

LA “RISERVA DEL POSSIBILE” (*VORBEHALT DES MÖGLICHEN*) COSTITUISCE UN LIMITE ALL’INTERVENTO GIURISDIZIONALE NELLE POLITICHE PUBBLICHE SOCIALI?¹

Ricardo Perlingeiro²

Sintesi: Alla luce della scarsità di risorse atte a supportare i diritti sociali, il testo analizza i principali precedenti del Tribunale Costituzionale Federale tedesco riguardo alla riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*), e conclude che non la si può applicare al minimo esistenziale (*Existenzminimum*) e che, naturalmente, per quanto attiene all’esigibilità di qualsivoglia diritto sociale fondato sulla legge, non rimane alcuna discrezionalità politica al legislatore sul bilancio. In altri termini, il testo dimostra che la riserva del possibile, contrariamente a quanto s’immagina, non ha qualsivoglia relazione con le politiche pubbliche sociali le quali, contestualizzate nell’ambito dei diritti procedurali fondamentali, si giustificano esclusivamente quale mezzo di realizzazione di prestazioni sociali esigibili (*giustiziabili*).

Abstract *In light of the shortage of funding to support positive rights to social welfare, the text analyses the main precedents of the Federal Constitutional Court concerning the Proviso of the Possible (Vorbehalt des Möglichen), and concludes that is not applicable to the existential minimum (Existenzminimum) and that, in terms of the enforceability (potential for judicial review) of any other positive rights to social welfare guaranteed by law, the margin of discretion granted to law-makers in budgetary policymaking should be reduced to zero. In addition, the text demonstrates that the Proviso of the Possible, contrary to what might be imagined, has nothing to do with social public policies which, in the context of fundamental procedural rights, are justified only as a means of realisation of the social benefits that may be claimed.*

Parole-chiave: Riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*). Minimo esistenziale (*Existenzminimum*). Diritti sociali. Diritti fondamentali. Politiche pubbliche. Previsione di spesa pubblica. Giudizializzazione delle politiche pubbliche.

¹ Adattamento della relazione sul tema “La riserva del possibile: limite all’intervento del Giudiziario nelle politiche pubbliche?”, presentata nel quadro di: “Controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche” del Seminario “IX Giornate Brasiliane di Diritto Processuale”, organizzato dall’Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, a Rio de Janeiro, tra il 29 e il 31 agosto del 2012; nonché della Relazione “La giudizializzazione della salute, la riserva del possibile e la Legge 12.401/2011”, proposta nell’ambito della 18^a Sesta Giuridica “I Litigi Relazionati alla Salute e La Garanzia dei Diritti Fondamentali”, organizzata dalla Sezione Giudiziaria del Piauí, a Teresina, il 26 aprile del 2013. La versione in lingua portoghese del presente contributo lo è stata pubblicata nella *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, Vol. 2, São Paulo, RT, 2013. p. 163-185.

² Professore ordinario (*Professor Titular*) della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Federale Fluminense di Niterói (Brasile). Giudice Federale del Tribunale Regionale Federale della 2^a Regione. Membro dell’Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, dell’Istituto Ibero-Americano di Diritto Processuale, e dell’Associazione Internazionale di Diritto Processuale. Si ringraziano per la revisione del presente articolo i Professori Dott. Hermann-Josef Blanke, della *Universität Erfurt*, e Dott. Karl-Peter Sommermann, della *Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, e per l’ausilio nella ricerca Carlos Grover, della *American University-Washington College of Law*, Eluisa Maria Lazo Marchena, della *Humboldt-Universität zu Berlin*, e Ivonne Nohemi Diaz Madrigal, della *Universidad Nacional Autónoma de México*.

Keywords *Proviso of the possible (Vorbehalt des Möglichen). Existential Minimum (Existenzminimum). Positive rights to social welfare. Fundamental Rights. Public policies. Public budget. Potential for judicial review of public policies.*

Sommario: 1 Introduzione. 2 La riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*) in Brasile. 3 Precedenti del Tribunale Costituzionale Federale tedesco sulla riserva del possibile. 4 La riserva del possibile come manifestazione di una restrizione o limitazione dei diritti fondamentali sociali originari (*originäre Leistungsansprüche*) a un minimo esistenziale. 5 Cos'è compreso in un minimo esistenziale (*Existenzminimum*)? 6 Riserva del possibile, previsione di spesa pubblica e flusso di cassa. 7 Le politiche pubbliche come garanzie (diritti strumentali) e la loro relazione con la riserva del possibile. 8 Considerazioni finali.

Summary 1. Introduction. 2. The proviso of the possible (*Vorbehalt des Möglichen*) in Brazil. 3. German Federal Constitutional Court precedents concerning the proviso of the possible. 4. The proviso of the possible as an expression of a restriction or limitation of fundamental original social rights (*originäre Leistungsansprüche*) to what is considered to be an existential minimum (*Existenzminimum*). 5. What is included in an existential minimum? 6. Proviso of the possible, public budget and cash flow. 7. Public policies as guarantees (procedural rights) and their relationship with the proviso of the possible. 8. Closing Considerations.

1 Introduzione

Bruce Ackerman mette in allerta riguardo a un rischio che la previsione costituzionale dei diritti sociali corre: quello di tradursi in un mero esercizio di futilità. Innanzitutto, perché i meno abbienti, pertanto i principali destinatari dei diritti sociali, non si trovano nelle condizioni di esprimere le proprie intenzioni politiche in maniera effettiva. Inoltre poiché, conseguentemente, Legislativo e Governo, benché eletti, si mostreranno insensibili all'istanza costituzionale, e tenderanno ad adagiarsi, scaricando così sul Giudiziario il compito di instaurare i diritti sociali. Infine, in ragione del fatto che ai giudici farà difetto la capacità tecnica necessaria a predisporre stanziamenti di bilancio, in modo da trasformare i diritti sociali in realtà. Peggio ancora: il fallimento dei giudici nel campo della tutela dei diritti fondamentali sociali può finire per demoralizzare i loro sforzi tesi a proteggere diritti fondamentali maggiormente tradizionali (*libertà negative*).³

³ ACHERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes* (La nuova divisione dei poteri). Messico: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 121-122.

Tale scenario, che potrebbe esser presente in qualsiasi sistema, pur in Paesi sviluppati,⁴ s'aggrava in quelli notoriamente parchi per quanto concerne i mezzi finanziari pubblici. Virgílio Afonso rammenta che, nonostante il Brasile possa vantare un'economia forte, è allo stesso tempo un Paese che, a livello sociale, è affetto da tutti i problemi caratteristici dei Paesi non sviluppati.⁵

Per Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

[...] questa crisi di effettività dei diritti sociali risiede nell'incremento della prostituzione, della criminalità, nel sorgere di ordinamenti normativi paralleli (quali le *favelas*). Il problema più palese è costituito dallo scioccante abbandono di coloro che più necessitano di solidarietà: bambini, anziani e portatori di handicap. Nonché dalla disperazione nel servizio d'emergenza degli ospedali pubblici, e dalle lunghe file per l'ottenimento di un qualche beneficio sociale.⁶

A tale proposito, l'idea secondo cui i diritti sociali dovrebbero essere introdotti solo nella misura del possibile ha portato dottrina e giurisprudenza brasiliane, compresa quella del Supremo Tribunale Federale, a divergere in merito ai riflessi della suddetta riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*) sul fenomeno denominato "giudizializzazione delle politiche pubbliche" sociali.⁷

La riserva del possibile rappresenterebbe realmente un limite all'intervento giurisdizionale nelle politiche pubbliche? Opponibile a politiche pubbliche o a diritti fondamentali? La riserva del possibile avrebbe una qualche relazione con prestazioni sociali originate direttamente dalla Costituzione (*Leistungsansprüche kraft Verfassung*)? Quale sarebbe la relazione della riserva del possibile con le previsioni di

⁴ Cfr. SOMMERMANN, Karl-Peter. Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte? In: CALLIESS, Christian; KAHL, Wolfgang; SCHMALENBACH, Kirsten (Org.). *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2013. Si veda inoltre PÉREZ, Jordi Bonet. Dret internacional dels drets humans en períodes de crisi: criteris d'aplicació de les obligacions jurídiques internacionals en matèria de drets econòmics, socials i culturals. *Revista catalana de dret públic*, n. 46, p. 14-46, 2013. Disponibile in: <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.2>>. Accesso il: 26 ago. 2013.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais* (Il Giudiziario e le politiche pubbliche: tra trasformazione sociale e ostacoli alla realizzazione dei diritti sociali), In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro (Diritti Sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare): Lumen Juris, 2008. p. 587.

⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito* (Uno sguardo critico-deliberativo sui diritti sociali nello Stato Democratico di diritto), In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti Sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87.

⁷ Cfr. COSTA, Suzana Henriques da. *O poder judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal* (Il potere giudiziario nel controllo delle politiche pubbliche: una breve analisi di alcuni precedenti del Supremo Tribunale Federale). In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 466.

spesa pubblica ed i mezzi finanziari a disposizione dell'Amministrazione? Sarebbe applicabile ai diritti fondamentali denominati "procedurali", o solamente ai diritti fondamentali sostanziali? In fin dei conti, qual'è la reale portata dell'espressione "riserva del possibile"?

Innumerevoli paiono essere le questioni, tutte meritevoli di un'analisi condotta secondo prospettive interdisciplinari, alla luce dei diritti fondamentali, del diritto finanziario e del diritto amministrativo, così come della giurisdizione amministrativa e di quella costituzionale.

