'art. 103 Cost.) sotto il profilo soggettivo sulla responsabilità amministrativa nei confronti di tutti i soggetti (seppur formalmente privati, rientranti nell'elenco Istat), e sotto il profilo oggettivo sulla violazione dei parametri costituzionali di sana, corretta e prudente gestione delle risorse pubbliche, senza che ciò costituisca un indebito sconfinamento nel merito dell'azione amministrativa[66].

[65] Il tema verrà affrontano *infra* par. 7.1.

[66] La giurisdizione contabile sulla responsabilità amministrativa si è storicamente mostrata permeabile ai condizionamenti della realtà; ne sono dimostrazione le estensioni del suo ambito di applicazione realizzate in via pretoria, tra cui, tra gli esempi recenti: Corte dei Conti, Sez. Giur. Appello, 609/2015 *cit*. che, facendo leva sulla nozione di rapporto di servizio, ha ritenuto che un istituto bancario che svolge il ruolo di *advisor* nei confronti dell'ente locale in materia di indebitamento e di politiche di gestione del bilancio è assoggettabile alla giurisdizione della Corte dei conti per i danni eventualmente cagionati alle casse comunali essendo configurabile un rapporto di servizio tra l'istituto e la banca ("*ai limitati fini dell'affermazione di giurisdizione di questa Corte, che quindi la tipicità delle azioni che l'advisor deve porre in essere è tale da porre in risalto il suo inserimento nella organizzazione dell'Ente pubblico con l'assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali atti ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali….Pertanto, e conformemente agli insegnamenti della*

Suprema Corte di Cassazione, non può negarsi che quando la valutazione fornita dal soggetto assuma valore determinante nella formazione della volontà dell'ente si instauri un rapporto funzionale diretto tra il consulente, in virtù della posizione assunta di sostanziale compartecipe del procedimento deliberativo ed esecutivo dell'effettuato acquisto, e l'ente medesimo. E ciò appare sufficiente ad incardinare la giurisdizione del Giudice contabile". Ancora più di recente le Sezioni Unite della Cassazione Corte di Cassazione, (9.1.2019, n. 328, in Dir. & Giust. 10 gennaio 2019) hanno ritenuto sussistente la giurisdizione contabile sull'azione promossa dalla procura contabile contro un arbitro di calcio iscritto all'AIA (Associazione Italiana Arbitri) e il commissario della CAN D (Commissione Arbitri Nazionale per le partite di serie D), per il risarcimento in favore del CONI del danno erariale in relazione ad una partita il cui risultato rientrava tra quelli rilevanti per il concorso pronostici "Totogol". Secondo il giudice contabile, la giurisdizione sussisterebbe essenzialmente in relazione al fatto che la condotta ascritta agli appellanti "*ineriva la gestione di un concorso pronostici da parte del CONI, ossia un'attività che traeva con sè l'uso di risorse pubbliche: circostanza della quale gli appellanti, pur non rivestendo la qualità di pubblici ufficiali, erano senz'altro consapevoli nel momento in cui perpetrarono le condotte illecite*". Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno condiviso la tesi della Corte dei Conti sulla scorta della seguente motivazione: "*Costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di queste sezioni unite quello in virtù del quale è idonea a radicare la responsabilità contabile l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di danno patrimoniale - che ben può essere un soggetto privato - e l'ente pubblico danneggiato; e tale relazione è configurabile non solo in presenza di un rapporto organico, ma anche quando sia ravvisabile un rapporto di servizio in senso lato, in quanto il soggetto, pur se estraneo alla P.A., venga investito, seppure in modo temporaneo e anche di fatto, dello svolgimento di una data attività della pubblica amministrazione. La giurisdizione del giudice contabile sussiste, quindi, tutte le volte in cui fra il soggetto danneggiante e l'amministrazione o l'ente pubblico danneggiato sia ravvisabile un rapporto, non solo d'impiego in senso proprio e ristretto, ma di servizio, per tale intendendosi una relazione funzionale in virtù della quale tale soggetto, per l'attività svolta continuativamente, debba ritenersi inserito, ancorchè temporaneamente e anche in via di fatto, nell'apparato organizzativo e nell'iter procedimentale dell'ente, sì da rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo (cfr., nei sensi anzidetti, tra altre, Cass., Sez. U., 24/11/2009, n. 24671; 21/5/2014, n. 11229; 16/7/2014, n. 16240; 19/12/2014, n. 26942; 24/3/2017, n. 7663). Sulla base di tali principi, devono ritenersi pienamente ravvisabili nella condotta tenuta dai ricorrenti i requisiti per la configurazione della loro responsabilità contabile in ordine al danno economico subito dal CONI nella vicenda in esame. L'arbitro di calcio non è pubblico ufficiale; è associato all'AIA (Associazione italiana arbitri), la quale è componente della FIGC (Federazione italiana giuoco calcio, associazione con personalità giuridica di diritto privato), a sua volta federata al CONI (Comitato olimpico nazionale italiano, ente pubblico non economico). Quel che essenzialmente rileva, ai fini che qui interessano, è che l'arbitro, nell'esercizio della sua funzione, dirige e controlla le gare, è cioè colui che è chiamato ad assicurarne, a tutti gli effetti, il corretto svolgimento nell'osservanza del regolamento di gioco. La compilazione del referto di gara costituisce, in tale contesto, un elemento fondamentale, in quanto è l'atto ufficiale che contiene il resoconto dei fatti salienti della partita e attesta il suo risultato, con le relative conseguenze anche con riguardo ai concorsi pronostici e alle connesse vincite. Ne consegue, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, che l'arbitro è investito di fatto di un'attività avente connotazioni e finalità pubblicistiche, se non altro in quanto inserito, a pieno titolo, nell'apparato organizzativo e nel procedimento di gestione dei concorsi pronostici da parte del CONI, con il connesso impiego di risorse pubbliche: sussiste, pertanto, quella relazione*

Della praticabilità di simili assunti, si darà conto nei paragrafi che seguono.

6. *La giurisdizione sulla responsabilità amministrativa estesa al settore pubblico allargato*

Si è cercato di dimostrare nel corso della trattazione che la previsione del concorso del complesso delle pubbliche amministrazioni al raggiungimento degli obiettivi europei in materia di bilancio risponde all'esigenza di estendere le relative responsabilità all'insieme dei soggetti che concorrono alla determinazione del conto economico consolidato, sulla cui base viene calibrata la verifica dell'adempimento da parte dello Stato-persona degli impegni assunti in sede sovranazionale. La responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi in materia di finanza pubblica, cui sono astretti tutti gli enti (pubblici o privati) rientranti nell'elenco di cui al comma 2 dell'art. 1 della l. n.19672009, sembra poter assumere proprio i connotati della responsabilità amministrativa, con conseguente radicamento della giurisdizione della Corte dei Conti. Depongono in tal senso, oltre a tutte le ragioni già enucleate circa il ruolo della Corte dei Conti quale garante della legalità finanziaria, anche l'ascrizione alla sua giurisdizione ex art. 103, comma 2 Cost. del contenzioso sulla perimetrazione dei soggetti sottoposti alle regole di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito e, quindi, l'espresso riconoscimento dell'afferenza del contenzioso alla materia della contabilità pubblica; inoltre, sovviene la possibilità, secondo le linee ermeneutiche tradizionali fissate dalla Corte Costituzionale, di sostenere, quale portato immediato della norma costituzionale, l'estensione della giurisdizione contabile in presenza di identità oggettiva della materia.

La logica che presiede la normativa di matrice europea nell'individuazione dei soggetti che compongono il settore pubblico rilevante ai fini del

funzionale e quella compartecipazione con l'ente pubblico sopra indicate, idonee a configurare la responsabilità contabile e quindi a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti". Sempre tra le ipotesi più recenti, si v. Corte Cass., Sez. Un. 26.6.2019, n. 17118, in Giust. Civ. Mass., 2019 secondo cui l'Ordine professionale dei dottori commercialisti ha natura di natura di ente pubblico non economico a carattere associativo ex art. 6 del D.lgs. n. 139/2005, con conseguente qualificazione pubblica del relativo patrimonio e giurisdizione contabile in caso di danno arrecato al patrimonio dell'ente. In dottrina, sull'evoluzione funzionale del rapporto di servizio si v. G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art.97 cost., op. cit.* p. 381 ss. e *Id. Partecipate degli enti locali e ruolo della Corte dei conti*, in Riv. Corte conti, 2015, n.1-2, p. 428 ss.

calcolo dei conti nazionali si fonda proprio su criteri economici basati sul controllo pubblico e sul finanziamento tramite risorse pubbliche; sembra quindi sostenibile che sussista un'identità oggettiva tra tale materia e quella pacificamente ritenuta di contabilità pubblica il cui tratto distintivo è rivenuto nella natura pubblica del soggetto e delle risorse impiegate. È sulla scorta di tale identità che si ritiene percorribile l'opzione teorica che estende la giurisdizione ex art. 103, comma 2 Cost. ai giudizi di responsabilità amministrativa nei confronti di tutti i soggetti rientranti nel plesso delle pubbliche amministrazioni ai fini finanziari per danni arrecati all'ente; giudizi rispetto ai quale la responsabilità amministrativa appare la forma più idonea a garantirne l'effettività, così come la Corte dei Conti appare l'organo giurisdizionale più adatto (dal punto di vista sistematico) alla tutela degli interessi sottesi.

Pur in mancanza quindi di una puntuale *interpositio legislatoris* (comunque ricavabile in via ermeneutica dalle norme di implementazione della riforma costituzionale n.1/2012) una simile estensione soggettiva della giurisdizione contabile (intesa come giurisdizione sulla finanza pubblica allargata, che costituisce la grandezza complessiva dei conti pubblici in cui rientra l'insieme dei soggetti che ricevono o erogano risorse pubbliche) dovrebbe considerarsi ammessa per effetto della *vis espansiva*, portato del rinnovato quadro normativo, che si ritiene di poter riconoscere al comma 2 dell'art. 103 Cost.[67].

6.1. *Il caso della giurisdizione sulle società pubbliche*

Uno dei settori più sensibili al tema dei limiti esterni della giurisdizione contabile è quello della individuazione del giudice munito di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori della società pubbliche.

Il perimetro esterno della giurisdizione contabile nella materia in esame è oggi fissato dall'art. 12 del testo unico sulle società partecipate[68], secondo

[67] In questa direzione sembra peraltro operare il legislatore che, nella legislazione sul risparmio della spesa pubblica, ha optato in due occasioni per l'espressa previsione, in caso di violazione delle previsioni ivi previste, della conseguente responsabilità erariale. Cfr. l'art. 6, comma 12 del d.l. n.78/2010 *cit.,* il quale stabilisce, con riferimento a tutte le amministrazioni pubbliche inserite nell'elenco Istat, che gli atti e i contratti posti in essere in violazione dei limiti previsti per le missioni anche all'estero, "*costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale*"; nello stesso senso opera anche l'art. 5 commi 2,3, e 4 del d.l. n.95/2012 *cit.*

[68] D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e ss. mm. e ii. recante *Testo unico in materia di società*

cui le azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate spettano di regola alla giurisdizione ordinaria, ad eccezione che si tratti di azioni per danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house;* la norma specifica, inoltre, che è devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, per tale intendendosi il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione[69]. La norma ha natura essenzialmente ricognitiva degli approdi a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità sul riparto di giurisdizione nella materia in esame.

Tale giurisprudenza appare segnata da andamenti discontinui, legati all'evoluzione dell'organizzazione amministrativa e alla proliferazione di moduli di gestione dell'attività funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse in forma societaria. Si ripercorrono in questa sede, sia pure solo sommariamente, gli snodi essenziali di una simile evoluzione, al fine di tentare di enucleare un peculiare approccio interpretativo alla soluzione legislativa già descritta.

Dapprima, con riferimento agli enti pubblici economici, si è ritenuto che il discrimine tra giurisdizione ordinaria e contabile non si rinvenisse nella natura pubblica del danneggiato, ma nell'attività svolta, assumendo rilievo la distinzione tra attività imprenditoriale (seppur collegata ad

a partecipazione pubblica.

[69] Il nuovo impianto normativo è stato commentato, tra gli altri, da A. Police, *Corte dei conti e società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in Munus, 2016, p. 549 ss.; M. T. Polito, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti sulle Società pubbliche a seguito del Testo unico,* in Le Società pubbliche, Universitàs Mercatorum Press, Napoli, 2017, I, p. 513 ss.; T. Miele, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate pubbliche*, *ivi*, p. 541 ss.; F. Cerioni, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, *ivi*, II, p. 865 ss.; C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico,* in Il dir. dell'ec., 2017, 3, p. 649 ss.; M. Ragusa, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione contabile. Brevi notazioni critiche*, in Nuove aut., 2019, 2, p. 267 ss. Sul riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche, la dottrina è piuttosto ampia: cfr. senza pretesa di esaustività, F. Capalbo, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, in Federalismi.it, 2018, 6, p. 1 ss.; S. Valaguzza, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica,* in Dir. Proc. Amm., 2014, p. 862 ss.

interessi pubblici) e attività amministrativa (che persegue fini pubblici), e riconoscendo solo in tale ultimo caso la giurisdizione contabile. Tale criterio è stato messo in discussione nel 2003 alla luce dell'evoluzione della nozione di p.a. e del suo modo di agire: per un verso, si è rilevato che la p.a. opera anche con modelli organizzativi di diritto privato che perciò solo non rifuggono dalla riconduzione all'attività amministrativa; per altro verso, si è sostenuto che, rispetto a tali modelli, risulterebbe sfumata la rilevanza, al fine di promuovere l'azione dinanzi al giudice contabile, del rapporto di servizio, essendo sufficiente il verificarsi di un pregiudizio ingiusto al pubblico erario. È in questa fase storica che si è delineato il passaggio dalla rilevanza, ai fini della determinazione della giurisdizione contabile, della natura pubblica del soggetto e dell'attività esercitata, a quello della qualificazione pubblica delle risorse finanziarie gestite dal soggetto convenuto in giudizio. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno quindi affermato la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica, considerate secondo un approccio sostanziale e ispirato alla regola della neutralità delle forme giuridiche, come pubbliche amministrazioni al di là della veste giuridica privatistica in base all'elemento connotante della natura pubblica delle risorse finanziarie utilizzate[70] e del rapporto di servizio tra la società ed il socio pubblico, idoneo ad integrare gli elementi costitutivi della responsabilità erariale[71].

L'orientamento in esame è stato temperato dalla stessa Cassazione attraverso l'enucleazione del concetto di danno diretto provocato dall'illecito comportamento dell'amministratore al patrimonio del socio pubblico; soltanto su tale fattispecie di danno sussisterebbe la giurisdizione contabile[72];

[70] Cass. Civ. Sez. Un, ord. 25.5.2005, n. 10973, in Foro it. 2005, I, 2674.

[71] *Id.,* 26.2.2004, n. 3899, in Foro it. 2005, I, 2675.

[72] *Id.*, 19.12.2009, n.26806 in Foro it., 2010, I, 1477, con nota di G. D'Auria, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*; in Giur. it., 2010, p. 853 ss., con nota di Cagnasso, *Una "brusca frenata" da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa – contabile*; in Foro amm. CDS, 2010, p. 71 ss. con nota di M. Sinisi, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*. Si v. anche V. Tenore, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in Giorn. dir. amm., 2010, p. 935. La decisione della Cassazione è stata critica da E.F. Schiltzer, *L'oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle s.p.a. partecipate pubbliche*, in www.corteconti.it "*mina le radici stesse della giurisdizione contabile in tema di responsabilità amministrativa per danno erariale. Si nega infatti che, in tale ambito, essa abbia copertura costituzionale poiché la materia della responsabilità amministrativa non rientrerebbe tra quelle di contabilità pubblica previste e garantite alla giurisdizione contabile dall'art. 103 della Costituzione ma farebbe parte di quelle altre*

viceversa, nel caso di danno indirettamente derivato al patrimonio pubblico per effetto della lesione al patrimonio sociale, il giudice della relativa controversia sarebbe quello ordinario. Si affermava anche la responsabilità dei funzionari pubblici per omesso esercizio dell'azione di responsabilità sociale secondo le disposizioni di diritto comune nei confronti degli amministratori che abbiano procurato un ingiusto danno alla società.

Gli approdi interpretativi sono stati invece diversi con riferimento alle società cd. *in house* che, in ragione dei requisiti richiesti ai fini del loro riconoscimento (natura pubblica del patrimonio sociale, attività prevalente in favore dell'ente o degli enti partecipanti, soggezione a forme di controllo analogo a quelle che l'ente o gli enti potrebbero esercitare sui propri uffici), elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[73] e oggi positivizzati, in recepimento dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, all'art. 5 del Codice dei Contratti pubblici d.lgs. n.50/2016 ss.mm.ii.)[74], sono state equiparate a vere e proprie articolazioni della pubblica amministrazione e, pertanto, soggette alla disciplina pubblicistica e alla giurisdizione contabile[75].

Ai fini che qui rilevano, sembra opportuno precisare che la citata giurisprudenza della Corte di cassazione si è formata in assenza di chiari referenti normativi, facendo applicazione delle regole generali sopra delineate ai fini del radicamento della giurisdizione contabile: in una prima fase, la Cassazione ha ritenuto che le società partecipate fossero assimilabili a pubbliche amministrazioni, pertanto il danno arrecato al patrimonio delle stesse dagli organi di amministrazione o controllo avrebbe configurato un danno erariale; in una seconda fase, la Cassazione ha viceversa escluso la riconducibilità delle società partecipate alle p.a. ma ha delineato la sussistenza di un rapporto di servizio tra ente pubblico partecipante e organi della società, per effetto del quale avrebbe potuto radicarsi la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità nei confronti degli stessi; in una terza fase la Cassazione ha infine negato la sussistenza di un rapporto di servizio tra ente pubblico e organi della società, affermando che al più tale rapporto potrebbe sussistere tra ente pubblico e società senza trasmettersi agli organi di amministrazione e di controllo, escludendo per conseguenza la giurisdizione

specificate dalla legge".

[73] Cgce, 18.11.1999, causa C-*107/98, Teckal* s.r.l. c. Comune di Viano e Azienza Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, su e-curia.

[74] Per un commento al nuovo quadro normativo europeo e nazionale, si rinvia a M. Pizzi, *Affidamenti in house*, in Trattato sui contratti pubblici, Vol. I, diretto da M.A Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 743 ss.

[75] In questo senso si è pronunciata Cass. Civ., Sez. Un., 2.11.2013, n. 26283, in Giur. Comm. 2015, 2, II, 236; *Id.,*. ord. 19.7.2019, n.19584, su de-iure.

contabile in favore di quella ordinaria. È utile rilevare che la Corte di Cassazione ha precisato che, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, occorre che la giurisdizione della Corte dei Conti abbia fondamento in una specifica disposizione di legge e che la materia della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche non sarebbe materia di contabilità pubblica; conseguentemente essa non potrebbe radicarsi in favore del giudice contabile, a detrimento della naturale giurisdizione ordinaria, in assenza di una norma attributiva espressa.

Come si è detto, la questione del riparto di giurisdizione in materia di società pubbliche è stata normativamente risolta dall'art. 12 del recente Testo Unico sulle società partecipate.

Una lettura della norma in esame, consequenziale agli ultimi arresti della Corte di Cassazione sopra descritti, è quella secondo cui la previsione conferirebbe certezza giuridica alla materia[76], senza però avere portata innovativa, limitandosi ad enucleare un criterio di riparto già individuabile in via interpretativa secondo le ordinarie regole.

Essa appare però suscettibile anche di una diversa interpretazione, che costituisce il portato della tesi sviluppata in questa sede circa la estensione della delimitazione soggettiva dell'ambito di applicazione dei principi di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico. Ed invero, l'inclusione di talune società a partecipazione pubblica nell'elenco redatto dall'Istat ai fini del conto economico consolidato - e il loro conseguente assoggettamento ai vincoli di matrice europea di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito - costituisce indice della riconducibilità dei giudizi di responsabilità degli amministratori di dette società per danni cagionati al patrimonio sociale, alla materia della contabilità pubblica nella interpretazione evolutiva propugnata di sua coincidenza con la finanza pubblica (intesa come finanza pubblica allargata); la conseguenza di una simile opzione interpretativa è che la giurisdizione sulle controversie che riguardano amministratori di società pubbliche incluse nel predetto elenco Istat dovrebbero ritenersi "naturalmente" attribuite al giudice contabile

[76] Si vedano le perplessità, quanto alla formulazione dell'art. 12 del d.lgs. n.175/2016, sollevate dal Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, n. 968 del 21.4.2016, in www.giustizia-amministrativa.it, nel parere sullo *Schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*". Il Consiglio di Stato rileva che la norma (che non è stata sul punto modificata) lascia aperto nella sua formulazione letterale uno spazio ermeneutico per espandere la giurisdizione contabile, là dove non contiene il riferimento al danno "c.d. diretto" al patrimonio dell'ente pubblico partecipante, limitandosi ad usare la locuzione danno "subito".

ex art. 103, comma 2 Cost., in combinato disposto con l'art. 81 co. 6, l.243/2012, e l. n.196/2009, operando l'art. 12 del testo unico sulle società una sottrazione di tale ambito di controversie dalla giurisdizione contabile, in favore del giudice ordinario. La norma contenuta nel d.lgs. n.175/2016 dovrebbe quindi ritenersi, al ricorrere della inclusione di una società partecipata nell'elenco redatto ai fini della redazione del conto economico consolidato, come derogatoria della giurisdizione contabile. Dal punto di vista teorico potrebbe, quindi, porsi il problema della legittimità costituzionale di una simile deroga, rispetto al parametro dell'art. 103, comma 2 Cost., la cui soluzione, in senso positivo o negativo, dipenderebbe dal riconoscimento della sussistenza o meno di una riserva di giurisdizione contabile sulla materia di contabilità pubblica quale portato della richiamata previsione costituzionale[77].

7. *La giurisdizione contabile sulle scelte finanziarie discrezionali*

L'obbligo gravante sulle p.a. di assicurare l'equilibrio di bilancio e quello di concorrere alla garanzia della sostenibilità del debito pubblico se, come sopra evidenziato, non acquista una consistenza giuridica tale da determinare l'insorgenza di una corrispondente pretesa in capo ai singoli declinabile nel rapporto amministrativo tradizionalmente inteso, può assurgere, però, a parametro di valutazione giurisdizionale della legittimità/liceità sulle scelte finanziarie discrezionali nella fattispecie della responsabilità amministrativa. È noto del resto che l'art. 1, comma 1 della l. n.20/1994[78] prevede "*l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali"* della

[77] A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti. Evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo, op. cit.*, p. 16, solleva perplessità circa la compatibilità costituzionale dell'art. 12 del d.lgs. n.275/2016 e ss. mm. e ii. non solo con riferimento al parametro dell'art. 103 co. 2 Cost., ma anche in relazione all'art. 767Cost. "*Il riferimento è nel rapporto tra norma di delega e testo di legge delegata perché la delega lettera c) del comma 1 dell'art. 18 della legge n.124 del 2015 se parla di precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione, non intende certo "eliminazione", "sottrazione", "abrogazione". Sarà giusto allora verificare la violazione (o meno) dell'art. 77 Cost. quanto al rispetto o al mancato rispetto della legge di delega*".

[78] Introdotto dall'art. 3, comma 1, della legge 6 agosto 1966, n. 639, recante *Modificazione all'articolo 3 della legge 3 marzo 1951, n. 193*. In dottrina, per un commento alla norma introdotta con la riforma del 1996, si rinvia G. Virga, *Preclusa alla Corte dei Conti la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in Nuova rassegna,

pubblica amministrazione da parte della Corte dei Conti; la norma, seppur apparentemente volta a porre un limite interno della giurisdizione (afferente, cioè, agli spazi del sindacato giurisdizionale, la cui violazione dovrebbe declinarsi in termini di *error in iudicando*), viene comunemente intesa come previsione che, codificando l'esistenza di una sfera riservata alla pubblica amministrazione, introduce in realtà un limite esterno della giurisdizione.

L'art. 1, comma 1 della citata legge invero definisce i confini della giurisdizione contabile rispetto al potere amministrativo, la cui violazione *sub specie* di sconfinamento nel merito amministrativo (e cioè nelle valutazioni di opportunità e convenienza effettuate dalla p.a. nel perseguimento del pubblico interesse) dà luogo al vizio di eccesso di potere giurisdizionale[79].

1997, 1; G. Colombini, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in Diritto della regione, Padova, 2002, 1, p. 158 ss.; V. Tenore, *La nuova Corte dei Conti,* Milano, Giuffrè, 2004.

[79] La nozione di limite esterno della giurisdizione è correlata alla locuzione di motivi inerenti alla giurisdizione, di cui al comma 8 dell'art. 111 Cost. La norma stabilisce che le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono ricorribili in cassazione per "*i soli motivi inerenti alla giurisdizione*"; come chiarito dalla Corte di Cassazione, detto concetto si collega ai confini della giurisdizione che possono ritenersi di due tipi: quelli che distinguono le funzioni dello Stato e quelli che, nell'ambito della funzione giurisdizionale, distinguono tra giudice ordinario, giudice amministrativo e giudice contabile. Si parla a tale proposito di limiti esterni della giurisdizione, cioè dei limiti correlati ai confini della giurisdizione, intesi nella duplice accezione di confini tra giurisdizioni (ordinaria e speciale) e di confini tra giurisdizione e altri poteri (legislativo e amministrativo). Il risvolto patologico, cioè la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, viene comunemente definito come (a) *eccesso di potere giurisdizionale* quando il giudice invade una sfera riservata ad altro organo amministrativo o legislativo e (b) come *difetto di giurisdizione* quando manchi la potestà giurisdizionale in capo a quel giudice. Sulla questione relativa alla corretta enucleazione dei "motivi inerenti alla giurisdizione" ai fini del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del giudice amministrativo e contabile, si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza, 18.1.2018, n.6, Foro Amm. (Il) 2018, 5, 749. Secondo la Corte, la verifica in ordine al ricorrere del presupposto di cui al comma 8 dell'art. 111 Cost. non può che essere rigorosa, poiché impinge su norme costituzionali e, in particolare, sui commi settimo ed ottavo dell'art. 111 Cost., che "*regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali*". Osserva la Corte che, mentre il settimo comma dell'art. 111 stabilisce che avverso le sentenze dei giudici ordinari e (degli altri giudici) speciali "*è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge*" (sostanziale e processuale), l'ottavo comma prevede che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è limitato ai "*soli motivi inerenti alla giurisdizione*". Non possono pertanto essere ricompresi nei motivi inerenti alla giurisdizione ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* (cioè limiti interni della giurisdizione), ponendosi una simile interpretazione in contrasto con le citate disposizioni costituzionali. Per un approfondimento si rinvia a A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione,* in Dir. Proc. Amm., 2018, 3, p. 1111 ss. e

La c.d. riserva di amministrazione ha un rilievo costituzionale, operando gli organi della p.a. in una sfera di competenze e di responsabilità ad essi conferito dalla legge, funzionale alla cura di interessi pubblici, non sindacabile se non sul piano della conformità della scelta ai parametri giuridici di riferimento. Da tali considerazioni discende la distinzione tra vizi di merito, cioè violazioni dei parametri non giuridici che indirizzano l'attività amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per la cura dell'interesse pubblico, e vizi di legittimità, che invece ricorrono laddove la violazione riguardi una regola (quindi un parametro giuridico) dell'azione amministrativa. In via di prima approssimazione, si può rilevare che sussiste un rapporto di proporzionalità inversa tra norma e discrezionalità amministrativa, nel senso che tanto maggiore è la conformazione normativa del potere, quanto minore è la discrezionalità che residua in capo al soggetto pubblico.

Il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa si pone, difatti, per le materie in cui l'esercizio della funzione pubblica è regolato quanto alla sua attribuzione e alle finalità degli interessi pubblici che ne costituiscono la causa attributiva (quale portato del principio di legalità formale), mentre, con riferimento ai criteri, modalità e limiti al suo esercizio (che in ogni caso devono risultare conformati dalla legge quale portato del principio di legalità sostanziale), il legislatore lascia spazi di valutazione alla p.a. nella scelta più opportuna per il perseguimento del pubblico interesse[80]. La riserva di amministrazione postula la necessità di arretramento giurisdizionale dinanzi al "merito" della scelta discrezionale, riservato alla p.a.[81] Il "merito", quale limite proprio del sindacato della

A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in il Processo, 2019, 1, p. 113 ss.

[80] La più evoluta concezione della discrezionalità amministrativa, il cui tratto distintivo è dato dalla ponderazione degli interessi sottesi all'azione amministrativa in concreto esercitata, arrecando il minor sacrificio possibile a quelli compresenti, risale a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffré, 1939; la dottrina sul tema è di particolare ampiezza, tra gli scritti classici, si v. C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo,* in Stato e diritto, 1941, p. 136 ss; *Id.,* Voce *Discrezionalità*, in Nss. Dig. It., vol. V, Torino, 1968, p. 1108 ss.; P. Virga, *La limitazione della discrezionalità amministrativa per l'attuazione della imparzialità amministrativa,* in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, vol. V, Cedam, Padova, 1970, p. 163 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità,* in Dir. Proc. Amm., 1984, p. 463 ss.; G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in Politica del diritto, 1989, 2, p. 347 ss.; C. Calabrò, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione nel sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in Cons. di St., 1992, p. 1565 ss.

[81] Cass. Civ. Sez. Un., 29.1.2001, n.33, in Giust. civ. 2002, I, 2921, ha rilevato che "… *il discrimine tra sindacabilità ed insindacabilità delle opzioni possibili nell'ambito*

giurisdizione contabile, impone il rispetto della soluzione concretamente adottata dall'amministrazione, così che la "*la Corte medesima [non può] sovrapporre le proprie valutazioni e le proprie scelte, tra le tante alternativamente possibili, a quelle operate dall'Amministrazione stessa*" [82].

L'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute da soggetti sottoposti in astratto alla giurisdizione della Corte di Conti, non ne comporta la sottrazione a ogni possibile controllo[83]; sotto tale profilo, segnatamente sulla configurazione di spazi riservati alla p.a. - e quindi di aree di insindacabilità - svolgono un essenziale effetto conformatore i principi di economicità, efficacia, ragionevolezza e proporzionalità cristallizzati nell'art. 1, comma1 della l. n.241/1990 e ss. mm. e ii. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, si tratta di regole giuridiche "*di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nel senso che lo stesso comporta il controllo della loro concreta applicazione, essendo lo stesso estraneo alla sfera propriamente discrezionale.*

dell'attività amministrativa è assai sottile" e che "*… si tratta di contemperare due esigenze, ambedue meritevoli di tutela ma talora divergenti, come l'esigenza di impedire e-o sanzionare la dissipazione del pubblico danaro e la necessità di non ingessare l'iniziativa dei pubblici amministratori in confini così angusti da paralizzare o, quanto meno, gravemente condizionarne l'attività. Il principio generale ed astratto è che il giudice contabile può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente; ma una volta accertata tale compatibilità, l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministratore rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali per le quali il legislatore ha stabilito l'insindacabilità (art. 3, n. 1, lett. a) d.l. n. 543 del 1996 cit*".

