

Democrazia, partecipazione e procedure decisionali.
Spunti di riflessione per una lettura delle dinamiche per la garanzia
della effettività dei diritti sociali

di Loredana Giani*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Processi partecipativi e intersezionalità. Spunti di riflessione. – 3. Partecipazione e scelte organizzative strategiche. – 4. Organizzazione e infrastrutture per il sociale. – 5. Organizzazione e soddisfazione dei bisogni. – 6. Appropriatezza ed effettività della tutela. Spunti di riflessione.

1. *Introduzione*

Nell'affrontare il tema di queste brevi riflessioni, che si propongono di indagare in concreto quali sono i margini entro i quali l'effettività dei diritti sociali¹ può essere garantita, vorrei partire dal richiamo, sia pure solo per cenni, al quadro di contesto, al fine di individuare alcune coordinate generali entro le quali svolgere il discorso. Il primo elemento a mio avviso è rappresentato dalla distinzione tra essere e dover essere del sistema giuridico² – dove l'essere del sistema non può essere limitato alla capacità dello stesso di fornire un quadro normativo che sia in grado di governare le azioni dei cittadini e delle istituzioni, garantendo la sicurezza e la stabilità della società, ma si deve necessariamente estendere anche a quegli schemi normativi e alle loro proiezioni istituzionali e organizzative che sono funzionali a garantire l'efficienza delle risposte che lo stesso sistema appronta alle richieste di amministrazione e di presenza stessa del potere, ai bisogni che i cittadini esprimono. Per questa

* Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo presso l'Università Europea di Roma.

¹ Sia consentito, nell'ottica della interdipendenza con le questioni inerenti al bilancio, rinviare a L. GIANI, *Bilancio pubblico e diritti fondamentali tra buon andamento e appropriatezza*, in *Democrazia e bilancio pubblico*. Atti del Secondo Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica. Venezia 28-29 novembre 2019, Napoli, ES, 2021, 629 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 3; L. GIANI, *Organizzazione territoriale dei servizi sociali: il livello ottimale delle prestazioni*, in *Federalismi*, 2016.

² N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2014.

via si stabilisce un rapporto di funzionalità necessaria con la dimensione del dover essere del sistema giuridico. Una dimensione, quella del dover essere del sistema giuridico, finalizzata a promuovere quella matrice valoriale sulla quale poggia l'intero sistema. Si tratta di una prospettiva binaria, legata da un rapporto di complementarità rispetto al quale la dimensione del dover essere non può essere separata dal mondo reale, considerato, evidentemente, non solo in una prospettiva puramente normativista ma secondo una dimensione che, pur non discostandosi da una visione legata a una idea garantista che vuole comprensibilmente che il sistema delle fonti sia un sistema chiuso – onde impedire lo straripamento del sistema politico all'interno del sistema giuridico, a danno della stessa certezza del diritto – e che si preoccupi anche della concretezza della tutela dei diritti che non può prescindere dall'adeguamento del diritto ai fatti concreti quale presidio dell'uguaglianza sostanziale e della stessa ragionevolezza del sistema e, in una proiezione sulla decisione, della appropriatezza³ della decisione rispetto al problema amministrativo⁴.

In questo contesto, dunque, la relazione di necessaria complementarità tra le due dimensioni non può non passare attraverso la considerazione della “infinita variabilità del reale”, per usare una espressione cara al giudice costituzionale⁵, che esprime una visione del diritto come prassi del sociale, nel quale il luogo teorico dell'effettività, quale proiezione della validità e del diritto, non può prescindere dalla considerazione (anche) della organizzazione effettiva della società democratica.

Si tratta di una prospettiva in cui la normatività subisce una sorta di sdoppiamento in ragione della diversa rilevanza che nei sistemi democratici viene riconosciuta al mondo pregiuridico⁶ e, conseguentemente, alla diversa prospettiva in cui viene inquadrato il rapporto tra mondo pregiuridico e

³ Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 551 ss.

⁴ Evocativo è il richiamo a F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 133 ss.; sia consentito, per una rilettura degli scritti del professor Ledda, rinviare, proprio sul tema, a L. GIANI, *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, 135 ss.

⁵ Corte cost., 1° febbraio 1967, n. 7.

⁶ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Bologna, Einaudi, 2002, 51.

mondo giuridico. E in questo percorso evolutivo hanno via via assunto una rilevanza sempre crescente le dinamiche partecipative, secondo una visione del diritto in cui esso si radica nella elaborazione sociale di significati, valori, predicati normativi; elementi finalizzati a garantire la effettività⁷.

2. *Processi partecipativi e intersezionalità. Spunti di riflessione*

Senza entrare nei meandri degli approfondimenti del tema che sono stati nel tempo offerti dalla dottrina⁸, ai fini delle osservazioni che si intende svolgere è certamente interessante richiamare il ruolo, non solo potenziale ma anche reale, che i processi partecipativi possono avere nella elaborazione di matrici e percorsi verso la effettività.

Si apre così uno spazio significativo proprio per i processi partecipativi che, se correttamente intesi, sono lo strumento che, consentendo l'emersione dei bisogni, offre quell'apporto conoscitivo ai processi di governo, di definizione delle politiche pubbliche, di bilanciamento dei diritti, funzionali a implementare, costruire un percorso verso quella che potremmo definire una democrazia intelligente⁹. Una democrazia che, facendo leva sulla conoscenza, riesce ad assumere scelte (strategiche) funzionali allo sviluppo di politiche che, muovendo dal contesto, mirano a soddisfare i bisogni espressi dalla collettività in un determinato momento storico allocando (o anche riallocando) le risorse disponibili¹⁰. In questo quadro, il momento partecipativo evidentemente è proiettato in una dimensione più ampia di quella procedimentale, che è frutto di un conflitto che si pone (la regola della decisione) quale punto più alto di mediazione. Esso si pone in astratto quale cardine attorno al quale

⁷ M. DE BENEDETTO, G. CORSO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, Il Mulino, 2022.

⁸ Cfr., in tema di partecipazione al procedimento, inteso come formazione della decisione, R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo. Un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 209 ss.; F. SATTÀ, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 299 ss.; M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283 ss.

⁹ AA. VV., *Democrazia intelligente. La partecipazione: attori e processi*, Roma, Città nuova ed., 2010.

¹⁰ N. URBINATI, *Democrazia depolitizzata, tra impolitica e antipolitica*, in *Il Mulino*, 2008, 2, 389 ss.

sviluppare quei processi di democrazia cognitiva¹¹ che vivono nel contesto del dibattito pubblico e si nutrono di argomentazioni razionali, frutto di un processo nel quale si confrontano gli argomenti, si soppesano le condizioni, si bilanciano i diritti.

In questa prospettiva, che vuole offrire una chiave di lettura che apre al confronto intersistemico superando, o meglio temperando, quei momenti di chiusura propri di una dimensione autopoietica secondo la prospettiva luhmaniana¹², e che rischia di arrivare a momenti di stallo di cui l'idea del trilemma regolativo¹³ rappresenta una significativa sintesi, i momenti partecipativi possono essere funzionali a implementare quella contestualizzazione della scelta pubblica nella quale si cerchi non una riduzione ad unità della esplosione del molteplice, ma una sua lettura, comprensione e conseguentemente la adozione di una scelta che sia proiezione dell'abbandono (necessario) del paradigma neutro o neutrale del diritto.