2 La riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*) in Brasile

La "clausola del possibile" viene reiteratamente affermata da dottrina e giurisprudenza brasiliane.⁸ Introdotta da costituzionalisti, e pur soggetta alla riconosciuta influenza del diritto tedesco, la riserva del possibile in Brasile ha finito per vincolarsi all'idea secondo la quale sia stanziamenti pubblici che mezzi finanziari sarebbero condizioni necessarie affinché l'Amministrazione possa soddisfare diritti soggettivi (*subjektive Rechte*) di indole sociale, indistintamente.⁹ Detto vincolo, spesso, ha condotto all'affermazione generalizzata secondo cui l'esercizio di un diritto

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al minimo esistenziale). Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 106-110; GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional das políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche). In: GRINOVER; WATABE (Coord.), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche), op. cit., p. 125; CANELA JUNIOR, Oswaldo. *O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas* (La previsione di spesa pubblica e la riserva del possibile: ponderazione nel controllo giudiziale delle politiche pubbliche). In: GRINOVER; WATABE (Coord.), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche), op. cit., p. 225; MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* (Controllo della Pubblica Amministrazione). 2 ed. San Paolo: RT, 2012. p. 221; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público* (Sindacato giudiziale sulle omissioni del potere pubblico). San Paolo: Saraiva, 2004. p. 307; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Mitidiero. *Curso de direito constitucional* (Corso di diritto costituzionale). San Paolo: RT, 2012. p. 558; e SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile). Porto Alegre: Editora do Advogado, 2010.

⁹ Si veda a tal proposito TORRES, *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al minimo esistenziale), op. cit., p. 110; ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário* (Le azioni collettive e il controllo delle politiche pubbliche da parte del Potere Giudiziario). *Jus Navigandi*. Teresina, anno 10, n. 777, 19 ago. 2005. Disponibile in: < <http://jus.com.br/revista/texto/7177> >. Accesso il: 26 ago. 2013; APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil* (Controllo giudiziale delle politiche pubbliche in Brasile). Coritiba: Juruá, 2008. p. 174-178, 184; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de direito constitucional* (Corso di Diritto costituzionale), op. cit., p. 561-562; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações* (Riserva del possibile, minimo esistenziale e diritto alla salute: alcuni paralleli). In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti Fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile). Porto Alegre: Editora do Advogado, 2010. p. 7, 29; SARMENTO, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare), op. cit., p. 553-586. Dirley Cunha Júnior, benché critichi, dicendosi contrario a condizionare l'efficacia dei diritti fondamentali a limiti fattuali, sembra, d'altro canto, seguire la stessa premessa per cui la riserva del possibile, in sé, si confonderebbe con le risorse finanziarie (*Controle judicial das omissões do poder público* - Sindacato giudiziale sulle omissioni del potere pubblico, op. cit., p. 290, 307-309).

sociale dipenderebbe dall'emanazione o dall'adattamento di una norma sul bilancio, anche qualora, a tal fine, ci si avvalga della giurisdizione costituzionale.¹⁰

Come conseguenza è altresì frequente che le parti litiganti postulino un contraddittorio incentrato su elementi probatori dell'esistenza sia delle risorse finanziarie che di quelle di bilancio (non raramente confondendole), al fine di garantire il diritto *sub judice*.¹¹ Si veda, a tal proposito, la seguente affermazione:

[...] tuttavia, prima di riconoscere semplicemente l'assenza di una certa scarsità di risorse, bisogna indagare, nel caso concreto, in merito a detta scarsità e ai motivi che l'han determinata. (...) È forse possibile parlare di mancanza di mezzi per la sanità al cospetto della sussistenza, nella medesima previsione di spesa, di risorse destinate alla propaganda di governo? Prima che i limitati mezzi dello Stato s'esauriscano per i diritti fondamentali, v'è bisogno che gli stessi risultino incapienti in aree d'attuazione non prioritarie, dal punto di vista costituzionale e non, del detentore del potere.¹²

Associare la riserva del possibile alla necessità di mezzi finanziari non rappresenta una peculiarità del diritto brasiliano. Jesús María Casal, citando il diritto alla salute, intende che il diritto sociale, per essere garantito, dipende dalle risorse economiche disponibili e che, solamente nei limiti del possibile, può essere giudizialmente invocato direttamente sulla base della Costituzione.¹³ Gomes Canotilho asserisce che “la costruzione dogmatica della riserva del possibile è stata

¹⁰ Cfr. GRINOVER; WATANABE (Coord.), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche), op. cit., p. 148-149.

¹¹ Menzionando la necessità di prova dell'insufficienza di bilancio e finanziaria: Si veda GRINOVER; WATANABE (Coord.), op. cit., p. 138; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia* (La teoria della separazione dei poteri e lo Stato Democratico Costituzionale: funzioni di governo e funzioni di garanzia). In: GRINOVER; WATABE (Coord.), op. cit., p. 59; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário* (Neocostituzionalismo e Neoprocessualismo: Diritti fondamentali, politiche pubbliche e protagonismo giudiziario). San Paolo: RT, 2009. p. 409; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *[Notas sobre o princípio da reserva do possível orçamentário – Note sul principio della riserva del possibile sul bilancio]*. [S.L.: s.n.], [inedito]; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas* (L'azione civile pubblica come strumento di sindacato giudiziale delle cosiddette politiche pubbliche). In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública* (Azione civile pubblica). San Paolo: RT, 2001. p. 706-751; WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis* (Controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche: minimo esistenziale e ulteriori diritti fondamentali immediatamente giudizializzabili). In: GRINOVER; WATABE (Coord.), op. cit., p. 223; SARMENTO, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare), op. cit.

¹² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas* (Il Controllo Giudiziale delle Politiche Pubbliche). San Paolo: RT, 2005. p. 73.

¹³ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus restricciones* (I diritti fondamentali e rispettive restrizioni). Caracas: Legis, 2010. p. 24.

rapidamente approvata per tradurre l'idea secondo la quale i diritti sociali esistono solo quando e finché vi sia denaro nelle casse pubbliche".¹⁴

L'eccezione sussiste in virtù del minimo esistenziale (*Existenzminimum*),¹⁵ peraltro, secondo alcuni autori, solo per autorizzare il giudice a instaurare indirettamente il diritto sociale, per cui, mediante previo intervento giurisdizionale sulla gestione di bilancio e finanziaria del potere pubblico (Legislativo e Amministrazione).¹⁶

Secondo Ada Pellegrini:

Il Giudiziario, al cospetto di un'insufficienza di risorse nonché della mancanza di una previsione di spesa, dovutamente comprovate, determinerà che il potere pubblico faccia sì che constino nella prossima proposta di bilancio di previsione i fondi necessari all'instaurazione della politica pubblica <...> In tal modo, frequentemente la riserva del possibile può portare il Giudiziario a condannare l'Amministrazione a due obblighi di fare, l'inclusione nella previsione di spesa dei mezzi necessari all'adempimento dell'obbligo; e il vincolo a utilizzare quelle risorse per l'adempimento di quello stesso obbligo.¹⁷

Nella medesima direzione, Marcelo Pereira de Almeida:

[...] Peraltro, la redistribuzione della spesa pubblica, così come l'apertura di crediti supplementari, è compito di Esecutivo e Legislativo, e non del Potere Giudiziario, che riconosce

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* (diritto costituzionale e teoria della Costituzione). Coimbra: Almedina, 1998, p. 439.

¹⁵ TORRES, *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al mínimo esistenziale), op. cit.. Si veda BRASILE. Supremo Tribunale Federale. ARE 639.337/SP. Educazione Infantile. Diritto Fondamentale. Protezione Giurisdizionale. Potere Pubblico. Comune. La Questione della Riserva del Possibile. Relatore Min. Celso Mello. Brasilia, DF. Pubblicato il: 23 ago. 2011. Disponibile in: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Accesso il: 26 ago. 2013; WATANABE, *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche), op. cit., p. 217-218. Riguardo al minimo esistenziale, si veda altresì SARLET; FIGUEIREDO, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile), op. cit., p. 18-27. Ana Paula de Barcellos prova a rinvenire un concetto di minimo esistenziale in materia di salute (*A construção de um mínimo existencial em matéria de prestações de saúde* - La costruzione di un minimo esistenziale in materia di servizio sanitario. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* - Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

¹⁶ Sui veda, sul punto, LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da reserva do possível* (Riguardo alla riserva del possibile). In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile). Porto Alegre: Editora do Advogado, 2010, p. 191-192. Si veda inoltre FREIRE JÚNIOR, *O Controle Judicial de Políticas Públicas* (Il Controllo Giudiziale delle Politiche Pubbliche), op. cit., p. 78; e CANELA JUNIOR, *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il Controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche), op. cit., p. 234. Ingo Wolfgang Salert, senza addentrarsi negli aspetti di coerenza e uniformità del Supremo Tribunale Federale, informa che quella suprema corte possiede dei precedenti che garantiscono il diritto alla salute come dovere originario, non necessitandosi di politiche pubbliche previe o previsione legislativa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de direito constitucional* - Corso di diritto costituzionale, op. cit., p. 575). Si veda anche SARLET; FIGUEIREDO, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile), op. cit., p. 37.

¹⁷ Si veda a tal proposito GRINOVER; WATANABE (Coord.), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche), op. cit., p. 138.

solamente la protezione del minimo esistenziale e determina che gli altri poteri mettano in pratica gli atti di bilancio adeguati [...].¹⁸

3 Precedenti del Tribunale Costituzionale Federale tedesco sulla riserva del possibile

La riserva del possibile è una costruzione giurisprudenziale del Tribunale Costituzionale Federale tedesco invocata, principalmente, in sei circostanze,¹⁹ la quale configura una posizione predominante sino ai giorni d'oggi.²⁰

Per la prima volta nel 1972, con la decisione denominata *numerus clausus*, che verteva sul diritto a posti (per immatricolarsi) in università pubbliche, quella Corte intese che i diritti fondamentali a prestazioni positive che risultassero riconosciuti direttamente dalla Costituzione (*Leistungsansprüche kraft Verfassung*) dovessero essere limitati ai casi in cui l'individuo potesse razionalmente esigerli dalla società.²¹ L'argomento principale addotto è stato quello secondo cui il legislatore, nell'esercizio delle sue attribuzioni, deve tutelare anche altri interessi della comunità. E, in conformità con la stessa Costituzione, sarebbe imprescindibile preservare l'equilibrio economico globale; ossia, si dovrebbe evitare di istituire spese che finissero per onerare esageratamente la società. In un altro passaggio della decisione è stato statuito che risulterebbe configurata "un'incomprensione del significato di libertà, qualora vi fosse continua precedenza della libertà personale a detrimento della capacità funzionale e dell'equilibrio della società nel suo complesso".²² La decisione sancì,

¹⁸ ALMEIDA, *Notas sobre o princípio da reserva do possível orçamentário* (Note sul principio della riserva del possibile di bilancio), op. cit..