[82] Corte dei Conti, Sez. Giur. Umbria, 26.4.2016, n.32, in www.cortedeiconti.it.

[83] Nel senso che il giudice contabile può sindacare la compatibilità delle scelte amministrative dell'ente rispetto alle finalità istituzionali perseguite e tenendo conto dei criteri di economicità, efficacia ed efficienza, cfr. Corte Cass., Sez. Un., 17.5.2019, n. 13436, in Giust. Civ. Mass., 2019; Id., 1.2.2019, n. 3159, su de-iure; *Id.*, 25.5.2016, n.10814, in Foro it., 2017, 6, 1967: si legge in quest'ultima che "*L'insindacabilità nel merito sancita all'art. 1, comma 1, l. n. 20 del 1994, infatti, non priva la Corte dei conti della possibilità di accertare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, verificandola anche sotto l'aspetto funzionale, in ordine, cioè, alla congruità dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore. Limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione è l'esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici. La Corte dei conti, quindi, nella sua qualità di giudice contabile, può verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico. Se da un lato, infatti, l'esercizio in concreto del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore ha inteso salvaguardare dal sindacato della Corte dei conti, dall'altro, l'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990, stabilisce che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di economicità ed efficacia, costituenti specificazione del più generale principio costituzionale di cui all'articolo 97 cost., e rilevanti non solo sul piano della mera opportunità, ma anche della legittimità della azione amministrativa*".

L'orientamento più recente della Corte di Cassazione è difatti quello secondo cui, con riguardo ai limiti del sindacato del giudice contabile, la verifica sulla legittimità dell'attività amministrativa deve estendersi alle singole articolazioni dell'*agere* amministrativo. Si tratterebbe, comunque, di un controllo di legittimità e non di merito, posto che la legge sul procedimento amministrativo ha una portata estesa e le sue clausole generali consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sull'azione amministrativa[84] e, "*ferma restando la scelta dell'amministratore di apprestare gli strumenti più idonei al soddisfacimento degli obiettivi dell'ente*", spetta al giudice valutare se le scelte della pubblica amministrazione risulti conforme ai parametri (giuridici) di efficacia ed economicità che, avendo acquistato "dignità normativa", rilevano sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa.

Sulla configurazione di spazi riservati alla p.a., svolge un effetto conformatore anche la necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico[85]. L'insindacabilità nel merito delle scelte amministrative discrezionali sancita alla legge n.20 del 1994, art. 1, comma 1, non priva il giudice della possibilità di accertare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, verificandola anche sotto l'aspetto funzionale, in ordine, cioè, alla congruità degli atti compiuti rispetto ai fini imposti dal legislatore. La Corte dei conti, quindi, può verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico[86] e l'astratta idoneità della scelta a realizzarli[87].

Il limite rispetto al sindacato giurisdizionale, è costituito dall'impossibilità per il giudice di sostituire la propria valutazione in ordine al concreto strumento o modalità di perseguimento pubblico rispetto alla diversa (ma comunque rientrante nella sfera delle possibili lecite alternative) determinazione compiuta dall'amministrazione. In buona sostanza, una volta accertata la compatibilità della scelta amministrativa con i fini istituzionali, il giudice contabile deve arrestarsi, non potendo estendere la sua cognizione alla singola articolazione concreta della funzione, seppur anche i singoli mezzi utilizzati a seguito di scelte discrezionali possono essere sindacati "*nell'ipotesi*

[84] *Id.,* 15.3.2017, n.6820, in Foro it. 2017, 6, 1966, secondo cui l'irragionevolezza della scelta della p.a. equivale a vizio della funzione, sindacabile dal giudice.
[85] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 1988, p. 78 ss.
[86] Corte dei Conti, 25.5.2016 n. 10814, in Gui. al Dir. 2016, 40, p. 65.
[87] *Id.,* 19.1.2018, n. 1408, su de-iure; *Id.*, 3.11.2005, n. 21291, in Riv. corte conti 2005, 6, p. 300, secondo cui resta fermo il potere della Corte dei conti di valutare l'intrinseca razionalità della scelta adottata dall'Amministrazione, ovvero la compatibilità della scelta stessa "*con i fini dell'ente, sotto il profilo del corretto esercizio della discrezionalità*".

di una loro assoluta ed incontrovertibile estraneità rispetto ai fini"[88].

Si ricava dalle considerazioni che precedono che i limiti della giurisdizione contabile in relazione alle scelte che impingono sul merito amministrativo costituiscono il portato processuale degli spazi di libertà (e dunque di assenza di limiti ontologici o normativi) assicurati - già a livello costituzionale - all'azione della p.a.; l'individuazione di detti spazi di libertà dipende dalla esistenza o meno di disposizioni normative che conformano l'attività della pubblica amministrazione.

7.1. *L'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito quali parametri giuridici dell'azione amministrativa: l'esempio dei contratti derivati*

Le regole introdotte con la riforma costituzionale n.1/2012 possono fornire al giudice contabile nuovi paradigmi giuridici per la valutazione delle scelte discrezionali finanziarie, con conseguente estensione dei confini esterni della sua giurisdizione, sebbene la Corte dei Conti, in un recente arresto[89], non sembra aver colto simili potenzialità là dove ha ritenuto insussistente la propria giurisdizione in ordine al danno erariale derivante dall'utilizzo di

[88] *Id.,* 3.11.2016, n.22228, su de-iure.

[89] Cfr. Corte dei Conti, Sez. Giur. Reg. Lazio, n.346 del 15.6.2018, confermata in sede di appello, da *Id.,* Sez. I Giur. Centr. App., con sent. n. 50 del 2019, in www.cortedeiconti. La giurisdizione contabile è stata nella specie declinata per insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della p.a. sull'azione intrapresa dalla Procura regionale per la regione Lazio nei confronti dell'istituto bancario Morgan Stanley (M.S) e di alcuni funzionari del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), per responsabilità amministrativa derivante dalla cattiva gestione (a) di sei prodotti finanziari (utilizzo di *swaption*; chiusura anticipata dell'*Interest Rate Swap* e ristrutturazione di due *cross currency swap*), (b) di una specifica clausola contrattuale denominata "ATE" (*additional termination events*) e (c) dell'operazione di chiusura/ristrutturazione contrattuale degli stessi risalente agli anni 2011/2012, chiedendo una condanna dei convenuti al risarcimento del danno in favore dello Stato per una somma complessiva di € 3.943.913.732,13, oltre rivalutazione e interessi. La vicenda trae origine da un accordo quadro stipulato in data 24 gennaio 1995 tra lo Stato e M.S. Tale accordo - *"International Swaps and Derivatives Association Master Agreement"* (ISDA MA) - corrisponde alla prassi internazionale di settore e disciplina le procedure e le condizioni generali dei contratti in derivati finanziari che verranno stipulati tra due controparti; esso conteneva nella parte schedale del Master Agreement, una clausola di c.d. *"Early Termination"* (conclusione o risoluzione anticipata), la quale contemplava tre diverse circostanze (*Additional Termination Events*, ATE) al cui verificarsi era consentito alla M.S. la facoltà di chiudere tutte le posizioni in essere. Per un commento alla sentenza di primo grado, sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *La 'riserva' di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, *op. cit.,* p. 1 ss.

strumenti finanziari derivati da parte dei Ministero dell'economia e delle finanze, in quanto, in assenza di norme che formalmente ne vietassero l'utilizzo, dette operazioni avrebbero dovuto considerarsi un'attività essenzialmente libera[90].

Gli argomenti a sostegno del difetto di giurisdizione, sono riassumibili nella pretesa insindacabilità delle determinazioni adottate dallo Stato in sede di gestione del debito pubblico, perché afferenti alla politica economica complessiva[91] e, quindi, espressione della sua sovranità nella materia finanziaria.

Una simile opzione interpretativa non appare pienamente condivisibile, in quanto oblitera di considerare che le politiche di gestione attiva del debito pubblico, attuate tramite la stipulazione di contratti derivati, sono

[90] Cfr. Cap. 4, par. 3, in cui si è dato conto che, per quanto concerne le amministrazioni territoriali, il legislatore ha optato, all'esito della stratificazione di una serie di interventi normativi di progressiva introduzione di limiti e vincoli all'utilizzo di derivati da parte delle p.a., per l'esclusione della possibilità per le amministrazioni territoriali di stipulare nuovi contratti derivati. Viceversa, l'amministrazione centrale, in assenza di una norma di divieto espressa, resta astrattamente libera di stipulare derivati finanziari per la gestione del debito pubblico.

[91] Si deve osservare che ben diversa è la giurisprudenza relativa alla sindacabilità delle scelte effettuate dagli amministratori locali nella gestione del debito pubblico mediante la stipulazione di derivati finanziari; tanto il giudice contabile, quanto la giurisprudenza di legittimità, ritengono difatti che simili fattispecie rientrino nella giurisdizione contabile, senza scalfirne i limiti esterni in relazione al c.d. riserva di amministrazione; cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., sentenza 5.4.2019 n. 9608, su de-iure, che, richiamando taluni precedenti ha affermato che: "*Nel regime della L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1, primo inciso, con riferimento ad una sentenza con cui la Corte dei Conti abbia ritenuto la responsabilità del sindaco e degli assessori comunali e di un funzionario in relazione alla conclusione, rivelatasi dannosa, di un'operazione di finanza derivata (del tipo Interest Rate Swap, con clausola Floor e di Cap) in funzione di un'esigenza di c.d. ristrutturazione del debito comunale ai sensi della L. n. 448 del 2001, art. 41, e norme attuative, è inammissibile il motivo di ricorso con cui si censuri la decisione del Giudice contabile per pretesa invasione della sfera della discrezionalità dell'amministrazione e, quindi, per eccesso di potere giurisdizionale, lamentando l'erroneità della valutazione cui il Giudice contabile, per affermare la responsabilità, abbia proceduto a valutare l'operato del funzionario e degli amministratori comunali, addebitando rispettivamente al primo di avere concluso il relativo contratto senza avere esperienza sulle operazioni derivate e senza avvalersi di una preventiva consulenza sul contenuto del contratto, ed agli amministratori di avere consentito tale conclusione e di avere adottato la deliberazione senza i pareri previsti dal D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 49. L'inammissibilità del motivo è giustificata perchè la censura così prospettata inerisce ad una valutazione che il Giudice contabile ha effettuato sull'azione del funzionario e degli amministratori secondo i criteri di efficacia ed economicità di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 1, e, dunque, secondo parametri di legittimità che la collocano all'interno della giurisdizione contabile e non esprimono un sindacato del merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione di cui alla L. n. 20 del 1994, citato art. 1, come tale fonte del prospettato eccesso di potere giurisdizionale*".

espressione di scelte discrezionali dell'amministrazione, anche quando provenienti dall'amministrazione centrale, e non sfuggono per tale ragione al limite della necessaria funzionalizzazione rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico, né ai limiti alla discrezionalità amministrativa (economicità, efficacia, ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza), sindacabili, in quanto regole dell'azione amministrativa (autoritativa e consensuale), dal giudice amministrativo e da quello contabile, entro il limite dello spazio delle valutazioni di merito riservata alla p.a.[92] Tale considerazione non può essere superata dalla pretesa afferenza delle scelte effettuate dall'amministrazione statale alla politica economica statale, come tale sottratta da forme di sindacato giurisdizionale; ed invero, se le scelte di indirizzo di politica economica sono espressione di discrezionalità politica come tale refrattaria a forme di controllo giurisdizionale, lo stesso non può dirsi per le azioni puntuali in cui essa si estrinseca, soprattutto considerando che quella stessa politica economica è oggi astretta dal rispetto di principi ipostatizzati in norme giuridiche di rango costituzionale, che si rinvolgo allo Stato ordinamento (art. 81, comma 1 Cost.).

A tale riguardo assume rilievo la considerazione, già affrontata nel corso della trattazione[93], che la dottrina è oggi propensa nel ritenere che l'autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento si estenda al pieno riconoscimento della capacità di stipulare fattispecie negoziali, ancorché non tipiche o nominate[94], dovendo considerarsi che ogni limitazione alla

[92] L'impostazione tradizionale contrappone il concetto di merito a quello di legittimità, nel senso che il merito esprime la "*conformità dell'attività amministrativa alle regole non giuridiche di buona amministrazione*", la legittimità, invece, la conformità del provvedimento alle regole giuridiche che disciplinano il potere: in questi termini C. Mortati, *op.cit.*

[93] Cfr. Cap. 4, par. 3.1.

[94] In questo senso deporrebbe anche il novellato art. 1, comma 1-bis della legge 7 agosto 1990 n.241, introdotto con la legge n.15/2005, che ha generalizzato il ricorso a strumenti privatistici da parte della p.a. Quanto al valore da riconoscere al comma 1-bis dell'art. 1 della l. 241/1990 si segnala che in dottrina sono emerse opinioni contrastanti; così, ad esempio, è stato sostenuto che la nuova disposizione comporterebbe la formalizzazione del principio della capacità giuridica generale delle amministrazioni pubbliche, in tal senso si v. V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica n. 241/1990*, in giustamm.it.; di diversa opinione, M. A. Sandulli, *La riforma del procedimento amministrativo, tra novità vere ed apparenti*, in Federalismi.it, 2005, 4, p. 1 ss. secondo cui la norma avrebbe un valore meramente ricognitivo di principi esistenti e comunque non avrebbe una portata innovativa. In giurisprudenza, sull'inoperatività nel nostro ordinamento del principio *nec ultra vires*, Cons. St., Atti norm., parere 11.5.1998, n. 72, secondo cui "*nel nostro ordinamento non vige il principio valido negli ordinamenti anglosassoni del "nec ultra vires" (il che significa che, una volta costituita la nuova persona*

capacità generale di diritto privato non potrà che emergere dal diritto positivo con norme derogatorie rispetto a quella generale[95]. Ciò sia in ragione dell'insussistenza di ragioni ostative alla sostanziale parificazione del soggetto pubblico a quello privato[96], sia in relazione all'ampliamento della connotazione dell'attività amministrativa di diritto privato[97], sia in presenza di norme che solo in via di eccezione ammettono limitazione all'autonomia negoziale della p.a[98].

Un simile approdo costituisce il superamento di un diverso (e risalente) filone[99] ermeneutico, secondo cui la p.a. sarebbe stata titolare di una capacità giuridica di diritto privato "speciale", essendo abilitata a compiere soltanto gli atti di diritto privato (e quindi anche a stipulare soltanto quei contratti) espressamente assentiti dal legislatore primario[100].

Ciò nondimeno, se è vero che l'amministrazione ha una piena capacità giuridica di diritto privato, è anche vero che un simile assunto trova un temperamento nella prospettiva del rispetto, da parte dell'ente pubblico, del limite relativo al perseguimento dell'interesse pubblico al cui

giuridica, quest'ultima ha una capacità giuridica piena…)". Più di recente, cfr. TAR Perugia, Sez. I, 23.5.2013, n. 303, in Foro amm. TAR, 2013, 5, 1537.

[95] G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 24. La generale capacità giuridica e negoziale delle p.a. è un principio enunciato dalla Cassazione già nel 1952: si v. Cass. Civ. Sez Un., 16.4.1952, n.983, in Foro pad., 1952, I, 950.

[96] M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vo. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 461.

[97] Essa dovrebbe intendersi come attività amministrativa, seppur esteriorizzata secondo moduli privatistici: in questo senso, B. G. Mattarella, in *Diritto Amministrativo Generale*, *L'attività*, in Trattato di diritto amministrativo, S. Cassese (a cura di), Tomo I, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 743 ss., che distingue tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato. In questo senso anche, A. Falzea, *voce Capacità* (teoria generale) in Enc. Dir., vol. VI, 1960, p. 8 ss.; F. Galgano, *Trattato di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009.

[98] Cons. St., Sez. IV, 4.12.2001, n. 6073, in Giur. it. 2002, 1727, che afferma espressamente che "*Pur dovendo la p.a. operare nel rispetto del principio di legalità, nessuna disposizione vieta alla stessa di operare con contratti atipici*".

[99] S. Buscema, A. Buscema, *I contratti della p.a.*, Padova, Cedam,1994; A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in Scritti giuridici, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1999.

[100] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 186. In giurisprudenza, si segnala Cass., Sez. II, 21.4.2000, n.5234, in Dir. e Giust. , 2000, secondo cui "*La capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche è potenzialmente generale, ma per gli enti pubblici incontra il limite della competenza attribuita all'ente, che è delimitata da norme qualificabili come imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c., sicché la loro violazione comporta la radicale invalidità dell'atto compiuto dall'ente, in quanto affetto da incapacità negoziale*".

soddisfacimento è preposto dalla legge[101].

Secondo parte della dottrina, il negozio concluso in assenza di un preciso limite di scopo, che sarebbe interno al negozio stipulato dall'ente pubblico, dovrebbe considerarsi nullo ex art. 1418 c.c.[102]: tale opzione interpretativa è comunemente criticata in quanto non idonea ad assurgere a paradigma generale delle fattispecie negoziali stipulate dalle amministrazioni pubbliche, considerata, in particolare, l'esistenza di enti pubblici a fini generali per i quali il "vincolo di scopo" risulterebbe sostanzialmente privo di utilità[103].

Il vincolo di scopo appare piuttosto una categoria propria dell'attività autoritativa della p.a. (essendo strettamente correlata al principio di legalità sostanziale[104], quale garanzia rispetto al potere pubblico, in forza

[101] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 30.5.2003, n. 2994 in Foro amm. CDS, 2003, 1680, in cui è stato rilevato che "*E' del tutto coerente con i principi generali che enti pubblici non economici come le agenzie non debbano assumere, al di fuori di un espresso dettato legislativo e normativo, compiti privatistici o missioni imprenditoriali che distolgano dalle funzioni istituzionali loro affidate".* Nonché *Id*, Sez. V, 7.2.2012, n. 648, *ivi,* 2, 343 che, seppur con riferimento ad una persona giuridica privata, ha osservato che "*L'oggetto sociale costituisce la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nell'oggetto sociale* (…)"; si potrebbe quindi arguire da una simile affermazione che, se è vero che per un soggetto privato l'oggetto sociale costituisce la misura della capacità giuridica, per la pubblica amministrazione il perseguimento dell'interesse pubblico costituisce la misura della funzione pubblica. Si v. anche Cons. St., Ad. Pl., n. 1/2000, in App. Urb. Ed., 2000, 611 e n. 4/1999, in Lavoro nelle p.a., 1999, p. 805, secondo cui l'intera attività dell'amministrazione è funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse e ricade sotto il governo dell'art. 97 Cost.In dottrina, M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffré, 1996.

[102] C. Marzuoli, *op. cit*. Per un'analisi del tema dei rapporti tra attività consensuale della p.a. e funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse, si rinvia, tra gli altri, a M. Vallerga, *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2012; F. De Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), L'azione amministrativa Principi generali, cit., p. 1; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Sul tema dei limiti teleologici all'autonomia negoziale della p.a. cfr. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008.

[103] G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di), Sistema del diritto amministrativo italiano, Torino, Giappichelli, 2003, p. 120. Cfr. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, p. 551, secondo cui la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato si atteggerebbe a mera dichiarazione di principio, non costituendo un apprezzabile limite all'attività negoziale degli enti pubblici.

[104] In tal senso, v. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, p. 56, nonché Id, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in Giur. Cost., 1962, p. 132. Nella dottrina amministrativa, tra coloro che si sono occupati del principio di

del quale l'attribuzione di poteri da parte dell'ordinamento giuridico, con la contestuale determinazione dei limiti, è effettuata dalla legge, ma nella misura in cui tali poteri possano essere strumenti per la cura di interessi pubblici); con la conseguenza che la deviazione rispetto al pubblico interesse cui l'amministrazione è deputata, sembra ridondare, sul piano della legittimità dell'azione pubblica, in termini di eccesso di potere.

Ciò premesso, le regole enucleate al nuovo comma 1 dell'art. 97 della Costituzione, oltre che al comma 1 e 6 dell'art. 81 in combinato disposto con le previsioni attuative di cui alla legge n.243/2012, introducono un vincolo che appare idoneo a condizionare *ex ante* il ventaglio dei possibili strumenti utilizzabili dalla p.a. Sebbene non si tratti di un limite contenuto in una norma imperativa la cui violazione sarebbe suscettibile di determinare una ipotesi di nullità ex art. 1418 c.c., la preposizione delle regole di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico alla tutela di un interesse ordinamentale[105], sembra poter emergere nel giudizio di meritevolezza di cui al comma dell'art. 1322 comma 2 c.c.[106] laddove vengano in rilievo negozi

legalità, si possono richiamare G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'Azione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2011, p. 3; F. Merusi, *Sentieri interrotti di legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in Dir. Pubbl., 2007, p. 419.

[105] A. Cioffi, *op. loc. ult. cit.*, p. 291 ss., distingue tra interesse pubblico e interesse generale: il primo sarebbe interesse della pubblica amministrazione, mentre il secondo sarebbe *"ciò che sia utile a tutti"*: detta distinzione è assunta come rilevante sul piano della legittimazione ad agire e su quello della connotazione della giurisdizione come soggettiva o oggettiva. Come riferito, in questa sede si ritiene che l'interesse finanziario abbia consistenza di interesse ordinamentale, diverso quindi sia dall'interesse generale, se inteso come interesse della comunità dei privati, sia dall'interesse pubblico. Si potrebbe quindi argomentare, utilizzando un ragionamento svolto dall'A., che l'interesse ordinamentale è quello in cui si ricompone "l'ordinamento dei privati" e "l'ordinamento dell'amministrazione".

[106] Nell'impossibilità di ripercorrere il dibattito della dottrina civilistica sulla portata della norma in esame, si rileva che la tesi del giudizio di meritevolezza come giudizio volto a vagliare l'utilità sociale del contratto è stata elaborata da E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Ed. Scient. It., 1960, p. 248 ss. È noto che l'opzione interpretativa sostenuta dall'A. è stata avversata dalla dottrina che ha ravvisato, nell'eccessiva vaghezza del parametro dell'utilità sociale, il veicolo per l'affermazione di valori illiberali o all'opposto solidaristici o, comunque, affidati al singolo interprete. In questa sede, il riferimento alla dannosità sociale del contratto, in quanto lesivo di un interesse generale, dovrebbe superare simili diffidenze: il giudizio di meritevolezza viene difatti ancorato ad uno specifico parametro normativo, la cui violazione consentirebbe l'emersione dell'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 1322 c.c. per l'ammissibilità della tutela del contratto atipico nell'ordinamento. Qualche elemento di similitudine con la tesi qui propugnata si può rinvenire in una sentenza del Consiglio di Stato in cui la formula dell'interesse pubblico, con riferimento all'attività contrattuale della p.a. che trovi manifestazione in contratti atipici, è stata trasformata nel "*realizzare interessi meritevoli di tutela, non confliggenti con*

atipici da considerarsi, sulla base di una valutazione ex ante, ontologicamente antieconomici per la p.a.

7.2. *Sui pretesi giudizi "atipici" ad istanza di parte: una visione critica*

Parte della dottrina ha rinvenuto una possibile tecnica di tutela giurisdizionale dell'interesse finanziario nei giudizi ad istanza di parte di cui alla lettera d) comma 1 del d.lgs. n.174/2016 (Codice di Giustizia Contabile).

Secondo questa tesi, la norma in commento - di cui si darà immediatamente conto - introdurrebbe un inedito strumento a disposizione della giurisdizione contabile costituito dai giudizi "atipici" o "innominati" *bon a tout faire*, ponendosi in tal senso in rottura rispetto al sistema previgente nel quale i giudizi ad istanza di parte sarebbero soltanto stati quelli tipici e nominati (art. 58 del r.d. n.1038/1933). Si tratterebbe di giudizi attraverso i quali il legislatore avrebbe inteso prefigurare una tutela per la lesione di situazioni giuridiche soggettive in relazione ad attività che abbiano rilevanza finanziaria (rientranti nelle materie di contabilità pubblica)[107].

Quanto al tema della legittimazione, appare di diverso avviso la giurisprudenza contabile, laddove ha sostenuto che il comma 1 lett. d) dell'art. 172 Codice di giustizia contabile, sarebbe un mezzo per supplire attraverso la giurisdizione contabile, alla carenza di giustiziabilità *"di un interesse diffuso alla corretta gestione delle risorse pubbliche che nel giudizio dinanzi al GA non riusciva a trovare tutela e che, invece, nel giudizio ad istanza di parte non sembra essere gravato da analoghe limitazioni, anche alla luce della cognizione a carattere esclusivo, e quindi piena e non solo di legittimità, come sarebbe innanzi alla giustizia amministrativa*"[108].

Entrambe le interpretazioni (dottrinali e giurisprudenziali) non sono, a parere di chi scrive, condivisibili.

L'art. 172 del d.l gs. n.174/2016 elenca - al comma 1, lett. a), b) e c) - alcuni procedimenti tipizzati ad istanza della parte, ossia, "a) … *ricorsi contro i provvedimenti definitivi dell'amministrazione finanziaria, o ente*

le finalità istituzionali": in questo senso, v. Cons. St., Sez. V, 7.9.2001, n.4680, in Cons. St., 2001, I, 2036. Ha osservato a tale proposito, G. Greco, *op. cit*., pp. 120-121, che una simile giurisprudenza "*finisce per evocare più che il vincolo di scopo il principio dell'autonomia privata ex art. 1322 c.c., infatti ivi espressamente posto a fondamento della possibilità di concludere contratti atipici. Si tratterebbe di un vincolo esterno di scopo, distinto dal vincolo interno, che impone l'adeguatezza dell'attività alle finalità specifiche del singolo potere*".

[107] G. Colombini, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile*, *op. cit*., p. 10.

[108] Corte dei Conti, Sez. Riun., 11.10.2013, n.5 reperibile su http://www.segretarientilocali.it/nuovo/A2013/Doc/CContiRiunite_5_2013.pdf

impositore, in materia di rimborso di quote d'imposta inesigibili e di quote inesigibili degli altri proventi erariali; b) … ricorsi contro ritenute, a titolo cautelativo, su stipendi e altri emolumenti di funzionari e agenti statali; c) ricorsi per interpretazione del titolo giudiziale di cui all'articolo 211"; la lett. d) invece stabilisce che la Corte dei Conti decide "*su altri giudizi ad istanza di parte previsti dalla legge e comunque nelle materie di contabilità pubblica, nei quali siano interessate anche persone o enti diversi dallo Stato*".

La prima opzione ermeneutica descritta si scontra con il dato testuale: dalla formulazione testuale della norma si evince la necessaria mediazione della fonte primaria (si parla difatti di "altri" giudizi ad istanza di parte "previsti dalla legge"). Conseguentemente non sembra che il legislatore abbia inteso introdurre uno strumento atipico, là dove ha invece postulato che simili giudizi debbano essere previsti dalla legge. In mancanza di una norma che abbia attribuito alla Corte dei Conti la giurisdizione su un'eventuale azione proposta da una parte diversa dallo Stato o da altri enti pubblici, segnatamente da un privato, avverso decisioni amministrative finanziarie lesive delle regole di prudente gestione finanziaria e contestualmente di una propria situazione giuridica soggettiva, la relativa azione non sembra allo stato esperibile. Inoltre, si deve rilevare che il giudice contabile non appare neanche quello naturalmente deputato alla tutela di simili situazioni giuridiche soggettive, considerata la "natura residuale"[109] e - si ribadisce - tipica di tale strumento.

La seconda opzione interpretativa è suscettibile di critica per due ordini di ragioni: la prima in quanto, come si è detto[110], non si ritiene che l'interesse finanziario sia un interesse diffuso; la seconda, in quanto il riferimento letterale ai soggetti interessati, contenuto nella norma in commento, presuppone la loro legittimazione soggettiva e cioè che essi siano titolari di un interesse, sicché in ogni caso lo strumento del comma 1, lett. d) dell'art. 172 del Codice di giustizia contabile incontrerebbe gli stessi limiti propri delle forme di giurisdizione soggettiva e sarebbe quindi inadeguato per la tutela dell'interesse finanziario ordinamentale (che, al più, in simili fattispecie, potrebbe venire in rilievo come interesse secondario, occasionalmente protetto).

È utile notare che, mentre per le fattispecie tipizzate dall'art. 172 c.p.c. l'attribuzione alla giurisdizione contabile appare una scelta di opportunità del legislatore (in simili ipotesi vengono in rilievo situazioni giuridiche soggettive che avrebbero potuto astrattamente trovare una valida forma di tutela di fronte al giudice amministrativo o a quello ordinario in base alla consistenza

[109] Su cui da ultimo, Cass. Sez. Un., 28.2.2020, n.5595, in Dir. & Giust., 2020, 2 marzo.
[110] Vedi *supra* Cap. 5, Sez. I, par. 2.

concreta delle stesse)[111], ben diverse sono le ipotesi di giudizi ad istanza di parte contemplati dal legislatore all'art. 11, comma 6 c.g.c.: si tratta di giudizi per i quali, come sopra rilevato, è prevista la cognizione *esclusiva* nella materia di contabilità pubblica delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti in speciale composizione; la conformazione della norma attributiva della giurisdizione – e, quindi, la partecipazione di quei giudizi alla giurisdizione del giudice contabile ex art. 103, comma 2 Cost. – si giustifica (a differenza di quelli di cui all'art. 172 c.g.c. per i quali difetta il riferimento alla matrice costituzionale) alla luce della peculiare consistenza delle relative controversie; esse sono difatti afferenti a questioni del tutto peculiari, in cui la dimensione eventualmente soggettiva (si tratta di giudizi instaurati su ricorso di soggetti diversi da pubblico ministero che come noto esercita l'azione pubblica nell'interesse dell'ordinamento) appare recessiva rispetto a interessi generali ed ordinamentali di tutela delle finanze pubbliche (è il caso della giurisdizione sugli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'Istat o sulla materia delle certificazione dei costi dell'accordo di lavoro presso le Fondazioni lirico-sinfoniche), oppure si trasfonde nella tutela dei livelli di governo inferiore interessati da decisioni dei livelli di governo superiore o del soggetto "controllore", incidenti sui profili di bilancio e contabili (è il caso dei giudizi in materia di piani di riequilibrio degli enti territoriali e ammissione al Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali; di rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali, nonché delle impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo in materia di contabilità pubblica). Si tratta, dunque, di una giurisdizione che mantiene i suoi connotati di giurisdizione oggettiva (tale essendo configurata nella materia di contabilità pubblica nella Costituzione), sebbene occasionata dall'istanza di parte.

[111] Appare comunque indicativa della sussistenza anche in simili giudizi dell'interesse ordinamentale finanziario, la previsione del necessario l'intervento del pubblico ministero che, ai sensi dell'art. 175 c.g.c., "*nei giudizi di cui all'articolo 172, il pubblico ministero, compiute le istruttorie che ravvisi necessarie, formula le sue conclusioni e le deposita nella segreteria della sezione venti giorni prima dell'udienza fissata o nel diverso termine stabilito dal presidente della sezione*".