La partecipazione, dunque, risulta funzionale alla comprensione delle molteplici identità che compongono il reale, delle loro interazioni, delle loro interferenze reciproche, offrendo una chiave di lettura della complessità che allontana i processi decisionali da derive riduzioniste ed essenzialiste, smascherando quella che Sen ha definito come "l'illusione della affiliazione unica"¹⁴ e ancor più quella ossessione identitaria che è all'origine di conflitti e che è una delle principali ipoteche che gravano sulla effettività dei diritti fondamentali¹⁵.

Infatti, la partecipazione si pone come strumento per superare il modello binario di differenza¹⁶ la cui insufficienza per la comprensione delle dinamiche di costruzione delle identità individuali e collettive è stata da tempo rilevata dalla dottrina. Esso consente alle molte possibili manifestazioni delle differenze di emergere. Ma è proprio l'emersione delle differenze che

¹¹ Necessario, sul tema della democrazia cognitiva, è il rinvio agli scritti di E. MORIN, *Pensare la complessità per un umanesimo planetario*, Mimesis, Milano, 2012.

¹² N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di Teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 1990.

¹³ G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strutturali*, in *Pol. dir.*, 1987, 18, 85 ss.

¹⁴ A. SEN, *Identità e violenza*, Bari-Roma, Laterza, 2020.

¹⁵ F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Bari-Roma, Laterza, 2009; Id., *Cultura. Dalla complessità all'impoverimento*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Id., *Identità o convivenza?*, in *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, 55-83.

¹⁶ H. Breinig, K. Lösch, *Transdifference*, in *Journal of British Cultures*, 2006, 13, 2, 105-122.

spinge a riflettere sulle modalità attraverso le quali occorre procedere a una loro lettura, senza necessità di ricorrere al rapporto regola/eccezione. Nella prospettiva che si vuole proporre, sono le differenze che compongono l'identità secondo un rapporto inverso rispetto a quello che vuole una identità "data" come punto di costruzione delle differenze¹⁷. Differenze che, dunque, non possono essere esse stesse vittime di manie qualificanti ed etichettanti, espressione della logica binaria regola/eccezione, ma, al contrario, servono a descrivere la complessità, a far conoscere le componenti del reale, imponendo così alla stessa regola di porsi non come espressione della identità data, ma come regola della complessità, flessibile, capace di adattarsi.

Si delinea, così un modello di razionalità della scelta politica e, di conseguenza, della decisione che si discosta dagli schemi formali che, radicati su concezioni essenzialiste si sono dimostrati incapaci di intercettare e rispondere all'esigenza di rendere conto della pluralità¹⁸. Una razionalità strutturale che viene a dipendere dalla prospettiva metodologica adottata che, in chiave intersezionale¹⁹ consente di valutare e valorizzare le specifiche condizioni in cui si trovano i soggetti, e in particolare quelli che subiscono discriminazioni diverse, e ciò per promuovere una effettiva eguaglianza nei diritti.

In questo senso, dunque, il metodo della intersezionalità può trovare uno strumento di realizzazione nel contesto dello sviluppo delle pratiche partecipative che consentono di fare emergere variabili che permettono il

¹⁷ A. SEN, *Identità*, cit., 26; sul punto cfr. G. SIMMEL, *La differenziazione sociale*, Bari-Roma, Laterza, 1982, 122 il quale, già nel 1890 nella propria analisi della differenziazione sociale evidenziava che ogni individuo si forma nella intersezione della pluralità delle cerchie sociali di cui fa parte «i gruppi ai quali appartiene il singolo formano per così dire un sistema di coordinate, tale che ogni nuovo gruppo che si aggiunge determina il singolo in modo preciso e univoco». Interessante, ai fini del discorso che si sta conducendo, anche l'analisi svolta da A.R. CALABRÒ, *L'ambivalenza come risorsa*, Bari-Roma, Laterza, 1997, che proprio muovendo dall'analisi di Simon, sottolinea come ogni individuo nella società si trova a gestire un complesso gioco di appartenenze e separazioni, entrando e uscendo da zone sciali per lui significative che, però, possono essere in conflitto tra loro. Sulla ambivalenza in ambito sociologico cfr. R.K. MERTO, *Sociological Ambivalence*, NY, Macmillan, 1976.

¹⁸ G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, 19 ss.

¹⁹ La dottrina nel corso degli anni ha approfondito il tema sotto diverse prospettive. Sia consentito in questa sede limitare il richiamo a AA. VV., *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; AA. VV., *L'intersezionalità come approccio giuridico: una prospettiva multilivello tra diritto internazionale, diritto europeo, diritto italiano e prospettive di comparazione*, in www.projectingrid.eu, 2022; B. G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, Franco Angeli, 2020.

superamento di dinamiche di *status* e gerarchie di potere, riconducendo il tema della identità non ai modelli binari identità/alterità, inclusione/esclusione, proiezione del modello regola/eccezione, ma più semplicemente al modello della eguaglianza – come dover essere del sistema giuridico – nei diritti fondamentali.

Per tale via, dunque, si intercetta una prospettiva di indagine rispetto alla quale si invertono le basi della costruzione del sistema di intervento, in favore di logiche che non mirano a combattere le discriminazioni per ricondurle a un modello base di riferimento ma, al contrario, si propongono di costruire matrici giuridiche per la elaborazione di modelli che non vogliono abbattere le differenze, ma costruire, servire (garantire la effettività dei diritti) le identità che dalle differenze emergono, seguendo una logica propria di una prospettiva personalista.

E così, da questa prospettiva per il giurista si aprono diversi campi di indagine, andando a verificare come le diverse identità, le diverse esperienze possono influenzare la struttura, le politiche e le pratiche di una organizzazione.

3. *Partecipazione e scelte organizzative strategiche*

In questa prospettiva assume certamente un ruolo centrale proprio il profilo strutturale dell'organizzazione pubblica che dovrebbe essere proiettata in una dimensione ideale in cui, coniugando bisogni e condizionalità, riuscire a creare matrici elastiche, funzionali alla soddisfazione dei primi e, dunque, alla garanzia dell'eguaglianza sostanziale²⁰.

Certamente non senza difficoltà, tanto sul piano dell'organizzazione quanto dell'azione, l'abbandono della logica binaria regola/eccezione, inclusione/esclusione. Si pensi già solo alla prospettiva della organizzazione preordinata alla erogazione di una prestazione nella quale risulta complesso ampliare “la struttura” la cui efficienza (nella erogazione della prestazione) è spesso legata alla specificità della stessa; specificità che in alcuni casi risulta l'elemento cardine per la erogazione, soprattutto date le immancabili condizionalità finanziarie, di un servizio appropriato²¹.

²⁰ Cfr. G.D. COMPORTE, *Il metodo morelliano di Fabio Merusi e i suoi possibili sviluppi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 3 ss., 20.