¹⁹ Cfr. GAIER, Reinhard. *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile). In: II SEMINARIO INTERNAZIONALE BRASILE-GERMANIA, 2011, Florianópolis. Disponibile in: <<http://www.youtube.com/watch?v=E3zeSegI83c>> e <http://www.youtube.com/watch?v=_Dm5xNsvinI&feature=relmfu>. Accesso il: 26 ago. 2013. Organizzato dal Centro di Studi Giudiziari (CEJ) del Consiglio di Giustizia Federale (CJF). Versione cartacea: II Seminario Internazionale Brasile-Germania: Thompson Flores (portoghese – tedesco): 16 e 17 giugno del 2011, Florianópolis, Brasile/Consiglio di Giustizia Federale, Centro di Studi Giudiziari; coordinamento scientifico Márcio Flávio Mafra Leal – Brasilia: CJF, 2011. 129 p.: il. – (Serie "Cadernos CEJ": 27). Disponibile in: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadernoscej27brasil-alemanha.pdf>>. Accesso il: 26 ago. 2013.

²⁰ Cfr. DIETRICH, Murswiek. Grundrechte als Teilhaberechte. In: ISENSEE; KIRCHHOF (Org.). *Handbuch des Staatsrechts IX: Allgemeine Grundrechtslehren*. Heidelberg: C.F. Muller, 2011. p. 570 e successive. In senso contrario, con critiche alla teoria della riserva del possibile, considerandola eccessivamente vaga, si veda PLANDER, Harro. "Anmerkung" zum Urteil des BVerfG vom 18.7.1972 (*numerus clausus*). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, p. 1941 e successive, 1972.

²¹ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvL 32/70 e 25/71. j. 18 luglio. 1972. BVerfGE 33, 303. NJW 1972, 1561.

²² Cfr. CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Parigi: LGDJ, 2001. p. 308.

infine, la tesi secondo la quale “un’istanza soggettiva e illimitata ai danni della comunità è incompatibile coi principi dello Stato Sociale”.²³

Inoltre, è nella decisione *numerus clausus* che poggia le proprie radici la distinzione tra diritti sociali derivati (dalla legge) e diritti sociali fondamentali, che trovano origine direttamente nella Costituzione. Nel commentare questo aspetto, Reinhard Gaier indica che:

I diritti derivati (*derivative Rechte*) non dovrebbero presentare problemi, dal momento che conferiscono il diritto all’accesso a beni e servizi offerti dallo Stato. Ma, in taluni casi, si riconoscono altresì diritti a prestazioni riconosciute direttamente dalla Costituzione, per le quali lo Stato deve necessariamente mobilitare le risorse di cui vi sia bisogno, al fine di instaurarli. Da ciò nasce l’idea per cui, in questi casi, i diritti fondamentali a una prestazione debbano limitarsi a quelli che l’individuo può ragionevolmente esigere dalla società. Le ragioni sarebbero evidenti. Esattamente in uno Stato il cui ordinamento giuridico si basa sulle libertà, la disponibilità finanziaria è limitata, tanto che, in seguito all’assegnazione di dette risorse, sorgono continuamente conflitti concernenti il loro utilizzo, da dirimersi in relazione ad altre priorità. La soluzione di tali conflitti, ossia, la decisione in merito alla distribuzione dei mezzi finanziari destinati a determinate priorità, è, in uno Stato Democratico e in base al principio della separazione dei poteri, compito specifico di competenza del legislatore.²⁴

Nel 1990, il Tribunale Costituzionale tedesco invocò nuovamente la riserva del possibile, per giustificare la costituzionalità della riduzione dell’assegno di maternità per genitori dall’alto livello di reddito. Fu con detta decisione che si introdusse il criterio della “chiara inadeguatezza di una prestazione dovuta costituzionalmente” o della “linea del tollerabile” quale condizione atta ad integrare la

²³ Cfr. GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit..

²⁴ Ibid. Sui diritti di prestazione originari e derivati: CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 306-312; ALEXYY, *Teoria dos direitos fundamentais* (Teoria dei diritti fondamentali), op. cit., p. 436-439; WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo* (Diritto Amministrativo). v. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. Traduzione di António F. de Souza, p. 488-489. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink segnalano essere materialmente decisivo, nei diritti fondamentali alla prestazione, sapere se questi si riferiscano a misure già esistenti oppure alla creazione di dette misure (*Direitos fundamentais – Diritti fondamentali*, San Paolo: Saraiva, 2012. p. 63, 74. Traduzione di António Francisco de Souza e António Franco). Il Supremo Tribunale Federale brasiliano ha sottolineato che la maggior parte dei conflitti sulla giudizializzazione delle politiche sanitarie afferiscono all’instaurazione di politiche già esistenti (BRASILE. Supremo Tribunale Federale. *STA 175*. Sanità Pubblica. Diritti Fondamentali Sociali. Art. 196 della Costituzione. Udienda Pubblica. Sistema Unico di Sanità – SUS. Politiche Pubbliche. Giudizializzazione del diritto alla salute. Relatore: Min. Gilmar Mendes. Pubblicato il: 29 apr. 2010. Disponibile in < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> >. Accesso il: 26 ago. 2013). Si veda altresì SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de direito constitucional* (Corso di diritto costituzionale), op. cit., p. 564.

riserva del possibile, in altre parole, qualora la limitazione, ad opera del legislatore, si concretizzasse in modo tale da rendere impossibile l'esercizio dello stesso diritto sociale in questione.²⁵

Nel 1992, il Tribunale tedesco statuí riguardo alla possibilità di considerare il tempo dedicato all'educazione dei figli ai fini del calcolo della posizione previdenziale, ciò conducendo, conseguentemente, a un beneficio previdenziale di maggior consistenza, benché non vi sia stato contribuito alla sicurezza sociale in virtù di un'assenza di attività professionale durante quello stesso periodo. Nell'ambito di tale decisione, s'indicò la riserva del possibile quale un limitatore di prestazioni che diano luogo a costi finanziari nel campo degli incentivi pubblici alla famiglia, fatta eccezione per la situazione in cui la regola costituzionale di incentivo, nella pratica, risulti violata da prestazioni "evidentemente inadeguate" e oltre il limite del tollerabile, non essendo quello il caso.²⁶

In occasione della decisione del 1998, la discussione verteva sulla possibilità o meno di scaglionare il rimborso delle spese relative alla scuola dell'infanzia a seconda del reddito familiare. In ultima analisi, quel che era in ballo era sapere se lo Stato potesse rifiutarsi di sovvenzionare spese relative a rette versate a scuole materne qualora si trattasse di genitori benestanti, mentre detti sussidi risultavano comunque garantiti alle famiglie meno abbienti.²⁷ La decisione, inizialmente, mise in risalto il principio dell'uguaglianza di trattamento, senza peraltro esimersi dall'analizzare se fosse stato compiuto il dovere costituzionale di incentivo a favore delle famiglie. In sintesi, indicò che tale dovere di protezione non impedisce che lo Stato differenzi il valore della sovvenzione alle famiglie a seconda della loro capacità finanziaria, e senza considerare altri interessi pubblici.²⁸

La decisione del 2001 ebbe ad oggetto un contributo obbligatorio per l'assistenza sociale, derivante da prestazioni che finanziano anziani che necessitino di cure particolari.²⁹ Gli attori addussero che contribuivano già in misura più che

²⁵ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvL 20/84. j. 29 maggio 1990. BVerfGE 82, 60. NJW 1990, 2869.

²⁶ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvL 51/86 e 50/87; 1 BvR 873/90, 761/91. j. 7 luglio. 1992. BVerfGE 87, 1. NJW 1992, 2213.

²⁷ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvR 178-97. j. 10 mar. 1998. BVerfGE 97, 332. NJW 1998, 2128. Disponibile in: < http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html >. Accesso il: 26 ago. 2013.

²⁸ Si veda GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit..

²⁹ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvR 1629/94. j. 3 apr. 2001. BVerfGE 103, 242. NJW 2001, 1712. Disponibile in: < http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010403_1bvr162994.html >. Accesso il: 26 ago. 2013.

sufficiente all'assistenza degli anziani, attraverso le risorse investite nella cura e educazione dei propri figli, dal momento che questi giovani, in futuro, sarebbero venuti a disporre di tutte le condizioni necessarie a garantire i mezzi indispensabili alle generazioni più anziane. L'esenzione totale dal contributo, richiesta dagli attori, fu negata dal Tribunale, ancora una volta in ragione della riserva del possibile. Nuovamente, sorse l'argomento secondo il quale il legislatore dovrebbe considerare, nell'interesse del bene comune, oltre all'incentivo alla famiglia, anche altri interessi della comunità.³⁰

Infine, la riserva del possibile fu menzionata in una decisione dell'anno 2004,³¹ la quale si riferisce alla Legge di indennizzo di vittime che disciplina l'appoggio dello Stato a vittime di crimini violenti.³² Secondo detta legge, anche vedove e vedovi di tali crimini dovrebbero godere di benefici statali nel caso in cui avessero la responsabilità di crescere un figlio in comune. Peraltro, il padre o la madre di figli illegittimi non avrebbero ricevuto beneficio alcuno. La normativa è stata considerata incostituzionale solo per violazione del principio di uguaglianza di trattamento, rimanendo in piedi, per il Legislativo, differenti possibilità in relazione a una nuova regolamentazione del beneficio, visto che, in realtà, il legislatore avrebbe potuto correggere il trattamento diseguale, ad esempio, non conferendo ai genitori di figli illegittimi (così come a nessun altro) beneficio alcuno; pertanto, di fatto, estinguendolo. In tal modo, ancora una volta, si affermò la riserva del possibile. In quell'opportunità, l'idea di *Judicial self-restraint*,³³ vincolata alla riserva del possibile, fu così descritta dal Tribunale Costituzionale Federale: "Non si tratta di una riduzione o di un affievolimento della sua competenza come Corte costituzionale. Ciò che è in ballo, in verità, è l'astenersi dal far politica".³⁴

³⁰ Si veda a tal proposito GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit.