Sez. III – La giurisdizione amministrativa sul debito pubblico: le ragioni di una resipiscenza

Sommario: 8. Il panorama attuale del debito pubblico e la storicità della relativa giurisdizione amministrativa – 8.1. Lo stato dell'arte – 8.2. Una soluzione alternativa: la giurisdizione ordinaria e i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 133 comma 1 lett. v) c.p.a. – 9. La giurisdizione sulle controversie sui derivati finanziari stipulati dagli enti locali – 10. La dimensione transnazionale dei derivati finanziari e il problema mal posto della giurisdizione domestica – 10.1. La dimensione transnazionale delle tecniche di tutela giurisdizionale nel contenzioso sul debito pubblico. Il caso dei *bond* argentini e greci – 11. La giurisdizione sul debito pubblico nel mercato finanziario internazionale.

8. *Il panorama attuale del debito pubblico e la storicità della relativa giurisdizione amministrativa*

Negli anni più recenti ha destato una certa attenzione in dottrina il ruolo che il giudice amministrativo può ricoprire nei periodi di crisi economiche e soprattutto con riferimento alle controversie aventi ad oggetto il debito pubblico[112]. Le vicende che ruotano attorno al ruolo dello Stato e delle sue articolazioni amministrative nel sistema finanziario, avente ormai una dimensione transnazionale, nonché la loro operatività nel mercato dei capitali alla sostanziale stregua di qualunque altro soggetto (anche privato quindi) costituisce l'attuale sfondo (storico-giuridico) entro cui inquadrare le problematiche sottese agli spazi (eventuali) di sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle predette controversie; a ciò si aggiunga la tensione tra la ricerca di strumenti di reperimento delle risorse necessarie per l'espletamento dei servizi pubblici e per l'esercizio di funzioni pubbliche, con il contestuale obbligo di assicurare il rispetto delle regole di sana gestione delle finanze pubbliche; tensione che, come si è argomentato, ha determinato la "nascita" di strumenti di ingegneria finanziaria e negoziale, essenzialmente atipici, attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (ed in particolare quelle territoriali) tentano di far fronte alla persistente esigenza di finanziamento

[112] Cfr., tra gli altri, AA. VV. *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere*?, G. Pellegrini e A. Sterpa (a cura di), Carocci Ed., Biblioteca di testi e studi, 2014; F. Merusi, *Debito pubblico e giudice amministrativo, op. cit.,* p. 3 ss.*; Id., Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economich*e, Torino, Giapp. Ed., 2013; G. Colombini, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile, op. cit.,* p. 7 ss.; R. Dagostino, *Oltre la crisi. Diritto amministrativo ed economica a confronti*, in Il processo, 2019, 1, p. 201 ss.

(ci si riferisce all'uso di strumenti quali le garanzie pubbliche rilasciate a favore di finanziamenti di altri soggetti quali le società partecipate che, come evidenziato *supra* costituiscono un debito pubblico potenziale; oppure alle ipotesi partenariato pubblico privato in cui lo squilibrio a discapito della parte pubblica dei rischi connessi all'operazione ne faccia emergere la natura di strumento di indebitamento; oppure ancora si pensi al caso dei derivati finanziari, talvolta utilizzati al fine di ottenere liquidità immediata, piuttosto che al fine di copertura di un debito pregresso rispetto alle possibili oscillazioni dei tassi di interesse): la matrice contrattuale di tali attività, contestualmente allo loro incidenza sul "debito pubblico" quale effetto derivante da un uso sostanzialmente patologico degli istituti finanziari o contrattuali, sollecita una riflessione sul riparto di giurisdizione in materia.

Il necessario punto di partenza di una simile analisi è costituito dal referente normativo sulla giurisdizione amministrativa esclusiva sulle "*controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico*" (art. 133 lett. v) del d.lgs. n.104/2010 e ss. mm. e ii, c.p.a.).

L'attribuzione di tale materia alla cognizione del giudice amministrativo costituisce un retaggio storico, risalente alla nascita del contenzioso amministrativo; segnatamente occorreva evitare che, all'indomani della Rivoluzione francese e dell'affermazione del principio della divisione dei poteri quale portato fondante del nuovo Stato liberale, il potere esecutivo, che emetteva titoli di debito pubblico, fosse sottoposto al controllo del potere giudiziario.

Come osservato in dottrina, difatti, il contenzioso amministrativo francese nasce proprio per lo Stato debitore, in quanto "*un contenzioso fra lo Stato e il cittadino sottoscrittore di titoli del debito pubblico poteva pur sempre verificarsi*" ed il potere esecutivo ha risolto la questione "*prevedendo al suo interno una organizzazione idonea allo scopo. Nacque così il contenzioso amministrativo*"[113]. Lo Stato italiano, dal canto suo, quale ordinamento a diritto amministrativo "debitore" degli approdi raggiunti da quello francese post rivoluzionario, ha non solo optato per la previsione e conservazione di un contenzioso amministrativo, ma anche per l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sul debito pubblico[114], senza soluzione di

[113] F. Merusi, *op. cit.*, p. 4 ss., cui si rinvia per la ricostruzione storica della nascita del contenzioso amministrativo sul debito pubblico e per i relativi riferimenti dottrinali, tra cui, F. Cammeo, I *titoli del debito pubblico e la competenza sulle relative controversie*, in Riv. dir. comm., 1903, I, p. 99 ss.; P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche,* Milano, 1958, p. 67 ss.

[114] Per una critica all'ascrizione delle predette controversie al giudice amministrativo, si

continuità, dal Regno sabaudo[115] fino al vigente art. 133 del c.p.a.[116]

8.1. *Lo stato dell'arte*

Proseguendo sul piano descrittivo, le controversie o questioni afferenti al debito pubblico che hanno storicamente investito la giurisprudenza amministrativa in sede di giurisdizione esclusiva e la Corte di Cassazione, impegnata a dirimere come noto le questioni di giurisdizione ex art. 111, comma 8 Cost., sono piuttosto scarse[117] e sono state occasionate da ricorsi avverso scelte unilaterali di modifica dei tempi e modalità di rimborso di titoli di debito pubblico emessi dallo Stato[118]. Sicché da esse non è agevole dedurre criteri ermeneutici utili per l'interpretazione della norma e del suo concreto ambito di applicazione.

A dispetto dell'esiguità delle questioni giuridiche sollevate dinanzi alla giurisprudenza, l'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a. pone, in realtà,

v. V.E. Orlando (a cura di), *Trattato completo di diritto amministrativo*, vol.III, Milano, 1909, p. 829; A. Graziani, *Il debito pubblico, ivi*, vol. IX, p. 655; M.S. Giannini, *Anomalie della giurisdizione del Consiglio di Stato in materia di Debito pubblico*, in Riv. dir proc., p. 1948, ora in Scritti, II, Milano, 2002, p. 825 ss.; in senso favorevole, invece, cfr. F. Cammeo, *op. cit.,* p. 115.

[115] L'art. 66 dell'editto sul debito pubblico emanato dal Re di Sardegna il 24 dicembre 1819, prevedeva che le controversie che "*sorgessero in seguito alle operazioni dell'amministrazione del debito pubblico od involgessero questioni sull'intelligenza dell'Editto fossero di cognizione della Camera dei Conti*". Nel 1859, la competenza fu trasferita dalla Corte dei Conti al Consiglio di Stato "*con una formula del tutto identica a quella tuttora vigente e recepita dal codice del processo amministrativo nell'elenco di materie per le quali è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo… L'allegato D della legge di unificazione amministrativa del 1865 fece espressamente salva questa particolare funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, col risultato di sottrarre al giudice ordinario il contenzioso in merito al diritto civile del cittadino creditore nei confronti dello Stato emittente di titoli del debito pubblico*", v. F. Merusi, *Debito Pubblico e giudice amministrativo*, *op. cit.*, p. 6.

[116] Si v. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Collana dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», Cedam, Padova, 2000, p. 73 ss., per la ricostruzione dei passaggi di tale giurisdizione da giurisdizione di merito a esclusiva.

[117] Per un approfondimento: A. Ambrosio, *Emissione e circolazione nei titoli di Stato*, Milano, 1997, p. 88 ss.

[118] Le più recenti sono TAR Lazio, Sez. III, 8.2.2011, n. 1215, in Dir. e Giust. online 2011 e TAR Veneto 10.7.2003, n. 5457, in www.giustizia-amministrativa.it, entrambe sulle implicazioni di modificazioni legislative quanto a tempi e modi di rimborso di titoli del debito pubblico. Quanto ai precedenti della Corte di Cassazione, si v. Cass. Sez. Un., 7.5.2002, n.6492, in Giust. civ. Mass. 2002, p. 773.

diversi problemi interpretativi di peculiare complessità e attualità, alla luce sia di alcuni indirizzi dottrinali che hanno affrontato secondo approcci diversi l'interpretazione della norma in commento[119], sia del rinnovato quadro costituzionale e normativo in materia di debito pubblico connotato dall'estensione soggettiva (sotto il profilo della concorrenza di una molteplicità di soggetti pubblici e privati alla sua determinazione) e oggettiva (sotto il profilo della riconducibilità di molteplici strumenti nella nozione di debito pubblico in applicazione dei criteri economico statistici di matrice sovrastatale) della sua dimensione. Un ulteriore dato rilevante, anche ai fini della giurisdizione è che lo Stato, così come le sue articolazioni, ha sostanzialmente perso la capacità di governare i tassi di interesse che dipendono dall'andamento generale dei mercati globalizzati, a loro volta legati alla credibilità dello "Stato-debitore", trovandosi ad operare sul mercato dei capitali alla stessa stregua di un soggetto privato, cedendo quote del proprio debito ad investitori stranieri, fondi di investimento, assicurazioni, istituzioni finanziarie internazionali oppure da altri Stati.

Occorre quindi indagare le eventuali implicazioni di tale nuovo scenario, sul vigente assetto giurisdizionale.

La dottrina che si è occupata di tali questioni ha fornito soluzioni diverse.

A tale riguardo si è sostenuto che non il giudice amministrativo, ma la Corte dei Conti, dovrebbe ritenersi - ad ordinamento costituzionale vigente- il giudice cui riconoscere la cognizione giurisdizionale delle controversie di cui alla lettera v) dell'art. 133 c.p.c., in quanto rientranti nella materia della contabilità pubblica di cui al comma 2 dell'art. 103 Cost., nell'accezione più moderna di finanza pubblica[120]; in esse, sempre secondo tale indirizzo, dovrebbero ritenersi ricomprese anche le controversie sui derivati finanziari detenuti dagli enti locali concernenti la declaratoria di nullità/invalidità del contratto, seppur mediata dall'adozione di atti unilaterali dell'amministrazione di rimozione (formalmente) in via di autotutela della determina a contrarre a monte[121]; giurisdizione, occorre immediatamente specificare, oggi ritenuta spettante al giudice ordinario venendo in rilievo in simili controversie diritti soggettivi[122].

---

119 Ci si riferisce a G. Colombini, *op. loc. ult. cit* e F. Merusi, *op. loc. ult. cit.*

120 G. Colombini, *op.loc. ult, cit.*, pp. 5-6. L'A. ritiene comunque necessaria la *interpositio legislatoris* per lo spostamento della giurisdizione dal g.a. al giudice contabile.

121 *Ibidem,* 9 ss.

122 Cons. St., Ad. Pl., 5.5.2014, n. 13, in Foro Amm. (Il) 2014, 5, 1392 secondo cui"*non spetta al giudice amministrativo il giudizio su una controversia concernente l'esecuzione di contratti in strumenti finanziari derivati, sulla quale sia intervenuta l'amministrazione*

Di contrario avviso è invece la diversa opzione teorica che pur riconoscendo le implicazioni della riforma costituzionale del 2012 sulla declinazione della nozione di debito pubblico di cui alla lett. v) dell'art. 133 c.p.a., che dovrebbe oggi ritenersi comprensiva anche dell'indebitamento degli enti territoriali (e non quindi riferita soltanto ai titoli di debito dello Stato), ritiene però che la ritenuta giurisdizione ordinaria in materia di contratti derivati debba essere rivista in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[123].

8.2. *Una soluzione alternativa: la giurisdizione ordinaria e i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 133 lett. v) c.p.a.*

Le questioni problematiche sottese agli indirizzi brevemente descritti, sollecitano un approfondimento.

L'art. 133 lett. v) del d.lgs. n.104/2010 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le "*controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico*".

La "materia" devoluta al giudice amministrativo, secondo un criterio di interpretazione letterale, è quella delle controversie tra Stato e creditori sulla interpretazione dei contratti aventi per oggetto titoli di Stato o sulla interpretazione delle leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico. Le controversie sui contratti recanti titoli di Stato o l'interpretazione delle leggi ad essi applicabili sono controversie che involgono la tutela della posizione giuridica soggettiva vantata dal singolo creditore nei confronti dello Stato; i contratti che hanno ad oggetto titoli di debito statale sono "*normali obbligazioni*"[124], seppur assunte dallo Stato e non cambiano per

pubblica - nella specie un ente territoriale - parte delle relazioni negoziali facendo uso del potere di autotutela amministrativa e confidando nell'effetto caducante (o viziante) di questo, ogni qualvolta l'atto presupposto oggetto del suddetto potere - nella specie dell'annullamento d'ufficio per motivi di legittimità - non costituisca un reale atto prodromico nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti, perché solo in questo caso l'atto presupposto viene a configurarsi come determinazione autoritativa procedimentalizzata, e quindi il giudizio relativo come giudizio sulla legittimità di un atto di imperio e non come giudizio sui vizi dei contratti, che come tale esula, ai sensi della sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, dalla giurisdizione del giudice amministrativo". Per un commento si v. A. Massera, *Enti territoriali e contratti derivati finanziari: un rapporto travagliato,* in Giorn. Dir. Amm., 2014, 8-9, p. 825 ss., il quale, tuttavia, non affronta la questione relativa al riparto di giurisdizione tra giudice italiano. Nello stesso senso, cfr. Cass. Sez. Un., 23.10.2014, n.22554, in Foro Amm. (II), 2015, 2, 379 ss.

[123] Così, F. Merusi, *op. loc. ult. cit.,* p. 9 ss.

[124] In termini *Ibidem*, p. 4, che tuttavia da una simile constatazione non ne fa discendere

ciò la loro morfologia.

Lo stesso ragionamento deve essere esteso alle controversie "*comunque sul debito pubblico*" nei termini che seguono.

Andando per ordine, si ritiene del tutto condivisibile la tesi secondo cui la moderna accezione della locuzione debito pubblico, contenuta all'art. 133 lett. v) c.p.a. coincida con quella di debito imputabile non solo allo Stato, ma anche alle sue articolazioni[125]. Ciò in quanto, come si è argomentato, le norme - anzitutto costituzionali - sull'equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità del debito pubblico, si rivolgono allo Stato, alle amministrazioni territoriali, alle pubbliche amministrazioni in senso stretto e al complesso delle pubbliche amministrazioni; ciò in ragione dell'evoluzione organizzativa del potere esecutivo e dell'amministrazione della cosa pubblica, che vede oggi coinvolti una molteplicità di soggetti, non sono pubblici in senso stretto, ma anche formalmente privati. L'interpretazione sistematica e storico-evolutiva della disposizione in commento, attributiva della giurisdizione esclusiva amministrativa, conduce quindi a ritenere che anche le controversie sul debito delle amministrazioni territoriali possano ritenersi ricomprese nella suddetta locuzione.

Occorre allora soffermarsi sulle concrete modalità di indebitamento di questi ultimi: se si guarda alle modalità "classiche" e "tradizionali" di indebitamento, cioè la contrazione di mutui o di prestiti obbligazionari, senza difficoltà si evince che esse passano sempre attraverso la conclusione di contratti di diritto privato; ciò vale anche nelle ipotesi, queste non classiche ma frutto dell'ingegneria negoziale e finanziaria, di rilascio di garanzie pubbliche, di cartolarizzazioni, di derivati con *upfront*[126]. Le relative controversie, che potrebbero ritenersi riconducibili alla materia del debito pubblico, sarebbero comunque afferenti ai rapporti debito-credito tra soggetti formalmente posti su un piano di parità in ragione della matrice negoziale del rapporto (si pensi ad un istituto finanziario che lamenti l'inadempimento di un ente locale nell'ammortamento di un mutuo; oppure al contenzioso introdotto da un istituto finanziario per far valere la garanzia rilasciata da un ente locale su un finanziamento assunto da una società da esso partecipata inadempiente; ovvero si pensi ad un ente locale che lamenti la nullità di un contratto di mutuo per violazione dell'art. 119 co. 6 Cost.).

Da ciò si ricava che, per un verso, in simili controversie viene in rilievo l'esigenza di tutela di posizioni giuridiche soggettive puntuali, che fanno

la conseguenza, ad avviso di chi scrive "naturale", come si chiarirà *infra*, dell'ascrizione della relativa giurisdizione al giudice ordinario.

[125] Così, F. Merusi, *op. loc. ult. cit.*; G. Colombini, *op. loc. ult. cit.*

[126] Su cui vedi *supra* Cap. 3, par. 3.

capo quindi alle parti contraenti; per altro verso, dette situazioni giuridiche soggettive, in quanto trovano la loro fonte in un contratto *iure privatorum*, sono declinabili nella dicotomia obbligo/diritto soggettivo.

Le implicazioni sul piano "processuale" o meglio del riparto di giurisdizione, delle considerazioni appena svolte sono essenzialmente due: la prima - riguardante il rapporto tra giurisdizione contabile (oggettiva) e giurisdizioni soggettive (amministrativa e ordinaria) - è che la consistenza delle posizioni giuridiche da tutelare giustifica l'opzione normativa in punto di ascrizione della relativa cognizione ad una giurisdizione soggettiva, con la conseguenza che, sotto tale profilo, non si pongono, a parere di chi scrive, problemi di compatibilità dell'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a. con l'art. 103 co. 2 Cost. In altri termini e più chiaramente, anche qualora si accedesse alla tesi della natura esclusiva della giurisdizione contabile sulla materia della contabilità pubblica e anche ritenendo che la materia del debito pubblico rientri nel predetto ambito, non ne risulterebbe leso il parametro costituzionale in quanto la specialità della giurisdizione contabile, vagliata alla luce dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni disegnato in Costituzione, si rinviene nella sua dimensione oggettiva di organo costituzionale a tutela dello Stato-ordinamento che si estrinseca attraverso i controlli giustiziali, i giudizi di conto e di responsabilità amministrativa, oppure gli altri giudizi del tutto peculiari di cui all'art. 11, comma 6 del Codice di giustizia contabile, di cui si è dato conto e in cui l'oggetto primario di tutela è l'interesse finanziario ordinamentale. Ben diverse sono le controversie che astrattamente rientrerebbero nell'ambito definito all'art. 133 comma 1 lett. v) del c.p.a.: in esse verrebbero in rilievo contratti aventi ad oggetto, a vario titolo, debito pubblico secondo l'accezione che si è ritenuto di condividere e, quindi, di posizioni giuridiche puntuali che fanno capo ai soggetti contraenti, senza che la natura pubblica di uno possa giustificare lo spostamento della giurisdizione in favore della Corte Conti, in quanto ciò si risolverebbe nella introduzione di un giudice speciale *ratione subiecti*[127] in violazione degli artt. 25 e 102 Cost. Neanche appare convincente la tesi secondo cui un indice della possibilità di una simile traslazione della giurisdizione in favore della Corte dei Conti sarebbe costituita dai giudizi ad istanza di parte di cui alla lett. d) art. 172 c.g.c.: essi, come si è chiarito al paragrafo precedente, hanno natura soltanto residuale ed eccezionale.

La seconda implicazione, riguardante invece il rapporto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, è che la natura di diritti soggettivi

[127] Sulla sostanziale irrilevanza ai fini negoziali della natura pubblica di una delle parti contraenti, si rinvia alla Sez. II, parr. 7 e 7.1., del presente capitolo.

da riconoscere alle situazioni giuridiche che fanno capo al privato che abbia sottoscritto un contratto con lo Stato o con una pubblica amministrazione territoriale avente ad oggetto - nelle varie forme in cui ciò può accadere - debito pubblico, dovrebbe avere quale naturale conseguenza, ad avviso di chi scrive, l'assegnazione della relativa giurisdizione al giudice ordinario, in quanto giudice naturale dell'esecuzione dei contratti e delle controversie sui diritti soggettivi[128].

Né in dottrina né in giurisprudenza risulta essere stata mai paventata la questione della compatibilità dell'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a. (la cui origine e formulazione si è ricordato risale all'epoca pre-repubblicana) con l'art. 103 co. 1 Cost., secondo cui "*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolare materia indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*".

Occorre rammentare che, nell'interpretazione della norma fornita dalla Corte Costituzionale nelle celebri sentenze n. 204/2004 e 196/2006, si è ritenuto che spetti al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie nelle quali venga in rilievo l'esercizio di un potere amministrativo, dipendendo dalla mediazione di un simile potere la consistenza di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva del privato che si confronta con tale potere; e che, per quanto concerne i confini materiali della giurisdizione esclusiva, intanto l'attribuzione legislativa di una materia alla cognizione del giudice amministrativo - estesa "anche" ai diritti soggettivi - può ritenersi coerente al parametro costituzionale, in quanto quella materia, che deve essere "particolare", partecipi della stessa natura di quelle appartenenti alla giurisdizione generale di legittimità, "*che è contrassegnata*

[128] Cfr. Cass., Sez. Un., 11.1.2011, n. 391, in Riv. It. dir. Pubbl. com., 2011, 1, 258, secondo cui "*La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione - con l'aggiudicazione - di quella pubblicistica: in questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, che ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, infatti, i contraenti — p.a. e privato — si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l'altro spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.c., e segg.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.c., e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.c., e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute*".

dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo; con la conseguenza che va escluso che sia la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia siano sufficienti a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo"[129]. Se ne trae che deve sussistere un necessario collegamento tra le materie di giurisdizione esclusiva e le situazioni giuridiche soggettive, che costituiscono il criterio su cui è ancorato il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, potendo il legislatore validamente ascrivere alla cognizione - estesa "*anche ai diritti soggettivi*" del giudice amministrativo - solo quelle controversie nella quali vi sia un inscindibile nesso tra interessi legittimi e diritti soggettivi, tale che, anche in ragione della garanzia di effettività della tutela, ne risulti giustificata l'attribuzione ad una unica giurisdizione.

Si rileva che il richiamato criterio di collegamento non appare soddisfatto nella formulazione dell'art. 133, comma 1 lett. v) c.p.a., là dove la norma fa genericamente riferimento alle controversie sui contratti aventi ad oggetto debito pubblico o sulla interpretazione della relativa legge. Si tratta di controversie che investono la validità, l'interpretazione e l'esecuzione di

[129] Corte Cost., 18.4.2004, n.204, in Foro amm. CdS, 2004, 7-8, con nota di F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, afferma che *"Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive — e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa — è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo".* Tra i molteplici commenti alla sentenza citata si veda, M. A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Costituzionale n. 204 del 2004)*, in Riv. Giur. dell'Ed., 2004, 4, p. 1230 ss; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004(osservazioni a prima lettura*), in Dir. Proc. Amm., 2004, 3, p. 820 ss.

contratti di diritto privato[130], rispetto alle quali dovrebbe pacificamente riconoscersi la giurisdizione ordinaria (in applicazione della richiamata giurisprudenza costituzionale)[131]. Ciò anche tenendo conto che (i) i contratti di mutuo o aventi ad oggetto prestiti obbligazionari sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione delle norme di derivazione europea sulle procedure di aggiudicazione degli appalti (d.lgs. n.50/2016 ss.mm.ii.), con la conseguenza che manca anche una fase prodromica, pubblicistica, connotata dall'esercizio del potere autoritativo della p.a.[132]; e (ii) che quindi ci si trova dinanzi a "*comportamenti" della p.a. che, avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici*" non esercita, neanche mediatamente "*alcun pubblico potere*"[133] unilaterale e che si imponga al privato nella sua tipicità ed imperatività. In definitiva, si ritiene che si tratti di controversie in cui vengono in rilievo fattispecie *iure privatorum*, rispetto alle quali la natura pubblica di una delle parti non incide sulla sostanziale condizione di parità in cui esse versano in ragione dell'uso di moduli contrattuali di approvvigionamento delle risorse. Si potrebbe obiettare a tale ricostruzione che ogni contratto è sempre preceduto da una determinazione amministrativa, cioè una delibera a contrarre; tuttavia, si tratta di un dato neutrale, in quanto legato alla natura pubblica di uno dei contraenti che postula la necessaria emersione dell'interesse pubblico in ogni attività, anche contrattuale, senza che a ciò corrisponda una correlata posizione di interesse legittimo del singolo[134], che giustificherebbe, nel suo legame inscindibile

130 Si vedano i richiamati precedenti della giurisprudenza amministrativa e della Corte di Cassazione, nei quali il contenzioso verteva sul rimborso dei titoli di debito o sulla corretta esecuzione dei relativi contratti.

131 Per un approfondimento sull'evoluzione giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in relazione all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sia consentito rinviare a S. Caldarelli, *Poteri pubblici e mercati finanziari: la giurisdizione inglese sui contratti derivati stipulati dagli enti locali, op. cit.*, p. 379 ss.

132 Cfr. Direttiva 2014/24/UE, considerando 26 in cui si rileva l'esigenza di "*chiarire che i prestiti, a prescindere dal fatto che siano legati all'emissione di titoli o altri strumenti finanziari o ad altre operazioni a essi relative, dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva*" e art. 10, lett. f. della stessa direttiva, che esclude dalla disciplina di evidenza pubblica "*i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari*"; coerentemente alla norma europea, nello stesso, dispone l'art. 17, lett. f) del d.lgs. 50/2016 e ss. mm. e ii.

133 Corte Cost. n.204/2004 *cit.*; *Id.,* 11.5.2006, n.191, in Dir. proc. amm. 2006, 4, 1005.

134 Cfr. F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in Foro amm.Tar, (II), 2004, p. 569 ss., secondo cui "*la disciplina del consenso è una disciplina tipizzata di un'attività negoziale, indifferente alla natura del soggetto operante sul mercato*", con la conseguenza che gli atti della p.a. che precedono la conclusione del contratto hanno

con i diritti soggettivi comunque coinvolti, l'ascrizione della materia alla giurisdizione amministrativa. La posizione del singolo in simili fattispecie è e resta sin dall'origine quella di diritto soggettivo. Il rapporto tra le parti è e resta regolato ab origine da un contratto[135]. La norma sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, retaggio storico risalente ad un'epoca anteriore alla Costituzione, non reggerebbe pertanto (ad avviso di chi scrive) il vaglio di legittimità costituzionale.

9. *La giurisdizione sulle controversie sui derivati finanziari stipulati dagli enti locali*

Si è dato conto nel corso della trattazione del contrasto giurisprudenziale circa la riconduzione degli strumenti finanziari derivati sottoscritti dagli enti locali, alla nozione di indebitamento e della soluzione di compromesso fornita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[136].

La questione sostanziale avrebbe ricadute, secondo un indirizzo dottrinale, anche sul riparto di giurisdizione, in quanto il relativo contenzioso, laddove afferente al debito pubblico, dovrebbe essere attribuito al giudice contabile[137]; altra opzione teorica è quella secondo cui le controversie sui derivati finanziari sottoscritti dagli enti locali dovrebbero invece essere ascritte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. v) in quanto verrebbero in rilievo contratti che seppur non abbiano ad oggetto debito pubblico (si nega pertanto la riconduzione dei derivati alla categoria delle forme di indebitamento) finiscono con

nella sostanza natura negoziale.

[135] Insegna autorevole dottrina che i contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni si distinguono in contratti ordinari, contratti speciali e contratti ad oggetto pubblico. I primi sono quei contratti rispetto ai quali le parti sono in una posizione di parità anche laddove uno dei due contraenti sia una pubblica amministrazione. I secondi sono quei contratti retti dalle norme di diritto privato, la cui disciplina è però completata dalle norme pubblicistiche attributive di poteri speciali alla amministrazione pubblica. La terza categoria si connota nel senso che il contratto di diritto pubblico non può che essere stipulato dalla pubblica amministrazione in quanto collegato al provvedimento amministrativo e all'esercizio del potere. Così, M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, Giuffré, 1993. La distinzione in parola è stata accolta in Consiglio di Stato, Sez. V, 5.12.2013, n.5786, in Foro amm. CdS, 2013, 12, 3433. Nel caso di specie vengono in rilievo contratti ordinari, senza alcun residuo di potere pubblico da parte della p.a.

[136] Si rinvia *supr*a, par. 3.2. e 3.2.1. del Cap. 4.

[137] G. Colombini, *op. loc. ult. cit*.

l'impingere nella materia del debito pubblico, trattandosi di strumenti collaterali a precedenti posizioni debitorie in funzione di copertura dai rischi derivanti dalle oscillazioni dei tassi di interesse[138].

Fermo restando quanto argomentato nel precedente paragrafo in ordine alla preferibile ascrizione delle controversie che riguardano contratto aventi ad oggetto il debito pubblico alla giurisdizione ordinaria, il caso del contenzioso sui derivati finanziari stipulati dagli enti locali offre l'occasione per alcune riflessioni ulteriori in punto di riparto di giurisdizione.

Occorre a tale fine prendere le mosse dalla questione sostanziale sottesa. Rinviando per gli approfondimenti sulle tesi che si contendono il campo al paragrafo 3.2.1.del Capitolo 4, a parere di chi scrive, come in quella sede già anticipato, dovrebbe escludersi la possibilità di ritenere che i derivati siano in sé strumenti giuridicamente fonte di debito pubblico[139]. Si tratta difatti di figure contrattuali aventi una causa giuridica antitetica all'indebitamento, in quanto funzionali ad assicurare una copertura di un debito pregresso avverso potenziali andamenti sfavorevoli dei tassi di interesse.

Da ciò si ricava che essi non hanno ad oggetto "debito pubblico" (materia contemplata dall'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a.), bensì la copertura dai rischi connessi alle oscillazioni dei mercati finanziari in relazione ad una posta di debito pregressa.

Sotto tale profilo, occorre mantenere distinti, ai fini del riparto di giurisdizione, l'oggetto del contratto dai suoi possibili effetti. In astratto, i derivati finanziari potrebbero dar luogo a *netting* negativi per la pubblica amministrazione, generando con ciò debito pubblico; si tratta però di una eventualità che non attiene alla struttura e alla morfologia del negozio, ma alla dimensione degli effetti. È chiaro però che il riparto di giurisdizione non può fondarsi su elementi variabili o patologici quali le potenziali conseguenze di un contratto o il suo eventuale uso distorto (si pensi al caso in cui il derivato finanziario venga utilizzato in modo distorto ed elusivo, non cioè, come prescritto dal legislatore, per scopi copertura, ma per ottenere liquidità e quindi come modalità alternativa di finanziamento, illecita, perché vietata dalla legge; si tratterebbe certamente di contratti nulli per violazione della norma che ne viene l'uso per finalità speculative, e potenzialmente nulli

[138] F. Merusi, *op. loc. ult. cit.,* p. 15, rileva che i derivati servono a *"garantire che i tassi di riferimento dei titoli pubblici a rendimento variabile non superino una determinata soglia… Va da sé che non si intende sostenere che i contratti assicurativi, o i contratti derivati, costituiscano, di per sé, titoli di debito pubblico. Si vuole solo affermare che tali contratti, se connessi con contratti del debito pubblico, sono attratti per connessione nella giurisdizione sul debito pubblico*".