²¹ Sia consentito rinviare a L. GIANI, *Amministrazione e processi inclusivi. Spunti di rifles-*

Si tratta di un limite che a prima vista potrebbe sembrare insormontabile ma, a ben riflettere, così certo non è, e questo perché la scelta giusta (appropriata), da un punto di vista della macro-organizzazione viene assunta solo avendo riguardo a una prospettiva condizionata dalla logica binaria. Lo sforzo che bisognerebbe richiedere alla “intelligenza organizzativa” dovrebbe essere quello di fare un passo indietro per considerare l'insieme, un po' come quando si ammira un'opera d'arte. Sicuramente vanno osservati i particolari (le esigenze immediate), ma non ci si può esimere dall'apprezzare la magnificenza dell'insieme (le complessive esigenze per la soddisfazione del bisogno della persona affinché questa svolga la propria personalità nei consessi sociali di riferimento), ponendosi nella prospettiva della complessità. E così dovrebbe entrare in gioco il metodo intersezionale che consente di leggere il territorio, le sue esigenze²², in una chiave diversa, fornendo all'interprete elementi essenziali per la costruzione di scelte organizzative strategiche. E questo soprattutto nell'ambito della soddisfazione e garanzia dei diritti sociali dovrebbe essere un passaggio ineludibile.

E, a ben vedere, una matrice di riferimento è già stata codificata, o quanto meno ne è stata tracciata la via, solo che in molte realtà è rimasta vittima della logica identità (data)/differenze, cioè di quella logica che soddisfa il contingente e lo specifico singolo bisogno (salute, istruzione, ecc.), ma non crea le basi per lo sviluppo e per la “regolarizzazione” delle pratiche di eguaglianza ed equità per una identità che nasce dalle particolarità e che non è preconfezionata secondo un idealtipo delineato dal pensatore del momento.

Lo strumento, a mio avviso, è rappresentato dalla rete nei servizi, quella rete già enunciata nella legge n. 328/2000 e sviluppata nelle singole realtà secondo linee differenti, che nel disporre la riorganizzazione dei servizi socia-

sione per una cultura della rete dei servizi alla persona, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, II, Napoli, ES, 2022, 1569 ss.

²² Sul punto cfr. L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato*, cit.; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, in AA. VV., *Scritti in onore di E. Picozza*, 3, Napoli, ES, 2019, 2005 ss.; L. GIANI, *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi*, in AA. VV., *Scritti in onore di A. Carosi*, ES, Napoli, 2021, 463 ss.; M. D'ORSOGNA, G. PIPERATA, *Territorialità e specialità nel governo multilivello della gestione dell'acqua*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, II, Napoli, ES, 2022, 1093 ss.; AA. VV., *Territori e istituzioni. Problemi e prospettive nel tempo della Ripartenza*, Napoli, ES, 2023, in particolare sia consentito rinviare a L. GIANI, *Appropriatezza dell'amministrazione ed effettività dei diritti fondamentali*, 13 ss; V. CASTELLO, *Garanzia dei diritti e appropriatezza. Quadro programmatico, traiettorie di innovazione e sfide aperte per lo sviluppo sostenibile del sistema sanitario*, 37 ss.

li muove dall'idea di costruzione di un sistema integrato degli interventi che trova al primo comma dell'art. 22 una sua definizione: «*il sistema integrato di interventi e servizi sociali si realizza mediante politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali misure economiche e la definizione di percorsi attivi volti ad ottimizzare l'efficacia delle risorse, impedire sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte*».

Il concetto di rete si riferisce, dunque, alla connessione e alla collaborazione tra diverse organizzazioni, istituzioni o individui al fine, appunto, di favorire servizi più efficaci e completi. La rete consente, in realtà, fatto un passo indietro per ammirare le meraviglie dell'insieme, di trovare gli elementi che corrispondono alle differenze che compongono l'identità, superando anche le condizionalità. E ciò sfruttando coordinamento e cooperazione tra le parti interessate e che, tra l'altro, sarebbero funzionali ad evitare duplicazioni nei servizi, utilizzando in maniera più razionale le risorse disponibili, oltre a consentire quell'apprendimento interno alla rete, garantito dallo scambio di conoscenze e buone pratiche tra le organizzazioni, assicurando, così, anche la diffusione delle innovazioni e, in ultimo, il miglioramento della qualità dei servizi offerti e una più concreta e attiva rappresentanza degli interessi delle persone, delle comunità servite, implementando anche quelle attività di *advocacy* per promuovere politiche e pratiche che favoriscono non solo l'accesso a servizi di qualità, ma anche l'equità nell'offerta dei servizi stessi.

4. *Organizzazione e infrastrutture per il sociale*

A questo punto il discorso necessariamente deve sdoppiarsi riprendendo, da un lato, il percorso del metodo²³, dall'altro quello più legato al dato di realtà degli elementi della organizzazione.

Con riferimento al primo punto occorrerebbe indagare gli elementi che consentirebbero il passaggio a questo diverso approccio metodologico che, per grandi astrazioni, dovrebbero essere individuati da un lato nel territorio e nelle chiavi di lettura dello stesso, e dall'altro nella programmazione, valorizzando tanto la programmazione integrata, coordinando così politiche, programmi e servizi per affrontare in modo più efficiente – appropriato – le esigenze complesse e interconnesse delle persone e della comunità, superan-

²³ Cfr. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 1 ss.

do duplicazioni e frantumazioni; quanto la programmazione strategica che, come sappiamo, si concentra sulla definizione di obiettivi a lungo termine e sulla pianificazione delle azioni necessarie per raggiungerli²⁴.

Avuto riguardo al secondo, invece, più radicato al dato concreto, vengono in rilievo le infrastrutture per lo sviluppo sociale, cioè quelle reti e strutture fisiche che supportano e promuovono lo sviluppo della comunità, risultando funzionali alla logica dell'eguaglianza e dell'equità.

Infrastrutture che, se collocate in una corretta programmazione, generano, anche nel medio e nel lungo periodo, valore, e anche risparmi di spesa.

E le infrastrutture per lo sviluppo sociale²⁵, se si assume questa prospettiva, sono molteplici e di diversa natura.

Da un lato ci sono sicuramente le infrastrutture fisiche, si pensi alle reti di trasporto, alle reti dei sottoservizi, agli edifici pubblici e anche alle strutture ricreative, essenziali tutte per facilitare il movimento delle persone, delle merci, migliorando l'accesso a servizi essenziali come l'istruzione, la salute e l'occupazione; poi rilevano le c.d. infrastrutture sociali, che includono i servizi sociali come l'assistenza sanitaria, l'istruzione, l'assistenza all'infanzia e agli anziani, le diverse forme di protezione sociale; le infrastrutture digitali²⁶, fondamentali non solo per garantire l'accesso alle informazioni, ma anche per implementare la partecipazione civica e le stesse reti, si pensi al ruolo che può avere l'istruzione on line o alle potenzialità della telemedicina e, infine, le infrastrutture comunitarie, cioè quelle infrastrutture come parchi, centri comunitari, che promuovono l'inclusione sociale, la coesione sociale e le stesse opportunità di partecipazione civica.

E se si pensa al quadro d'insieme, nella prospettiva di indagine proposta emerge ancor più la centralità di quei momenti di programmazione richiamati

²⁴ M. BENEDETTI, A. NALDINI, *Controllare e valutare gli interventi finanziati dall'UE*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 1, 105 ss.; A. BARONE, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il Processo*, 2023, 2, 383 ss. Per una ricognizione e inquadramento sistematico del tema si rinvia a M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001.

²⁵ Come, in tema di *housing sociale*, osservato, tra gli altri da A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 1, 3 ss.; M. G. DELLA SCALA, *Il social housing come servizio di interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2019, 179 ss.; L. GIANI, *Social Housing in Gran Bretagna. Brevi riflessioni su un sistema in continua evoluzione*, in *Techné*, 2012, 53 ss.