³¹ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvR 684/98. j. 9 nov. 2004. BVerfGE 112, 50. NJW 2005, 1413. Disponibile in: < http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041109_1bvr068498.html >. Accesso il: 26 ago. 2013.

³² *Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz - BEG)*. Gesetz 18.09.1953. BGBl. I S. 1387; zuletzt geändert durch Artikel 15 Abs. 63 G. v. 5 feb. 2009 BGBl. I S. 160; applicabile dal giorno 1 gen. 1964. [GERMANIA. Legge di Indennizzo Federale (*Bundesentschädigungsgesetz - BEG*). Dispone in merito alla rifusione a favore delle vittime della persecuzione nazista. Gesetz 18.09.1953. BGBl. I S. 1387; zuletzt geändert durch Artikel 15 Abs. 63 G. v. 5 feb. 2009. BGBl. I S. 160. Applicabile dal giorno 1. gen. 1964.]

³³ Cfr. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (STATI UNITI D'AMERICA. Supreme Court of the United States. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, N. 403. j. 17 Feb. 1936. Washington D.C., U.S. Government Printing Office, United States Reports, v. 297, p. 288, 346-349. Disponibile in < http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0297_0288_ZS.html >. Accesso il: 26 ago. 2013).

³⁴ GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit..

4 La riserva del possibile come manifestazione di una restrizione o limitazione dei diritti fondamentali sociali originari (*originäre Leistungsansprüche*) a un minimo esistenziale (*Existenzminimum*)

I diritti fondamentali godono di un ambito di protezione ampio, benché siano assoggettati a restrizioni proporzionali e costituzionalmente giustificabili.³⁵ Le restrizioni ai diritti fondamentali sociali hanno luogo in conseguenza di una omissione o anche di un’azione timida del potere pubblico, le quali debbono essere, al contempo, proporzionali, oltre a poggiare su fondamenti costituzionali.³⁶

Il contenuto essenziale di un diritto sociale fondamentale, vincolato al principio della dignità della persona umana, si confonde con il minimo esistenziale,³⁷ il cui ambito di protezione è corollario logico dell’applicazione della regola della proporzionalità nel caso concreto (quest’ultimo non limitandosi necessariamente a situazioni individuali, ma estendendosi altresì a quelle collettive).³⁸

Secondo Alexy, “restrizioni che rispettino la massima della proporzionalità non violano la garanzia del contenuto essenziale pur nel caso in cui, nella fattispecie concreta, nulla rimanga del diritto fondamentale”; e, nel caso di specie del diritto al minimo esistenziale, nell’ambito dei diritti sociali, “le ponderazioni possono condurre, in circostanze distinte, a diritti definitivi distinti”.³⁹

Partendo da una premessa diversa, quella secondo cui i diritti fondamentali sarebbero dotati di un sostegno fattuale ridotto, e, perciò, il *minimo* avrebbe un

³⁵ SILVA, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare), op. cit., p. 74-75, 154.

³⁶ Ibid., p. 77-78.

³⁷ Secondo Celine Fercot, il diritto al minimo può avere fondamenti diversi, poggiati su: la dignità della persona umana in forma autonoma, come in Israele, e vincolata allo Stato Sociale, alla stregua del modello tedesco e di quello colombiano. Menziona, inoltre, il diritto al minimo quale derivante direttamente da quello alla vita, come in India, oppure proveniente dal diritto alla vita e alla dignità associati, come avviene nel diritto sudafricano (*Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtes du droit a des conditions minimales d’existence en droit comparé*. In: ROMAN, Diane [Org.]. *Droits des pauvres, pauvres droits?* Parigi: Centre de Recherches sur les droits fondamentaux [CREDOF], Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 239-243. Disponibile in: < <http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/le-juge-et-le-droit-au-minimum.pdf> >. Accesso il: 26 ago. 2013.)

³⁸ Nella riserva del possibile si manifesta il principio di proporzionalità nell’ambito del bilancio dello Stato (KIRCHHOF, Ferdinand. *Umfassende Staatsgewalt mit begrenzten Mitteln*. In: ISENSSE, J.; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrecht*, § 99 vol. V. Heidelberg: C.F. Müller, 2007. Disponibile in: < <http://www.cfmuellercampus.de/data/resources/e6d3c440447.pdf> >. Accesso il: 26 ago. 2013). Sul principio di proporzionalità, cfr. BLANKE, Herm.-J.. *El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latino-americano* (Il principio di proporzionalità del diritto tedesco, europeo e latino-americano), In: BOGDANDY; PIOVESAN; MORALES ANTONIAZZI (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica* (Diritti Umani, Democrazia e Integrazione Giuridica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 35 e successive. Si veda anche SILVA, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti Sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare), op. cit., p. 197, 204; e ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (Teoria dei diritti fondamentali). San Paolo: Malheiros, 2008, traduzione di Virgílio Afonso da Silva. p. 297-298.

³⁹ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais* (Teoria dei diritti fondamentali), op. cit., p. 297, 513.

carattere assoluto,⁴⁰ Reinhard Gaier sottolinea che, dinanzi alla dignità umana, poca o nessuna discrezionalità può essere conferita al legislatore, non applicandosi la riserva del possibile o, adottando una denominazione a suo dire maggiormente appropriata, l'autolimitazione giudiziale:⁴¹

[...] La Costituzione Tedesca sancisce, all'art. 1°, comma. 1°, la dignità umana quale principio inviolabile, conferendo, pertanto, alla stessa un'importanza assoluta, proibendo qualsivoglia lesione di detta dignità. Dal momento in cui la garanzia della dignità umana risulti direttamente soddisfatta, non può esservi alcuna discrezionalità da parte del legislatore. La dignità umana dev'essere osservata senza alcun tipo di relativizzazione. Una ponderazione con altri beni di rilievo costituzionale, benché importanti, non sarebbe concepibile. È compito del legislatore quello di adeguare le prestazioni positive che debbono essere introdotte, al rispettivo livello di sviluppo della società e delle condizioni di vita (dignità umana) in vigore. Si tratta di una discrezionalità limitata a favore del legislatore, scevra di qualsiasi relazione col potere di adeguamento politico che verrebbe assicurato per mezzo della riserva del possibile. Non si tratta di derimere conflitti sulla base di criteri politici. In tal modo non si potrebbe, ad esempio, al fine di alleggerire il cittadino per quanto concerne il carico tributario, revocare ai senza reddito l'accesso a quei mezzi che assicurino loro la semplice sopravvivenza.

Secondo Gaier, tale approccio permette i seguenti sviluppi:⁴²

Le discrezionalità del legislatore non possono essere assicurate nemmeno nei casi in cui risultino doveri statali provenienti da diritti infra-costituzionali da egli stesso istituiti. I diritti soggettivi previsti dalla legge, nonché i crediti derivanti dalla responsabilità civile dello Stato, debbono essere onorati senza alcuna discussione, non potendo essere negati in favore della precedenza del legislatore sul bilancio. Il principio dello Stato di diritto impone altresì un dovere generale di responsabilità civile dello Stato per atti illeciti. Il conflitto tra i principi della responsabilità civile fondati sulla Costituzione, da una parte, e la prerogativa della previsione di

⁴⁰ Segnala ALEXY (op. cit., p. 298-301) che il Tribunale Costituzionale Federale tedesco presenta dei precedenti nel senso della natura assoluta del nucleo essenziale.

⁴¹ Cfr. GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit.. Al cospetto del minimo esistenziale, il diritto sociale è un dovere del potere pubblico vincolato originariamente alla Costituzione, e immediatamente esigibile a livello giudiziale (ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais* – Teoria dei diritti fondamentali, op. cit., p. 502, 512-513). Nella medesima direzione: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* (Corso di diritto costituzionale). San Paolo: Saraiva, 2007. p. 253. Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, il nucleo minimo è “inscindibile” dal diritto alla prestazione (CILIONE, Giampiero. *Diritto sanitario*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2005. p. 21).

⁴² GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit..

spesa pubblica propria del Legislativo, dall'altra, non deve essere risolto in maniera tale da permettere al legislatore, in virtù della citata prerogativa di bilancio di previsione, di salvaguardare lo Stato trattenendo mezzi finanziari per prestazioni di indennizzo o rifusione nei confronti dei cittadini.

In tale contesto, la prerogativa di bilancio del Legislativo deve, pertanto, passare in secondo piano, dal momento in cui ciò consenta di impedire al cittadino il godimento dei suoi diritti a prestazioni contro lo Stato, fondati sulla Costituzione.

Infine, Gaier conclude affermando che:

La riserva del possibile è, dunque, nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Tedesco, il mezzo effettivo col quale il legislatore mantiene un margine di manovra di adeguamento politico, a dispetto dell'esistenza di doveri di prestazione positiva che originano dalla Costituzione. Ciò in virtù dell'autolimitazione giudiziale (*Judicial self-restraint*) fondata sul principio della tripartizione dei poteri. La sua applicazione non deve aver luogo, peraltro, allorché non si esiga la protezione del margine di discrezionalità inerente a altri Poteri dello Stato. La riserva del possibile non deve essere strumento utilizzato per eludere istanze dei cittadini nei confronti dello Stato istituite dal diritto infra-costituzionale, anche qualora esse derivino direttamente e inesorabilmente dalla stessa Costituzione.⁴³

In altre parole, la riserva del possibile può essere intesa quale restrizione o limitazione ad un minimo esistenziale (fino a un *minimo*) di diritti fondamentali sociali originari (*originären Leistungsansprüche*). Perciò, è solamente al di fuori dell'ambito di protezione di tale *minimo* - "innegoziabile" nel dibattito politico -⁴⁴ che i limiti o restrizioni si giustificano costituzionalmente qualora e finché non vi sia **bilancio di previsione**, o politiche pubbliche che lo comprendano, indicando

⁴³ GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit.. Cfr. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 312. Proprio per questo, si respinge la tesi secondo cui il bilancio, e pertanto la clausola della riserva del possibile, rappresenterebbe un impedimento al compimento di determinazioni giudiziali. Si tratterebbe di un ragionamento così assurdo quanto quello consistente nel negare palesemente, allo stesso tempo, il principio della tutela giudiziale effettiva e il principio dello Stato di diritto (Cfr. PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública* - Esecuzione contro le Finanze dello Stato. San Paolo: Malheiros, 1999. p. 208-217).