[139] Cons. Stato, 30.6.2017, n.3174, in Red. Giuffrè amm. 2017.

anche sotto il profilo della possibile violazione del già citato art. 119, comma 6 Cost. qualora il sostanziale indebitamento sia servito per finanziare spese correnti dell'ente territoriale). Piuttosto, la giurisdizione di cui alla lett. v dell'art. 133) c.p.a. deve essere calibrata sull'oggetto del contratto (in questo senso depone la formulazione letterale della norma che si riferisce a *titoli di Stato* e *debito pubblico*); soltanto qualora risultasse soddisfatta tale condizione potrebbe ritenersi sussistente, ad ordinamento giuridico vigente, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a., fermi restando i dubbi di legittimità costituzionale paventati.

Né si ritiene che possano sovvertire la conclusione appena enunciata, le pur ipotizzate ragioni di connessione secondo una logica che può così riassumersi: i derivati finanziari con finalità di *hedging* in quanto collaterali a debiti pregressi, sarebbero connessi al contratto avente formalmente e sostanzialmente ad oggetto debito pubblico; la giurisdizione amministrativa esclusiva su tale ultimo contratto, si estenderebbe per ragioni di connessione e di effettività di tutela, anche alle controversie che involgono i derivati finanziari che sul debito pubblico pregresso insistono: la tesi non appare agevolmente percorribile stante il principio di inderogabilità della giurisdizione, operante anche a fronte di ragioni di connessione [140].

La giurisdizione sui derivati finanziari stipulati dagli enti locali è, ad avviso di chi scrive, regolata dalle ordinarie norme sul riparto di giurisdizione, senza che possa - anche solo in astratto - assumere rilievo la richiamata norma sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; l'applicazione degli ordinari criteri di riparto impone il riconoscimento della giurisdizione del g.o.[141].

Quanto alla prospettata riconduzione delle predette controversie alla giurisdizione contabile, è utile chiarire che nessun dubbio sussiste sulla giurisdizione della Corte dei Conti in caso di responsabilità degli amministratori degli enti locali per danni arrecati al patrimonio pubblico in conseguenza dell'attività di gestione del debito pubblico realizzata mediante

[140] Cass., sez. un., 7.6.2012, n. 9185, in Giust. Civ. Mass., 2012, 6, 749; *Id.* 30.10.2008, n. 26018, *ivi,* 2008, 10, 1539; *Id.,* 21.12.2000, n. 1323, in Giust. Civ. 2001, I, 847; *Id.*, 6.2.2003, n. 1809, in Giust. Civ. Mass., 2003, 277.

[141] Ormai da ritenersi pacifica alla luce degli interventi sia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria che delle Sezioni Unite della Cassazione: cfr. Cons. St., Ad. Pl., n.13/2014 *cit.* e Cass., Sez. Un., n.22554/2014 *cit.* Sia consentito rinviare per un approfondimento sugli orientamenti giurisprudenziali emersi in materia e per le ragioni della ritenuta giurisdizione ordinaria, anche laddove la controversia sia stata occasionata da pretesi atti amministrativi di rimozione in autotutela delle delibere a contrarre prodromiche alla conclusione dei contratti derivati, a S. Caldarelli, *Poteri pubblici e mercati finanziari: la giurisdizione inglese sui derivati stipulati dagli enti locali*, *op. cit*., p. 379 ss.

l'uso di strumenti finanziari derivati. L'oggetto della cognizione non è però in tal caso costituito in via diretta dalla validità/invalidità dei contratti, bensì dalla sussistenza degli elementi costitutivi della predetta responsabilità, rispetto ai quali, come si è dato conto, l'invalidità contrattuale assume rilievo come indice dell'antigiuridicità della condotta ed è oggetto di cognizione solo *incidenter tantum*. Non si ritiene invece percorribile l'estensione della giurisdizione contabile sulle controversie che invece riguardino in via diretta il rapporto obbligatorio che nasce tra le parti a seguito della sottoscrizione dei derivati; si ribadisce che la giurisdizione, in simili casi, spetta al giudice ordinario, in quanto trattasi di controversie su diritti soggettivi e su contratti *iure privatorum*, in cui la cui dimensione soggettiva della tutela, postula una altrettanto soggettiva giurisdizione, quale portato del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost.

10. *La dimensione transnazionale dei derivati finanziari e il problema mal posto della giurisdizione domestica*

Il dibattito sul riparto di giurisdizione nella materia che ci occupa si è essenzialmente attestato sulle questioni domestiche, relative alle giurisdizioni "nazionali", alla loro attribuzione e ai conferenti criteri di riparto. Un simile approccio è però solo parziale, in quanto non tiene conto (in una prospettiva storica) dell'accesso delle pubbliche amministrazioni al mercato (transnazionale) dei capitali e della collocazione sul mercato finanziario globale dei titoli di debito pubblico (statali e non); in un simile scenario, l'idea di giurisdizione "centralizzata", ascritta al giudice amministrativo, appare in qualche modo anacronistica.

Il contenzioso sui derivati in mano pubblica offre utili spunti di riflessione, in quanto i contratti derivati stipulati dalle amministrazioni locali, di sovente, contengono una clausola di giurisdizione che riserva alle Corti inglesi la competenza a conoscere di qualunque controversia ad essi attinente. La questione della sussistenza della giurisdizione inglese fu sollevata nel contenzioso afferente a derivati finanziari sottoscritti da alcuni enti locali che ha condotto alla richiamata ordinanza n. 22554 del 23 ottobre 2014, delle Sezioni Unite della Cassazione. Il percorso argomentativo svolto dal giudice delle leggi ha avuto una articolazione bifasica: dapprima, la Corte ha ritenuto necessario verificare la consistenza delle posizioni giuridiche rilevanti, al fine di sciogliere il nodo dell'alternativa tra giurisdizione amministrativa o

ordinaria; soltanto dopo aver risolto la questione nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria, trattandosi di controversie che involgono diritti soggettivi, la Corte ha ritenuto di poter riconoscere la validità e efficacia della clausola di proroga della giurisdizione in favore di quella inglese, concludendo per l'insussistenza di un giudice nazionale munito di giurisdizione sulla controversia oggetto del regolamento di giurisdizione.

Appare in realtà percorribile un percorso argomentativo diverso fondato, non già, sulla declinazione del problema del riparto della giurisdizione tra giudice italiano e giudice inglese secondo categorie interne all'ordinamento giuridico nazionale (*sub specie* diritto soggettivo/interesse legittimo), bensì orientato dal Regolamento n.1215/2012/Ue, che ha abrogato il regolamento n. 44/2001/ce, il cui presupposto di applicabilità è costituito dalla possibilità di ricondurre la controversia interessata dalla clausola di proroga della giurisdizione alla materia civile e commerciale. La devoluzione della giurisdizione ad un diverso giudice è difatti esclusa solo quando la controversia rientri nella "materia amministrativa"[142]. Appare utile notare che lo sviluppo del diritto internazionale privato valorizza l'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale nonché del foro giurisdizionale competente[143]. L'accordo di proroga della giurisdizione contenuto nei derivati conclusi dalle amministrazioni locali era disciplinato dalle disposizioni del Regolamento n.44/2001/Ce (oggi sostituito dal Reg. n.1215/2012/Ue) che, a differenza della l. n. 218/95, non utilizza categorie fondate sulle posizioni soggettive (tipiche della nostra tradizione dogmatica e costituzionale ma sconosciute nella dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo all'ordinamento sovranazionale), bensì distingue tra materia amministrativa da un lato e materia civile e commerciale dall'altro[144].

[142] Cfr. art. 1, par. 1, Regolamento n.1215/2012/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

[143] La dottrina ha rimarcato che, con riferimento a fattispecie di rilievo internazionale, la coincidenza tra *forum* e *jus* svolge una funzione di semplificazione e di certezza in ordine al quadro giuridico di riferimento in funzione del corretto funzionamento del mercato, così O. Feraci, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea,* in Riv. di Dir. Int., 2013, 2, p. 424 ss.

[144] L'art. 4 della legge di diritto internazionale privato n.218/1995 esclude la rilevanza del deferimento della giurisdizione con riferimento ai diritti indisponibili. Tale disposizione è uno degli strumenti attraverso i quali l'ordinamento rifugge da una piena apertura a valori giuridici esterni, ma non è applicabile alla clausola di proroga contenuta nei contratti swap conclusi dagli enti locali. Il Consiglio di Stato 7.9.2011, n. 5032, in Banca Borsa e titoli di credito, 2012, p. 304 ss. con nota di A. Scognamiglio, *Autotutela e attività contrattuale della pubblica amministrazione a proposito di contratti di swap stipulati da enti locali*, aveva escluso la rilevanza dell'accordo sul foro competente in quanto, nella specie,

La scelta del legislatore europeo di utilizzare il c.d. criterio dei blocchi per materia appare del tutto coerente con la valorizzazione dell'autonomia delle parti nell'individuazione della legge applicabile e del foro competente. La corrispondenza tra *forum* e *jus* risponde a un'esigenza di certezza del diritto ed uniformità di regolazione, che risulta ancor più sentita nell'ambito dell'ordinamento europeo tendente a superare la parcellizzazione delle normative nazionali in ambiti incidenti sui mercati commerciali e non ultimo in ambito finanziario.

L'utilizzo del criterio di riparto per materia da parte del Regolamento n.44/2001 (analogo sul punto al successivo Regolamento n.1215/2012) induce ad interrogarsi sull'interpretazione che la Corte di Giustizia fornisce di materia amministrativa e di materia civile e commerciale, spettando a quest'ultima il ruolo di interprete della normativa europea e di garante della sua uniforme interpretazione. In ordine all'art. 1 del citato regolamento, il giudice europeo ha chiarito che la sua interpretazione in quanto diretta a definire l'ambito di applicazione dell'analoga Convenzione di Bruxelles prescinde dalle diversità e dalle caratteristiche proprie degli ordinamenti dei singoli Stati membri e che le disposizioni contenute nel Regolamento si applicano indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Muovendo da tali premesse il giudice europeo ha chiarito che la nozione di materia civile e commerciale è autonoma rispetto alla ripartizione di attribuzioni fra le diverse giurisdizioni all'interno degli Stati: in buona sostanza, né l'affermazione della sussistenza della giurisdizione amministrativa, né la circostanza che la controversia involga una pubblica amministrazione esclude che si tratti di materia civile o commerciale[145]. Si

non sarebbero venuti in rilievo diritti disponibili, bensì interessi legittimi la cui cognizione non può essere devoluta ad un giudice diverso da quello costituzionalmente previsto. Un siffatto argomentare non può trovare, tuttavia, applicazione. Ed invero, la disciplina europea prevale rispetto a quella nazionale tanto in ragione del rapporto tra fonti normative fondato sul principio della *primauté* del diritto europeo, quanto in ragione dell'art. 2 della l. n.218/1995 che afferma che le disposizioni della medesima legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali e discipline euro-unitarie in vigore per l'Italia (la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e il Reg. n.1215/2012/Ue, che ha abrogato il pregresso Reg. n.44/2001/Ce).

[145] Cgue, 14.10.1976, causa 29/76, *Eurocontrol*, su e-curia. La sentenza è precedente al regolamento n.44/2001, ma i principi in essa affermati possono esser a questo estesi, trattandosi di una giurisprudenza che si è formata sulla Convenzione di Bruxelles, la quale aveva analogo contenuto alla disposizione dell'art. 1 del Regolamento 44/01. In quella sede si è rilevato che "*poiché questo articolo serve a definire la sfera di applicazione della Convenzione, è importante (..) non interpretare i termini di tale disposizione come un semplice rinvio al diritto interno dell'uno o dell'altro degli Stati in questione» e che «la nozione di materia civile o commerciale non può essere interpretata in funzione unicamente della*

tratta di un profilo evidenziato nella relazione Jenard sulla Convenzione di Bruxelles, in cui si chiarisce che "*rientrano nella sfera di applicazione della convenzione le controversie in materia civile e commerciale di cui siano state investite le giurisdizioni amministrative per cui possono essere riconosciute ed eseguite, ad esempio, le decisioni del Consiglio di Stato francese quanto siano state pronunciate nell'ambito di siffatte materie*". Ciò che rileva ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione del Regolamento e della validità della clausola di proroga della giurisdizione, è la verifica dell'attinenza della controversia alla materia civile o commerciale e non già alla "*materia amministrativa*". La Cgue si è occupata dell'interpretazione dell'art. 22 del Regolamento del 2001 che, nello specifico, prevede talune eccezioni alle regole generali di derogabilità del foro, tra le quali quella secondo cui, "*indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva in materia di validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche, aventi sede nel territorio di uno Stato Membro, o riguardo alla validità delle decisioni dei rispettivi organi, i giudici di detto Stato membro*".

La disposizione in parola che è stata di sovente richiamata dalle amministrazioni pubbliche coinvolte nel contenzioso sui derivati, al fine di sottrarsi al *forum prorogato,* non sembra però offrire una via di fuga, in considerazione dei principi sanciti dalla Cgue che ha ritenuto non applicabile la norma in parola alle controversie nelle quali venga dedotta da una Società l'inopponibilità di un contratto in ragione dell'asserita invalidità delle delibere prodromiche adottate degli organi della persona giuridica stessa[146].

ripartizione di attribuzioni fra le varie giurisdizioni, ripartizione esistente in taluni stati. La nozione di cui trattasi va quindi considerata come una nozione autonoma, da interpretare facendo riferimento, da un lato agli obiettivi e al sistema della convenzione e, dall'altro, ai principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali".

[146] Cgue, 12.5.2011, causa C-144/10, *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts contro JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*, su e-curia. Ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo del Regolamento n.44/01, la Cgue ha dato rilievo all'oggetto principale della controversia nel senso che la validità della decisione a contrarre degli organi sociali è comunque da considerarsi accessoria nell'ambito di una controversia contrattuale ("*L'art. 22, punto 2, del regolamento n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, va interpretato nel senso che non si applica ad una controversia nel cui ambito una società deduce l'inopponibilità di un contratto nei suoi confronti in ragione dell'asserita invalidità, per violazione del suo statuto, di una decisione dei suoi organi che ha portato alla conclusione del predetto contratto. Tale disposizione riguarda unicamente le controversie il cui oggetto principale è costituito dalla validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche o dalla validità delle decisioni dei loro organi. Orbene, ogni questione avente ad oggetto la validità di una decisione di contrattare adottata da organi sociali di una delle parti deve essere considerata accessoria nell'ambito di una controversia contrattuale. L'oggetto di una*

Lo stesso approccio è stato condiviso dalle Corti inglesi dinanzi alle quali si sono conclusi alcuni dei giudizi che hanno interessato le amministrazioni pubbliche italiane e gli intermediari finanziari relativamente agli swap[147].

Sulla scorta di tali considerazioni, il problema della rilevanza della clausola di delimitazione della giurisdizione contenuta nei contratti derivati stipulati dalle amministrazioni locali e quello dell'applicazione della normativa sovranazionale che disciplina gli accordi in questione sembra assumere rilievo preminente rispetto alla questione del riparto di giurisdizione interno. La sussistenza o meno della giurisdizione inglese non sembra poter essere considerata come meramente consequenziale all'esclusione della giurisdizione amministrativa (il cui radicarsi o meno viene declinato secondo le categorie mutuate nel nostro ordinamento e che ruotano attorno alla diversa natura delle posizioni soggettive vantate). Si è visto, difatti, che né l'eventuale giurisdizione amministrativa domestica né il fatto che parte del giudizio sia una pubblica amministrazione costituiscono

tale controversia in materia contrattuale non presenta necessariamente un nesso particolarmente stretto con il foro della sede della parte che deduce un'asserita invalidità di una decisione dei propri organi. Sarebbe pertanto in contrasto con la buona amministrazione della giustizia assoggettare siffatte controversie alla competenza esclusiva dei giudici dello Stato membro della sede di una delle società contraenti").

[147] High Court of Justice, 9 luglio 2009, *J.P. Morgan Chase Bank v. Berlinier Verkehrsbetrieb*e. Court of Appeals, 28 aprile 2010, *BVG v. Morgan Chase Bank*: con commento di C. Consolo e M. Stella, *L'avventuroso spirito del celebre Morgan non affonda ai caraibi..è vivo e imperversa nell'Europa continentale con la vendita dei credit default swaps (cds) agli enti pubblici locali*, in Corr. Giur., 2011, 8, p. 1065 ss. In essa si legge che "*Allorché una questione concernente una delle materie elencate all'art. 22 Reg. n. 44/2001 è sollevata incidentalmente o in via preliminare nel corso di un procedimento, tale procedimento non può essere considerato vertente a titolo principale su una di quelle materie. Non vale, tuttavia, l'opposto. Così, anche se una questione concernente le materie indicate all'art. 22 Reg. n. 44/2001 non è meramente preliminare o incidentale, il procedimento non deve per ciò solo essere considerato vertente su tali materie. Tale valutazione presuppone una qualificazione complessiva del thema decidendum, avuto riguardo alle statuizioni che il giudice è chiamato a compiere*". Così il giudice inglese con riferimento alla vicenda contenziosa che ha coinvolto la Regione Piemonte ed è sfociata nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13/2014 *cit.*, ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione in via esclusiva in base agli accordi tra le parti e alle disposizioni del Regolamento (44/2001), rilevando che gli atti con i quali gli enti locali pretendono di rimuovere in autotutela quelli prodromici alla conclusione del contratto, nulla tolgono all'attinenza della controversia alla materia civile e commerciale. In altri termini il giudice inglese, ha ritenuto - pur consapevole dell'adozione da parte dell'amministrazione di atti di rimozione in autotutela delle delibere a monte e dell'incardinazione dinanzi al giudice nazionale della controversia ad essi afferente - di avere giurisdizione sulla controversia in base all'assunto secondo cui ciò che rileva è la valutazione complessiva del *thema decidendum*; si v. anche High Court of Justice, 24 luglio 2012, *Dexia Crediop S.p.A. v. Regione Piemonte* e *Id.,* 16 luglio 2013, *Dexia Crediop S.p.A. v. Regione Piemonte*.

limiti all'applicabilità del regolamento e all'ammissibilità della scelta convenzionale del foro. Per la Corte di Giustizia, il problema della capacità contrattuale dell'ente è accessorio rispetto a quello principale del contratto della cui risoluzione o validità - in ultima analisi - si tratta e rispetto al quale la giurisdizione è disponibile alle parti[148].

10.1. *La dimensione transnazionale delle tecniche di tutela giurisdizionale nel contenzioso sul debito pubblico. Il caso dei* bond *argentini e greci*

Le tecniche di tutela giurisdizionale di cui i singoli possono beneficiare nei confronti del potere pubblico assumono una colorazione particolare quando a dichiarare *default* sono gli Stati stranieri.

In particolare, se lo Stato estero dovesse dichiarare il proprio fallimento o ristrutturare il debito pubblico unilateralmente (e comunque senza il consenso di tutti i pregressi sottoscrittori dei titoli), l'investitore si troverebbe dinanzi a un primo dilemma: a quale giurisdizione rivolgersi e attraverso quali forme. Il contratto sottostante all'acquisto del titolo di debito potrebbe devolvere la giurisdizione sulle controversie ad esso relative alle Corti di uno Stato terzo, come si è visto nel paragrafo che precede, e con precise garanzie di neutralità rispetto alla natura pubblica di una delle parti contraenti. In assenza di clausole negoziali sulla giurisdizione l'investitore straniero, titolare di un diritto di credito nei confronti di uno Stato, si troverebbe quantomeno difronte alla scelta tra adire il giudice dello Stato straniero che ha emesso il titolo o il proprio giudice nazionale. Nella prima ipotesi, egli si troverebbe esposto al rischio che il giudice dello Stato straniero emittente possa non risultare imparziale in concreto oppure reticente difronte alla pretesa sindacabilità della scelta *politica* alla base del default o della ristrutturazione non consensuale del debito. Nella seconda ipotesi, ma in un certo senso anche dinanzi a giurisdizioni terze, pur a fronte di una maggiore sicurezza teorica circa l'imparzialità dei giudizi, l'investitore si troverebbe dinanzi a una serie di problematiche di diritto internazionale e interno, di rito e merito, talvolta difficili da districare.

Nel prosieguo ci si focalizzerà su tali questioni, nei limiti della loro rilevanza ai fini della presente ricerca, muovendo dal caso dei bond argentini e greci.

In seguito al default argentino del 2001 e alle conseguenti ristrutturazioni del debito intervenute rispettivamente nel 2005 e nel 2010, numerosi investitori in titoli del debito - specie quelli che non hanno accettato i suddetti programmi di ristrutturazione - hanno iniziato a promuovere cause

[148] Cgue, C-144/1012 *cit.*

a tutela dei propri diritti dinanzi ai giudici nazionali. Anche gli investitori italiani si sono mossi in questa direzione. Al riguardo si segnalano due diverse generazioni di cause: quelle dinanzi al giudice nazionale contro l'Argentina e quelle dinanzi al giudice nazionale contro gli intermediari finanziari.

La prima difesa opposta dallo Stato quanto ai giudizi intrapresi contro lo Stato argentino, è stata l'immunità dalla giurisdizione. Come noto, l'immunità dello Stato dalla giurisdizione rappresenta una consuetudine internazionale, che permea l'ordinamento italiano attraverso la clausola di cui all'art. 10 Cost. e che è stata codificata nella Convenzione delle Nazioni Unite di New York del 2 dicembre 2004. Con la sentenza resa il 3 dicembre 2012 nel caso sulle *Immunità giurisdizionali* tra Italia e Germania, la Corte Internazionale di Giustizia ha confermato che lo Stato ha diritto a veder tutelate le proprie immunità processuali dalla giurisdizione straniera quando si controverta di suoi atti cd. *iure imperii*, ossia gli atti che *"fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power."*[149]. Alla luce di tali coordinate, già con un'ordinanza del 2005, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riconosciuto l'immunità dalla giurisdizione a favore della Repubblica argentina nella causa intentata da un investitore italiano all'esito del default dichiarato nel 2005. Per la Suprema Corte, in particolare, *"mentre natura innegabilmente privatistica hanno gli atti di emissione e di collocazione sul mercato internazionale delle obbligazioni di che trattasi, non analoga natura paritetica hanno i successivi provvedimenti di moratoria, adottati dal Governo argentino, ai quali, del resto, lo stesso ricorrente sostanzialmente pretende di ricollegare la perdita del beneficio del termine ex art. 1186 c.c. ed il conseguente inadempimento di quello Stato. […] Tali provvedimenti - incidenti sul momento funzionale del rapporto obbligatorio tra le parti, con un effetto che sarebbe assurdo ritenere limitato ai soli interessi (come deduce parte ricorrente) e che invece, in relazione alla finalità perseguita, deve considerarsi esteso anche alla sorte capitale - manifestano, evidentemente, la potestà sovrana dello Stato. E ciò sia per la loro natura di leggi di bilancio [quali la nostra Costituzione sottrae anche a referendum abrogativo], sia, soprattutto, per le già sottolineate finalità, eminentemente pubbliche, perseguite, di governo della finanza in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale. Né rileva in contrario il fatto che dette leggi incidano su diritti patrimoniali di cittadini stranieri, poiché ciò non vale certamente a configurare quella deroga eccezionale alla*

[149] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, par. 60.

immunità che, come sopra detto, è prospettabile solo in presenza di atti di esercizio della sovranità che si presentino lesivi di "valori universali della dignità umana". Valori, con i quali le leggi della Repubblica Argentina, su riferite, non si pongono evidentemente in conflitto, ma che tendono, anzi, a salvaguardare".[150]

In estrema sintesi, la Corte di Cassazione italiana ha ammesso, per il tramite dell'immunità giurisdizionale e rispetto agli interessi economici dei singoli investitori, la primazia assoluta e insindacabile - almeno all'estero - della decisione sovrana di dichiarare default o ristrutturare il debito a tutela dell'interesse finanziario dello Stato.

Di diverso avviso, almeno in rito, sono state le Corti statunitensi[151] e quelle tedesche[152]. Queste hanno qualificato i provvedimenti di moratoria e ristrutturazione del debito come atti paritetici e *iure gestionis* degli Stati, non espressione del potere sovrano e, come tali, non coperti dall'immunità giurisdizionale. A fronte di tali arresti giurisdizionali, l'Argentina è dovuta ricorrere a ulteriori strumenti di difesa, eccependo nel caso delle Corti tedesche lo stato di necessità quale causa esimente dalla responsabilità internazionale, mentre, nel caso delle Corti statunitensi, è stata eccepita la sussistenza di accordi di ristrutturazione del debito che postergavano il rimborso dei titoli appartenenti a investitori dissenzienti.

Anche in queste circostanze, tuttavia, i tribunali nazionali hanno ritenuto prevalenti le ragioni degli investitori privati sulle scelte di autonomia (o meglio sovranità, secondo la tesi argentina) dello Stato. Per un verso, con una decisione dell'8 maggio 2007, la Corte Costituzionale

[150] Cass., Sez. Un., 27.5.2005, n. 6532, in http://www.dircomm.it/2005/n.9/03.html. Il precedente è conforme a Corte Cost. 17.7.1992, n. 329, in www.cortecostituzionale.it, per cui: *"Nella sfera dei poteri sovrani e di governo dello Stato […] rientrano il provvedimento di moratoria del debito estero e il piano successivamente predisposto di ripianamento dei debiti contratti da operatori nigeriani verso fornitori esteri."*

[151] US Supreme Court in *Republic of Argentina v Weltover Inc*, 504 US 607 (1992); *Shapiro v Republic of Bolivia*, 930 F.2d 1013, 1018–19 (2d Cir 1991); *Carl Marks & Co v Union of Soviet Socialist Republics*, 841 F.2d 26, 27 (2d Cir), cert denied, 487 U.S. 1219 (1988); *West v Multibanco Comermex*, 807 F.2d 820, 825–26 (9th Cir), cert denied, 482 U.S. 906 (1987); *Callejo v Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1109 (5th Cir. 1985); *Wolf v Banco Nacional de Mexico*, 739 F.2d 1458, 1460 (9th Cir 1984); *Schmidt v Polish People's Republic*, 579 F. Supp. 23, 26 (S.D.N.Y. 1984); *Allied Bank Int'l v Banco Credito Agricola de Cartago*, 566 F. Supp. 1440, 1443 (S.D.N.Y. 1983), aff'd, 733 F.2d 23 (2d Cir. 1984), vacated and rev'd on other grounds, 757 F.2d 516 (2d Cir), cert dismissed, 473 U.S. 934 (1985). PJ Power, *'Sovereign Debt: The Rise of the Secondary Market and its Implication for Future Restructurings'* (1996) 64 Fordham Law Review 2701, p. 2730 ss.

[152] A. Reinisch, C. Binder, *Debts and State of Necessity*, in J.P. Bohoslavsky, J.L. Cernic, *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Hart Publishing, 2014, p. 118.

tedesca ha sì riconosciuto che lo stato di necessità possa rappresentare una causa esimente della responsabilità rispetto alle obbligazioni assunte dalla Repubblica argentina, ma solo nel confronto con altri Stati e non pure dei singoli investitori privati[153]. Già nel Commentario della Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite alla bozza di Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati (2001), si legge che la forza maggiore (art. 23) e lo stato di necessità (art. 25) sono due cause di esclusione della responsabilità internazionale dello Stato, le quali sono state impiegate nella prassi nella materia del debito pubblico[154], ma il cui effetto è di norma soltanto quello di sospendere la vigenza dell'obbligazione per un determinato periodo di tempo, senza estinguerla e cioè senza far venir meno il dovere di ripagare il debito.[155] Vero è che la moratoria sul debito o un piano di ristrutturazione dello stesso hanno un'efficacia di per sé definitiva e novativa sull'obbligazione originaria; vero è che lo stato di necessità, a differenza della forza maggiore, sembra non esimere il soggetto responsabile da una conseguenza di tipo indennitario.[156] Ad ogni modo, nella giurisprudenza maturata in seno all'ICSID (*International Centre for the Settlement of State-Investor Disputes*), ancorché non sempre sia stato rilevato nel merito lo stato di necessità, i tribunali arbitrali lo hanno ammesso come causa esimente dalla responsabilità anche in controversie tra Stato argentino e investitore privato nella misura in cui, nel caso di moratoria sul debito e altri tipi di politica economica di risanamento, *"there are [no, n.d.r.] other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient"*[157].

[153] BVerfErG, Ordinanza, 8.5.2007 - 2 BvM 1/03, in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2007/05/ms20070508_2bvm000103en.html

[154] Commentario della Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite alla bozza di Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati (2001), p. 77 ss., in https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Il riferimento è a *Affaire de l'Indemnité Russe (Russian Indemnity Case)* (1912) XI UNRIAA 431, nonché a *Serbian Loans*, 1929, PCIJ, Series A, No 20, pp. 39-40.

[155] *Ibidem*.

[156] V. anche V. Lowe, *Precluding Wrongfulness or Responsibility: a Plea for Excuses* in European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, p. 405, p. 410.

[157] *CMS v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Award, 12.5.2005, par. 214; *LG&E v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, 2.10.2006, parr. 226 ss.; *Sempra v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Award, 28.9.2007, par. 374; *Enron v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Award, 22.5.2007, par. 339; *Suez v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Liability, 30.7.2010, par. 236; *Continental Casualty Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, Award, 5.9.2008, par. 173; *Impregilo SpA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/17, Award, 21.6.2011, parr. 75 ss.; *El Paso Energy International Company v*

Sotto concorrente profilo, negli Stati Uniti e a livello federale, con una sentenza del 2012, poi confermata dalla Corte Suprema, la Corte di Appello per il Secondo Circuito ha riconosciuto, in base alla cd. dottrina *pari passu*, che i titoli degli investitori non aderenti agli accordi di ristrutturazione del debito andavano rimborsati comunque, non essendo ammissibile una loro postergazione[158]. Ne è disceso - a livello operativo - un significativo incremento negli oneri di rimborso a carico dello Stato argentino, soprattutto in virtù della cd. clausola RUFO (*"rights upon future offers"*), contenuta negli accordi di ristrutturazione e in base alla quale anche gli investitori consenzienti avevano diritto al miglior trattamento concesso in base a successivi pagamenti con altri obbligazionisti. Da qui, come reazione dello Stato argentino nel 2014, un'azione presso la Corte Internazionale di Giustizia contro gli Stati Uniti, per sottolineare la violazione delle regole internazionali in tema di stato di necessità e immunità giurisdizionali[159]. Il ricorso è stato successivamente oggetto di rinuncia all'esito del processo di sistemazione consensuale delle liti pendenti, iniziato e proseguito dall'amministrazione Macrì in Argentina tra il 2015 e il 2016.