²⁶ Sulle cui modalità di affidamento incide la programmazione dei fondi PNRR, come osservato da A. SANDULLI, *Lo stato digitale. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 513 ss.

per consentire la definizione di politiche e strategie di intervento che tengono conto delle esigenze e delle priorità delle comunità, esprimendo modelli elastici che consentono di fornire modello elastici per la complessità, secondo una linea che proietta le singole organizzazioni in una prospettiva governata dalla definizione di mission specifiche.

In questo contesto si inseriscono, e ne rivelano le potenzialità, i processi di trasformazione che hanno interessato realtà quali quella di CDP, il cui obiettivo principale è quello di promuovere lo sviluppo sostenibile del paese, attraverso l'investimento in progetti strategici, promuovendo, tra l'altro, innovazione e sostenibilità, incoraggiando l'adozione di soluzioni tecnologiche e ambientalmente sostenibili²⁷.

Un ruolo, quello di CDP, che si estende anche alla partecipazione alle attività di pianificazione strategica degli interventi e che può fungere da motore per un cambiamento dell'approccio tradizionale verso politiche *mission-oriented*²⁸.

5. *Organizzazione e soddisfazione dei bisogni*

In questa diversa chiave di lettura, dunque, il percorso verso l'effettività fa leva su una costruzione graduale e funzionalizzata, servente rispetto alla complessità, che non muove, però, dalla prospettiva che proietta la singola prestazione in funzione del raggiungimento di un modello di eguaglianza proiettato su uno schema dato, ma ne costruisce i contenuti sulla base dei bisogni espressi per la garanzia della effettività e della equità. Un contesto che intercetta la soddisfazione dei diritti fondamentali o, meglio, il loro effettivo godimento legato indissolubilmente alla prestazione che l'organizzazione pubblica, e quella del privato sociale, che riescono così a predisporre per la soddisfazione del bisogno speculare alla effettività. La lettura dei bisogni, la definizione di specifiche *mission* e la program-

²⁷ Si v. V. MANZETTI, *Cassa depositi e prestiti. Paradigma italiano delle banche nazionali di promozione*, Napoli, ES, 2021; ID., *La Cassa Depositi e Prestiti, modello italiano di banca nazionale di promozione "alla prova" dell'emergenza sanitaria Covid-19: la parabola delle diverse vesti dello "Stato salvatore"*, in AA. VV., *Territori e istituzioni. Problemi e prospettive nel tempo della Ripartenza*, cit., 213 ss.; L. ENRIQUES, F.M. MUCCIARELLI, *Governance pubblica e privata delle politiche pubbliche per obiettivi una proposta di riforma della governance della Cassa depositi e prestiti*, in *Giur. comm.*, 2019, 6, 1014 ss.

²⁸ Cfr. R. DIPACE, *Politiche e strumenti per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, 903 ss.; E. RULLANI, *Lo sviluppo del territorio: l'evoluzione dei distretti industriali e il nuovo ruolo delle città*, in *Econ. It.*, 2009, 2, 429 ss.

mazione di formule coordinate di intervento possono rivelarsi preziose, soprattutto nei periodi di ristrettezze economiche e di crisi²⁹ nei quali le esigenze di operare una riduzione generale della spesa, ma al contempo di ampliare il numero degli interventi anche per far fronte alle diverse criticità (povertà) che si manifestano, si impongono, con un rischio enorme di sacrificare proprio i diritti sociali.

E così, seguendo una linea espositiva ideale i punti principali sui quali occorrerebbe soffermare l'attenzione, anche ai fini di una rilettura nella prospettiva considerata in precedenza intercettano, in estrema sintesi, la caratteristica dei diritti sociali e, in particolare, la loro dimensione legata alla prestazione pubblica o comunque legata alla definizione di politiche pubbliche; la correlata questione legata al finanziamento e, dunque, anche all'impatto del costo delle prestazioni sul bilancio pubblico; e, non da ultimo, le strategie adottate per garantire comunque l'effettività in relazione alla pluralità delle vulnerabilità e ai limiti individuati, anche per la stessa scelta politica, per assicurare quel ragionevole bilanciamento tra esigenze economiche e di contenimento della spesa ed esigenze di garantire quella copertura finanziaria per assicurare l'erogazione della prestazione e, a monte, per la definizione della struttura organizzativa necessaria a garantire il servizio; e, infine, a chiusura del sistema di garanzia, il ruolo che il sistema giurisdizionale ha avuto e può avere nella garanzia della effettività.

Quattro macro-aree di indagine che si collocano lungo un percorso che dalla definizione delle politiche passa alla individuazione del profilo organizzativo più adatto, anche alla luce delle condizionalità economiche esistenti, seguito dal profilo esterno alla dimensione legata alla amministrazione attiva, e dunque alla prestazione proiettata in una prospettiva del "risultato appropriato"³⁰, per concludersi con quegli aspetti patologici legati alla mancata o non appropriata soddisfazione dei diritti fondamentali.

Con riferimento al primo punto relativo alla definizione dei contenuti

²⁹ Si v. C. ACOCCELLA, *Contributo all'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del welfare*, Napoli, ES, 2022; M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 587 ss.; L. GIANI, *I diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in Onore di C. Rossano*, Jovene, Napoli, 2013; Id., *I diritti sociali e le sfide della globalizzazione. Concorrenza intersistemica e capitalismo regolatorio. Spunti di riflessione sul "nuovo" ruolo dello Stato*, in *Discorsi interrotti. Il pensiero di Giovanni Marongiu venti anni dopo*, a cura di P. GALEONE, D. MORANA, Luiss Academy, Roma, 2014.

³⁰ Sia consentito rinviare, anche per l'apparato bibliografico ivi riportato a L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità, diritti*, in *Nuove aut.*, 2022, 553 ss.

e della portata dei diritti sociali, fiumi di dottrina sono stati spesi attorno ai molteplici profili problematici che essi presentano, il cui antesignano può essere rintracciato nella formula del soccorso pubblico e che raggruppa situazioni eterogenee, caratterizzate da «pretese dei singoli verso lo Stato o enti pubblici a prestazioni in loro favore» e il cui parallelo istituzionale può essere individuato nei sistemi di *welfare*³¹. Diritti che hanno avuto un diverso riconoscimento all'interno delle Carte costituzionali dei sistemi di democrazia pluralista fino al punto, in alcuni casi, di sorreggere la costruzione di un vero e proprio dovere pubblico correlato alla effettività, essenziale affinché ciascun individuo possa manifestare liberamente la propria personalità all'interno dei consessi sociali di cui è parte. E, quindi, non è un caso che il loro inserimento all'interno delle Carte costituzionali si registri a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, seguendo essenzialmente due linee di sviluppo: la previsione di compiti o programmi per il legislatore e la loro collocazione nel contesto costituzionale nel catalogo dei diritti dei cittadini. Dunque, la dimensione formale – cioè la loro collocazione all'interno della Carta costituzionale – e la dimensione sostanziale, cioè il loro essere strumentali alla garanzia del benessere degli individui, della loro dignità umana, configurate come intangibili sono i pilastri sui quali poggia la loro stessa qualificazione e la loro correlazione con l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica³², economica e sociale e, dunque, quel benessere legato alla dignità umana che è alla base della costruzione delle politiche di coesione. Quegli stessi doveri che hanno consentito la individuazione di parametri di riferimento per il bilanciamento costituzionale, fissando anche dei limiti allo stesso decisore politico³³. Basti pensare, ad esempio, al diritto alla salute, per il quale il giudice costituzionale nel corso degli anni ha addirittura operato una vera e propria graduazione rispetto alle singole prestazioni sanitarie in ragione della loro attinenza al bene vita, bilanciando, così, la garanzia del diritto fondamentale con le condizionalità economiche³⁴. E se da un lato è stata considerata

³¹ Cfr. M.P. GARRETT, *Welfare words: critical social work and social policy*, Londra, SAGE, 2018; A. LAMBERTI, *Democrazia e Costituzione: attualità, disfunzioni, prospettive*, in *Diritti fondamentali*, 2024, 2, 38 ss.