⁴⁴ In realtà, il controllo della discrezionalità politica del legislatore, in base alla regola di proporzionalità, ha luogo solamente al cospetto di questioni che vanno oltre il minimo esistenziale giacché, dinanzi al minimo, non si prospetta neppure un giudizio politico distanziato (Cfr. BOUCOBZA, Isabelle; ROBITAILLE, David. *Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable. La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, p. 319. Disponibile in: < <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/standards-jurisprudentiels-et-contrc3b4le-de-l-obligation-c3a9tatique-en-droit-comparc3a9-une-gc3a9omc3a9trie-variable.pdf>>. Accesso il: 26 ago. 2013, p. 319).

democraticamente quali prestazioni sociali debbano essere sostenute dalla società.⁴⁵ In merito a tale particolare, i comportamenti omissivi, restrittivi o limitativi del legislatore debbono essere considerati previamente a qualsivoglia rivendicazione giudiziale di un diritto sociale,⁴⁶ potendo essere respinti e giudizializzati solo qualora dovessero implicare una ponderazione sproporzionata per ciò che afferisce ai diritti fondamentali o a principi costituzionali collidenti.⁴⁷

5 Cos'è compreso in un “minimo esistenziale”?

Compito non sempre facile è quello rappresentato dalla comprensione stessa del *minimo*, in relazione a una concezione assoluta, nonché relativa, che le si voglia attribuire. A proposito, Pieroth e Schlink osservano che “la questione di sapere fino a dove si spinge la responsabilità dello Stato sociale, sotto il punto di vista della dignità della persona umana, è particolarmente vincolata agli standard e alla ricchezza di una società; se la giurisprudenza parla di un mantenimento del minimo esistenziale, detto criterio dipenderà comunque dal tempo e dalla situazione”.⁴⁸

Secondo un recente precedente del Tribunale Costituzionale tedesco, del 2010,⁴⁹ i cittadini hanno diritto ai presupposti materiali indispensabili alla propria esistenza fisica (alimentazione, abiti, articoli domestici, abitazione, riscaldamento, igiene e salute) e a un minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica, giacché l'essere umano, come persona, si trova necessariamente inserito in un contesto di relazioni sociali.

⁴⁵ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais* (Teoria dei diritti fondamentali), op. cit., p. 508; MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de direito constitucional* (Corso di diritto costituzionale), op. cit., p. 251.

⁴⁶ ALEXY, op. cit., p. 508; WOLF; BACHOF; STOBBER, *Direito Administrativo* (Diritto Amministrativo), op. cit., p. 488-489.

⁴⁷ Conforme a nota anteriore (ALEXY, op. cit., p. 508; WOLF; BACHOF; STOBBER, op. cit., p. 488-489). In senso contrario, Mark Tushnet rileva una tendenza a non considerare giustiziabili i diritti sociali ed economici [*welfare rights*] estranei al nucleo delle necessità di base, degli interessi fondamentali e dei diritti sostanziali forti (Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. *Texas Law Review*, Austin, v. 82, n. 7, p. 1985-1919, 2004, *apud* TORRES, *O direito ao mínimo existencial* – Il diritto al minimo esistenziale, op. cit., p. 133).

⁴⁸ PIEROTH; SCHLINK, *Direitos Fundamentais* (Diritti fondamentali), op. cit., p. 172.

⁴⁹ GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 feb. 2010. Disponibile in: < http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html >. Accesso il: 26 ago. 2013. Karl-Peter Sommermann (*Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, op. cit.) indica che anteriormente alla decisione del Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG 9 feb. 2010) gli attori ottenevano in innumerevoli casi l'estensione delle istanze con fondamento nella violazione del principio di uguaglianza, adducendo che il gruppo a cui appartenevano fruiva di prestazioni inferiori a quelle di un determinato altro gruppo, senza che vi fosse alcun tipo di giustificazione su cui detto trattamento diseguale potesse basarsi. Peraltro, attualmente si estrae direttamente dalla Costituzione il diritto al minimo esistenziale.

D'altra parte, secondo quella stessa decisione, il *minimo* deve corrispondere al livello di sviluppo della comunità e delle condizioni di vita esistenti, soggetto a incessante evoluzione, ivi residendo l'unico margine di manovra della legge, il che, nonostante tutto, non esime il potere pubblico dal dovere di indicare in modo trasparente e comprensibile le altre spese pubbliche, queste ultime dovendo risultare fondate su un metodo di calcolo affidabile e consistente.

Suddette considerazioni attengono principalmente a istanze giudiziali a prestazioni sociali *minime*, che non possano essere chiaramente dedotte da norme costituzionali e legali; nella pratica, dipendono da una giurisdizione costituzionale previa,⁵⁰ oltre che da una complessa prova tecnica.⁵¹

6 Riserva del possibile, previsione di spesa pubblica e flusso di cassa

Come ben si percepisce, la riserva del possibile è intimamente collegata alla previsione di spesa pubblica, vincolandovisi senza peraltro confondersi con essa. Tra le risorse finanziarie e la riserva del possibile non v'è, d'altra parte, nessun tipo di legame.

Dinanzi a diritti sociali le cui prestazioni promanino direttamente dalla Costituzione, e sino a che non vi siano leggi atte a crearle (*originäre Leistungsansprüche kraft Verfassung*), il bilancio di previsione dello Stato risulta determinante quale garanzia di un sistema giuridico democratico nella distribuzione di benefici sociali; a proposito, ruolo, questo, che una legge (non finanziaria) eserciterebbe di per sé, pienamente.

In effetti, la natura politica del bilancio conduce alla pianificazione di spese pubbliche che si trovino nella sfera di disponibilità dell'amministratore; dinanzi a un dovere costituzionale o legale, tuttavia, non gli resterebbe null'altro che pagare, la

⁵⁰ Mi riferisco a una giurisdizione costituzionale previa e concreta (non astratta), che, nel sistema costituzionale brasiliano, può essere esercitata incidentalmente da qualsiasi giudice o tribunale, anche qualora si tratti di incostituzionalità per omissione (Cfr. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de direito constitucional* - Corso di diritto costituzionale, op. cit., p. 787, 796-801, 890-892). Secondo Sommermann, il controllo concreto di legittimità costituzionale per omissione, nel Tribunale Costituzionale tedesco, costituisce una soluzione che viene incontro a una maggior accessibilità della giurisdizione costituzionale per omissione, prima dipendente da procedimenti speciali non sempre efficaci (Ibid.). Sul controllo di legittimità costituzionale per omissione, cfr. CASAL HERNÁNDEZ, *Constitución y justicia constitucional* (Costituzione e giustizia costituzionale), 2 ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006. p. 227 e successive. Sulle discipline processuali di controllo di costituzionalità per omissione in Europa e nel diritto comunitario, si veda ROLLA, Giancarlo. *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 2010. p. 185-186.

⁵¹ Secondo Sommermann, "un maggior rigore nell'istruzione probatoria può essere considerato un efficace controllo di ammissibilità, specialmente in sistemi in cui la giurisdizione costituzionale è sempre concentrata nel Tribunale costituzionale, a prescindere dal fatto che il sindacato di costituzionalità sia astratto o concreto" (Ibid.).

previsione di spesa passando a occupare una funzione *interna corporis* e secondaria al cospetto di un creditore del potere pubblico.⁵² Quindi, il legislatore sul bilancio non ha alcun margine di discrezionalità in relazione a diritti esigibili e promananti dalla legge o da un *minimo* esistenziale legato alla dignità umana.⁵³

L'assenza di previsione di spesa pubblica è un indice del fatto che la "clausola del possibile" ha smesso, indebitamente, di essere considerata nell'introduzione di benefici sociali periferici rispetto a un minimo esistenziale – prestazioni sociali la cui esigibilità (*giustiziabilità*) non sia deducibile direttamente dal testo costituzionale. Ciononostante, affinché si configuri offesa una lesione della riserva del possibile, oltre alla mancanza di stanziamento, sarebbe necessario che non vi fosse legge alcuna che garantisce il beneficio sociale desiderato. Questo, in quanto è attraverso l'istituzione di diritti a mezzo fonte legislativa – e non mediante la previsione di spesa - che una società democraticamente organizzata dibatte adeguatamente le proprie opzioni.⁵⁴

Inoltre, il bilancio in sé giammai si traduce in una condizione per l'esercizio di diritti costituiti nel passato, il che significherebbe lesione della certezza del diritto, essendo sufficiente che la legge, al momento della creazione del beneficio, indichi la fonte dell'entrata.⁵⁵

⁵² Cfr. PERLINGEIRO (*Redefinição de papéis da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública* - Ridefinizione di ruoli nell'esecuzione dell'esatto ammontare contro l'Erario dello Stato. *Revista CEJ* (Brasilia), Brasilia-DF, v. 31, p. 68-74, 2005, disponibile in: < <http://ssrn.com/abstract=2250524> >. Accesso il: 26 ago. 2013). Secondo l'art. 334 della Costituzione della Colombia, con la redazione dell'art. 1° dell'Atto Legislativo 3, la *sostenibilidad fiscal* (sostenibilità fiscale) quale strumento teso a raggiungere in maniera progressiva gli obiettivi dello Stato Sociale di diritto, in caso alcuno inciderà sul nucleo essenziale dei diritti fondamentali, non potendo neppure essere invocata da autorità amministrative, legislative o giudiziarie al fine di svuotare gli stessi diritti fondamentali, restringerne la portata o negarne l'effettiva tutela COLOMBIA. Atto Legislativo 3, del 10 lug. 2011. *Diario Oficial* (Diario ufficiale) n. 48.117, del 1 lug. del 2011. Disponibile in: < http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_03_2011.html >. Accesso il: 26 ago. 2013). Per Marcos Abraham, "oggi giorno si è configurato uno scenario giuridico in Brasile, sviluppatosi a partire dalla promulgazione della Costituzione del 1988, che ci consente di dire che, ogni volta di più, viene data la priorità a spese pubbliche determinate da disposizioni giuridiche, e sempre meno legate a deliberazioni di natura politica. Ossia, le spese pubbliche non hanno origine, esclusivamente, da determinazioni politiche fondate su convinzioni e aspirazioni del governante, ma, al contrario, la maggior parte delle volte promanano da imposizioni presenti nelle diverse disposizioni giuridiche del nostro ordinamento, specialmente in quelle di ordine costituzionale" (*Curso de direito financeiro brasileiro* – Corso di diritto finanziario brasiliano. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167).