Ad ogni buon fine, ritornando alla situazione italiana, per superare lo stallo derivante dall'avvenuto riconoscimento dell'immunità giurisdizionale in capo all'Argentina, gli investitori si sono mossi in due direzioni. Da un lato, essi hanno fatto causa contro gli intermediari finanziari in Italia; dall'altro, hanno avviato tre distinti procedimenti arbitrali in seno all'ICSID contro la Repubblica argentina.

Nel primo caso, data la sussistenza di contenziosi dinanzi a tribunali arbitrali predetti, gli intermediari finanziari hanno sollevato un'eccezione mista di compromesso e litispendenza internazionale. L'eccezione è stata

Argentina, ICSID Case No ARB/03/15, Award, 31.10.2011, parr. 203 ss.; *Enron Creditors Recovery Corp v Argentina*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30.7.2010; *Sempra Energy International v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29.6.2010. S.F. Hill, *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in Its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty*, in Law and Business Review of the Americas, Vol. 13, No. 3, 2007, p. 547-568.

[158] *NML Capital, Ltd. v Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2nd Cir. 2012), in https://casetext.com/case/nml-capital-ltd-v-republic-of-argentina
https://www.icj-cij.org/files/press-releases/4/18354.pdf

[159] Trib. Padova, Sez. I, 6.5.2014, *A.B.B. c. Banca Antonveneta*, cit. in R. Sabia, C. Trecroci, *Ascesa e declino dell'"Investor-State Arbitration" fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali*, in Riv. Arb., 2016, 1, p. 184.

però respinta dalle corti di merito in base all'argomento per cui, *"per effetto dell'adesione all'arbitrato internazionale non c'è nessuna rinuncia alla tutela giurisdizionale nei confronti della banca, perché l'arbitrato è promosso dagli investitori nei confronti dello Stato Argentino, mentre la presente azione ha ad oggetto i rapporti con l'intermediario per negligenze relative alla condotta dell'intermediario medesimo"*.[160]

Nel secondo caso, invece, l'Argentina ha opposto due eccezioni preliminari di rito e, in buona sostanza, due ordini di difese nel merito.[161] In rito, la Repubblica argentina ha sostenuto che gli acquirenti di titoli del debito non sarebbero investitori ai fini dell'instaurazione della giurisdizione ICSID, e che l'azione di classe non sarebbe ammessa dinanzi a siffatti tribunali arbitrali: ambedue le eccezioni sono state disattese sul duplice presupposto per cui un investitore straniero non perde il proprio carattere pure se l'acquisto di un'attività è dematerializzato, mentre la Convenzione e il Regolamento di procedura del Centro non escluderebbero e anzi agevolerebbero l'azione collettiva. Nel merito, per converso, le difese si sono focalizzate sullo stato di necessità e la difficoltà di configurare una violazione degli standard di *"fair and equitable treatment"* e *"full protection and security"* degli investimenti ai sensi del BIT Italia-Argentina; nessuna decisione nel merito è però mai stata resa dal momento che l'amministrazione Macrì ha preferito addivenire a soluzioni transattive in corso di causa.

Una prima considerazione preliminare è che, nel rapporto tra ragioni private degli investitori e decisioni sovrane degli Stati sul debito pubblico, il regime di tutela giurisdizionale a livello nazionale sembra essere differenziato.

In una giurisdizione ad alta densità di debito pubblico e tendenzialmente non vicina alle istanze del mercato, quale può essere l'Italia, le esigenze della sovranità sulle scelte di politica economica sembrano prevalere sulle ragioni dei privati quando a essere convenuto è lo Stato straniero (attraverso il regime delle immunità giurisdizionali); non pure gli interessi degli intermediari finanziari, che non riescono a opporre la litispendenza internazionale contro gli investitori. Nelle giurisdizioni a più bassa densità di debito (Germania) o comunque tendenzialmente attente alle necessità del mercato (Stati Uniti), per converso, si registra una certa inclinazione

[160] V. *Abaclat and others v Argentina*, ICSID case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4.8.2011; *Giovanni Alemanni and others v. Argentina*, ICSID case No. ARB/07/8; *Giordano Alpi and others v. Argentina*, ICSID case No. ARB/08/9. A. De Luca, *Collective Actions in ICSID Arbitration: The Argentine Bonds Case*, in The Italian Yearbook of International Law, Vol., XXI, 2011, 211, p. 239.

[161] Trib. I Grado U.E., Sez. I, *Agnostakis c. Commissione Europea*, 30.9.2015, causa T-450/12; Cgue, Grande Sez., 12.9.2017, causa C-589/15 P, su e-curia.

ad assicurare una più incisiva tutela agli investitori a fronte di qualsiasi tecnica di difesa utilizzata dallo Stato in cause riguardanti la gestione del proprio debito pubblico.

In ambedue i casi, (i) le questioni di diritto interno si sono intersecate e si intersecano con quelle di diritto internazionale e internazionale privato (immunità giurisdizionali, litispendenza internazionale, stato di necessità, BIT), rendendo i contenziosi in parola particolarmente complessi e (ii) le scelte di politica giurisdizionale attuale a livello nazionale hanno prodotto conseguenze sul piano internazionale.

Facendo seguito alla reiezione delle azioni civili in Italia, così, gli investitori sono ricorsi con successo agli arbitrati internazionali gestiti dall'ICSID, alla luce della clausola compromissoria contenuta nel BIT Italia-Argentina. In seguito all'accoglimento delle azioni civili negli Stati Uniti, invece, l'Argentina ha cercato di ricorrere alla Corte Internazionale di Giustizia per far valere le ragioni della sovranità. Appare singolare come, in un primo momento, l'intervento di corti e tribunali arbitrali sovranazionali - pur svincolati per definizione dai circuiti costituzionali e democratici di riferimento - si sia manifestato di per sé potenzialmente favorevole alle istanze dei privati nell'ipotesi dell'ICSID e potenzialmente favorevole a quelle dello Stato nell'ipotesi della Corte Internazionale di Giustizia, rivelando con ciò la propria intrinseca neutralità.

Con la crisi del debito sovrano in Europa si è assistito, però, a un certo rigurgito delle corti sovranazionali a favore delle ragioni dell'operatore pubblico e a scapito di quelle degli investitori privati o dei cittadini. Nel caso *Agnostakis c. Commissione Europea* (2015-2017) il Tribunale di I Grado dell'Unione Europea e successivamente la Corte di Giustizia hanno escluso che i cittadini possano utilmente impugnare il rifiuto della Commissione Europea di registrare una proposta di tipo legislativo popolare per applicare il regime dello stato di necessità contro i programmi di ristrutturazione del debito ellenico[162]. Nel caso *Nausicaa Anadyomène SAS c. BCE*, il Tribunale di I Grado dell'U.E. ha escluso che la Banca Centrale fosse responsabile per i danni occorsi agli investitori in titoli in virtù dell'accettazione del programma di ristrutturazione del debito pubblico greco; ciò nella misura in cui nessuna violazione delle aspettative legittime e i principi di certezza giuridica sarebbe occorsa[163]. Un approccio similare è stato seguito anche nel caso *Mamatas e altri c. Grecia*, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che dovrebbe essere

[162] Trib. I Grado U.E., Sez. III, *Nausicaa Anadyomène SAS c. BCE*, 24.1.2017, causa T-749/15, su e-curia.

[163] Corte Edu, Sez. I, *Mamatas e altri c. Grecia*, 21.7.2016, affari 63066/14, 64297/14, 66106/14.

maggiormente incline a tutelare gli interessi dei privati nei confronti dello Stato e per cui l'*haircut* del debito pubblico greco è stato ritenuto una misura legittima e proporzionata ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 CEDU, nell'ambito della politica economica.[164]

11. *La giurisdizione sul debito pubblico nel mercato finanziario internazionale*

Nel corso della trattazione si è rilevato che i titoli di debito pubblico sono acquistati nell'ambito di un mercato che ha assunto dimensioni globali e all'interno del quale il prezzo dei titoli pubblici è influenzato dalle agenzie di rating. Il debito pubblico collocato sul mercato dei capitali viene acquistato da finanziatori (pubblici o privati); lo Stato perde correlativamente la propria sovranità sulla gestione del debito e deve occuparsi del rilievo assunto dalla propria reputazione e credibilità nei confronti degli investitori, alla pari di qualsiasi altro operatore economico che intenda rivolgersi al mercato per finanziare la propria attività.

Il debito diventa una categoria che si sottrae alla capacità di gestione del singolo sistema nazionale ed è inciso da fenomeni mercatori, reputazionali, congiunturali, che hanno come sfondo l'economia globale. Le controversie che possono insorgere sulla validità, efficacia ed esecuzione dei contratti aventi ad oggetto debito pubblico, sfuggono conseguentemente anche alla garanzia statale della giurisdizione domestica. Ciò sotto un duplice profilo: in primo luogo, in quanto si tratta di contratti che di sovente contengono clausole puntuali sul foro giurisdizionale competente, regolato da meccanismi del tutto avulsi ed indifferenti ai criteri di riparto interni; in secondo luogo, in quanto la eventuale imposizione di una giurisdizione accentrata, quale quella amministrativa, che dovrebbe costituire un ostacolo all'operatività delle clausole di proroga della giurisdizione, frutto della scelta autonoma delle parti contraenti, finirebbe per dissuadere gli investitori dal relativo acquisito dei titoli di debito pubblico, con effetti a cascata sulla reputazione dello Stato e sulla sua capacità, quindi, di indebitamento.

L'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a. storicamente teneva conto della situazione italiana, in cui il finanziatore principale dello Stato era la banca centrale nonché il risparmio privato (comunque detenuto dal sistema bancario nazionale). L'eventuale controversia sui contratti aventi ad oggetto debito pubblico, si risolveva di fatto in un conflitto che si determinava

[164] Il tema è affrontato al Cap. 1, parr. 2.2.1 e 2.2.2.

tra due apparati organizzativi del medesimo Stato-persona. In ciò sembra possibile rinvenire una "giustificazione" storica dell'ascrizione di tali controversie alla giurisdizione amministrativa.

Lo scenario attuale risulta profondamente mutato; il sistema economico e finanziario ha assunto dimensioni globali, configurandosi come un sistema integrato in cui competono molteplici attori, compresi gli Stati e le loro articolazioni. Ma se l'assegnatario del debito pubblico non è più (o non solo più) il cittadino o il sistema bancario nazionale, bensì investitori stranieri, fondi di investimento, assicurazioni, istituzioni finanziarie internazionali e finanche altri Stati, il sistema tradizionale di giurisdizione domestica "accentrata" ne risulta scardinato, rivelando, sotto tale profilo, la natura antistorica dell'art. 133, comma 1, lett. v) c.p.a.

Tale previsione normativa, difatti, non rende appetibili i titoli di debito pubblico collocati sul mercato globale ed appare contraria al vigente sistema di indebitamento dello Stato e delle sue articolazioni che si rivolge ormai al mercato finanziario. La considerazione da ultimo sviluppata fornisce un ulteriore dato (questa volta di opportunità politica) a favore della tesi della giurisdizione ordinaria opzionata in questa sede che, come tale, è pacificamente disponibile alle parti.

Capitolo VI

A mo' di conclusioni: le regole di finanza pubblica alla prova della pandemia da virus Sars-Cov 2

Sommario: 1. *Governance* europea ed internazionale della finanza pubblica e pandemia – 2. Vincoli costituzionali di bilancio e pandemia – 3. Le pubbliche amministrazioni finanziarie – 4. La dimensione oggettiva allargata del debito pubblico: gli effetti della crisi post-pandemica – 5. Responsabilità, controlli e garanzie giurisdizionali a tutela dell'interesse finanziario.

1. Governance *europea ed internazionale della finanza pubblica e pandemia*

Come rilevato nel presente studio la *governance* della finanza pubblica sia a livello europeo che internazionale è materia naturalmente esposta a continue spinte evolutive: non può quindi sottrarsi una compiuta disamina dei problemi affrontati in questa sede, al fattore di transizione più imprevedibile e potente costituito dalla profonda crisi sanitaria, finanziaria ed economica connessa all'epidemia da virus Sars-Cov-2, intervenuta nella fase di conclusione della stesura delle riflessioni su cui si fonda questo lavoro. Occorre quindi rassegnare considerazioni conclusive rovesciando il paradigma consueto della ipostatizzazione di punti fermi e assiomi consolidati, e cogliere questa occasione per interrogarsi sulla tenuta degli strumenti di gestione delle scelte di politica economica e dei relativi poteri decisionali, delle limitazioni finanche costituzionali alla capacità finanziaria dello Stato e delle sue articolazioni amministrative, delle forme di controllo e di garanzia a tutela del rispetto dei vincoli al debito pubblico oggetto di analisi nel corso della trattazione, a fronte di una nuova crisi.

Sviluppatasi in tempi rapidissimi su tutto il pianeta, l'emergenza epidemiologica rischia di tramutarsi in una crisi economica di dimensioni maggiori e strutturalmente diverse rispetto all'antecedente di fine 2008. In base alle stime rinvenibili nel World Economic Outlook per il mese di aprile 2020, e addirittura assumendo ottimisticamente una riduzione

della pandemia a partire dalla seconda metà dell'anno in corso, il Fondo Monetario Internazionale ritiene che il PIL su scala globale si ridurrà del -3,1%, con la previsione di una crescita pari al 5,8% nel 2021.[1]

La crisi economica conseguente alla pandemia sembra però presentare caratteristiche non completamente sovrapponibili rispetto alla crisi risalente al 2008: mentre quest'ultima ha avuto origine in una bolla finanziaria (attinente, prima, alle cd. Mortgage-Backed Security-MBS e poi ai titoli del debito pubblico in Europa) e si è trasferita successivamente all'economia reale, con modalità e meccanismi di trasmissione diversi da paese a paese, nell'attuale quadro emergenziale, invece, lo shock è simmetrico, assolutamente esogeno, di fatto globale, e involge un profilo del tutto peculiare che è quello della tutela del diritto fondamentale alla salute, che pure nelle diverse morfologie appartenenti agli assetti costituzionali dei diversi paesi, è clausola ricorrente di limitazione di altri diritti fondamentali e comunque valore indiscusso cui subordinare la straordinarietà dei poteri decisionali e consistenti deroghe agli equilibri economico-finanziari nelle relazioni tra paesi, e all'interno della struttura amministrativa di questi.

Si tratta di uno shock simmetrico perché determina gli stessi effetti recessivi in tutti i sistemi economici nazionali; esogeno in quanto non dipende da pregresse gestioni scorrette di bilancio (che al più possono acuire le difficoltà di gestione dell'emergenza sanitaria), ma da una pandemia che è esterna rispetto al raggio di azione dei decisori pubblici e che involge la tutela della salute pubblica, sollecitando operazioni ispirate al *whatever it takes*, piuttosto che ai paradigmi di sana e prudente gestione finanziaria. È utile notare, sotto tale ultimo profilo, che a seguito della crisi del 2008, le politiche di protezione della salute si sono poste univocamente e stabilmente

[1] Basti pensare che la recessione maturata con la grande crisi finanziaria del 2008 ha determinato forti riduzioni sui PIL negli Stati Uniti (-4,9%), nel Regno Unito (-2,8%), in Germania (-2,3%), Spagna (-2,0%), Italia (-3,1%), Francia (-1,8%)http://www.isfol.it/DocEditor/test/File/Dossier%20aggiornato.pdf; ed ancora, il 24 ottobre 2008, ossia il Venerdì Nero delle borse, l'Indice Dow Jones presso la Borsa di New York ha segnato una riduzione del -3,5%, l'Indice S&P/Mib a Milano del -8,24%, l'Indice CAC 40 a Parigi del -9,04%, l'Indice FTSE 100 a Londra del -7,84%https://www.corriere.it/economia/08_ottobre_06/borse_asiatiche_2d5dc6c8-9369-11dd-8968-00144f02aabc.shtm, l l'Indice Nikkei a Tokyo del -9,6%, l'Indice Hang Seng di Hong Kong del 8,3%, l'Indice RTS a Mosca del -19,1%, https://www.marketwatch.com/story/indexes-fall-hard-on-bloody-friday A livello dei singoli Paesi, più nel dettaglio, il FMI considera che il PIL potrebbe ridursi del -5,9% negli Stati Uniti, del -7% in Germania, del -9,1% in Italia, del -8% in Spagna, del -6,5% nel Regno Unito e così via. Al contempo, il 24 febbraio 2020, sono stati bruciati in borsa, a causa dell'emergenza da coronavirus, oltre 1000 miliardi di Euro di capitalizzazione, con l'Indice FTSE/Mib a Milano che è crollato del -5,43%, l'Indice CAC 40 a Parigi del -3,94%, l'Indice FTSE 100 a Londra del -3,34%, l'Indice DAX a Francoforte del -4,01%.

in antitesi rispetto a quelle di tutela della stabilità finanziaria, come dimostrato dalla normativa sul contenimento della spesa pubblica connotata da tagli alla spesa sanitaria; per converso, con la crisi attuale, il rapporto tra politiche di protezione della salute e politica economico-finanziaria appare invertito, nel senso della prevalenza della prima sulle esigenze di contenimento del debito pubblico.

A livello globale, tutte le organizzazioni internazionali concordano sull'agenda e gli obiettivi di qualsiasi *exit strategy*:

a) *un sostegno decisivo all'occupazione, alle imprese e al reddito;*

b) *maggiori investimenti nella spesa sanitaria e nella sicurezza sui luoghi di lavoro al fine di prevenire il contagio;*

c) *maggiore cooperazione internazionale sulla ricerca e l'accesso alle cure.*

Nel *World Economic Outlook* di aprile 2020 il FMI suggerisce ai centri di responsabilità della spesa pubblica di incrementare le risorse per i sistemi sanitari nazionali e gli strumenti di contenimento nel contagio sui luoghi di lavoro, prevedendo altresì moratorie e programmi di ristrutturazione dei debiti privati, nonché sussidi o deduzioni/detrazioni fiscali per imprese e famiglie, in particolare quelle più colpite dalle politiche di *lock down*, e quindi sovvenzioni per l'assunzione di lavoratori a fine emergenza.[2].

In termini analoghi si è espressa l'OCSE nel Rapporto *Supporting people and companies to deal with the COVID-19 virus: Options for an immediate employment and social-policy response* (marzo 2020): l'organizzazione ha invitato i decisori pubblici a spendere per i sistemi sanitari e di prevenzione delle malattie sui luoghi di lavoro, focalizzando il sostegno soprattutto sui soggetti - imprese e famiglie - che hanno perso o rischiano di perdere opportunità di guadagno a causa delle politiche di contenimento del virus.[3]

Infine, con la Risoluzione del 27 marzo 2020 n. A.74/L.52 cd. *"Global solidarity to fight COVID-19"*, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha sollecitato una *"intensified international cooperation to contain, mitigate and defeat the pandemic, including by exchanging information, scientific knowledge and best practices and by applying the relevant guidelines recommended by the World Health Organization"*, richiamando *"the United Nations system, under the leadership of the Secretary-General, to work with all relevant actors in order to mobilize a coordinated global response to the pandemic and its adverse social,*

[2] FMI, *World Economic Outlook*, Aprile 2020, in https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020.

[3] https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=119_119686-962r78x4do&title=Supporting_people_and_companies_to_deal_with_the_Covid-19_virus

economic and financial impact on all societies."[4]

Gli obiettivi evocati dalle organizzazioni internazionali in parola comportano un deciso incremento della spesa in chiave "anticiclica": su questo sembra esserci condivisione in sede internazionale, nel senso che la crisi derivante dalla pandemia postulerebbe ai fini della sua risoluzione politiche pubbliche espansive. I dogmi delle politiche di contenimento della spesa (*austerity*) sono messi in discussione, se non crollati, per effetto della pandemia; sebbene non si metta in dubbio la necessità di una espansione della spesa pubblica[5], restano fermi nella letteratura economica i dubbi sulle tecniche del suo finanziamento, e nella congerie politica i problemi legati alla tempestività degli interventi e della ricerca del consenso (interno ed internazionale) su equilibri che riguardano profili non solo economici, ma di tenuta sociale. Alla luce di queste considerazioni il dibattito giuridico non può che attestarsi sulla tenuta complessiva, a livello sovranazionale, del sistema di *governance economica europea* e, a livello domestico, delle regole costituzionali sui vincoli di bilancio e del complesso di norme di attuazione e di garanzia che ne è derivato. L'emergenza Covid-19 richiede la mobilitazione di un'ingente quantità di risorse, con rischi di impatto significativo sulla sostenibilità dei debiti pubblici nazionali, già provati all'esito della crisi finanziaria e bancaria del 2008[6] ed astretti dalle regole giuridiche europee e costituzionali di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico. Occorre dunque domandarsi se possano valere i paradigmi

[4] https://www.un.org/pga/74/2020/03/30/global-solidarity-to-fight-covid-19/

[5] L'opinione tradizionale, da ultimo confermata in un recente articolo scritto sul Financial Times dall'ex-Presidente della BCE Mario Draghi, è quella per cui *"the answer must involve a significant increase in public debt. The loss of income incurred by the private sector — and any debt raised to fill the gap — must eventually be absorbed, wholly or in part, on to government balance sheets. Much higher public debt levels will become a permanent feature of our economies and will be accompanied by private debt cancellation.*" , cfr. Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly, in https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b. Accanto a tale scuola di pensiero si deve dare conto anche della cd. *Modern Monetary Theory* (MMT), cfr. U.W. Chohan, *Modern Monetary Theory (MMT): A General Introduction*, in CASS Working Papers on Economics & National Affairs, Working Paper ID: EC017UC (2020): secondo questa prospettiva, l'incremento della spesa pubblica attraverso l'emissione dei titoli del debito determinerà prima o poi problemi di sostenibilità e collocazione del debito stesso, motivo per cui, in estrema sintesi, la spesa pubblica dovrebbe essere finanziata mediante l'emissione di moneta da parte della Banca Centrale, mentre i rischi di inflazione potrebbero essere corretti attraverso il sistema della tassazione.

[6] B. Holland, E. Curran, How Coronavirus Has Upended Economics in Just a Few Weeks, in https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-25/economies-already-look-totally-different-from-the-pre-virus-age

e gli strumenti di risposta alla crisi finanziaria elaborati in seguito allo shock passato, oppure se essi debbano essere ripensati o adattati[7] alle istanze sottese alla emergenza epidemiologica.

A livello internazionale, si osserva che la Banca d'Inghilterra ha annunciato un massiccio piano di acquisto di titoli del debito pubblico in cambio di emissione di moneta. In parallelo, il Capo Economista del Financial Times Martin Wolf ha osservato che *"the ECB has to do whatever it takes to help every eurozone member manage this crisis. So what about the parallel discussions of the role of the European Stability Mechanism, "coronabonds" or some similar alternatives? The ESM seems irrelevant. Its firepower is far too small. So it matters only to the extent that it might trigger the ECB's Outright Monetary Transactions programme, invented in 2012. But, given the subsequent development of ECB asset purchases, the OMT is no longer relevant. Moreover, the ESM's conditionality — if not now, then later, when rollovers come due — makes its loans anathema. These would also be divisive, when solidarity is required. Politically, a common financial instrument ("coronabonds") is attractive to some, but anathema to others. It will not happen. Yet such an instrument provides the obvious exit for the ECB when it wishes to sell the bonds it is about to acquire. Otherwise, there could be difficulties with the debt mountains in future. Yet, provided interest rates stay low and the ECB supportive, it may be surprising how much debt is sustainable. It is debt's costs, not its levels, that determines sustainability. The collapse of the eurozone would be a catastrophe. The ECB is the one institution able and willing to act. Governments should back it. They also need to consider how to clean up the debt when all is over. Now is a time for action: "whatever it takes", once again."*[8].

Per quanto attiene alle misure di politica economico-finanziaria, l'azione dell'Unione europea si è dipanata in varie direzioni: una più incisiva azione della politica monetaria demandata alla Bce; un allentamento delle regole relative al Patto di Stabilità e Crescita; la creazione delle linee di credito precauzionali PCC in seno al Meccanismo Europeo di Stabilità; l'istituzione del Recovery Fund.

Quanto alle misure emergenziali della Bce, è stato annunciato il lancio di nuove iniziative di politica monetaria per alleviare l'impatto economico della

[7] P. Carlsson-Szlenak, M. Reeves, P. Swartz, *Understanding the Economic Shock of Coronavirus*, in Harvard Business Review, 27 marzo 2020, in https://hbr.org/2020/03/understanding-the-economic-shock-of-coronavirus evidenziano che uno shock può influire negativamente sui percorsi di crescita di lungo periodo per un sistema economico e "*the key determinant is the shock's ability to damage an economy's supply side, and more specifically, capital formation*".

[8] https://www.ft.com/content/7d7f83fc-832c-11ea-b555-37a289098206

crisi, tra cui un consistente programma temporaneo di acquisti (*"Pandemic Emergency Purchase Programme"* - PEPP), con dotazione complessiva di 750 miliardi di euro[9]. Il PEPP riguarda titoli, sia pubblici che privati, delle stesse categorie già interessate dal *Quantitative Easing*[10]. Il programma terminerà quando l'emergenza COVID-19 sarà finita e, in ogni caso, non prima della fine del 2020. Il 22 aprile, la BCE ha adottato ulteriori misure straordinarie per mitigare l'effetto di possibili declassamenti del rating di titoli (di Stato e non) a causa dell'impatto economico della pandemia ed assicurare così la corretta trasmissione della propria politica monetaria[11].

A tale riguardo si deve osservare che la tenuta del sistema di acquisti della Bce per fronteggiare l'emergenza Covid-19 rischia di essere minata dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 5 maggio 2020[12] che, sebbene sia relativa al c.d. *quantitative easing*, sembra costituire un monito per l'azione di recente architettata dalla Bce. Occorre precisare che il nuovo programma di acquisti lanciato per far fronte all'emergenza pandemica è stato esplicitamente escluso dall'ambito della sentenza, ma depongono nel senso che i suoi argomenti sono destinati a ripercuotersi anche su di esso, almeno due profili: in primo luogo, il "tempismo" della decisione che interviene proprio nella fase di implementazione della misura straordinaria della Bce; in secondo luogo l'analogia tra il *quantitative easing* e il nuovo intervento della Bce, nel senso che entrambi hanno natura di interventi straordinari di acquisto di titoli sul mercato secondario approntati per far fronte a situazioni emergenziali (quindi aventi natura eccezionale); con una precisazione, non da poco conto: la sentenza di Karlsruhe ha argomentato che il *quantitative easing* non incorrerebbe nel divieto di finanziamento monetario alla luce di una serie di criteri che non sono presenti nel nuovo programma della Bce per fronteggiare la pandemia: quest'ultimo è infatti dotato di una flessibilità e di un'entità maggiore rispetto al precedente *quantitative easing*, ciò che potrebbe far presagire il suo formale contrasto

[9] Il nuovo programma si aggiunge al pacchetto da 120 miliardi di acquisti varato il 12 marzo.
[10] Con riferimento ai titoli pubblici, si continuerà ad applicare il criterio della ripartizione del capitale (capital key), secondo cui gli acquisti sono fatti in proporzione alla quota di partecipazione di ciascun Paese al capitale della BCE, ma con "flessibilità", il che consentirà di concentrarli, se necessario, su titoli e Paesi più colpiti da tensioni.
[11] A tal fine, la BCE ha abbassato i requisiti minimi di qualità del credito per i titoli accettati come garanzia per le operazioni di rifinanziamento fino a settembre del 2021. In particolare, continueranno ad essere accettati i titoli che il 7 aprile avevano un rating di almeno BBB- (livello sotto al quale i titoli sono considerati "junk", cioè "spazzatura"). La BCE non esclude di adottare ulteriori misure, se necessarie (ciò potrebbe tradursi proprio in un'apertura anche ai titoli "spazzatura", come già fatto limitatamente per la Grecia nel quadro del PEPP)
[12] Su cui cfr. *supra* Cap. 1 par. 3.2.3.

con i criteri "monito" enucleati dal giudice tedesco. Inoltre, la Corte di Karlsruhe laddove interpreta restrittivamente l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi, affidato dai trattati (art. 127 TFUE) alla Bce, può rappresentare un rischio non solo per i messaggi involontariamente inviati ai mercati finanziari, ma anche per l'involuzione che potrebbe causare rispetto alla possibile evoluzione del sistema di *governance* della finanza pubblica in Europa, verso un modello di condivisione dei rischi tra gli Stati membri.

Quanto ai vincoli di bilancio, la Commissione europea ha ricordato che nell'ambito del Patto di stabilità e crescita (Psc) è prevista la possibilità di far fronte ad esigenze impreviste con la necessaria flessibilità. Sotto questo profilo è stata ritenuta consentita l'applicazione di misure "una tantum" (che non concorrono al saldo di bilancio strutturale), volte alla gestione dell'emergenza, al sostegno alla liquidità delle imprese e ai redditi dei lavoratori colpiti dalla crisi. La Commissione ha inoltre comunicato che considera applicabili all'attuale situazione le clausole previste dal Psc per far fronte a gravi eventi inconsueti, in base alle quali sono ammissibili deviazioni provvisorie dal percorso di consolidamento fiscale per consentire misure temporanee di risposta alla crisi, pur senza compromettere la sostenibilità di bilancio nel medio termine. Quale misura di ultima istanza, la Commissione ha infine proposto al Consiglio l'attivazione della c.d. *"general escape clause"*, in forza della quale è possibile "ridisegnare" il percorso di aggiustamento strutturale degli Stati, in modo da consentire loro di mettere in campo tutte le misure necessarie ad affrontare l'epidemia.

L'Eurogruppo conclusosi il 9 aprile 2020 ha discusso del possibile ricorso alle linee di credito precauzionali del Mes che assumerebbero la denominazione specifica di *"Pandemic Crisis Support."* Il dibattito tra gli Stati membri ha riguardato, in particolare, l'imposizione di condizionalità e maccanismi di monitoraggio rafforzato, a pena di revoca del finanziamento.

A valle del Consiglio Europeo del 23 aprile 2020, si è stabilito che tale forma di assistenza finanziaria consentirà la messa a disposizione di risorse dello Stato membro che ne faccia richiesta, che potrà decidere se impiegarle interamente, solo in parte, o se non farvi affatto ricorso. Il volume delle linee di credito sarebbe pari al 2% del PIL dello Stato richiedente. Anziché subordinare il credito a specifici programmi di consolidamento macroeconomico, le risorse sarebbero attivabili sulla base di criteri predefiniti e standardizzati, previa valutazione delle Istituzioni Ue. Le condizioni sarebbero limitate al vincolo d'uso delle risorse, che potrebbero essere impiegate solo a sostegno della spesa, diretta e indiretta, per la sanità, la cura e la prevenzione connesse all'epidemia di Covid-19.

Tra le misure innovative rispetto al vigente quadro normativo europeo si annovera il *Recovery Fund* che ha fatto seguito a un intenso dibattito di tipo economico e giuridico tra due contrapposti orientamenti. Da una parte, ritenendo che l'art. 125, par. 1 del Tfue così come interpretato nella sentenza *Pringle* della Cgue non risulti a tale scopo preclusivo, un gruppo di Stati membri (Italia, Francia e Spagna in primis) si è mostrato maggiormente incline a configurare la solidarietà europea in termini di creazione di nuovi strumenti per la mutualizzazione dei rischi derivanti dal debito (i cd. *"recovery bond"* o *"coronabond"*); dall'altro, scettico sull'esistenza di apposite basi giuridiche per titoli di debito comuni europei, un altro gruppo di Stati membri (Germania e Paesi Bassi anzitutto) ha palesato la propria contrarietà in linea di principio a tali strumenti di mutualizzazione dei rischi, risultando favorevole più che altro all'impiego di rimedi esistenti.