³² Cfr. S. STJERNØ, *Le tradizioni di solidarietà*, in *Riv. dir. sic. Soc.*, 2009, 2, 267 ss.

³³ Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, 11, I, 1366; si v. l'editoriale di R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biodiritto*, 2017, 1, 3; L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *Diritti fondamentali*, 2021, 1, 444 ss.

³⁴ CGUE, Grande Sezione, 25 giugno 2024, C-626/22, in tema di protezione

legittima la scelta del legislatore di imporre oneri economici per l'accesso alle prestazioni sanitarie essenziali, anche in favore degli immigrati³⁵, indipendentemente dal possesso di un titolo di soggiorno sul territorio italiano, dall'altro ha riconosciuto il carattere non essenziale per quelle prestazioni, quali quelle relative alla chirurgia estetica non correlata a macro-interventi, non aventi il carattere di essenzialità rispetto al bene vita³⁶.

Interessanti, ai fini del discorso che si intende sviluppare, sono le decisioni correlate alla dimensione complessa del diritto all'istruzione il cui contenuto, come ormai finalmente consolidato, non si limita solo all'accesso alla scuola, ma include anche quelle prestazioni accessorie³⁷ che però sono funzionali a garantire l'effettività del diritto³⁸. Educazione che nel confronto con le condizionalità economiche non può essere intaccata in quel suo nocciolo duro che è funzionale a consentire all'individuo lo sviluppo e la manifestazione della propria personalità secondo una logica che stabilisce una correlazione improntata ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, tra bisogno effettivo e prestazione erogata che, nella logica del risultato, deve essere una prestazione appropriata rispetto al bisogno e al fine dato che è quello di consentire la partecipazione dell'individuo, nel rispetto delle sue caratteristiche, alla vita della collettività. Quella stessa personalità che è proiezione delle identità che emergono dalle differenze.

Una prospettiva che ha consentito una lettura dello stesso bilancio, e conseguentemente anche del principio di equilibrio, secondo una dimensione sostanziale e, in un certo senso, relativa, condizionata dalla necessità di operare il bilanciamento costituzionale tra valori contrapposti senza però intaccare il nucleo essenziale dei diritti fondamentali letti in una dimensione personalista e solidarista³⁹. Una prospettiva in cui il bilancio, non a caso verrebbe da dire, si pone come un vero e proprio bene pubblico perché

dell'ambiente e della salute a partire dal caso ILVA, consultabile, tra le altre, in *Diritti fondamentali*, 2024, 2.

³⁵ C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Ist. fed.*, 2019, 1, 45 ss.

³⁶ M. IMMORDINO, L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2017, 74 ss.

³⁷ Si pensi alla decisione della Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275.

³⁸ Sia consentito un rinvio a, L. GIANI *Manuale di legislazione scolastica*, ES, Napoli, 2023; di recente si segnala T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 9 aprile 2024, n. 2367, in tema di integrazione e di sostenibilità delle spese.

³⁹ G. COMAZZETTO, *"In attitudine di responsabilità": la ricerca di un equilibrio tra diritti della persona e doveri di solidarietà nell'enciclica Pacem in terris*, in *Diritti fondamentali*, 2023, 3, 174 ss.

posto al cuore dell'incrocio tra produzione della ricchezza e funzionamento delle istituzioni politiche e, più in generale, delle organizzazioni, risultando la stessa affidabilità del bilancio come presupposto della fiducia che muove e sostiene la partecipazione democratica e la stessa ricerca dell'innovazione e del benessere collettivo. Quindi il bilancio come sede per la definizione della matrice economica (speculare a quella organizzativa) per la soddisfazione dei diritti fondamentali. Un passaggio importante, perché consente un cambiamento di prospettiva che pone al centro della dinamica dell'effettività la dimensione organizzativa pubblica, allargata alla cooperazione con quelle formule organizzative del privato sociale che completano (integrano) il quadro delle prestazioni erogabili in favore del privato in via di sussidiarietà. E così la stessa organizzazione deve necessariamente essere riletta per la individuazione di soluzioni che siano tali da garantire prestazioni idonee ed efficaci, anche superando i problemi legati alla dimensione delle risorse disponibili, ma soprattutto avendo cura di non abbandonare la dimensione complessiva del bisogno. Dunque, soluzioni organizzative che dovrebbero abbandonare la prospettiva mono assiale riferita al singolo diritto, alla specifica prestazione, in favore di una dimensione che muove dalla considerazione della unitarietà del bisogno esaminato in una prospettiva che non può prescindere dalle interferenze che diverse vulnerabilità (sociali, economiche, fisiche) possono avere. Basti pensare alla "catena" di condizionamenti che c'è tra le povertà⁴⁰.

6. *Appropriatezza ed effettività della tutela. Spunti di riflessione*

E proprio il richiamo alla dimensione organizzativa come presupposto di una prestazione efficace, appropriata, rispetto alla garanzia di effettività del diritto fondamentale sociale, e come strumento per garantire l'equilibrio tra prestazioni appropriate rispetto al bisogno ed esigenze di contenimento della spesa, offrono le coordinate essenziali dalle quali non si può prescindere nell'esaminare l'ultimo punto richiamato in apertura, cioè quello relativo alla tutela giurisdizionale rispetto al quale il primo, e forse, principale problema che si è registrato riguarda proprio la individuazione del plesso giurisdizionale competente a decidere sulle varie controversie, rispetto al quale si è registrata una oscillazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo dipendente

⁴⁰ Sul cui profilo, C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, ES, 2021.

principalmente dai profili correlati alle censure in tema di discriminazione. Un tema, come noto, delicato e complesso, nel quale si intersecano questioni diverse da quella relativa alla materia dei diritti fondamentali, per lungo tempo ritenuti preclusi al giudice amministrativo, in ragione di una peculiare lettura dei rapporti tra situazioni giuridiche soggettive⁴¹ e potere amministrativo legato alle dinamiche dell'affievolimento, secondo la lettura pancivilistica, con il conseguente radicamento della tutela in capo al giudice ordinario.