⁵³ Cfr. GAIER, *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível* (Prestazioni positive contro lo Stato e la clausola della riserva del possibile), op. cit.. (Cfr. le trascrizioni che constano nelle note 41, 42 e 43). Si veda altresì TORRES, *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al minimo esistenziale), op. cit., p. 27, 54.

⁵⁴ "[...] il legislatore non può, attraverso il bilancio, produrre risultati che l'ordinamento giuridico non gli consente di ottenere per mezzo della legislazione in generale." (MENDONÇA, Eduardo. *O sentido da vinculação orçamentária e seus limites* – Il senso del vincolo di bilancio e i suoi limiti. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* - Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 231-278).

⁵⁵ BRASILE. Costituzione (1988). Art. 195, § 5°: Nessun beneficio o servizio di sicurezza sociale potrà essere creato, accresciuto o esteso senza la corrispondente fonte di finanziamento integrale.

Così, non è usuale, e neppure necessario, che il Giudiziario interferisca nel contenuto di una legge finanziaria, definendo priorità a livello di spesa pubblica.⁵⁶ D'altra parte, il bilancio dello Stato non si trova dinanzi a un'immunità giudiziaria; si assoggetta a un sindacato giurisdizionale di calibro eguale a quello che incide sul contenuto politico della discrezionalità legislativa e amministrativa ogni qual volta si verifichi una qualche deviazione, abuso o offesa a determinati valori fondamentali, situazioni in cui si caratterizzano vizi di contenuto (incostituzionalità o illegittimità materiali).⁵⁷

Quanto ai mezzi finanziari (flusso di cassa), risorse materiali o umane, questi non costituiscono condizioni per l'esistenza di un diritto soggettivo al cospetto del potere pubblico,⁵⁸ nonostante l'assenza di *cassa* – **anche per mancanza di stanziamenti** – ne possa pregiudicare la concretizzazione. Non disporre di mezzi finanziari o materiali per pagare un credito è un'impossibilità fattuale, contro la quale dobbiamo cercare di rinvenire risposte nel campo del diritto processuale.⁵⁹ In ogni

⁵⁶ LOPES, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile), op. cit., p. 184.

⁵⁷ ABRAHAM (*Curso de direito financeiro brasileiro* – Corso di diritto finanziario brasiliano, op. cit., p. 172): "...non c'è una discrezionalità illimitata nella presente deliberazione, visto che la spesa pubblica deve soddisfare le necessità collettive, queste ultime risultando giuridicamente condizionate alle priorità che la Costituzione stabilisce. Pertanto, vengono sempre realizzate secondo l'interesse pubblico". Alexy afferma che "La forza del principio della competenza di bilancio del legislatore non è illimitata. Non si tratta di un principio assoluto. Diritti individuali possono assumere peso maggiore rispetto a ragioni politico-finanziarie" (*Teoria dos direitos fundamentais* – Teoria dei diritti fondamentali, op. cit., p. 512-513). A proposito, Ana Paula Barcellos ammette il controllo giurisdizionale in merito alla "quantità di mezzi che debbano essere investiti in politiche pubbliche vincolate alla realizzazione di diritti fondamentali, in termini assoluti o relativi" (*Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* – Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare, op. cit., p. 146). La giurisprudenza, negli Stati Uniti, è discussa per quanto attiene all'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale sul bilancio di previsione. La Corte d'Appello di New York ha chiarito che il processo sulla spesa pubblica non è situato "oltre il dominio giuridico", e che "i tribunali saranno sempre aperti a dirimere i conflitti inerenti alla funzione giurisdizionale conferita dalla Costituzione al cospetto degli altri due Poteri dello Stato." (STATI UNITI D'AMERICA. Court of Appeals of New York. *Saxton v. Carey*, j. 8 giu. 1978. Albany, New York, New York State Law Reporting Bureau, v. 44, p. 545, 551. Disponibile in < <http://judgwatch.org/judicial-compensation/cja-v-governor/legislature/override-budget-hearing/cases/saxton-v-carey.pdf> >. Accesso il: 26 ago. 2013). In direzione opposta, nel precedente *Morton v. Ruiz*, la Corte Suprema dispose che, qualora il Congresso non dovesse erogare risorse sufficienti a provvedere a tutti i benefici dovuti, l'Agenzia dovrà far sì che il parametro utilizzato risulti ampiamente conosciuto, in modo da dimostrare come la sua applicazione sia effettuata in maniera rigorosa e coerente, e non arbitrariamente. (STATI UNITI D'AMERICA. Supreme Court. *Morton v. Ruiz*, N. 72-1052, j. 20 Feb. 1974. Washington D.C., U.S. Government Printing Office, United States Reports, v. 415, p. 199-231. Disponibile in: < <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/199/case.html> >. Accesso il: 26 ago. 2013).

⁵⁸ Per Alexy, "anche i diritti fondamentali sociali minimi hanno, specialmente quando sono molti i soggetti che ne hanno bisogno, enormi effetti finanziari. Ma ciò, considerato isolatamente, non giustifica una conclusione contraria alla sua esistenza." (*Teoria dos direitos fundamentais* – Teoria dei diritti fondamentali, op. cit., p. 512). Il Tribunale Costituzionale Federale tedesco ha statuito che aspetti economici non possono essere presi in considerazione per negare agli assicurati il rimborso delle spese relative a nuovi trattamenti medici necessari alla cura di patologie che implicino rischio di vita (GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvR 347/98, j. 6 dic. 2005. Disponibile in: < http://www.bverfng.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html >. Accesso il: 26 ago. 2013).

⁵⁹ Cfr. PERLINGEIRO (*Redefinição de papéis da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública* - Ridefinizione di ruoli nell'esecuzione dell'esatto ammontare contro l'Erario dello Stato, op. cit., p. 68-74 e *Execução contra a Fazenda Pública* – Esecuzione contro l'Erario dello Stato, op. cit., p. 208-217). È in corso, nell'Assemblea Plenaria del Supremo Tribunale Federale brasiliano (STF), il *Recurso Extraordinário com Agravo*

caso, la mancanza di mezzi finanziari non dev'essere mai confusa con l'assenza delle risorse di bilancio che assumerebbero rilevanza solo in ragione dell'intrinseco vincolo con l'idea della riserva del possibile, come detto anteriormente.

Risulta evidente che gli aspetti economici rientrano tra gli elementi determinanti per la costituzione e l'instaurazione dei diritti fondamentali sociali, e del concetto stesso di minimo esistenziale;⁶⁰ è, però, riguardo a istanze fuori dalla portata di un *minimo*, in un campo essenzialmente politico, ove, di fatto, si conferisce al legislatore un margine di discrezionalità, da esercitare con prudenza, mediante una distribuzione razionale delle risorse finanziarie disponibili.⁶¹

Si critica la “riserva del possibile fattuale che, in Brasile, ha condizionato l'assegnazione di diritti a prestazioni qualora vi sia disponibilità finanziaria”.⁶² In realtà, la riserva del possibile potrebbe investire i diritti di prestazione derivati (*derivative Rechte*) solo a condizione che il legislatore fosse titolare di un potere di revoca, con effetto *ex nunc*, dei diritti esistenti. A detta di H.-J. Blanke, in mancanza di risorse finanziarie atte a sostenere prestazioni sociali che si protraggano nel tempo e non si inquadrino nella garanzia di un minimo esistenziale sulla base della dignità umana, al legislatore (non a quello sul bilancio!) farebbe capo un margine di discrezionalità finalizzato alla revoca del beneficio sociale, in consonanza col suo potere di direzione politica dello Stato e della società; la revoca, d'altronde,

(ARE – Ricorso Straordinario di Revisione) 665707, in cui sarà sancita una posizione in merito alla possibilità di confisca di fondi pubblici per il pagamento di un credito alimentare a un portatore di patologia grave (Sequestro di fondi pubblici a favore di malato grave è tema di ripercussione generale), Notizie STF, 19 nov. 2012. Disponibile in: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224106> >. La mancanza di risorse, specialmente nel capitolo di bilancio appropriato al compimento di un dovere o di una decisione giudiziale, fa sì che le autorità amministrative o giudiziarie siano autorizzate ad avvalersi di diverse fonti finanziarie (capitoli), benché non applichino nella fattispecie concreta un'eventuale norma di bilancio restrittiva, o, sussidiariamente, utilizzino altri beni, non destinati a servizi pubblici essenziali (PERLINGEIRO, *Execução contra a Fazenda Pública – Esecuzione contro l'Erario dello Stato*, op. cit., p. 208-217). Vanice Regina Lírio do Valle valuta tale posizione come efficace, ma pericolosa “nel suo tratto di forte ispirazione individualista” (*Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial – Politiche pubbliche, diritti fondamentali e controllo giudiziale*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 110).

⁶⁰ Cfr. PIEROTH; SCHLINK, *Direitos Fundamentais* (Diritti fondamentali), op. cit., p. 172. Si veda anche ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil (Il diritto alla salute in Brasile). In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito Sanitário* (diritto sanitario). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 24.