Con riferimento alla fase post-emergenziale i Capi di Stato e di Governo hanno dato mandato, quindi, alla Commissione Europea di delineare al più presto un fondo per il rilancio dell'economia UE dopo la crisi, di dimensioni sufficienti alla sfida e concentrato sui settori e i Paesi maggiormente colpiti. La Commissione dovrà in tale contesto chiarire il legame tra tale fondo (c.d. "recovery fund") e il futuro bilancio pluriennale dell'UE (QFP), il quale dovrebbe comunque essere adattato al nuovo contesto.

Il quadro Europeo di misure per far fronte alla crisi da Covid-19 sembra muoversi nel solco di quelle già implementate in sede sovranazionale all'indomani della precedente crisi economico finanziaria, ma di esse ne condivide gli stessi aspetti di criticità che rischiano, oggi, di mostrarsi però con vigore differente. Ed infatti, per un verso emerge chiaramente che le interazioni tra la gestione del bilancio pubblico su più livelli di *governance*, la sovranità statale e le scelte di politica economico-monetaria è tutt'altro che sopita con l'acuirsi della nuova crisi pandemica, nonostante l'abbandono dei dogmi di austerità: in tal senso, la rinuncia alla sovranità statale verso forme di *governance* sovranazionale sembra addirittura essere incentivata dall'impossibilità giuridica e/o materiale di ricorrere a forme di monetizzazione del debito pubblico per garantirne la sostenibilità; per altro verso, la *governance* sovranazionale sembra sì garantire maggiori risorse, ma oscilla sempre tra un tentativo di condizionare le scelte interne di politica economica e il voler ridurre i rischi di mutualizzazione dei debiti.

2. *Vincoli costituzionali di bilancio e pandemia*

Sul versante della disciplina domestica di matrice costituzionale, al fine di vagliare la tenuta del sistema vigente di regolazione della finanza pubblica per effetto dell'emergenza Covid-19, occorre mantenere distinti tre piani: quello dei vincoli al bilancio dello Stato (inteso come Stato-persona), quello dei vincoli al bilancio delle Regioni e degli enti locali e, infine, quello dei vincoli relativi alle pubbliche amministrazioni diverse da quelle territoriali ma comunque astrette dal rispetto degli obblighi di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico ex art. 97 co. 1 e art. 81 co. 6 Cost., come implementati dalla legge 24 dicembre 2012, n. 243.

Il recepimento nel nostro ordinamento dei vincoli di finanza pubblica di matrice sovranazionale è difatti avvenuto attraverso la modifica degli artt. 81, 97 e 119 Cost.: le norme in parola hanno una diversa portata sia sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione che sotto quello del regime giuridico oggettivo.

Procedendo per ordine l'art. 81 Cost. laddove prescrive che *"Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*" e che "*Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*", consente scostamenti dall'obiettivo medio termine negoziato in sede Europea (cfr. artt. 6 e 14 della legge n.243/2012) al ricorrere delle ipotesi ivi previste e nel rispetto delle conferenti regole procedurali (previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta).

L'opzione interpretativa accolta in questa sede è quella secondo cui il senso delle previsioni costituzionali introdotte con la riforma n.1/2012 all'art. 81 della Costituzione può essere colto alla luce dei parametri europei di riferimento di volta in volta negoziati dal governo; se ne ricava che a seguito, come si è visto sopra, della riconosciuta sussumibilità, da parte della Commissione europea, della pandemia da Covid-19 nell'ambito degli *eventi eccezionali* che consentono l'uso della clausole di flessibilità dagli obblighi di bilancio sovranazionali, il relativo apparato costituzionale di recepimento che a quelle regole si riferisce (art. 81 commi 1 e 2 Cost. e artt. 6 e 14 della legge n.243/2012) manifesta la sua permeabilità a dette scelte e i dovuti margini di flessibilità nell'adozione di politiche economiche che, sebbene in via di eccezione, consentono un aumento della spesa pubblica tramite il ricorso all'indebitamento, con la contestuale previsione del percorso di

avvicinamento agli obiettivi di finanza pubblica sana e sostenibile (ex artt. 6 e 8 della legge n.243/2012).

Anche l'equilibrio di bilancio del "*complesso delle pubbliche amministrazioni*" appare sufficientemente duttile da potere essere adattato egli eventi non controllabili per effetto dei quali si impongono scostamenti dai rigidi parametri quantitativi di matrice sovranazionale: in tal senso depone la lettura dell'art. 3 della legge n.243/2012 secondo cui il rispetto dei vincoli predetti si considera conseguito laddove si assicuri il rispetto del percorso di avvicinamento all'obiettivo medio termine nei casi di eventi eccezionali ovvero evidenzi uno scostamento dal medesimo inferiore a quello indicato all'art. 8 comma 1. Inoltre, spetta sempre al Governo, in sede di definizione dei documenti programmatici finanziari, negoziati in sede sovranazionale, la definizione dei livelli di spesa delle pubbliche amministrazioni e il relativo monitoraggio (art.5 della legge n.243/2012) la cui concreta definizione è di volta in volta adattata alle decisioni "macroeconomiche" assunte dallo Stato che, con effetti a cascata, vengono trasferite alle pubbliche amministrazioni. Quanto a queste ultime, inoltre, l'art. 97 Cost. contiene un espresso rinvio all'ordinamento giuridico europeo, laddove prescrive che esse devono assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico: vale sotto tale profilo lo stesso ragionamento svolto poc'anzi, ossia che i principi generali contenuti nella clausola costituzionale in commento unitamente al rinvio ai parametri Europei, rendono ancora una volta permeabile il sistema costituzionale ai necessari adattamenti a fronte di un evento, quale la pandemia da Covid-19, che richiede un maggiore intervento pubblico nel sistema economico, lasciando per ora aperto l'interrogativo relativo alla adattabilità del vigente quadro normativo di fonte primaria alle esigenze di incremento della spesa pubblica sottese invece all'emergenza in atto.

Diverse riflessioni devono essere svolte in ordine alle Regioni e agli enti locali per i quali, invece, il vigente quadro normativo non sembra lasciare spazio a margini di flessibilità.

L'art. 9 della legge n.243/2012 dispone difatti che il bilancio si considera in equilibrio in caso di conseguimento di un saldo non negativo, tra le entrate finali e le spese finali, in termini di competenza; si prevede pertanto la regola del pareggio nonché quella di assicurare la sostenibilità del debito "*secondo modalità definite con legge dello Stat*o" (art. 12 comma 1 della l.n.243/2012).

L'art. 10 del medesimo plesso normativo afferma che il ricorso all'indebitamento è consentito solo per finanziarie spese di investimento e con contestuale definizione dei piani di ammortamento "*nei quali sono*

evidenziate l'incidenza delle obbligazioni assunte sui singoli esercizi finanziari futuri nonché le modalità di copertura degli oneri corrispondenti" al fine di assicurare la sostenibilità dell'investimento nel medio lungo periodo.

Nessuna previsione vigente consente alle amministrazioni territoriali di ricorrere a clausole di flessibilità seppur in presenza di eventi eccezionali; esse sono dunque vincolate al rispetto del pareggio di bilancio ed ai vincoli al ricorso all'indebitamento (di natura teleologica, quantitativa e sostanziale).

Da ciò si ricava che l'attuale emergenza Covid-19 non costituisce per le amministrazioni territoriali un evento che consenta di discostarsi dal complesso di vincoli al bilancio e all'indebitamento; ciò significa che Regioni ed enti locali non potranno aumentare la spesa in deroga ai limiti anzidetti.

È evidente tuttavia che in un sistema ordinamentale decentrato nel quale le funzioni e prestazioni alla collettività sono erogate dal settore pubblico secondo un modello ispirato al principio di sussidiarietà, un simile rigore finanziario rischierebbe di avere gravi ripercussioni sulle funzioni pubbliche e quindi sui diritti degli amministrati, a fronte di una situazione emergenziale, quale quella attuale, che postula la necessità di un aumento della spesa pubblica per sopperire alla crisi dell'economica reale dovuta ad un blocco della produzione privata. In realtà, il legislatore si è preoccupato di stabilire un meccanismo di compensazione, nel senso che a fronte della previsione secondo cui soltanto lo Stato può ricorrere al finanziamento in deroga ai parametri europei di bilancio a fronte di eventi eccezionali, lo stesso Stato deve contestualmente assicurare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali. Ci si riferisce all'art. 11 della legge n.243/2012 (come modificato dalla legge n.164/2016) che introduce una clausola di salvaguardia ascrivendo allo Stato la responsabilità, a fronte di eventi eccezionali, della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni che deve, quindi, concorrere a finanziare, al fine di contenere il rischio che la carenza di risorse delle amministrazioni territoriali comprima le funzioni e i servizi da erogare.

Resta l'interrogativo circa la sufficienza di una simile clausola di salvaguardia a fronte dell'emergenza attuale: ciò sia in quanto la crisi da Covid-19 sembra incidere su ogni aspetto della vita economica e sociale dei cittadini, ivi comprese materie e settori di competenza delle singole Regioni, postulando interventi che andranno ben oltre la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali; sia in quanto detti interventi potranno richiedere scelte ispirate alla regola della differenziazione, piuttosto che a quella della salvaguardia dell'unità giuridica.

Il problema potrebbe allora essere risolto a livello normativo, ma servirebbe all'uopo una modifica della legge n.243/2012 (da adottarsi con la maggioranza qualificata di cui al comma 6 dell'art. 81 Cost.) nella parte in cui non consente scostamenti dalla regola del pareggio di bilancio per le amministrazioni territoriali in caso di eventi eccezionali,

Occorre poi tenere presenti i principi ricavabili dal più recente orientamento della Corte Costituzionale i quali potrebbero costituire una linea di tendenza sulle modalità che consentano la tenuta complessiva del sistema di finanza pubblica a fronte delle esigenze imposte dalla crisi pandemica. Ed infatti, come in precedenza si è avuto modo di argomentare[13], la giurisprudenza costituzionale sembra procedere verso una composizione del potenziale conflitto tra la dimensione formale e rigida delle regole di finanza pubblica di matrice europea e la tutela dei diritti di libertà e sociali il cui soddisfacimento ad opera del settore pubblico richiede l'impiego di risorse e mezzi economici, attraverso l'elaborazione di una nozione dinamica di equilibrio di bilancio, da considerarsi come principio relativo, nel senso cioè di essere destinato a confrontarsi con altri principi di derivazione costituzionale. Segnatamente, emerge da questa più recente inclinazione della giurisprudenza costituzionale un legame inscindibile tra norma, diritti e bilancio, secondo cui è la conformazione normativa di una situazione giuridica soggettiva a condizionare le scelte di bilancio e non il contrario. Si tratta di un orientamento che mette in crisi l'idea di una pretesa neutralità delle regole di bilancio (neutralità intesa come indifferenza rispetto agli interessi in gioco), sottolineando la dimensione assiologica sottesa alle scelte di politica finanziaria ed interpretando le relative previsioni normative non in senso formale, bensì sostanziale, con possibilità di adeguamento delle scelte di bilancio e di finanza pubblica alle diverse esigenze concrete. In questo senso il quadro costituzionale di riferimento potrebbe dimostrarsi capace di riassorbire, almeno nel medio-lungo periodo, lo *shock* economico determinato dalla pandemia Covid-19 facendo leva sull'idea secondo cui è onere del legislatore coordinare l'equilibrio complessivo del bilancio con quello della singola componente aggregata assicurando, attraverso il ricorso ai margini di flessibilità, il perdurante finanziamento delle funzioni pubbliche.

Resta però sullo sfondo il tema della sostenibilità del debito pubblico (già segnato dalla crisi economico finanziaria del 2011) quale regole giuridica di fonte costituzionale il cui rispetto rischia di poter essere pregiudicato dall'ampio ricorso all'indebitamento per fronteggiare una crisi quale quella attuale. Tuttavia, se è vero che il concetto di sostenibilità del debito non ha

[13] Si v. Cap. 3, Sez. I, in particolare par. 1.

natura (prettamente) giuridica, nel senso che il suo concreto significato è mutuato dalle scienze economiche, e se è vero che all'interno della stessa scienza economica non esiste una visione condivisa sulla sua portata, allora la natura necessariamente variabile della nozione sembra costituire una prima garanzia di adattabilità del concetto alle esigenze di incremento della spesa pubblica tramite debito: allo stesso tempo la sua previsione formale nel tessuto costituzionale costituisce anche un monito per assicurare dei piani a lungo termine di rientro e di avvicinamento *pro futuro* ai parametri a cui convenzionalmente si riferisce il principio di finanze pubbliche sane e sostenibili (ciò almeno nella misura in cui si mantenga un sistema di finanziamento degli Stati e delle sue articolazioni, essenzialmente basato sull'accesso al mercato dei capitali piuttosto che sulla leva monetaria, con conseguente necessità di assicurare la credibilità dello Stato agli occhi degli investitori).

3. *Le pubbliche amministrazioni finanziarie*

L'emergenza indotta dalla pandemia Covid-19 non sembra destinata ad incidere sulla dimensione soggettiva allargata del debito pubblico ormai cristallizzata dalla peculiare stratificazione normativa costituita dall'art. 81 comma 6 Cost. in combinato disposto con l'art. 2 lett. a) della legge n. 243/2012 e con l'art. 1 della legge n.196/2009. Diversa questione è quella che riguarda, *de iure condendo*, il complesso di previsioni normative applicabili agli enti rientranti nel conto economico consolidato: nel presente lavoro si è difatti evidenziato che il c.d. elenco Istat (a cui si riconduce il perimetro del c.d. settore pubblico allargato), e che è finalizzato – nelle intenzioni che hanno accompagnato la sua istituzione - alla inclusione formale di soggetti di varia foggia e struttura nel "complesso delle pubbliche amministrazioni" in senso finanziario, è progressivamente divenuto il punto di riferimento ai fini della definizione dell'ambito di applicazione soggettivo delle norme sul contenimento della spesa pubblica. È chiaro che se l'uso di margini di flessibilità da parte dello Stato per incrementare il ricorso all'indebitamento in deroga ai parametri europei di finanza pubblica è funzionale ad assicurare un incremento della spesa pubblica in risposta alla crisi dell'economia reale indotta dalla pandemia, ciò non potrà non avere conseguenze a cascata sulla predetta legislazione.

Si è dato conto[14] che sembra sussistere una visione sostanzialmente

[14] Vedi *supra* par. 1 delle presenti conclusioni.

unanime a livello macro-economico circa la necessità di un aumento della spesa pubblica e di un conseguente abbandono delle politiche di austerity che, nel nostro ordinamento, dovrebbe comportare una inversione di marcia rispetto al complesso di norme che si sono succedute negli ultimi anni, ispirate al contenimento della spesa delle pubbliche amministrazioni.

Peraltro, l'interpretazione propugnata in questa sede secondo cui i vincoli al bilancio di matrice europea non vincolano in modo diretto ed immediato le articolazioni amministrative interne (non essendo a tale fine neanche sufficiente il rinvio all'ordinamento giuridico europeo contenuto all'art. 97 comma 1 Cost.[15]) richiedendo ulteriori mediazioni normative (spetta al legislatore il compito di definire il quadro entro cui le pubbliche amministrazioni agiscono, in modo tale che sia garantito almeno in astratto, il giusto contemperamento tra i vincoli di bilancio - suscettibili di deroga - e i principi di buona andamento e imparzialità), assicura una sufficiente elasticità (sub specie di ponderazione degli interessi in base alle esigenze concrete) nell'interpretazione dei concetti ipostatizzati in Costituzione.

In altri termini, i principi costituzionali sull'equilibrio del bilancio riferito alle pubbliche amministrazioni sembrano potersi adattare alla esigenze imposte dalla pandemia Covid-19 ciò in quanto spetta al legislatore la definizione dei limiti di spesa delle pubbliche amministrazioni così come la loro capacità di indebitamento, con conseguente possibilità di traslare sulle stesse i percorsi di avvicinamento in futuro agli equilibri di bilancio derogati per effetto delle esigenze di fronteggiare la crisi attuale. Sovviene, a tale fine, anche l'interpretazione delle regole di bilancio delle pubbliche amministrazioni propugnata nel presente lavoro: lungi dall'affermare che per effetto del comma 1 dell'art. 97 Cost. si sia enucleata una nuova concezione di pubblica amministrazione, in qualche modo piegata alle esigenze di risparmio gestionale, ha evidenziato che la preminenza del principio di legalità sostanziale, in ragione del quale la pubblica amministrazione opera ed esiste in ragione della sua funzionalizzazione al perseguimento dei pubblici interessi selezionati dal legislatore, comunque in attuazione delle istanze programmatiche costituzionali, postula che non possa ritenersi recessiva la sua attività pubblica rispetto alle esigenze finanziarie che si pongono logicamente a monte delle attribuzioni funzionali alle singole amministrazioni, spettando al legislatore la individuazione del giusto contemperamento tra tutti i criteri che reggono l'azione amministrativa.

[15] Vedi Cap. 3, Sez. I, par. 2.1.

4. *La dimensione oggettiva allargata del debito pubblico: gli effetti della crisi post-pandemica*

L'esigenza di reperire risorse economiche per far fronte all'ampliamento di spesa imposto dalla reazione alla pandemia Covid-19, potrebbe indurre le pubbliche amministrazioni (in particolare quelle territoriali che, come rilevato, non possono a statuto normativo vigente aumentare l'indebitamento in deroga ai vincoli di bilancio) all'utilizzo degli strumenti di ingegneria finanziaria e contrattuale, diversi dalle modalità classiche di indebitamento (mutui e prestiti obbligazionari). Nel corso della trattazione sono state analizzate alcune fattispecie consistenti in strumenti offerti dalla c.d. finanza innovativa o operazioni negoziali che sebbene non siano causalmente dirette ad assicurare forme di finanziamento, si prestano in concreto ad essere piegate a dette finalità (segnatamente, sono state prese in considerazione le operazioni in derivati finanziari, le cartolarizzazioni, il rilascio di garanzie pubbliche, il partenariato pubblico privato).

Detti strumenti, potenzialmente utili (se non necessari) per fronteggiare la crisi economica indotta dalla pandemia Covid-19, incontrano tuttavia un complesso di limiti e vincoli giuridici difficilmente superabili allo stato attuale, in mancanza di un puntuale intervento normativo. Il legislatore con norme che si sono succedute nel tempo, ha operato in un triplice senso quanto alla materia in esame:

i) stabilendo la nullità dei contratti elusivi delle regole di finanza pubblica;

ii) vietando espressamente la stipulazione di derivati finanziari da parte delle amministrazioni territoriali;

iii) assimilando il rilascio di garanzie pubbliche, cartolarizzazioni e il leasing finanziario come indebitamento ai sensi della legge n.350/2003.

Si tratta di una legislazione che mira ad arginarne l'utilizzo da parte delle amministrazioni territoriali dei predetti strumenti e che sembra destinata ad essere messa in discussione in conseguenza dell'attuale emergenza sanitaria ed economica.

Quanto ai derivati finanziari, là dove per far fronte all'esigenza di finanziamento della spesa pubblica ci si rivolga al mercato dei capitali, il venir meno del divieto, per gli enti territoriali, alla loro stipulazione, appare una scelta necessitata perché dipendente dalle richieste del mercato, rispetto al quale diversamente operando la richiesta di finanziamento non sarebbe appetibile. Peraltro, un indice sintomatico della apertura alla contrazione

di derivati per rendere possibile, nell'immediato, ed a seguito di eventi calamitosi ed imprevedibili, il ricorso al mercato dei finanziamenti, si rinviene di recente nelle leggi speciali che hanno provveduto a derogare alle richiamate preclusioni: si pensi all'art. 4 comma 8 del d.l. 28 aprile 2009 n.39 convertito nella legge 24 giugno 2009 n.77, che ha consentito agli enti territoriali colpiti dal terremoto dell'Abruzzo a porre in essere operazioni in derivati; oppure al d.l. 10 ottobre 2012 n.174 convertito con legge 7 dicembre 2012, n.213 per le zone colpite dal terremoto del 2012 ed ancora all'art. 17 comma 32, del d.l. 26 giugno 2009, n.78 convertito in legge 3 agosto 2009 n.102 che ha autorizzato dette operazioni ai fini del risanamento del debito dei servizi sanitari regionali per la Regione Lazio Campania Molise e Sicilia. Mentre tuttavia nei casi appena citati, si trattava di deroghe puntuali e specifiche, sia per i presupposti (calamità naturali, stato di eccezionalità delle condizioni dei mercati finanziari), sia per gli effetti (perché rivolte a singole Regioni o Enti e con finalità specifiche), l'emergenza Covid-19 potrebbe richiedere, o quanto meno consentire, un intervento derogatorio più ampio, sia con riferimento alle finalità delle operazioni (non necessariamente astrette alla ristrutturazione di debiti, e non necessariamente connesse ad interventi strutturali in materia sanitaria), che con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione (non legato quindi ad una delimitazione territoriale specifica).

Quanto invece alla limitazione al ricorso, per effetto della loro qualificazione giuridica come forme di indebitamento, a strumenti che non costituiscono "per sé" indebitamento, l'emergenza Covid-19 potrebbe costituire il motivo di ripensamento della scelta del legislatore di assimilare aprioristicamente tutte le operazioni di *leasing finanziario*, cartolarizzazioni o rilascio di garanzie pubbliche a fonti di debito, con le inevitabili conseguenze che ne derivano quanto al regime vincolistico applicabile.

L'analisi svolta in precedenza[16] ha infatti consentito di evidenziare che detti strumenti, nel contesto europeo, sono contemplati per finalità prettamente statistico-contabili, secondo un approccio sostanzialistico che, come tale, imporrebbe una indagine in concreto sulle singole operazioni effettuate. In altri termini non si rivengono nel sistema europeo preclusioni formali all'uso di simili strumenti, e nessuna ragione che imponesse ai singoli ordinamenti nazionali di prevedere presunzioni *iuris et de iure* di impraticabilità del loro ricorso: è quindi possibile che gli effetti derivanti dall'opzione sostanzialmente impeditiva cui ha acceduto il legislatore nazionale, e che già sembravano sproporzionati e stravaganti rispetto alla

[16] Cfr. Cap. 4, parr. 3, 4, 5 e 6.

ratio e all'ambito applicativo della normativa europea che ne costituisce la matrice storica, possano esser rimossi, ovvero rimeditati, alla luce della maggiore flessibilità imposta del nuovo contesto economico e finanziario in cui le amministrazioni saranno costrette ad agire nel prossimo futuro.

Inoltre l'autonomia di entrata e di spesa postula, unitamente alla generale capacità di diritto privato delle amministrazioni sub-statali, il riconoscimento della possibilità di ricorrere al mercato dei capitali e di utilizzare strumenti di ingegneria finanziaria e contrattuale offerti dal mercato, ovviamente nei limiti in cui dette operazioni non siano utilizzate per finalità diverse da quelle che ne costituiscono la causa giuridica propria. In altri termini e più chiaramente, tutte le volte che dette operazioni non sono realizzate al fine di eludere le regole di sana e prudente gestione finanziaria, la circostanza che esse in concreto possano apportare un beneficio (anche solo sotto il profilo finanziario) alla pubblica amministrazione che vi ricorre appare un interesse meritevole di tutela che depone nel senso della loro possibile liceità: dovrebbe quindi recedere il solo elemento formale della qualificazione formale di simili operazioni, per derivarne solo sulla base della mera ascrizione a categorie predefinite, il disvalore giuridico quale operazione vietata di indebitamento.

In definitiva, tenendo conto delle potenzialità del ricorso a forme di partenariato pubblico privato, a operazioni di cartolarizzazioni nonché al rilascio di garanzie pubbliche in favore di soggetti privati affidatari della gestione di servizi pubblici, per far fronte all'emergenza da Covid-19 che, si ribadisce, ha natura esogena rispetto al sistema economico e finanziario e sembra richiedere un massiccio intervento pubblico in favore della ripresa delle attività produttive ed economiche del Paese, si può immaginare (ed anzi sarebbe auspicabile) un ripensamento delle qualificazioni giuridiche formali, che conducono in sé alla declaratoria di nullità negoziali, a favore di un diverso approccio sostanziale, che faccia leva sull'interesse pubblico effettivamente perseguito anche a fronte dell'indebitamento contratto.

5. *Responsabilità, controlli e garanzie giurisdizionali a tutela dell'interesse finanziario*

Le forme di responsabilità, i relativi controlli e la tutela giurisdizionale hanno natura di garanzie secondarie, funzionali ad assicurare l'effettività dell'apparato normativo di fonte primaria e degli interessi ad esso sottesi.

Con riferimento al plesso di norme costituzionali e di attuazione, in materia di sana e oculata gestione delle finanze pubbliche si è cercato, nel corso della trattazione, di evidenziare la natura ordinamentale dell'interesse finanziario sotteso a dette regole e la sua esigenza di tutela mediante forme di giurisdizione oggettiva, rinvenuta nella Corte dei Conti sia in sede di funzioni di controllo sia in sede giurisdizionale. Occorre allora domandarsi se abbia senso, a fronte dell'emergenza posta dalla pandemia del Covid-19, parlare ancora di interesse finanziario ordinamentale e di sua esigenza di tutela, oppure se sia opportuno ripensare detti paradigmi.

La risposta è nelle considerazioni già svolte in precedenza: si è rilevato che se la pandemia da Covid-19 mette certamente in crisi l'idea di una dimensione neutrale ed asettica delle regole di finanza pubblica (pretesa neutralità, che, laddove intesa come indifferenza rispetto agli apprezzamenti di natura politica e al bilanciamento tra gli interessi in gioco potenzialmente confliggenti, è stata già messa in discussione dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale), facendo emergere l'esigenza di uno scostamento dai rigidi parametri numerici e quantitativi di bilancio a fronte dell'esigenza di tutela di altri interessi, ciò non si pone però in antitesi con una diversa interpretazione di quelle norme.

Si tratta di una applicazione teleologica dell'impianto delle norme di governo della finanza pubblica che consente, tramite il recupero della dimensione di discrezionalità politica delle scelte finanziarie e il nesso con la dimensione democratica e assiologica sottesa al bilancio pubblico, i necessari adattamenti a fronte delle esigenze concrete.

Il vero limite di una simile impostazione risiede nella costante ricerca dell'equilibrio tra esigenze concrete ed il terreno di garanzia di quelle regole "monito": non appare pensabile che la gestione delle risorse pubbliche, sebbene necessitata da interventi massivi ed ispirati dal valore della solidarietà sociale prima ancora che dalla immediatezza dei ritorni e dalla percezione solo economica delle utilità conseguibili, sia comunque refrattaria rispetto ai principi di sostenibilità e prudenza.

Si potrebbe anzi rilevare che proprio a fronte della esigenza di scostamento dall'equilibrio di bilancio e di un più massiccio ricorso all'indebitamento, sia ancora più necessaria una visione di lungo periodo che assicuri un percorso di ri-avvicinamento alle regole "auree" (che costituiscono l'*optimum*) di bilancio, con conseguente responsabilità delle pubbliche amministrazioni chiamate ad assicurare, tramite la loro azione e i loro servizi, la ripresa del sistema produttivo ed economico, ad ispirare le loro operazioni al canone dell'efficienza più che all'economicità.

Se questo è vero allora il sistema di responsabilità, controlli e tutela giurisdizionale continuerà a svolgere una funzione di fondamentale importanza nell'orientare le scelte finanziarie pubbliche verso i canoni di efficienza e di sostenibilità nel lungo periodo, per prevenire il rischio che azioni indotte dall'emergenza di fronteggiare la crisi da pandemia Covid-19, sebbene percepite come necessarie, si ripercuotano negativamente sulle generazioni future.

Bibliografia

U. Allegretti, voce *Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in Dig. Disc. pubbl., vol. VII, Torino, 1993, p. 131 ss.

F.S. Altavilla, *La sentenza di San Valentino. La Corte Costituzionale e il controllo "neocavouriano" della Corte dei Conti a tutela del bilancio come "bene pubblico" e delle generazioni future*, in Diritto & Conti. Bilancio. Comunità. Persona, 2019, 1, p. 23 ss.

Aa. Vv. *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere*?, G. Pellegrini - A. Sterpa (a cura di), Carocci Ed., Biblioteca di testi e studi, 2014

Aa. Vv., *Crisi finanziaria globale, crisi sovrana e crisi bancaria: l'Italia e il confronto europeo*, inMoney and Finance Work Group, working paper 2013, 87, p. 1 ss.

Aa. Vv., *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici: esperienze e prospettive*, seminario di studi Università Bocconi, 15 ottobre 2004, G. F. Ferrari (a cura di), Milano, Giuffré, 2006

G. Amato, *Il Parlamento e le sue Corti*, in Giur. Cost., 1976, I, p. 1986 ss.

A. Ambrosio, *Emissione e circolazione nei titoli di Stato*, Milano, 1997, p. 88 ss.

S. Amorosino, *Spunti in tema di strumenti finanziari derivati degli enti locali*, in Il dir. dell'ec., 2007, 2, p. 413 ss.

A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in Scritti giuridici, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1999

F. Amtenbrink, *What role for the European Union in Shaping Global financial governance*, in B. Va Vooren, S. Blockmans and J. Wouters, *The EU's role in Global Governace. The Legal Dimension*, Oxford, 2013

C. Anelli, *Corte dei Conti e questioni di legittimità costituzionale*, ivi, 1968, III, p. 783 ss.

M. Andreis, *La giurisdizione contabile nella prospettiva storica: tra controllo e tutela, in Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, M. Andreis - R. Morzenti Pellegrini (a cura di) Atti dell'incontro preliminare AIPDA Università degli Studi di Bergamo, 7 giugno 2016, Giapp. Ed., Torino, p. 22 ss.

M. Annunziata, *The ECB's QE decision,* in www.voxeu.org, 23 gennaio 2015

L. Antonini, *Il ruolo da riscoprire in chiave umanistica della Corte dei Conti nello sviluppo costituzionale italiano*, in Diritto & Conti. Bilancio. Comunità. Persona, 2019, 2, p. 20 ss.

L. Antonini, *Profili costituzionali delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie territoriali*, in Il diritto del Bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 159 ss.

M. Antonioli, *La legittimazione a ricorrere degli Enti pubblici, tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in Dir. Proc. Amm., 2015, p. 359 ss.

F. Aperio Bella, *Organismo di diritto pubblico*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (a cura di), Trattato sui contratti pubblici, Vol. II, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 417 ss.

P. Athanassiou, *Of Past Measures and Future Plans for Europe's Exit from the Sovereign Debt Crisis: What is Legally Possible (and What is Not),* in Eur. Law Rev., 2011, p. 558 ss.