Sul punto sono state avanzate pregevolissime ricostruzioni che hanno indagato il tema da diverse prospettive. Seguendo il profilo di indagine prescelto in questa sede, un elemento imprescindibile nel contesto della valutazione degli elementi sulla cui base definire la questione è, a mio avviso, rappresentato proprio dalla considerazione degli elementi che sono necessari per garantire una pienezza di tutela, non riferita solo al profilo risarcitorio, ma proiettata in una dimensione che sia tale da assicurare la effettività del diritto fondamentale, l'effettivo godimento di tale diritto, anche attraverso la fruizione di una prestazione appropriata. Una dimensione che non può, alla luce di quanto detto in precedenza, prescindere dalla considerazione di quel piano correlato alla prestazione pubblicistica che risulta preconditione della stessa effettività. Una prospettiva di indagine che per certi versi supera l'ancoraggio alla sola situazione giuridica soggettiva astrattamente considerata, per proiettarla in una dimensione teleologica riferita al "comportamento" dell'amministrazione e, dunque, alla possibile incidenza che la decisione dell'uno o dell'altro giudice può avere rispetto all'azione amministrativa. E certamente non è un caso che nel nostro sistema abbiamo dovuto attendere fino al 2007⁴² per un primo riconoscimento per la giurisdizione amministrativa di affrontare questioni aventi ad oggetto diritti fondamentali. Ma, nonostante le aperture, la teoria dei diritti incompressibili non è stata certo del tutto abbandonata facendo leva sulla natura impugnatoria del processo amministrativo quale elemento dal quale derivare una incapacità dello stesso giudice a garantire pienezza della tutela, ma a monte su una superata dimensione del potere amministrativo e lo stesso interesse legittimo. Basti pensare proprio al diritto alla salute rispetto al quale, nel caso di assistenza sanitaria indiretta, se la richiesta del privato è volta ad ottenere il rimborso delle spese ospedaliere

⁴¹ Cfr. B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quad. Sem. stud. Ric. parl.* "S. Tosi", 2020, 10, 122 ss.

⁴² F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

sostenute all'estero in assenza di una preventiva autorizzazione da parte dell'amministrazione competente, allora la situazione soggettiva vantata sarebbe in interesse legittimo con conseguente regolazione della giurisdizione, mentre ove la domanda evidenzia ragioni di urgenza tali da comportare un pericolo di vita o un aggravamento della malattia, allora l'interesse vantato viene configurato in termini di un diritto soggettivo perfetto e in quanto tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario⁴³. Una limitazione della giurisdizione del giudice amministrativo che ha trovato una eco anche a livello legislativo. Il richiamo è al binomio "discriminazione"/diritto assoluto sul quale poggia il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario in diversi ambiti. Si pensi alle previsioni contenute nella legge 1° marzo 2006, n. 67, che, come noto, statuisce il principio di «*parità di trattamento*» delle persone con disabilità con riferimento tanto alle discriminazioni dirette, quanto alle discriminazioni indirette. Ricorrendo le prime, secondo quanto specificato all'art. 2, «*quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga*», le altre «*quando una disposizione, un criterio, una prassi, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone*». L'art. 3, infatti, statuisce che la tutela giurisdizionale è attuata nelle forme previste dall'art. 44, commi da 1 a 6 e 8⁴⁴ delle dispo-

⁴³ Paradigmatica, sul punto, Cons. St., sez. III, 6 dicembre 2023, n. 10560, in *Foro amm.*, 2012, 12, II, 1590, «*La concessione dell'assegno di cura ai disabili gravissimi è da ricondursi alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost., che, con l'art. 1, comma 1264, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) ha istituito il Fondo per le non autosufficienze; l'unico limite apposto alla declinazione alla legislazione regionale delle norme di principio contenute nella legge statale è costituito dalla adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità, secondo cui può ammettersi di ancorare il beneficio dell'assegno di cura anche a indici di disagio economico sociale del nucleo familiare, proprio perché il potere discrezionale dell'amministrazione regionale, nel definire le modalità operative finalizzate alla effettiva erogazione delle prestazioni assistenziali di tipo sanitario come l'assegno di cura, trova un limite indefettibile nella previsione costituzionale – attuata dalla descritta norma di legge – secondo la quale "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili del singolo" a partire dal "fondamentale diritto dell'individuo" alla salute, che deve essere tutelato (anche) garantendo la necessaria attività di cura in via diretta ovvero mediante l'erogazione di un assegno adeguato, e quindi necessariamente proporzionato alle condizioni di salute ed alle conseguenti necessità di cura domiciliare*».

⁴⁴ Il comma prevede che «*Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del Codice penale*» relativo alla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice.

sizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 che nel testo attualmente in vigore a seguito degli interventi abrogativi operati con il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, prevede che *«quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione»*.

Completa il quadro normativo di riferimento l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 che dopo aver precisato che le controversie sono regolate dal rito semplificato di cognizione, specifica, al comma 5, che *«Con la sentenza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente»*.

La norma, dunque, riserva alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie ove il *petitum* richiami una "discriminazione".

La portata della norma sopra richiamata è stata oggetto di diversi interventi normativi tesi a definirne i confini e a monte i parametri di riferimento per la valutazione, senza però, arrivare a una soluzione che, a sommosso parere di chi scrive, garantisca quella effettività di tutela riassumibile ove si faccia riferimento al risultato appropriato al bisogno. Un dibattito di fatto mai sopito che ha registrato diversi interventi giurisdizionali da ambo i plessi, volti ad attrarre la giurisdizione da un lato, dall'altro facendo leva sulla ritenuta incapacità del giudice ordinario di sindacare il potere, del giudice amministrativo i diritti assoluti. E su questa scia si colloca la recente decisione della Corte costituzionale del 12 febbraio 2024, n. 15⁴⁵ con la quale la Corte, chiamata a giudicare sui poteri del giudice ordinario nell'ambito dell'azione civile contro la discriminazione, ne ha offerto una configurazione in termini di "giurisdizione esclusiva", evidenziando come il legislatore abbia affidato al giudice ordinario, con la norma richiamata, *«strumenti processuali speciali per assicurare la parità di trattamento e sanzionare discriminazioni ingiustificate e intollerabili*

⁴⁵ In senso analogo, cfr. Corte cost., 29 gennaio 2021, n. 9.

alla luce del principio di eguaglianza, ed è esercitabile per ottenere l'ordine di cessazione non solo di comportamenti o condotte, ma anche (la rimozione) di atti discriminatori pregiudizievoli; ordine che può essere accompagnato, anche nei confronti della PA – pur senza tratteggiare l'attribuzione ai sensi dell'art. 113, terzo comma Cost. di un eccezionale potere di annullamento degli atti amministrativi e senza che ciò impedisca al giudice amministrativo, ove venga a conoscere dei medesimi atti, di procedere all'annullamento degli stessi, con l'efficacia erga omnes che gli è propria -, da ogni altro provvedimento che il giudice a sua discrezione, reputi idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione. Tale giudizio finisce per configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come "diritto assoluto" in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa, che ne giustifica un contenuto e un'estensione delle tutele conseguibili atipici e variabili in dipendenza del tipo di condotta lesiva che è stata messa in essere».

La Corte, richiamando un precedente della Corte di Cassazione⁴⁶ ha affermato che, essendo il giudizio funzionalizzato alla rimozione delle discriminazioni, si può ritenere che l'ordine di cessazione possa essere *«accompagnato, anche nei confronti della pubblica amministrazione, da ogni altro provvedimento che il giudice, a sua discrezione, reputi idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione»* riconoscendo così *«al giudice l'ulteriore potere di ordinare l'adozione di un piano volto»* a rimuovere la discriminazione.