⁶¹ Cfr. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 309. Si veda altresì LISE, Casaux-Labrunée. *Le droit à la santé*, In: CABRIALLAC; e FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). *Libertés et droits fondamentaux*, 12 ed, Parigi: Dalloz, 2006. p. 794; GRÜNDLER, Tatiana. *Le droit à la protection de la santé*, *La Revue des Droits de l'Homme*. Disponibile in: < <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/le-droit-c3a0-la-protection-de-la-santc3a9.pdf> >. Accesso il: 26 ago. 2013, p. 215.

⁶² TORRES, *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al minimo esistenziale), op. cit., p. 110. Sarlet intende che “la riserva del possibile potrà, altresì, avere un certo impatto nella sfera dei diritti di prestazione derivati”, benché la prestazione sia prevista dalla legge e non vi siano mezzi finanziari, ciò essendo da egli denominato “scarsa di risorse nella sua dimensione fattuale” (*Curso de direito constitucional - Corso di diritto costituzionale*, op. cit., p. 561).

opererebbe solamente con effetto *ex nunc* e in seguito a ponderazione dei principi del divieto di *reformatio in peius* e di quello del legittimo affidamento.⁶³

7 Le politiche pubbliche come garanzie (diritti strumentali) e la loro relazione con la riserva del possibile

Insegna Ricardo Lobo Torres che:

“La rivendicazione del cittadino è rivolta alla politica pubblica, e non all’assegnazione individuale di beni pubblici...” e “L’insistenza del Giudiziario brasiliano ad attribuire beni pubblici individuali (es. medicinali), anziché determinare l’instaurazione di una politica pubblica adeguata, ha condotto alla depredazione delle casse pubbliche da parte delle *élites*, ad esempio di quanto accade in altri Paesi”.⁶⁴

Questa non è una visione isolata.

Virgílio Afonso da Silva inserisce il tema nel capitolo pertinente all’efficacia delle norme costituzionali, in modo da considerare mezzi finanziari, risorse materiali e politiche sanitarie quali condizioni del diritto alla salute:

[...] è condizione necessaria, affinché la norma abbia l’effetto desiderato, che si realizzi, tra gli altri provvedimenti, la costruzione di ospedali e l’assunzione di medici per il servizio sanitario nazionale, oltre all’elaborazione di una legislazione che disciplini forme di finanziamento e utilizzazione di detto servizio pubblico, e la definizione di priorità nella lotta contro le varie patologie.⁶⁵

Come è risaputo, il diritto soggettivo (*subjektive Rechte*) può essere concepito sotto un punto di vista sostanziale e un punto di vista strumentale, nella misura in cui quest’ultimo è adibito a garanzia della sua realizzazione pratica.⁶⁶ È attualmente

⁶³ BLANKE, Hermann-Josef. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. p. 2 e successive, 66 e successive, 120 e successive. Sulla necessità di una legge al fine di garantire il minimo esistenziale e il potere discrezionale del legislatore, cfr. GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 feb. 2010. Disponibile in: < http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html >. Accesso il: 26 ago. 2013 (nota 79).

⁶⁴ TORRES, *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al minimo esistenziale), op. cit., p. 106 e 129.

⁶⁵ SILVA, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare), op. cit., p. 233. Per Salert e Figueiredo, la mancanza di disponibilità di posti letto e di medici configurerebbe un caso tipico di “riserva del possibile” (*Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* - Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile, op. cit., p. 37, 46).

⁶⁶ FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuriche: il concetto del diritto*, 6 ed. Milano: Giuffrè, 2008. p. 455.

indiscutibile che i mezzi necessari alla concretizzazione di un diritto sostanziale integrano in maniera autonoma la struttura di un proprio diritto soggettivo.

Anche sul piano dei diritti fondamentali è noto tale approccio, in cui il legame tra tali diritti, organizzazione e procedimento è conosciuto come il *due process* degli stessi diritti fondamentali, e viene frequentemente considerato un, o addirittura l'unico, mezzo di produzione di risultati che siano a essi conformi.⁶⁷ Dal punto di vista del diritto amministrativo, la tutela giudiziale effettiva e il procedimento amministrativo costituiscono le principali garanzie per l'interessato, al cospetto delle autorità amministrative.

Nel medesimo contesto s'inseriscono le politiche pubbliche che, nella lezione di Ana Paula Barcellos, designano in termini generali il "coordinamento dei mezzi a disposizione dello Stato, in modo da rendere armoniose le attività statali e private, al fine di realizzare obiettivi socialmente rilevanti e politicamente determinati"⁶⁸ e, secondo Javier Barnes, comprendono la terza generazione dei procedimenti amministrativi, al lato di atti e norme elaborate attorno a nuove forme di gestione governativa.⁶⁹

Per quanto concerne il ruolo condizionante dell'esercizio previo di un diritto strumentale al fine di soddisfare un diritto sostanziale nei confronti dell'Amministrazione, Wolf, Bachof e Stober segnalano che "i diritti materiali debbono penetrare nel procedimento, e che i diritti fondamentali debbono essere realizzati attraverso il procedimento".⁷⁰

Inoltre, è sotto questa direttiva che il "Codice modello di giurisdizione amministrativa per l'Euro-America", ai sensi dell'art. 33, dispone che "senza pregiudicare la possibilità di ottenere misure cautelari, non si può richiedere una condanna a fare, dare o pagare un determinato ammontare, senza essersi previamente

⁶⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*. Berlino: De Gruyter v. 30, p. 49 e successive, 1972, *apud* ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais* (Teoria dei diritti fondamentali), op. cit., p. 470; HESSE, Konrad. Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland. *Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift (EuGRZ)*, v. 5, p. 427-438, 1978, *apud* ALEXY, op. cit., p. 470. Alexy si riferisce a "diritti fondamentali quali garanzie procedurali", associandoli alla riproduzione e concettualizzazione di uno sviluppo presente nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale (Op. cit., p. 472).

⁶⁸ BARCELLOS, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Diritti sociali: Fondamenti, Giudizializzazione e Diritti Sociali in Particolare), op. cit., p. 112.

⁶⁹ BARNES, Javier. *Tres generaciones de procedimiento administrativo* (Tre generazioni di procedimenti amministrativi). In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa* (Tendenze attuali del procedimento amministrativo in America Latina e Europa). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 119-164.

⁷⁰ Cfr. WOLF; BACHOF; STOBER, *Direito Administrativo* (Diritto Amministrativo), op. cit., p. 255, 490. Si veda anche MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán* (Diritto amministrativo tedesco). Città del Messico: UNAM, 2012. p. 479.

rivolti, sollecitandolo direttamente, alla Pubblica Amministrazione competente”,⁷¹ il che non si confonde col ricorso amministrativo previo all’intervento giurisdizionale - una facoltà dell’interessato, la quale, peraltro, anche in seguito al suo esperimento, non compromette affatto eventuali misure giurisdizionali d’urgenza.⁷²

L’imperatività che ci si aspetta da un diritto (*dovere*) procedimentale previo, tra l’altro associato a politiche pubbliche legislative, si combina in particolar modo coi diritti sociali soggetti alla discrezionalità politica del legislatore – istanze che eccedono un *minimo* esistenziale - nei quali il diritto a una prestazione statale dipende dalla previa opportunità che tutti coloro che ne siano interessati abbiano chance di parteciparvi.⁷³

Tuttavia, nonostante l’evidente importanza rinvenibile nella strutturazione procedimentale previa dell’Amministrazione, come, tra le altre,⁷⁴ la necessità di uguaglianza tra tutti gli interessati, siano essi attori in giudizio o meno,⁷⁵ il fatto è che

⁷¹ UNIVERSITÀ FEDERALE FLUMINENSE, *Código modelo de jurisdição administrativa para Euro-América* (Codice modello di giurisdizione amministrativa per l’Euro-America), Niterói, 2010 (Testo elaborato durante i tre seminari di ricerca euro-americani “Codice modello di giurisdizione amministrativa”, organizzati dal Gruppo di Ricerca “Effettività della Giurisdizione” presso l’Università Federale Fluminense, Niterói, e presso l’Università Tedesca di Scienze della Pubblica Amministrazione, Speyer, tra il 2008 e il 2010, e approvato in occasione del III Seminario tenutosi in settembre del 2010, a Niterói. Hanno preso parte alla sua elaborazione: Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo Garcia Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro e Karl-Peter Sommermann). Con lo stesso tipo di orientamento, la *Súmula* (Precedente) 2 del Tribunale Superiore di Giustizia (*Non è ammissibile l’habeas data qualora non vi sia stato diniego di informazioni da parte dell’autorità amministrativa*). Riguardo al previo procedimento amministrativo come condizione per la tutela giudiziale in materia di benefici sociali, esistono indirizzi controversi all’interno dei tribunali brasiliani, tanto che il tema si trova attualmente in attesa di uniformazione ad opera del Supremo Tribunale Federale (STF, Assembleia Plenaria, Ripercussione Generale nel Ricorso Straordinario 631.240/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, disponibile in: <www.stf.jus.br>, Accesso il: 26 ago. 2013).

⁷² Sulla differenza tra procedimento amministrativo previo e ricorso amministrativo previo, cfr. GORDILLO, Augustín. El procedimiento administrativo (Il procedimento amministrativo). 7 ed. *Tratado de derecho administrativo. Tomo IV.* (Trattato di diritto amministrativo. Volume IV). Messico: Porruá, 2004. p. 106-107, 116; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina* (Principi del procedimento amministrativo in America Latina). Bogotá: LEGIS, 2003. p. 287,294. In merito al carattere facoltativo del ricorso amministrativo, si veda l’art. 53 del Codice Modello dei Processi Amministrativi – Giudiziale e Stragiudiziale – per l’Ibero-America, e l’art. 32 del Codice modello di giurisdizione amministrativa per l’Euro-America. In senso opposto, quanto al ricorso amministrativo previo, l’art. 217 § 1° della Costituzione brasiliana dispone che i tribunali ammetteranno domande giudiziali relative alla disciplina e alle competizioni sportive solo dopo l’esaurimento delle istanze dinanzi all’autorità (amministrativa) corrispondente. Questa pare essere opinione condivisa da Leonardo Greco (*Instituições de Processo Civil – Istituzioni di Processo Civile. v.1.* Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 233).

⁷³ Sui diritti di partecipazione, cfr. PIEROTH; SCHLINK, *Direitos Fundamentais* (Diritti fondamentali), op. cit., p. 73; WOLF; BACHOF; STOBER, *Direito Administrativo* (Diritto Amministrativo), op. cit., p. 488-489. Si veda, in generale, SOMMERMANN, *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, op. cit..

⁷⁴ “<...> giustificandosi in base alla limitazione di azioni giudiziali che interferiscano inutilmente nell’amministrazione pubblica, giacché un atto o comportamento amministrativo, seppur non definitivo, può essere rivisto (da parte della PA) a favore dell’amministrato, per mezzo dell’esercizio del suo potere di autotutela <...>” (PERLINGEIRO et al., L. Ier colloque Brésil Espagne France Principes fondamentaux et règles générales de la juridiction administrative. *Revista de Processo* (Rivista Processuale), v. 33, 2008, p. 253-263. Disponibile in: <<http://ssrn.com/abstract=2252882>>. Accesso il: 26 ago. 2013).

⁷⁵ WOLF; BACHOF; STOBER, *Direito Administrativo* (Diritto Amministrativo), op. cit., p. 353; PERLINGEIRO, Ricardo. *O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde* (Il principio di isonomia nella tutela giudiziale individuale

tale organizzazione è un dovere *interna corporis* del potere pubblico e non deve, di per sé, condurre allo svuotamento dello stesso diritto sostanziale o alla tutela giudiziale effettiva,⁷⁶ particolarmente qualora si tratti di un diritto al minimo esistenziale.

Pertanto, ogni qual volta dovesse essere necessario, il diritto procedimentale (procedimento amministrativo e politiche pubbliche) dev'essere giudizializzato simultaneamente col diritto sostanziale. Inoltre, la subordinazione assoluta della realizzazione di un diritto sostanziale alla previa attività amministrativa è un fattore che frammenta la giurisdizione, sottraendole la necessaria pienezza, e fa riemergere il dibattito tra interessi legittimi e diritti soggettivi, così come la diatriba sul modello di controllo giurisdizionale dell'Amministrazione da perseguire, conforme al paradigma francese, di tipo obiettivo, o a quello tedesco, di carattere soggettivo.⁷⁷

Di fatto, la dimensione collettiva e sottostante alle istanze individuali di un diritto sociale, non deve essere trascurata dal giudice. D'altronde, eccezion fatta per il caso in cui lo stesso diritto procedimentale sia stato giudizializzato, non sempre risulta alla portata dello stesso giudice che esamina una domanda individuale decidere con effetto *erga omnes* questioni di fondo che siano di interesse generale e che gravitino attorno a attività amministrative, limitandosi, quindi, a interpretarle, applicandole o evitando di applicarle con esclusivo riferimento al caso concreto,⁷⁸ il che non impedisce che, indirettamente, vi siano beneficiari indeterminati.⁷⁹

e collettiva, e in altri mezzi di risoluzione di conflitti, in relazione al SUS – Servizio Sanitario Unico brasiliano, e alle assicurazioni sanitarie private), Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte (Rivista della Procuradoria-Geral del Comune di Belo Horizonte) - RPGMBH, Vol. 5, No. 10, p. 217-227, 2012. Disponibile in: < <http://ssrn.com/abstract=2241142> >. Accesso il: 26 ago. 2013; LOPES, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (Diritti fondamentali, previsione di spesa pubblica e riserva del possibile), op. cit., p. 191; PERLINGEIRO, Ricardo. *A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. Direito, Estado e Sociedade* (La tutela giudiziale del diritto pubblico alla salute in Brasile. Diritto, Stato e Società). (Cartaceo), Vol. 41, 2012. p. 184-203. Disponibile in: < <http://ssrn.com/abstract=2250121> >. Accesso il: 26 ago. 2013.

⁷⁶ “[...] questo procedimento previo non può fungere da ostacolo al diritto alla tutela giudiziale effettiva. Per tale motivo, l'Amministrazione dovrà analizzare la richiesta in modo celere, fornendo la risposta entro un termine ridotto. L'assenza di una decisione entro il citato termine genera una presunzione di diniego, autorizzando il ricorso all'organo giudiziale. A criterio della Pubblica Amministrazione potrà essere attribuito effetto sospensivo alla previa istanza amministrativa, anche nel caso di rischio di danno irreparabile. La tutela giudiziale d'urgenza non dipende da previo ricorso amministrativo [...]” (PERLINGEIRO et al., *Revista de Processo – Rivista processuale*, op. cit., p. 253-263).

⁷⁷ Cfr. ZILLER Jacques. *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*. In: *Diritto e Società*, 2. Padova: CEDAM, 2009. p. 293-320.

⁷⁸ FERRARA, Rosario. *Il diritto alla salute: I principi costituzionali*. In: (Org.). *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 28.

⁷⁹ Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique (La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud. In: ROMAN, Diane [Org.]. *Droits des pauvres, pauvres droits?* Parigi: Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF), Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010. p. 135), con esempi in Argentina e Messico, dove, a partire da domande individuali, una collettività ha finito per risultare beneficiata dalla misura giurisdizionale.

A proposito del diritto a un *minimo* esistenziale, fondato direttamente sulla Costituzione (*originärer Anspruch*), nonostante la sua normale subordinazione a diritti procedimentali, questi, nella fattispecie, potranno corrispondere addizionalmente a politiche pubbliche con *status* di legge, conferendo contorni di giurisdizione costituzionale a eventuali conflitti. In effetti, la base della prestazione a un minimo esistenziale continua ad essere una legge, che, qualora dovesse essere assente, implicherebbe omissione costituzionale.⁸⁰

Infine, a dispetto dell'idea secondo cui una nozione procedimentale e formale dei diritti potrebbe essere il riflesso di una tradizione liberale tipica delle libertà negative,⁸¹ è altresì incoerente vincolare genericamente la *riserva del possibile* all'esercizio di diritti procedimentali, vale a dire, alle politiche pubbliche. Ciò perché esse sono essenzialmente strumentali ai diritti (sostanziali). Quando opera la riserva del possibile, si riconosce che l'efficacia di un diritto fondamentale (sostanziale) è condizionata a previa manifestazione del legislatore, non essendovi ancora in tali casi, pertanto, alcunché che possa essere garantito da politiche pubbliche.

8 Considerazioni finali

La riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*) è intrinsecamente relazionata alla prerogativa del legislatore consistente nello scegliere quali benefici sociali debbano essere considerati prioritari in funzione di uno stanziamento pubblico,

⁸⁰ Riguardo all'obbligo del legislatore di concretizzare mediante leggi ordinarie la garanzia del minimo esistenziale promanante dalla tutela della dignità umana – Art. 1.1. della Legge Fondamentale, si veda GERMANIA. Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 feb. 2010. Disponibile in: < http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html >. Accesso il: 26 ago. 2013. Intendendo che il minimo esistenziale dipende sempre da politiche pubbliche previe, si veda TORRES, *O direito ao mínimo existencial* (Il diritto al minimo esistenziale), op. cit., p. 128. Sommermann ammette che, in casi estremi, sarebbe possibile invocare il diritto ad un minimo esistenziale direttamente in base alla Costituzione, senza avvalersi di una giurisdizione costituzionale. Secondo la sua visione, nella Germania degli anni 50 esistevano lacune nella legislazione sociale tedesca, e le risorse finanziarie erano scarse. Nell'occasione, con molti rifugiati trasferiti in Germania Occidentale, ove v'erano città che soffrivano ancora a causa della distruzione bellica, le autorità pubbliche e i tribunali "civili" (senza giurisdizione amministrativa) applicavano la clausola generale del potere di polizia al fine di garantire un minimo esistenziale. Così, ad esempio, imponevano a determinate famiglie la sistemazione presso la propria residenza di soggetti senzateetto. Secondo Sommermann, in mancanza di una legislazione sociale sufficiente, è ammessa una protezione diretta per mezzo di regole generali interpretate alla luce dell'esigenza costituzionale della garanzia del minimo esistenziale (*Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, op. cit.).

⁸¹ Cfr. ALTWEGG-BOUSSAC, Manon; EUDES, Marina; FERCOT, Celine. *La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis*. In: ROMAN, Diane (Org.). *Droits des pauvres, pauvres droits?* Parigi: Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF), Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010. p. 179. Si veda inoltre HERSHKOFF, Helene. *Positive Rights and State Constitutions: The limits of Federal Rationality Review*. *Harvard Law Review Association*, Cambridge, v. 112, n. 6, p. 1131-1196, aprile 1999. Disponibile in: < <https://www.mdjustice.org/files/Hershkoff%20-%20Positive%20Rights%20and%20State%20Constitutions.pdf> >. Accesso il: 26 ago. 2013.

senza che ciò implichi limitazione o restrizione di diritti soggettivi esistenti ed esigibili (*durchsetzbare subjektive Rechte*). Perciò, non si prospetta la riserva del possibile al cospetto di un *minimo* esistenziale, e neppure la *giustiziabilità* di diritti sociali derivati (*derivative Leistungsrechte*) e istituiti dalla legge. In suddetti casi, il margine di discrezionalità del legislatore, compreso di quello sul bilancio, è nullo, a pena di lesione del principio dello Stato di diritto.

Di fatto, la riserva del possibile restringe ad un minimo esistenziale i diritti fondamentali sociali originari (promananti dalla Costituzione, c.d. “*originäre Ansprüche*”), almeno fino a quando il legislatore non dovesse realmente introdurli, o il bilancio non dovesse sostenerli. Oppure allorché tali condotte omissive o restrittive non dovessero integrare un’illegittimità costituzionale. La riserva del possibile, tuttavia, non rappresenta un limite all’intervento giurisdizionale in merito alle politiche pubbliche e non può avere, perciò, l’effetto di limitarne la relativa giustiziabilità.