J. Attali, *Come finirà? L'ultima chance del debito pubblico*, Fazi Ed., Roma, 2010

M. Aulenta, *Il superamento del patto di stabilità interno a seguito del recepimento del Fiscal Compact,* in A. Uricchio – M. Aulenta (a cura di), Dalla finanza pubblica europea al governo degli enti territoriali, Milano, Giuffré, 2015

G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma – Bari, Laterza, 2016

G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in Politica del diritto, 1989, 2, p. 347 ss.

A. Baldanza, *Le funzioni di controllo della Corte dei Conti*, in V. Tenore (a cura di), La nuova Corte dei Conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli, Milano, Giuffrè, 2013, p. 1120 ss.

A. Baraggia, *Le misure di stretta condizionalità nel prisma delle Corti europee*, in L. Antonini (a cura di), La domanda inevasa: dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo, il Mulino, Bologna, 2015, p. 342 ss.

C. Barbagallo, *Il rapporto tra BCE e autorità nazionali nell'esercizio della vigilanza*, Intervento al Convegno su "*Unione bancaria: istituti, poteri*

e impatti economici", Roma, 26 febbraio 2014, Università LUISS Guido Carli, consultabile su https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2014/Barbagallo_260214.pdf.

M. Barbero, *Strumenti derivati e finanza locale*, in amministrazioneincammino.luiss.it, 4 marzo 2004, p. 1 ss.

A. Barcellona, *Stato di diritto e principio democratico*, in Dem. e dir., 1990, p. 117 ss.

A. Bartolini, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, in Urb. e app., 2012, 2, p.197 ss.

E. Barucci - F. Bassanini - M. Messori, *Introduction*, in E. Barucci - M. Messori (a cura di), Towards the European banking union. Achievements and open problems, Astrid, Firenze, 2014, p. 7 ss.

M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica*, Torino, Giapp. Ed., 2016

G. Bellitti, *Il settore pubblico con riferimento alla lista S.13, riguardante l'elenco delle pubbliche amministrazioni*, in Riv. Corte conti, 2015, 5-6, p. 527 ss.

A. Benedetti, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali,* in Giorn. di dir. amm.,2013, 11, p. 367 ss.

M. Bergo, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in Federalismi.it, 2013, 6, p. 1 ss.

M. Bergo, *Democraticità e principi contabili: una lettura critica del progetto EPSAS per un dialogo costruttivo tra istituzioni*, in Federalismi.it, 13, 2019, p. 1 ss.

M. Bergo*, Coordinamento della finanza pubblica e autonomia territoriale. Tra armonizzazione e accountability,* Napoli, Ed. Sc., 2018

C. Bergonzini, *Il c.d. "pareggio di bilancio" tra Costituzione e legge n. 243 del 2012*: *le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, in Studium iuris, 2014, 1, p. 15 ss.

C. Bergonzini, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano,* in C. Bergonzini – S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), La legge dei numeri, governance economica europea e marginalizzazione dei diritti, Napoli, Jovene, 2016, p. 152 ss.

C. Bergonzini, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2014

G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam,1967

E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Ed. Scient. It., 1960

R. Bifuclo, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, in Id. - O. Roselli (a cura di), Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale, Torino, Giapp. Ed., 2012, 139 ss.

R. Bifulco, *Il custode della democrazia parlamentare*, in Riv. AIC, 2011, 3, p. 1 ss.

F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali*, in Riv. AIC, 2014, 2, p. 1 ss.

F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in Riv. Tri. Dir. trib. 2012, 2, p. 350 ss.

F. Bilancia, *Spending Review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale*?, in Diritto Pubblico, 2014, p. 1 ss.

F. Bilancia, *La nuova governance dell'eurozona e i riflessi sugli ordinamenti nazionali*", in Federalismi, 2012, 23, p. 1 ss.

L. Bini Smaghi, *Il paradosso dell'euro. Luci ed ombre dieci anni dopo*, Milano, Rizzoli, 2008

A. Blundell-Wignall, *Solving the Financial and Sovereign Debt Crisis in Europe*, OECD Journal, Financial Markets Trends, 2010, 20, p. 1 ss.

G. Bo, Voce *Garanzia,* in Nuov. Dig. It., VI, Torino, p. 192 ss.

L. Bobbio, *Il sistema degli enti locali*, in L'Italia e le sue Regioni, Roma, Ist. dell'Enc. Italiana -Treccani, 2015, 1, p. 63 ss.

G. Boccuzzi, *L'Unione Bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancaria*, in Ban. e Merc., 2015, p. 37 ss.

A.V. Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Ed. sc., 2011

A.V. Bogdandy, *Il diritto europeo oltre l'"Unione sempre più stretta*: *ricostruzione del concetto e della metodologia comparativa della Corte di giustizia*, in il Dir. dell'Un. Eur., 2017, 1, p. 9 ss.

M. Bonini, *Delle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 19 giugno 2012)*, in Quad. cost., 2012, 4, p. 891 ss.

M. Bonini., *Il "BVerfG", giudice costituzionale o "signore dei trattati"? Fondo "salva - stati", democrazia parlamentare e rinvio pregiudiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in Riv. AIC, 2012, 4, p. 1 ss.

M. Bonini, *Status dei parlamentari e European Financial Stability Facility: controllo democratico e indebitamento pubblico nella giurisprudenza del BverfG*, in Riv. AIC, 2012, 1, p. 1 ss.

B.L. Boschetti, *Vincoli europei di bilancio, patti di stabilità, sistema delle autonomie*, in Federalismi.it, 2014, 19, p. 1 ss.

S. Buscema, A. Buscema, *I contratti della p.a.*, Padova, Cedam,1994

G. Bozzi, *L'autonomia negoziale nel Sistema delle garanzie personali*, Napoli, Jovene, 1990

A. Brancasi, Voce *Bilancio (equilibrio di)*, in Encic. del dir., Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2012

A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012, 2, p. 1 ss.

A. Brancasi, L*'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it 10 gennaio 2012, p. 1 ss.

A. Brancasi, *Uguaglianze e diseguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in Dir. Pubbl., 3, 2002, p. 909 ss.

A. Brancasi, *La Corte Costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "introduttiva del pareggio di bilancio"*, in Giur. Cost., 2014, 2, p. 1633 ss.

A. Brancasi, Voce *Contabilità pubblica*, in Enc. Giur., Roma, VII, 2008, 3

E. Briganti, *Fideiussione e promessa del fatto altrui,* Napoli, Ed. sc. it. 1981

P. Briguori, *Le Federazioni sportive sono pubbliche amministrazioni? Ancora incertezza dopo la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in Diritto & Conti. Bilancio. Comunità. Persona, 2019, 2, p. 129 ss.

G. Bronzini, *Corte di giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerity*, in Riv. It. Lav., 2017, 1 , p. 220 ss.

M.L. Buneman., *I mercati obbligazionari domestici nell'UE e il ruolo delle nuove agenzie di rating*, in Riv. banc., 2015, 5-6, p. 247 ss.

C. Buzzacchi, *Equilibrio di bilancio versus autonomie locali e Stato sociale*, in amministrare, 2014, p. 1 ss.

C. Buzzacchi, *Ideologie economiche, vincoli giuridici, effettiva giustiziabilità: il tema del debito*, in forumcostituzionale.it, 2016, 4, p. 1 ss.

C. Buzzacchi, *Spesa Pubblica e indebitamento: le regole dei nuovi articoli 81 e 97 Cost.*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2016, 2, p. 421 ss.

C. Buzzachi, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, Giuffrè, 2015

G. Caianello, *Notazioni varie sui controlli della Corte dei Conti, con particolare riguardo alle questioni di costituzionalità, alla parificazione e alla registrazione con riserva,* in Foro Amm., 1976, II, p. 53 ss.

D. Cabras, *Il pareggio di bilancio in Costituzione; una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in www.forumcostituzionale.it, 27.1.2012

D. Cabras, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in Riv. AIC, 2012, 2, p. 1 ss.

C. Calabrò, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione nel sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in Cons. St., 1992, p. 1565 ss..

S. Caldarelli, *La 'riserva' di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, Federalismi.it, 2018, 22, p. 1 ss.

S. Caldarelli, *Poteri pubblici e mercati finanziari: la giurisdizione inglese sui derivati stipulati dagli enti locali,* in Foro. Amm., 2015, 2, p. 379 ss.

S. Caldarelli, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in Riv. AIC, 2019, 2, p. 245 ss

R. Calvano, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea,* in Costituzionalismo.it, 2013, 3, p. 1 ss.

F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. 1, Milano, Vallardi, 1904, p. 650 ss.

F. Cammeo, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947

F. Cammeo, I *titoli del debito pubblico e la competenza sulle relative controversie*, in Riv. dir. comm., 1903, I, p. 99 ss.

A. Cantaro, *Ascesa e declino dell'eccezionalismo*, in Id (a cura di), Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo, in Cult. Giur. e dir. viv., Special issue, 2015, p. 40 ss.

F. Capalbo, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, in Federalismi,it, 2018, 6, p. 1 ss.

C. Capriglione - G. Semeraro, *Il Security Market Programme e la crisi dei debiti sovrani. Evoluzione del ruolo della BCE*, in Riv. trim. dir. dell'ec., 2011, p. 264 ss.

F. Capriglione, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per l'Europa unita*, Torino, Utet, 2013

F. Capriglione, *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, Utet, 2013

D. A. Capuano - E. Griglio, *La nuova governance economica europea. I risvolti sulle procedure parlamentari italiane*, in N. Lupo e A. Manzella (a cura di), Il sistema parlamentare euro-nazionale, Torino, Giappichelli, 2014, p. 227 ss.

E. Caracciolo La Grotteria, *Note sull'accesso degli enti pubblici al mercato dei capitali anche con riferimento agli strumenti di finanza innovativa*, in C. Rossano e D. Siclari, *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, CEDAM, 2006, p. 705 ss.

F. Cardarelli, *La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria nell'art.9 della legge 24/2017. Note critiche,* in G. Alpa (a cura di), La responsabilità sanitaria (commento alla l. 8 marzo 2017, n.24), Pisa, 2017, p. 113 ss.

F. Cardarelli, *Nozione di pubblica amministrazione finanziaria e accertamento giurisdizionale*, estratto dalla Relazione su "Il ruolo delle giurisdizioni nel sistema giuridico globale e gli effetti sugli ordinamenti nazionali", al XXIV Colloquio biennale Associazione Italiana di Diritto Comparato, IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 15-17 giugno 2017

M. Caredda - M. Ruotolo, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in Riv. AIC, 2015, 2, p. 1 ss.

L. Carlassarre, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in costituzionalismo. it, 2015, 3, p. 137 ss.

M.G. Caroli, *La strategia finanziaria nello sviluppo economico locale. Il caso delle cartolarizzazioni*, in banche e banchieri, 2004, 4, p. 296 ss.

A. Carosi, *Il sindacato sugli atti di natura finanziaria tra Corte Costituzionale e magistrature superiori,* in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 65 ss.

A. Carosi, *Linee evolutive delle funzioni della Corte dei conti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in Atti Convegno su *L'evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività*. Giornata di studio in memoria di Salvatore Buscema, Roma, Corte dei conti 10 marzo 2016, in Riv. Corte dei conti, n. 3-4-2016, p. 459 ss.

A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*. *Da Kelsen allo Stato-Mercato,* Rubbettino, 2014

A. Carrino, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, Stati nazionali e "grandi spazi"*, Mucchi Ed., 2016

M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti delle Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, su I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it

E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2003

E. Casetta, *Manuale di diritto Amministrativo*, Milano, Giuffré, 2007

E. Casetta, Voce *Pubblica Amministrazione*, in Dig. disc. Pubbl., XII, Torino, 1997, p. 271 ss.

S. Cassese, *Il problema degli enti pubblici*, in Scritti in onore di A. Falzea, Milano, 1991, vol. III, tomo 1°, p. 177 ss.

S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in Giorn. Dir. Amm., 1996, 10, p. 920 ss.

S. Cassese, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in L. Lanfranchi (a cura di), La tutela degli interessi collettivi e diffusi, Torino, 2003, p. 569 ss.

C. Castelli, *La normativa sulle agenzie di rating: ratio, contenuti ed applicazione nel contesto europeo*, in Riv. Trim. dir. dell' ec., 2015, 1, p. 60 ss.

E. Cavasino, *La dimensione costituzionale del "diritto del bilancio". Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n.196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019,* in Diritto & Conti. Bilancio. Comunità. Persona, 2019, 1, p. 7 ss.

M. Cecchetti, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale,* in Federalismi.it, 2012, 24, p. 1 ss.

M. Cenini, *Garanzie atipiche*, Dig. Civ., Agg. VIII, Torino, 2013, 305 ss.

T.F. Cerioni, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali,* in Le Società pubbliche, Napoli, Universitàs Mercatorum Press, 2017, II, p. 865 ss.

V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità,* in Dir. Proc. Amm., 1984, p. 463 ss

V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in Dir. Amm., 2003, 2, p. 218 ss

V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004(osservazioni a prima lettura*), in Dir. Proc. Amm., 2004, 3, p. 820 ss.

V. Cerulli Irelli, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento*, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2006, 5, p. 807 ss.

V. Cerulli Irelli, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli, Diritto & Società, Quaderni, Ed. Sc., Napoli, 2017, p. 103 ss..

V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione costituzionalizzata,* Torino, Giapp. Ed, 2019, p. 215 ss.

G. Chiara, *Governo multilivello dei conti pubblici ed evoluzione della manovra di bilancio. Verso un paradigma esclusivamente tecnico?,* in Riv. AIC, 2017, 2, p. 9 ss.

O. Chessa, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in Giur. Cost. 1988, p. 1170 ss.

O. Chessa, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali*, in forumcostituzionale.it, 2016, 4, p. 1 ss.

O. Chessa, *La costituzione della moneta, Concorrenza, Indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2016

R. Chieppa, *Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente nel corso del giudizio di parificazione del rendiconto generale (a proposito della registrazione con riserva di atti regionali siciliani) e sulle nuove prospettive per i conflitti di attribuzione*, in Giur. Cost., 1966, p. 1651 ss.

G. Chinè, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in Gius., 1996, p. 93 ss.

E. Chiti, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in Giorn. dir. amm., 1996, 8, p. 35 ss.

E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2010, 1, p. 57 ss.

M.P. Chiti, *Lo spazio amministrativo europeo*, in Studi in onere di Alberto Romano, Napoli, Ed. Sci., 2011

E. Chiti, *Intervento del'Ue. Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri nell'Unione*, in Giorn. dir. amm., 2011, 3, 311 ss.

E. Chiti - Mendez A.J. - Teixeira P.G. (a cura di), *The European Rescue of the European Union*, Oslo, 2012

E. Chiti, *Il Meccanismo Europeo di stabilità al vaglio della Corte di Giustizia*, in Giorn. dir. amm., 2013, 2, p. 148 ss.

M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in Dir. Amm. Eur., M.P. Chiti (a cura di), Milano, Giuffré, 2013, p. 171 ss.

M. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea. I rapporti tra stati membri. Le pubbliche amministrazioni*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2013, 1, p. 1 ss.

F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffré, 2005

F. Cintioli, *Note sulla class action amministrativa*, in Giustamm.it, 2010

A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in Diritto Amministrativo, 2015, 4, p. 797 ss.

A. Cioffi, *Vincolo di bilancio, pubblica amministrazione e indicatori di benessere nella riforma costituzionale e amministrativa*, Atti del Convegno

di Campobasso, La riforma del Bilancio dello Stato, 20 gennaio 2016, Università degli Studi del Molise, Napoli, Ed. Sci., p. 129 ss.

A. Cioffi, *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli, , Diritto & Società, Quaderni, Ed. Sc., Napoli, , 2017, p. 289 ss.

I. Ciolli, *I diritti sociali,* in F. Angelini – M. Benvenuti (a cura di) Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, p. 101 ss.

I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015

M. Clarich, F. Luiso, A. Travi, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in Dir. Proc. Amm., 2016, 4, p. 1271 ss.

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017

A. Clivi - L.R. Prefetti, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in Dir. Proc. Amm., 2011, 4, p. 1443 ss.

M. Cocconi, *Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica*, in Sanità Pubblica, 1991, p. 289 ss.

G. Colavitti, *Concorrenza, trasparenza e autonomia. Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico,* Bari, Cacucci Ed., 2018,

G. Colombini, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in Diritto della regione, Padova, 2002, 1, p. 158 ss.

G. Colombini, *Partecipate degli enti locali e ruolo della Corte dei conti*, in Riv. Corte conti, 2015, n.1-2, p. 428 ss.

G. Colombini, *Il "nuovo" sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in Riv. Corte conti,2015, 3-4, p. 588 ss.

G.Colombini, *La dimensione finanziaria della pubblica amministrazione e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in Federalismi. it, 2017, 13, p. 1 ss.

G. Colombini, *La progressiva giurisdizionalizzazione del controllo nel codice della giustizia contabile: limiti e prospettive*, in Riv. Corte conti, n.1-2, 2017, p. 739 ss..

G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art.97 cost.,* in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 381 ss.

G. Colombini, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile*, in Diritto & Conti. Bilancio.Comunità.Persona, 2019, 2, p. 8 ss.

C. Contessa, *PPPC: modello generale*, in Trattato sui contratti pubblici, Vol. V, M.A. Sandulli e R. De Nictolis (a cura di), Milano, Giuffré Francis Lefebure, 2019, p. 207 ss.

R. Cori e I. Paradisi, *I contratti di concessione e il Partenariato pubblico privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in App. & cont., 2017, 6, p. 36 ss.

S. Corsi, *La spesa nelle autonomie locali*, in Giorn. dir. amm., 2012, 12, 1179 ss.

G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in Riv. Trim. di dir. pubbl., 1981, 1, p. 755 ss.

G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'Azione amministrativa, Milano, Giuffré, 2011, p. 3 ss.

G. Corso, *La revisione della spesa pubblica. Forme ed effetti giuridici*, in Riv. Corte Conti, 2015, 1, p. 396 ss.

G. Corso, *Il principio di legalità*, in Codice dell'azione amministrativa, M.A. Sandulli (a cura di), II ed, Milano, Giuffrè, 2017, p. 15 ss.

F. Cortese, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati e l'autotutela amministrativa*, in Giorn. di Dir. Amm., 2012, 4, p. 394 ss.

C. Cottarelli, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, Giuffré, 2015

V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, p. 37 ss.

V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in Giur. Cost., 1962, p. 132 ss.

V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam,1984

A. Crismani, *Il problema della gestione del debito pubblico*, in L. Cavallini Cadeddu (a cura di), Il coordinamento dinamico della finanza pubblica, Napoli, Jovene, 2012, p. 145 ss.

M. Cuniberti, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in Il Governo tra tecnica e politica, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015, Ed. Sc., Napoli, 2016, p. 45 ss.

C. Cudia, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si concentra sull'individuo,* in Giustamm.it, 2011

G. Cuomo, *Unità e omogeneità nel governo parlamentare*, Napoli, 1957, p. 158 ss.

R. Dagostino, *Oltre la crisi. Diritto amministrativo ed economica a confronti*, in Il processo, 2019, 1, p. 201 ss.

A D'Aloia., *Diritto e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni,* in Le Regioni, 2003, 6, p. 1733 ss.

M D'Amico., *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in Forum Quad. Costi.t., 2015, 3, p. 1 ss.

N. D'Amico, S. Sileoni, *Dopo il pareggio, sparisce anche l'equilibrio*, in Astrid Rassegna, 2013, 3, p. 1 ss.

A. D'Atena, *La parabola della finanzia regionale, tra modello costituzionale e esperienze applicative*, in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 289 ss.

M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari,* Milano, Giuffrè, 2012

M. De Bellis, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in Riv, It. Dir. Pubbl. Com., 2015, 6, p. 1553 ss.

G. De Caro. *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in M. Pellegrini (a cura di), Corso di diritto pubblico dell'economia, Padova, Cedam, 2016, 75 ss.

P. De Grauwe, *The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Market*?, Cesifo working paper, 2011, 3569, p. 1 ss.

D. De Grazia, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali nel nuovo titolo V della Costituzione*, in Le istituzioni del federalismo, 2002, 2, p. 287 ss.

P. De Ioanna, *La nuova cornice costituzionale: economia, istituzioni e dinamica della forze politiche*, in Il Filangieri, Quaderno, 2011, p. 45 ss.

A. De Luca, *Collective Actions in ICSID Arbitration: The Argentine Bonds Case*, in The Italian Yearbook of International Law, Vol., XXI, 2011, 211, p. 239 ss.

A. De Petris, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una guida alla lettura*, in Federalismi.it, 2012, 18, p. 1 ss.

C. De Vincenti, *Interesse pubblico e partenariato pubblico – privato*, in Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Atti del LXIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 125 ss.

S. Del Gatto, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 960 ss.

G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996

G. Della Cananea, *L'articolo 119 della Costituzione* (commi 3-6), in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), Commentario della Costituzione, Torino, Utet, 2006

G. Della Cananea, *L'ordinamento giuridico dell'Unione europea dopo i nuovi accordi intergovernativ*i, in Com. int., 2012, 3 ss.

P. Della Posta - L. S. Talani (a cura di), *Europe and the Financial Crisis,* Palgrave Macmillan, 2011

A. M. Dente, *Il reperimento delle risorse mediante gli strumenti di finanza innovativa (seconda parte)*, in La finanza locale, 2006, 3, p. 137 ss.

F. Di Cristina, *Il partenariato pubblico privato quale 'archetipo generale' [Il nuovo codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50]*, in Giorn. Dir. Amm., 2016, 4, p. 482 ss.

G. Di Gaspare, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in Amm. in cammino, 29.12.2014

M. Di Lullo, *Soggetti privati "pubbliche amministrazioni" ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in Foro amm.-C.d.S., 2013, 12, p. 3579 ss.

R. Di Maria, *Aspettando la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio: brevi considerazioni sulla natura giuridico-economica del medesimo e rilievo di alcune questioni (ancora) aperte sulla sua potenziale*

ricaduta, a livello sia interno che sovranazionale, in B. Andò e F. Vecchio (a cura di), Costituzione, Globalizzazione e tradizione giuridica europea, Torino, Cedam, 2012, p. 224 ss.

M. Di Palma, C. Lupi, G. Parigi, G. Pellegrini, *Attuazione del Sec. 95: stato delle iniziative, programmi, prevedibili sviluppi e suggerimenti*, in "Rapporto di Ricerca 02.01", Presidenza del Consiglio, Commissione per la garanzia statistica, Roma, 2002

V. C.M. Diolek, A.J. Jimenez de Lucio, J. Chan, *Definition of government in IMF supported Programs*, IMF, 2013

R. Dickmann, *Le regole della governance europea i il pareggio di bilancio in Costituzione*, in Federalismi.it, 2012, 4, p. 1 ss.

R. Dickmann, *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, in Federalismi.it, 2012, 10, p. 1 ss.

R. Dickmann, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, in Federalismi.it, 2013, 6, p. 1 ss.

R. Dickmann, P*rime note sulla nuova legge di bilancio e sulla manovra di finanza pubblica alla luce delle modifiche apportate nel 2016 alla legge di contabilità generale n.196 del 2009,* in Federalismi.it, 6, 2017, p. 1 ss.

D. Donati, *I caratteri della legge di bilancio in senso materiale*, in Riv. Dir. Pubbl., 1919, p. 289 ss.

F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in Il dir. dell'Un. Eur., 2013, 2, p. 337 ss.

F. Donati, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in Federalismi. it, 2018, 21, p. 1 ss.

M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffré, 1996

L. Duguit, *Les transformation du droit public*, Paris, Libraire Armadn Colin, 1913, rist. 1999

A. Enria, P.G. Teixeira, *A new Institutional Framework for financial Regulation and Supervision*, in Cannata, Quagliarello (a cura di), *Basel III and Beyond. A Guide to Banking Regulation after the Crisis*, Londra, 2011, p. 1 ss.

S. Fabbrini, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2016, 3, p. 651 ss.

F. Faletti, *Annullamento in autotutela dei contratti derivati*, in Resp. Civ., 2012, 1, 52 ss.

A. Falzea, voce *Capacità* (teoria generale) in Enc. Dir., vol. VI, 1960, p. 8 ss.

L. Fantacci - A.Papetti, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in Costituzionalismo.it, 2013, 2, p. 26 ss.

P. Faraguna, *Da Lisbona alla Grecia, passando per Karlsruhe,* in Quad. cost., 2011, 4, p. 935 ss.

T. Febbrajo, *Garanzia (dir. civ.)*, in Enc. Giur. Treccani, 2016

L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, Vol.1, Bari, Ed. Laterza, Collana Storia e Società, 2012

L. Ferrajoli, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, , Napoli, Ed. sc., 2015

R. Ferrara*, Interessi collettivi e diffusi*, in Dig. pub., VIII, Torino, 1993, p. 482 ss.

L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in Dir. Pubbl., 2019, 3, p. 723 ss..

E. Ferrari, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*, in Le Regioni, 1991, p. 1513 ss.

E. Ferrari, *I principi dell'azione amministrativa,* in Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa, Civitarese-Matteucci Gardini (a cura di), Bologna, University Press, 2004, p. 2 ss.

F. Fiorentini, *Le garanzie reali atipiche*, in Riv, Dir. Civ., 2000, p. 253 ss.

L. Fiorentino, *Il decreto di spending review. Oltre la straordinarietà*, in Giorn. di dir. amm., 2012, 12, p. 1161 ss.

L. Fiorentino, *Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni nella legge di bilancio 2017*, in Giorn. Dir. Amm., 2017, 2, p. 193 ss.

A. Fontana, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in Foro amm.-CdS, 2011, p. 3216 ss.

F. Forte - Felice F., *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, II ed., 2016

F. Francario, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*,

in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di) Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli, , Diritto & Società, Quaderni, Ed. Sc., Napoli, , 2017, p. 13 ss.

M. Fragali, *Garanzia* (dir. priv.), in Enc. dir., Annali, XVIII, Milano, 1969, p. 454 ss.

A. Frattini - Filpo F., *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in Contratto e impresa. Europa, 2003, 2, p. 1183 ss.

D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze,* in Federalismi.it, 2020, 14, p. 165 ss.

F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in Tratt. Dir. civ. e Comm., Milano, Giuffrè, 1988, p. 86 ss.

F. Galgano, *Trattato di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009

V. G. Gasparini Casari, *Una calda estate. Note preliminari sulla crisi dei debiti sovrani*, in Dir. dell'ec., 2011, p. 539 ss.

M. Giacomini, *I prodotti derivati negli enti locali*, in Informator, 2007, 1, p. 18 ss.

M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffré, 1939

M.S. Giannini, Il *problema delle autonomie locali*, in Il Corr. Amm., II, 1946

M.S. Giannini, *Autonomia pubblica*, in Enc. dir., IV, 1959, p. 356 ss.

M.S. Giannini, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984

M.S. Giannini, *Autonomia. (Saggio sui concetti di autonomia)*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 1971, p. 851 ss.

M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1974, XXIV, p. 1263 ss.

M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I, 1990

M.S. Giannini, *Anomalie della giurisdizione del Consiglio di Stato in materia di Debito pubblico*, in Riv. dir proc., 1948, ora in Scritti, II, Milano, 2002, p. 825 ss.

V. Giannotti, *Il partenariato pubblico privato e la contabilizzazione del diritto di superficie*, in Aziendaitalia, 2016, 11, p. 1007 ss.

V. Giannotti, *La corretta contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato e la rilevanza sul pareggio di bilancio*, in Azienditalia, 2017, 5, p. 483 ss.

E. Giovannini, *Il futuro del sistema statistico europeo*, in www.lavoce.info, 25.2.2003

E. Girino, *I contratti derivati*, Milano, Giuffrè, 2010

C. Golino, *I vincoli di bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale*, in amm. in cammino, 2013, p. 1 ss.

C. Golino, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, Cedam, 2013

P. Gotti, *La problematica nozione finanziaria di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in Dir. Amm., 2016, 1-2, p. 177 ss.

A. Graziani, *Il debito pubblico,* in Trattato completo di diritto amministrativo, V. E. Orlando (a cura di), vol. IX,Milano, 1909, p. 655 ss.

G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986

G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di) Sistema del diritto amministrativo italiano, Torino, Giappichelli, 2003, p. 120 ss.

G. Greco, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in Individuo e potere, incontro di studio in ricordo di Andra Orsi Battaglini, in suppl. Dir. Pubbli., 2016, p. 108 ss.

G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della crisi*, Napoli, 2012

D. Gremsey - M.K. Lewis, *Are public Private Partnership value for money? Evaluating alternative approches and comparing accademic and practioner views*, Accounting Forum, 2005, 29, p. 345 ss.

G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica Italiana*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1951, p. 932 ss.

J. Guthrie, C. Humprey, L.R. Jones, O. Olson, *International public managment financial reform: progress, contraddictions and challenges*, Greenwich, Information age, 2005

J. Habermas, *Democrazia, solidarietà e la crisi europea*, in Aggiornamenti sociali, 2014, 1, p. 18 ss.

S.F. Hill, *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in Its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty*, in Law and Business Review of the Americas, Vol. 13, No. 3, 2007, p. 547 ss.

A. Hinarejos, *The Euro Area Crisis in Constituional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, p. 1 ss.

S. Holmes - C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York - London, W.W. Norton, 1999, trad. it. di E. Caglieri, Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse, Bologna, Il Mulino, 2000

J. Hunt, *Credit Rating Agencies And the "Worldwide credit crisis": the limits of reputation, The insufficiency of reform and a proposal for improvment*, in Columbia Business Law Review, 2009, p. 109 ss.

A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Napoli, Ed. Sc., 2018

C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico,* in Il dir. dell'ec., 2017, 3, p. 649 ss.

E. Iossa - F. Antellini Russo, *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, Riv. di Pol. Ec., 2008, 5-6, p. 125 ss.

E. Jorio, *Pareggio di bilancio: le ricadute (o le implicazioni) sui Comuni e sul sistema sanitario*, in Federalismi.it, 2012, 10, p. 1 ss.

M. Joyce, M. Tong, R. Woods, *The United Kingdom's quantitative easing policy: design, operation and impact, in Quarterly Bulletin of Bank of England*, 2011, Q3.

G. Katrougalos, '*The Greek Austerity Measures: Violations of Socio-Economic Rights*', in International Journal of Constitutional Law Blog, 29 Jan. 2013, in http://www.iconnectblog.com/2013/01/the-greek-austerity-measures-violations-of-socio-economic-rights.

C.P. Kindleberger, *Manis, Panic, and Crashes. A History of financial Crisis*, New York, Basic Book, II ed, 1989, trad. it. Storia delle crisi finanziarie, Roma-Bari, Laterza, 1991

A. Koukiadaki - L. Kretsos, '*Opening Pandora's Box: The Sovereign Debt Crisis and Labour Market Regulation in Greece*, *Industrial Law Journal* 3, 2012, p. 276 ss.

C. Lacava, *Le misure di razionalizzazione: organizzazione centrale e periferica dello Stato*, in Giorn. di dir. amm., 2012, 12, p. 1172 ss.