In altri termini, dunque, nella prospettiva fatta propria dal giudice costituzionale, al fine di garantire l'effettività, la l'azione sarebbe assistita dal riconoscimento, in capo al giudice ordinario, di poteri atipici e variabili, anche di condanna ad un *facere* per l'amministrazione che, dunque, dovrebbero consentirgli di incidere sull'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione stessa, e questo anche in via preventiva, per usare le parole della Corte costituzionale, onde evitare il reiterarsi degli specifici comportamenti ritenuti

⁴⁶ Cass., ord. 30 marzo 2011, n. 7186 nella quale il giudice riconosceva che proprio in ragione del diritto da tutelare il «contenuto e l'estensione delle tutele conseguibili in giudizio present[a]no aspetti di atipicità e di variabilità in dipendenza del tipo di condotta lesiva che è stata messa in essere». In senso analogo 3670/2011 nella quale si specificava che il giudice deve *“limitarsi a decidere la controversia, relativa alla spettanza delle prestazioni assistenziali in questione, valutando il provvedimento comunale denunziato, eventualmente disattendendolo tamquam non esset ove confermato lesivo del principio di non discriminazione (...) così dunque non interferendo nelle potestà della PA se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi»*.,

discriminatori⁴⁷, fino al punto di consentire allo stesso di ordinare all'amministrazione l'emanazione o la modifica di una specifica disciplina regolamentare⁴⁸. Dunque, una tutela articolata essenzialmente su tre livelli: il primo funzionale alla verifica della sussistenza della condotta (o di una decisione) discriminatoria, sia essa diretta o indiretta; il secondo finalizzato alla eliminazione della stessa; il terzo, proiettato verso i futuri comportamenti e decisioni dell'amministrazione, finalizzato ad evitare il reiterarsi di tali comportamenti o la emanazione di nuove decisioni discriminatorie.

Ma se si proietta la scelta normativa nella dimensione della "effettività" della garanzia di tali diritti fondamentali, risulta chiaro che la stessa qualificazione giuridica della domanda, che da un punto di vista formale risulterebbe coerente con il dettato normativo, dal punto di vista sostanziale presenta numerosi profili di criticità⁴⁹. E non possono essere ritenute sufficienti, in

⁴⁷ In un primo momento, il giudice ordinario è chiamato ad accertare il carattere discriminatorio o meno del comportamento, della condotta o dell'atto all'origine della discriminazione, cui può conseguire la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale, oltre che l'ordine di cessazione della medesima discriminazione e l'adozione di provvedimenti tesi a rimuoverne gli effetti. In aggiunta a tali rimedi, che riguardano precipuamente la lesione attuale e immediata del fatto discriminatorio, il giudice può ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, volto a impedire in futuro il ripetersi e il rinnovarsi di quelle stesse discriminazioni non solo nei confronti dei soggetti che hanno agito in giudizio, ma anche di qualsiasi altro soggetto che potrebbe potenzialmente esserne vittima. Non a caso, il legislatore ha previsto che siano legittimati ad agire per il riconoscimento della sussistenza di una discriminazione, come dimostrano peraltro le stesse vicende all'origine degli odierni giudizi costituzionali, anche «le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione» (art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 215 del 2003). Il giudice ordinario è chiamato, così, ad agire anche in ottica preventiva, incidendo sul fattore – sia esso un comportamento o un atto – generativo delle discriminazioni che, ove non rimosso, potrebbe ingenerarne altre eguali, parimenti ingiustificate.

⁴⁸ Quando la condotta discriminatoria della pubblica amministrazione sia originata non da un puntuale provvedimento amministrativo, ma da un atto regolamentare destinato a essere applicato un numero indefinito di volte, l'unico modo per efficacemente impedire la ripetizione della discriminazione non può che essere quello di ordinare la rimozione della norma regolamentare. Ove così non fosse, il giudice ordinario potrebbe di volta in volta ordinare alla pubblica amministrazione la cessazione di singole condotte discriminatorie, senza però nulla poter disporre in ordine alla norma regolamentare che è origine e causa delle discriminazioni accertate e che alimenta il contenzioso.

⁴⁹ Sul punto cfr. Cass., Sez. Un., 16 aprile 2019, n. 25101.

questa prospettiva, a giustificare il radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario il richiamo assiomatico al binomio indimostrato attività vincolata/diritto soggettivo, oppure alla “indegradabilità” dei diritti fondamentali e dunque il richiamo al “diritto assoluto”, radicati a una concezione ormai superata dell’interesse legittimo e dello stesso potere amministrativo. Infatti, è ormai pacifico che non è il potere che “degrada” e “trasforma” un diritto, ma è il comportamento dell’amministrazione, che sfocia nella decisione, a dare consistenza al diritto, e a creare, dunque, anche le formule organizzative idonee a garantire l’effettività del diritto. Anche in questi casi, dunque, a fronte di un “diritto assoluto” che necessita di una prestazione per la sua piena soddisfazione, il titolare del diritto, a fronte di un esercizio di potere da parte dell’amministrazione”, chiede che il potere sia esercitato correttamente, in maniera appropriata sì da soddisfare, in presenza dei relativi requisiti, il proprio diritto. Dunque, non una situazione di incompatibilità tra le due diverse situazioni soggettive, ma piuttosto di complementarità.

In questa prospettiva, la tutela che si chiede al giudice è una tutela complessa che ha ad oggetto diretto non l’atto, il “comportamento” dell’amministrazione dal quale quell’atto (e la sua mancata adozione) discenda, perché è questo comportamento a costituire la (o il presupposto della) prestazione che rende effettivo il diritto fondamentale. Dunque, volendo richiamare una parte della dottrina, ciò che si chiede al giudice amministrativo è la tutela di un “interesse legittimo fondamentale” che esprime un rapporto di diritto pubblico che non può «*non trovare nella giustizia amministrativa un presidio irrinunciabile della [sua] tutela*»⁵⁰.

L’affermazione appena riportata non deve, però, essere intesa come una mera presa di posizione dovuta a una “maggiore simpatia” per il giudice amministrativo, ma è solo il frutto della considerazione di un “dato di fatto” che emerge dalla valutazione complessiva del quadro normativo di riferimen-

⁵⁰ Una categoria cui spesso ha fatto riferimento il Presidente Maruotti (L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015, per riferirsi ai “diritti alla tutela della salute, all’istruzione, alla casa, al lavoro, [che] sono in realtà interessi legittimi pretensivi, quando si chieda di ricevere una ‘prestazione’”) e che ha trovato riconoscimento anche nelle sedi giurisprudenziali. Cfr. TAR Molise, sez. I, 16 giugno 2024, n. 201, nella quale in relazione all’esercizio di poteri *extra ordinem* da parte dell’amministrazione comunale ha fatto riferimento proprio agli “interessi legittimi fondamentali”. Sul punto, cfr. M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

to e della dimensione sostanziale della “effettività” del diritto fondamentale e della sua tutela. Effettività che rileva su un duplice profilo: sostanziale e processuale e che non può che essere valutata nella prospettiva del risultato, inteso come un risultato appropriato, in cui la logica della appropriatezza allontana la dimensione del risultato dalla semplice decisione amministrativa (e financo giurisdizionale), come ad una prima e superficiale lettura si potrebbe pensare, e che è lontana dalle elaborazioni dell’amministrazione di risultato svolte dalla dottrina. Sarebbe, infatti, riduttivo limitarsi a considerare il solo contenitore, la decisione (amministrativa o giurisdizionale che sia), ma occorre spingersi fino alla considerazione del “contenuto” della decisione, cioè di quell’assetto di interessi che nella decisione viene consacrato. Dunque, un risultato da valutarsi con riferimento alla definizione del rapporto amministrativo e, nella prospettiva dell’amministrazione di prestazione, nella definizione dei caratteri della prestazione. In questo contesto, dunque, il risultato deve essere “appropriato”, cioè il migliore risultato possibile rispetto alle risorse a disposizione, che non sono, evidentemente solo le risorse economiche, ma anche quelle organizzative esistenti, come proiezione del principio del buon andamento⁵¹, ed è chiaro che esso non può essere ridotto, come detto, alla mera decisione valutata col parametro della legittimità, soltanto in una prospettiva meramente formale, ma neanche con riferimento alla mera soddisfazione della pretesa del cittadino senza alcuna valutazione⁵².

E se si concorda sul fatto che la soddisfazione di questi diritti è correlata imprescindibilmente al momento organizzativo pubblico, e alla prestazione di un servizio appropriato, la valutazione dei poteri del giudice (e, dunque, delle stesse previsioni del Codice del processo amministrativo in materia di giurisdizione del giudice amministrativo) e a monte delle azioni disponibili, anche nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, non può essere posta in secondo piano. E sul profilo giurisdizionale l’effettività, seguendo la linea tracciata nel codice del processo amministrativo⁵³ non può essere posto in secondo piano anche il suo corollario rappresentato dal principio di concen-

⁵¹ Corte cost., 9 dicembre 1968, n. 123, «cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento della vita sociale».

⁵² M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2023, 122 ss., 135.

⁵³ Cfr. R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2 369 ss.; nella prospettiva qui analizzata, cfr. C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 758 ss.

trazione che, come noto, vorrebbe concentrate nelle mani dello stesso giudice “ogni forma di tutela” il che vuol dire tanto con riferimento alla fase istruttoria, quanto a quella cautelare, allo stesso regime delle impugnazioni nonché alla ottemperanza.

In questa prospettiva non si possono sottacere le criticità che la ricostruzione avanzata con riferimento alle azioni civili in materia di discriminazione rispetto alle quali, sebbene la portata riconosciuta loro dalla Corte costituzionale di fatto ampi notevolmente i limiti interni ed esterni della giurisdizione del giudice ordinario non risolve il problema di fondo, rappresentato dal rapporto di presupposizione necessaria tra diritto fondamentale e decisione amministrativa dalla quale non certo il riconoscimento del diritto, ma le coordinate fattuali e organizzative legate alla prestazione per la sua effettività dipendono.

E, se il risultato della azione giurisdizionale è la effettività della tutela, non si può non richiamare (e concordare con) la linea interpretativa espressa dalla Adunanza Plenaria n. 7/2016 nella quale viene evidenziato come *«l'ampiezza della latitudine della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizi pubblici, segnalata dal carattere generale delle espressioni lessicali utilizzate all'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. (...), preclude qualsiasi esegesi riduttiva del perimetro della piena cognizione affidata al giudice amministrativo in materia di pubblici servizi (...), in difetto di qualsivoglia positiva ed esplicita eccezione che la autorizzi»*. E in questo caso la “positiva ed esplicita eccezione” rappresentata dal riferimento a quei «provvedimenti che il giudice, a sua discrezione, reputi idonei a rimuovere gli effetti della discriminazione» non può essere ritenuta sufficiente a garantire l'effettività della tutela nella logica della appropriatezza. Se da un lato, infatti, il giudizio amministrativo non si limita più al solo aspetto cassatorio⁵⁴, dall'altro il giudice ordinario sembra sprovvisto di strumenti che possano materialmente incidere sull'amministrazione di prestazione fino a garantire l'effettività nella dimensione considerata. È quindi se si guarda alla stessa natura dei diritti sociali e alla loro interconnessione ineliminabile con la prestazione resa dal soggetto pubblico, anche in termini di organizzazione del servizio risulta evidente che la effettività non può essere garantita solo da una sentenza di condanna ad un facere o al risarcimento del danno, essendo necessaria quella *«conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali»*⁵⁵. E, dunque, il limite naturale della

⁵⁴ Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2020, n. 4003.

⁵⁵ Cons. St., Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7; A. MASARACCHIA, *La tutela del diritto alla salute nella dialettica tra g.a. e g.o.*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

giurisdizione esclusiva del giudice ordinario non può che essere individuato proprio in questo elemento, e cioè, come già evidenziato dalla citata decisione della Adunanza Plenaria, *«là dove il diritto azionato postuli, per la sua completa realizzazione, l'espletamento di una potestà pubblica che si risolve nella verifica, sulla base di canoni medici o scientifici, dei presupposti per la sua attuazione, la potestà cognitoria del giudice amministrativo deve intendersi estesa anche allo scrutinio della correttezza del predetto apprezzamento, in quanto implicato dalla disamina della fondatezza della pretesa azionata in giudizio, seppur nei limiti del sindacato relativo alla discrezionalità tecnica»*, fondatezza della pretesa e sua soddisfazione lette alla luce di una analisi della complessità.

Abstract

Per riflettere sulle modalità attraverso le quali assicurare l'effettività dei diritti sociali, è necessario muovere dalla distinzione tra la dimensione ontologica e quella teleologica del sistema giuridico, ovvero tra il suo "essere" e il suo "dover essere". In tale prospettiva, i processi partecipativi assumono un ruolo centrale nel consolidamento di una democrazia consapevole e inclusiva, in quanto strumenti imprescindibili per l'emersione dei bisogni collettivi e per l'orientamento delle scelte politiche. L'organizzazione pubblica è chiamata a superare una visione dicotomica della realtà e ad adottare un approccio intersezionale, capace di valorizzare le differenze e di garantire un'autentica eguaglianza sostanziale. In questo quadro, la rete dei servizi e le infrastrutture – sociali, digitali e comunitarie – si configurano quali elementi imprescindibili per la promozione di uno sviluppo sociale equo e sostenibile. E la tutela giurisdizionale deve essere intesa non solo quale garanzia astratta dei diritti, ma come strumento effettivo per la loro concreta realizzazione, attraverso il riconoscimento della complessità dei bisogni e l'assicurazione di prestazioni adeguate e proporzionate.

Democracy, participation and decision-making procedures.
Suggestions for an interpretation of the dynamics
for guaranteeing the effectiveness of social rights

It is essential, in order to reflect on how to guarantee the effectiveness of social rights, to start from the distinction between the ontological and teleological dimensions of the legal system, that is, between its 'being' and its 'ought to be'. In this perspective, the participatory processes assume a central role in the consolidation of a self-aware and inclusive democracy, as an indispensable tool for the manifestation of collective needs and the direction of political choices. The public organisation must overcome a dicotomic vision of reality and to adopt an intersectional approach, able to enhance differences and to guarantee genuine and substantial equality. In this framework, the network of services and infrastructures – social, digital and communitarian – are essential elements for the promotion of an equitable and sustainable social development. And the legal protection must be considered not only as an abstract guarantee of rights, but as an effective tool for their concrete realisation, through the acknowledgement of the complexity of needs and the provision of suitable and proportionate services.