J.C. Laguna de Paz, *El Mecanismo Europeo de Supervisiòn Bancaria*, paper presentato al XX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma, 27 febbraio – 1 marzo, 2014, in www.diritto-amministrativo.org

C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942, p. 68 ss.

A. Leahy, S. Healy, M. Murphy, *The European Crisis and its Human Cost,* Crisis Monitoring Report 2014, Caritas Europa, 2014, p. 1 ss.

B. Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971

F. Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in AA. VV. L'azione amministrativa, Torino, 2016, p. 38 ss.

N. Linciano, *La crisi dei mutui subprime. Problemi di trasparenza e opzioni di intervento per le autorità di vigilanza*, in Quaderni di finanza CONSOB, 2008, 62, disponibile all'indirizzo http://www.consob.it/documenti/quaderni/qdf62.pdf

M. Lipari, I *profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione nella prospettiva comparatistica,* in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli, Diritto & Società, Quaderni, Ed. Sc., Napoli, , 2017, p. 367 ss.

G. Lo Conte, *La riforma della contabilità pubblica*, in Giorn. Dir. Amm., 2016, 6, p. 765 ss.

G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, Giapp. Ed., 2015

R. Loiero (a cura di), *Commentario alla nuova legge di contabilità e finanza pubblica*, Roma, 2010

L. Lorello, *La legge finanziaria e gli equilibri della forma di governo in Italia*, in Pajno e Verde, Studi sulle fonti del diritto, Le relazioni tra Parlamento e Governo, I vol. Milano, 2010, p. 321 ss.

F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giapp. Ed., 2015

V. Lowe, *Precluding Wrongfulness or Responsibility: a Plea for Excuses* in European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, p. 405 ss.

G. Luchena, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica*, in Studi di diritto pubblico, Bari, Laterza, 2017

M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali,* Torino, Giapp. Ed.,1994, p. 569 ss.

M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotti*, Padova, Cedam, 1995, II, p. 121 ss.

M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regione (a proposito dell'art. 117 co. 2 lett. m) della Costituzione),* in San. Pubbl., 2002, p. 1025 ss.

M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica,* in Dir. soc., 2009, p. 1 ss.

M. Luciani, *Indagine conoscitiva delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Bilancio*, seduta di lunedì 17 ottobre 2011, resoconto stenografico, in www.camera.it

M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in http://www.astrid-online.it/rassegna/06-02-2013/Luciani_Varenna-2012.pdf.

M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva dei controlli di costituzionalità*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte Costituzionale, Roma, 2013

M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in Riv. AIC, 2016, 3, p. 1 ss.

M. Luciani, *La riforma dell'art. 81 della Costituzione*, relazione al Convegno su L'evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività, Roma 10 marzo 2016, in Riv. Corte Conti, 2016, 3-4, p. 459 ss.

M. Luciani, *I diritti finanziariamente condizionati*, in La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica, Atti del LXIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21, 22, 23 settembre 2017, Milano, Giuffrè, 2018, 341 ss.

M. Luciani, *Gli equilibri di bilancio in un ordinamento multilivello,* in Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Atti del LXIV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 64 ss.,

N. Lupo, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge rinforzata*, in Riv. Corte Con., 2012, 5-6, p. 529 ss.

N. Lupo, L*a revisione costituzionale della disciplina del bilancio e il sistema delle fonti*, in V. Lippolis, N. Lupo, G. M. Salerno e G. Scaccia (a cura di), in Il Filangieri, Quaderno 2011, Napoli, Jovene, 2012, p. 125 ss.

M. Macrì, *Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi,* in Giorn. di dir. amm., 2012, 12, p. 1167 ss.

A. Mangia, *I diritti essenziali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde G. (a cura di), I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, Napoli, Ed. Sc., 2013

S. Mangiameli, *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in A. Cantaro (a cura di), Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo, in cultura giuridica e diritto vivente, Special Issue, in ojs.uniurb.it/index.php

A. Manzione, *I principi del giudizio in materia di responsabilità amministrativa*, in A. canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti, Milano, Giuffrè, 2017, p. 73 ss.

R. Marrama*, I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA. VV., Diritto Amministrativo, Bologna, 1998, I, p. 397 ss.

G. Marchetti, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016

G. Marotta, *Indagine sull'uso degli strumenti derivati: referti della corte dei conti*, in La Finanza locale, 2006, 3, p. 96 ss.

A. Marrone, *Pareggio di bilancio e Stato Costituzionale*, in Lavoro e diritto, 2013, 3, p. 375 ss.

A. Martucci di Scarfizzi, *Interessi della collettività e tutela della finanza pubblica: due facce della stessa medaglia*, in La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica, Atti del LXIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21, 22, 23 settembre 2017, Milano, Giuffrè, 2018, p. 18 ss.

L. Martinielllo, *La contabilizzazione on-off balance delle opere pubbliche realizzate in concessione*, in Az, Pubbl., 2011, 1, p. 45 ss.

C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982

I. Massa, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la convezione espansiva della Costituzione,* in Dir. pubbl., 2001, 3, p. 1095 ss.

A. Massera, *Enti territoriali e contratti derivati finanziari: un rapporto travagliato*, in Giorn. di Dir. Amm., 2014, 8-9, p. 825 ss.

A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in Codice dell'azione amministrativa, Sandulli M.A. (a cura di) II ed., 2017, Milano, Giuffrè, p. 40 ss.

F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia,* Torino, 1995

F. Mastropaolo, *I contratti di garanzia*, in Tratt. Contr. Rescigno-Gabrielli, Milano, 2006, p. 36 ss.

M. Matsaganis, *The Greek Crisis: Social Impact and Policy Responses,* Friedrich Ebert Stiftung, 2013, 5, p. 1 ss.

B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo – Saggio critico*, Padova, 2000

B.G. Mattarella, in *Diritto Amministrativo Generale*. *L'attività*, in Trattato di diritto amministrativo, S. Cassese (a cura di), Tomo I, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 743 ss.

T. Mayer, *Parola d'ordine: stabilità,* in www.lavoce.info, 14 maggio 2010

L.A. Mazzarrolli, *L'interesse nazionale contro la finanza regionale*, in Giur. Cost., 2, 1991, p. 1197 ss.

G. Mazzantini, *La lunga strada della spending review*, in Giorn. di dir. amm., 2012, 12, p. 1163 ss.

B. Mazzotta, *La nuova legge di contabilità e finanza pubblica*, in S. Romanazzi, Atto dell'incontro di studio, Legge quadro in materia di contabilità e finanza pubblica (Bari 19 ottobre 2009), Roma, 2010, p. 17 ss.

B. Mazzotta - A. Passaro, *L'armonizzazione contabile in Italia: stato dell'arte e tendenze evolutive nella prospettiva della Ragioneria Generale dello Stato*, in M. D'Amore (a cura di), The Harmonization of Government accounting and the role of Ipsas, Milano, mcGraw-hill, 2008

P. Mengozzi, *Il Trattato sul Meccanismo di Stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in Studi sull'int. Eur., 2013, VIII, p. 129 ss.

P. Mengozzi, *La crisi dell'area euro e il perseguimento di un equilibrio tra stabilità, democrazia e diritti fondamentali*, in Studi sull'int. Eur, 2015, 3, p. 547 ss.

L. Mercati, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in Federalismi.it, 2014, 22, p. 1 ss.

F. Merusi, *A proposito di "Verwaltungsrechtliche dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assmann. Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo*, in Riv. Trim. di Dir. Pubbl.,2011, 1, p. 24 ss.

F. Merusi, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in Quaderni regionali, n. 1, 1985, p. 39 ss.

F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in Foro amm.Tar, (II), 2004, p. 569 ss.

F. Merusi, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2014, 1, p. 3 ss.

P. Messina, *Profili evolutivi della cartolarizzazione: aspetti di diritto pubblico e privato dell'economia,* Torino, Giapp. Ed., 2009

G. Miele, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in Riv. dir. comm, 1942 ora in Scritti Giuridici, I, Milano, 1987, p. 365 ss.

T. Miele, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate pubbliche,* in Le Società pubbliche, Napoli, Universitàs Mercatorum Press, 2017, p. 541 ss.

R.T. Miller, *What is a Compelling Governmental Interest? In Journal of Morality and Markets, (Forthcoming)*, U Iowa Legal Studies Research Paper, 21, 2018, p. 1 ss..

A. Montel, *Garanzia,* in Nss. D.I, VII, Torino, 1968, p. 742 ss.

G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in Diritto Amministrativo, L. Mazzarolli, A. Pericu Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), Bologna, Monduzzi Ed., 2005, IV ed., p. 531 ss.

A. Morelli, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, in Quad. Cost., 2015, p. 712 ss.

J.A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in Riv. It. Dir. pubbl. com., 1998, p. 561 ss.

D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in Federalismi.it, 2013, 6, p. 1 ss.

B. Moro, V. A. Beker, *Lessons from the European economic and financial great crisis: a survey*. Eur J. Polit. Econ. 34 (Suppl), 2014, in https://ideas.repec.org/p/pen/papers/11-006.html

B. Moro, V. A. Beker, *Modern Financial Crisis, Argentina, United States and Europe*, in Financial and Monetary Policy Studies, 2016

A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in Riv. AIC, 2014, 1, p. 1 ss.

C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo,* in Stato e diritto, 1941, p. 136 ss.

C. Mortati, Voce *Discrezionalità*, in Nss. Dig. It., vol. V, Torino, 1968, p. 1108 ss.

C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, IX Edizione, Padova, Cedam, 1976, p. 824 ss.

C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffré, 2000

I. Muso, *Il debito pubblico. Quando lo Stato rischia l'insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2012

L. Muzi, *La tutela della democrazia tedesca di fronte al procedimento di integrazione UE: una rassegna sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in Nomos, 2013, p. 3 ss.

G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2003

G. Napolitano, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato co-assicuratore*, in Giorn. Dir. Amm., 2010, 10, p. 1085 ss.

G. Napolitano. (a cura di), *La crisi del debito sovrano e le misure di riduzione*, in Giorn. Dir. Amm., 10, 2012, p. 1303 ss.

G. Napolitano, *From the financial to the sovereign debt crisis: new trends in public law*, in Riv. Tri. Dir. Pubbl, 2012, 1, p. 82 ss.

G. Napolitano, *I nuovi limiti all'autonomia finanziaria degli enti territoriali alla luce del principio del pareggio di bilancio*, in Riv. Giur. Del Mezz., 2013,1-2, p. 91 ss.

G. Napolitano, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in Giorn. Di Dir. Amm., 2012, 5, p. 461 ss.

G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, P. Bilancia (a cura di), Milano, Giuffré, 2012, p. 167 ss.

G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea,* in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, G. Napolitano (a cura di), Bologna, il Mulino, 2012

G. Napolitano, *The European Stability Mechanism: a constitutional authority in diguise*, in The Democratic Governance of the Euro, RSACASPP 2012, 8, p. 45 ss.

M. Nardini, *La legge n.243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2013, 1, p. 1 ss.

M. Nardini, *La legge n. 163 del 2016 e le prime prassi applicative della nuova legge di bilancio*, in Dir. Pubb., 2017, 2, p. 515 ss.

R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, Giuffré, 1962

M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, Giuffré, 1965

M. Nigro, *Amministrazione Pubblica* (*organizzazione giuridica dell'*), in Enc. Giur., II, Roma, 1988, p. 3 ss.

F. Nugnes, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca Centrale Europea e la creazione del Meccanismo Europeo di Stabilità*, in Forum Quad. Cost, 2012, p. 1 ss.

C. Ohler, *The European Stability Mechanism*, in German yearbook of international law, 2011, p. 47 ss.

V.E. Orlando (a cura di), *Trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1909, p. 829 ss.

V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffré, 1969, p. 437 ss.

V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959

A. Pajno, *La giustizia amministrativa nel 2016*, in Giorn. dir. amm., 2016, 2, 139 ss.

L. Pardi, *Strumenti finanziari derivati ed enti locali: una relazione difficile*!, in Riv. Corte Con., 2009, 6, p. 234 ss.

N. Paolantonio, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo e oggettivo (osservazioni sparse),* in giust.amm.it, 2013, 10, p. 1 ss.

G. Pastori, *Amministrazione e finanza locale tra autonomia e responsabilità*, in Il dir. dell'ec., 1995, 1, p. 1 ss.

F. Pedrini, *Germania: Le "cautele" di Karlsruhe. Qualche osservazione su BVerfG MES/Fiscal Compact*, in Forum Quad. Cost., 2012, p. 1 ss.

S. Pelin Berkmen, *Bank of Japan's Quantitative and Credit Easing Are they Now More Effective*, in https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp1202.pdf

M. Pellegrini, *Autoregolazione e controllo*, in *Id.* (a cura di), Corso di diritto pubblico dell'economia, Padova, Cedam, 2016

M. Pellegrini, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in *Id.* (a cura di), Corso di diritto pubblico dell'economia, Cedam,2016, p. 463 ss.

F. Pennesi, *Il programma Omt ed il controllo giudiziale delle Corti europee sull'azione della Bce,* in Forum Quad. Cost., 2016, p. 1 ss.

M. Perassi, *Verso una vigilanza europea La supervisione sulle agenzie di rating*, in An. Giur. dell'Ec., 2012, 2, p. 421 ss.

R. Perez*, La finanza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, Giuffrè, Milano, 2000, p. 533 ss.

R. Perez*, Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in Giorn. Dir. Amm., 2012, 10, p. 929 ss.

R. Perez*, Il bilancio dopo le riforme europee*, in L. Cavallini Cadeddu (a cura di), Il coordinamento dinamico della finanza pubblica, Atti del Convegno di Cagliari 2010, Napoli, Jovene, 2012

R. Perez, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, in AA.VV., Atti del LVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità, Milano, Giffré, 2013, p. 349 ss.

R. Perez*, Il ritorno del bilancio*, in Giorn. Dir. Amm., 2016, 6, 758 ss.

R. Perez*, La crisi del debito pubblico*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2016, 3, p. 669 ss.

G. Peroni, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'unione economica e monetaria*, Milano, Giuffré, 2012

R. Perrotti, *Status quo. Perché in Italia è così difficile cambiare le cose (E come cominciare a farlo)*, Milano, Giuffré, 2016

G. Pesce, *La sostenibilità del debito della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello stato*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2015, 2, p. 531 ss.

F. Petronio, *Le indicazioni della Corte dei conti per l'adozione di operazioni di finanza derivata da parte degli enti locali*, in La Fin. locale, 2008, 3, p. 95 ss.

M. Piantoni, *Agenzie di rating tra emissione dei rating, scandali e revisione della normativa a tutela dei mercati finanziari e investitori* (I parte), in Banche e banch., 2016, 2, p. 167 ss.

T. Piketti, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014

C. Pinelli, *Forzature e silenzi del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in Giur.cost., 2009, p. 5153 ss.

C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in Costituzionalismo. it, 2, 2012, p. 1 ss.

C. Pinelli, *La dimensione internazionale della crisi finanziaria*, in http:// www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Pinelli.pdf

C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'Eurozona*, in Costituzionalismo.it, 1, 2014, p. 1 ss.

A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in Enciclopedia giuridica, XIII, 1964

A. Pisaneschi. *Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in Federalismi.it, 2014, 17, p. 1 ss.

G. Pisauro, *Come funziona il fiscal compact*, in www. lavoce.it, 31.01.2012

M. Pizzi, *Affidamenti in house*, in M.A Sandulli e R. De Nictolis (diretto da), Trattato sui contratti pubblici, Vol. I, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 743 ss.

M. Poiares Maduro, B. DeWitte, M. Kumm, T*he Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis*, in RSCAS, Policy Papers, 2012

A. Police, *Commento all'art. 103, 1° e 2° co., Cost.,* in Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana, A. Celotto, R. Bifulco e M.Olivetti (a cura di), Torino, 2006, vol. III, p. 1987 ss.

A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo, vol. I, Collana dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», Cedam, Padova, 2000

A. Police, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale nel processo contabile*, in Dir. Proc. Amm., 2011, 2, p. 551 ss.

A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti. Evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F.G. Scoca e A. F. Di Sciascio (a cura di), Linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo, Napoli, Ed. Sc., 2014

A. Police, *Corte dei conti e società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in Munus, 2016, p. 549 ss.

A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in il Processo, 2019, 1, p. 113 ss.

M.T. Polito, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti sulle Società pubbliche a seguito del Testo unico,* in Le Società pubbliche, Universitàs Mercatorum Press, Napoli, 2017, I, p. 513 ss.

P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche,* Milano, Giuffré, 1958

G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, Giuffré, 1989.

M. Porzio, *Le agenzie di rating*, in Dir. della banca e del mer. finan., 2013, 3, p. 405 ss.

R.A. Posner, *A Failure of Capitalism, The Crisis of '08 and the Descent into Depression,* Cambridge, Harvard University Press, 2009

P.J. Power, *'Sovereign Debt: The Rise of the Secondary Market and its Implication for Future Restructurings*' (1996) 64 Fordham Law Review 2701, p. 2730 ss.

T. Prosser, *"An opportunity to take a more fundamental look at the role of government in society": the Spending Review as regulation*, in Public Law, 2011, p. 596 ss.

A. Proto Pisani, *Per un rinnovato discorso sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in Foro. It., 2019, V, p. 235 ss.

A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in Forum Quad. Cost., 2015, p. 1 ss.

S. Pugliese, *L'unione bancaria europea tra esigenze di coerenza interna e risposte alle sfide globali*, in Il diritto dell'Unione europea, 2004,4, p. 831 ss.

C. Quintano, Voce *Eurostat,* in Dizionario dell'Integrazione europea, Roma, Luiss Guido Carli, 2007

B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in Giorn. di Dir. Amm., 2016, 6, p. 773 ss.

M. Ragusa, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione contabile. Brevi notazioni critiche*, in Nuove aut., 2019, 2, p. 267 ss

O. Ranelletti, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in Riv. dir. pubbl., VIII, 1916, I, p. 337 ss.

A. Razin – S. Rosefielde, *Currency and financial crisis of the 1990s and 2000s.* CEPR, discussion paper, 2011, no. DP8264, disponibile in https://ideas.repec.org/a/oup/cesifo/, p. 1 ss.

A. Reinisch, C. Binder, *Debts and State of Necessity*, in J.P. Bohoslavsky, J.L. Cernic, *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Hart Publishing, 2014

M. Renna – F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo,* Milano, Giuffré, 2012, p. 493 ss.

I. Renzo – R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività*, in Federalismi.it, 2015, 4, p. 1 ss.

E.R. Restelli, *La responsabilità della BCE nella ristrutturazione del debito greco. Dall'illecito aquiliano all'arricchimento senza causa*, in Ban. Bor. e Tit. Cred., 2017, 2, p. 155 ss.

P. Ridola, *"Karlsruhe locuta causa finita?" Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in Federalismi.it, 2012, 18, p. 1 ss.

G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007

G. Rivosecchi, *Il parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in rivista AIC, 2012, 3, p. 18 ss.

G. Rivosecchi, *Amministrazione, governo dell'economia e vincoli di bilancio*, in Amministrazione e democrazia. Atti della Giornata di Studi per il ventennale del Centro Vittorio Bachelet, G. C. De Martin e D. Morana (a cura di), Padova, Cedam, 2013, p. 151 ss.

G. Rivosecchi, *La legge di bilancio e le leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, Atti del 58° convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2012, Milano, Giuffré, 2013

G. Rivosecchi, *Il Trattato sul Mes e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale Costituzionale federale e della Corte di Giustizia,* in Giorn. Dir. Amm., 2014, 5, p. 478 ss.

G. Rivosecchi, *I controlli della Corte dei Conti sugli enti territoriali*, in AA.VV., Studi in memoria di Sergio Zambardi, E. Brandolini e F. Lillo (a cura di), Milano, Giuffrè, 2015, p. 120 ss.

G. Rivosecchi, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali alla luce della giurisprudenza costituzionale: orientamenti e prospettive*, in Servizio Studi, Corte Costituzionale, 2016, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

G. Rivosecchi, *Controlli della Core dei conti e incidente di costituzionalità*, in Dir. Pubb., 2017, 2, p. 357 ss.

G. Rivosecchi, *Decisioni di bilancio e politiche pubbliche fra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in Dir. Pubbl., 2018, 2, p. 385 ss.

G. Rivosecchi, *Il ricorso incidentale in sede di controllo della Corte dei Conti*, in Il diritto di bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, Giuffré Francis, Lefebvre, 2019, p. 201 ss.

P. Robinson, J. Hawksworth, J. Broabment, R. Laughilin, C. Haslam, *The private finance Initiative. Saviour, Villian or irrelevance?*, Institute for Public policy research, 2009, reperibile al sito www.ippr.org.uk

A. Romano, *Introduzione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A, Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), Diritto Amministrativo, Bologna, Monduzzi ed., IV ed., 2005, p. 1 ss.

S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, Cedam 1937

R. Romboli, "*L'obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*; in Forum Quad. Costit., 2015, 3, p. 1 ss.

M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, 6, p. 1777 ss.

A. Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in Forum Quad. Costit., 2015, p. 1 ss.

A. Ruggeri, *Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali. Simul stabunt vel simul cadent*, in Consulta online, 2017, 3, p. 409 ss.

R. Sabia, C. Trecroci, *Ascesa e declino dell'"Investor-State Arbitration" fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali*, in Riv. Arb., 2016, 1, p. 184 ss.

F. Saitta, *Costituzione finanziaria ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo Stato fiscale allo Stato debitore*, in Riv. AIC, 2017, 1, p. 1 ss.

G.M. Salerno, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente* , Federalismi.it, 2015, 10, p. 1 ss.

M. T. Salvemini, *Il finanziamento degli enti locali*, in Pubblicazioni Cassa Depositi e Prestiti, http://www.cassaddpp.it, 1998, p. 1 ss.

T. Salvemini, *Poteri di bilancio e sistema istituzionale italiano. L'organismo indipendente per l'analisi e la verifica degli andamenti dei conti pubblici*, in AA. VV. Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità, Atti del 58. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, promosso da Provincia di Lecco, Corte dei conti: Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Milano, Giuffrè, 2013.

L. Salvini, *Lo stato di attuazione del federalismo fiscale,* in Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 311 ss.

A.M. Sandulli, *Stato di diritto e stato sociale*, in Nord e Sud, 1963, p. 8 ss.

A.M. Sandulli, *La Corte dei conti come strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, in Atti del Convegno Corte dei Conti e finanza pubblica, Napoli-Salerno, 19-21 giugno 1979, Napoli, Ed. Sc. It., Vol. 1, p. 27 ss.

A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984

A.M. Sandulli *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in Riv. Dir. Proc. 1964, p. 200 ss.

A.M. Sandulli *La Corte dei Conti nella prospettiva costituzionale*, in Dir. & Soc., 1979, p. 33 ss.

M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004

M.A. Sandulli, *L'ambito soggettivo degli enti aggiudicatori*, in Trattato sui contratti pubblici, i settori speciali. L'esecuzione, Milano, Giuffrè, 2006, vol. V, p. 3145 ss.

M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Costituzionale n. 204 del 2004)*, in Riv. Giur. dell'Ed., 2004, 4, p. 1230 ss.

M. Sarcinelli, *2007: la crisi dei subprime*, in Finanza privata e pubblica. *I* mutui subprime e la spending review, R. Perez (a cura di), Maggioli, 2009, p. 97 ss.

F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, i*n Foro amm. CdS, 2004, p. 7 ss.

G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola di bilancio*, in Riv. AIC, 2012, 3, p. 1 ss.

G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, su Academiaedu.it., 2020

C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Milano, Giuffrè, 1986

A. Sciortino, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (a cura di), Il governo tra tecnica e politica, Napoli, Ed. sc., 2016

G. Serges, *Norme tecniche e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole di austerità e sull'art. 81 della Costituzione*, in Il governo tra tecnica e politica: le funzioni, Atti del seminario annuale di Como, Collana del Gruppo di Pisa, 2016, 9 ss.

V. Sessa, *Il Partenariato Pubblico Privato*, in Giustamm.it, 2016, 7, 1 ss.

Y. Shachmurove, *Reoccurring financial crises in the United States*. PIER working paper, 2010

D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolazione*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl, 2009, 1, p. 45 ss.

D. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari dalla "neutralizzazione" dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europee*, in Riv. It. Di Dir. Pubbl., 2016, 1, p. 189 ss.

A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*,in La legge dei numeri, governance economica europea e marginalizzazione dei diritti, C. S. Bergonzini, Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), Napoli, Jovene, 2016

D. Sorace, *Amministrazione pubblica*, in www.enc.giur. (Treccani), Aggiornamento, Roma, 2016

D. Sorace e, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2005

D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in Dir. Pubbl., 2007, p. 419 ss.

L. Spaventa, *La crisi della nuova finanza*, in *Finanza privata e pubblica. I mutui subprime e la spending review*, R. Perez (a cura di), Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Ed., 2012, p. 13 ss.

M. Speca., *Profili generali ed elementi di rilievo emersi dalla diffusione degli strumenti derivati da parte degli enti locali*, in Riv. dei trib. Loc., 2006, 4, p. 359 ss.

A. Stanislas, M. Parras, F. Javier, *The European Stability Mechanism through the legal meanderings of the Union's constitutionalism*, in European law review, 2013, 6, p. 848 ss.

C. Tabarro, *Il conflitto di interesse delle agenzie di rating*, in Pens. Ec. Mod., 2013,1-2, p. 73 ss.

V. Tenore, *La nuova Corte dei Conti,* Milano, Giuffrè, 2004

V. Tenore, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in Giorn. dir. amm., 2010, p. 935 ss.

R. Tisini, *La distinzione tra garanzia propria e impropria nel pensiero delle Sezioni Unite e nelle applicazioni successive*, in Il Processo, 2019, 3, 241 ss.

V. Torano, *Il ricorso in unico grado alle sezioni riunite della corte dei conti avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'Istat*, in Dir. Proc. Amm.., 2015, 2, p. 646 ss.

L. Torchia, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati,* in Atti del LXIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Sviluppo economico, vincoli finanziaria e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, p. 141 ss.

F. Tosato, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, in Scritti giuridici in onore di S. Romani, I, Padova, Ceddam, 1940, p. 61 ss.

G. L. Tosato, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in Il Filangieri, Quaderno 2011

G. L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in Riv. Dir. Int., 2012, 3, p. 681 ss.

G. L. Tosato, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Convengo Corte Costituzionale "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", 22-23 novembre 2013, Roma, in www.cortecostituzionale.it

A. Travi, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del Convengo in memoria di Umberto Pototschnig, Napoli, Jovene, 2014, p. 11 ss.

A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in Dir. Proc. Amm., 2018, 3, 1111 ss.

L. Trucco*, I livelli essenziali delle prestazioni e la sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Relazione al convegno annuale associazione gruppo di Pisa, I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza, Trapani, 8-9 giugno 2012, p. 27 ss.

G. Tucci, Voce *Garanzia*, in Dig. civ., VIII, Torino, 1992, 581 ss.

C. Tucciarelli, *Pareggio del bilancio e federalismo fiscale,* in Quad. Cost., 2012, 4, p. 799 ss.

K. Tuori, *The European Financial Crisis - Constitutional Aspects and Implications*, in EIU Working Papers Law 2012, 28, p. 1 ss.

G. Ucciardello, *Potere di autotutela, strumenti derivati e finanza pubblica alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032*, in Ianus, 2011, 5, p. 341 ss.

R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica*

amministrazione, in M. Renna B. Marchetti (a cura di), A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Studi, La giuridificazione, Firenze, Firenze University Press, 2017, p. 465 ss.

S. Valaguzza, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica,* in Dir. Proc. Amm., 2014, 862 ss..

M. Vallerga, *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2012

R. Valicenti, *Equilibrio di bilancio e coordinamento della finanza pubblica delle autonomie territoriali*, in Riv. AIC, 2012, 1, p. 1 ss.

J.C. Van Ours, *The great recession was not so great*, in Labour Economics, 2015, 34, p. 1 ss.

S. Van Raepenbusch, *Droit Institutionel de l'Union européenne (Collection de la Facultè de droit de l'Universitè de Liege)*, Bruxelles, De Boeck e Larcier, 2005, p. 357 ss.

A. Vernata, *L'ufficio parlamentare di bilancio: tra virtualità ausiliarie e soggettività eurounitaria*, in Dir. Pubbl., 2017, 2, p. 469 ss.

P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015,* in Forum Quad. Cost., 2015, 3, p. 1 ss.

V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*. *La legittimazione ad agire*, Milano, 1979

A. Villani, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Macerata, 1966

R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giapp. Ed., 2006

S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008

P. Virga, *La limitazione della discrezionalità amministrativa per l'attuazione della imparzialità amministrativa,* in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, vol. V, Padova, Cedam, 1970, p. 163 ss.

P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffré, 1979

P. Virga, *Preclusa alla Corte dei Conti la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in Nuova rassegna, 1997, p. 1 ss.

P. Virga, *La cartolarizzazione: una operazione nuova, anzi antica*, in Lexitalia, 2011

I. Visco, *Sviluppo dell'economia e stabilità finanziaria: il vincolo del debito pubblico*, La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica, Atti del LXIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21, 22, 23 settembre 2017, Milano, Giuffrè, 2018

A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in Dir. Un. Eur.,2012, 2, p. 323 ss.

Il volume, muovendo dalle sollecitazioni derivanti dalle spinte confliggenti sottese alla regolazione della finanza pubblica e dal carattere polimorfo delle questioni ordinamentali implicate dalla disciplina del bilancio dello Stato, indaga e mette in luce l'incidenza dei vincoli internazionali, europei e domestici sul bilancio degli ordinamenti nazionali e delle pubbliche amministrazioni, con riguardo a tre diverse, ma correlate, dimensioni: quella della Sovranità statale che appare erosa dall'esistenza di un quadro di regolazione sovranazionale sempre più stringente e dall'esposizione debitoria degli Stati sul mercato dei capitali; quella dell'autonomia e della discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, che appare condizionata, anche con riguardo all'utilizzo di strumenti contrattuali e finanziari, dall'obbligo di osservare i vincoli di bilancio di matrice europea e costituzionale; quella della giurisdizione sulle controversie in cui venga in rilievo l'esigenza di tutela dell'interesse finanziario "ordinamentale" ormai conformato da un complesso di norme che sembrano porre le fondamenta per la declinazione di "nuove" forme e modalità di garanzia, oltre che per il ripensamento dei confini della giurisdizione.

Sonia Caldarelli, è assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre. Già assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Teramo, è stata Docente aggiunto in Diritto dell'economia nell'ambito del 10° corso di qualificazione operativa per i neo-Marescialli dell'89° Corso "Zanzur II – contingente ordinario e mare – 3° anno di studi" presso la Scuola Ispettori e Sovrintendenti dell'Aquila. Ha inoltre svolto lezioni di Diritto Amministrativo presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Sempre in qualità di docente, ha partecipato a diversi corsi di formazione in materia di contratti pubblici, giurisdizione contabile, tutela amministrativa del segreto. Ha partecipato come relatrice in convegni nazionali ed internazionali, ed è autrice di diverse pubblicazioni, anche in opere collettanee, in materia di appalti pubblici, giurisdizione, sovranità, finanza pubblica.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI