

## Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti “oltre le corti”\*

*Stefano Civitarese Matteucci \*\**

SOMMARIO: 1. L’indivisibilità dei diritti dinanzi alle amministrazioni pubbliche. - 2. I discorsi sui diritti fondamentali. - 3. L’organizzazione amministrativa per la garanzia dei diritti. - 4. Separazione tra istituzioni di governo e di garanzia in sede amministrativa. - 5. Meglio “dividere” i diritti sociali dagli altri diritti dopo tutto?

### 1. L’indivisibilità dei diritti dinanzi alle amministrazioni pubbliche

Occuparsi di effettività dei diritti fondamentali prima dell’intervento dei giudici, o a prescindere da esso, chiama in causa naturalmente il ruolo delle amministrazioni pubbliche. Se l’amministrazione consiste nella “cura puntuale e differenziata degli innumerevoli concreti interessi che può essere assicurata soltanto dal continuum di decisioni discrezionali, politicamente e tecnicamente, prese nel quotidiano amministrare...”<sup>1</sup> buona parte di questa azione dipende da fattori organizzativi. Si tende a pensare ai principi di imparzialità ed efficienza come riferiti, rispettivamente, alla correttezza ed economicità dell’azione amministrativa per perseguire l’interesse pubblico, ma si può invece considerare che essi servano ancora prima a presidiare i diritti fondamentali che la costituzione riconosce alle persone. Se ci si mette in questa prospettiva, in evidenza resta quasi esclusivamente la dimensione organizzativa delle istituzioni pubbliche.

---

\* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all’art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall’Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: “La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti”*, 19 novembre 2021.

\*\* Desidero ringraziare Alessandra Pioggia per i commenti e gli spunti e la lettura di una prima versione del presente scritto.

<sup>1</sup> D. Sorace, in *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2, 2016, p. 615.

Il punto è forse più immediatamente visibile per i diritti a prestazioni,<sup>2</sup> ma riguarda anche i diritti di libertà. L'effettività di questi ultimi dipende dalla presenza di istituzioni pubbliche ben organizzate nel campo della sicurezza pubblica, della giustizia, dell'informazione, e così via. È divenuto quasi un luogo comune osservare che, sebbene tali diritti rimandino a obblighi di non interferenza, non ne segue che essi non siano egualmente costosi, proprio perché richiedono mezzi e apparati<sup>3</sup>. In altre parole, è frutto di una scelta politica se investire di più in forze di polizia e sistemi di videosorveglianza o in consultori e scuole materne.

Nella pratica e letteratura sui diritti umani si parla di indivisibilità dei diritti. L'espressione è contenuta nella Dichiarazione e Programma d'azione di Vienna adottata il 25 giugno 1993 dalla Conferenza mondiale sui diritti umani. La formula, notissima, è quella secondo cui i diritti umani sono universali, indivisibili e interdipendenti<sup>4</sup>. Essa, però, non è contenuta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. La bozza iniziale del “Patto sui diritti umani” - presentata alla Commissione sui diritti umani dal Regno Unito nel 1949 - era in gran parte limitata ai diritti civili e politici, che molti stati consideravano più facilmente giustificabili e più stabili, nel senso sia di essere meno controversi sia più chiari sugli obblighi che implicavano. Furono molti tra gli stati “postcoloniali” a ritenere l'esclusione dei diritti sociali in contrasto con l'unità fondamentale della Dichiarazione Universale. In particolare, un delegato argentino all'interno del Terzo Comitato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite osservò che le Nazioni Unite non dovrebbero tentare di “dividere l'indivisibile”<sup>5</sup>. Da qui nacque la narrazione dell'indivisibilità dei diritti. Quando, dopo sedici anni, si giunge alla stipulazione dei Patti, tuttavia, l'indivisibile fu diviso e come noto fu creato uno strumento per i diritti civili e politici e un altro per quelli economico-sociali<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino 2008, 175-186, con riferimento all'accezione in chiave organizzativa dei livelli essenziali delle prestazioni; A. Pioggia, *Diritti umani e amministrazione della salute*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2011, 40; N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, Milano 2017, passim, con riferimento alla dimensione costituzionale del diritto alla salute e al diritto all'adeguatezza dell'organizzazione dei servizi.

<sup>3</sup> S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London 1999, tr. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna 2000.

<sup>4</sup> <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>

<sup>5</sup> D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, Philadelphia 2010, p. 60.

<sup>6</sup> In letteratura si osserva che la separazione fu una conseguenza della Guerra Fredda. L'Occidente, in particolare gli Stati Uniti, trovava ingiustificabile l'idea di diritti economici e sociali obbligatori per gli Stati. La creazione di un regime separato consentì agli Stati Uniti di continuare a esercitare un ruolo egemonico nello sviluppo dei diritti umani internazionali, relegando i diritti sociali in un trattato privo di reale mordente. Allo stesso tempo, l'Unione

La stessa divisione si ritrova, del resto, nell’ambito del Consiglio d’Europa, ove la Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali si riferisce ai tipici diritti civili e politici e la Carta sociale europea, assai meno operativa della Convenzione, ai diritti sociali<sup>7</sup>.

Secondo una parte della letteratura, nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea i criteri di distinzione tra diritti ivi contemplati sarebbero fondati sulla volontà di distanziarsi dalle classificazioni per generazioni per affermare l’indivisibilità e l’universalità di tutti i diritti fondamentali, distinti nella Carta solo per «categorie di valore» (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia)<sup>8</sup>. Come è stato notato, però, le disposizioni della Carta in materia di diritti dei lavoratori e di sicurezza sociale adottano una tecnica normativa di rinvio alla legislazione e prassi dell’Unione e degli stati nazionali rinunciando a definire standard di tutela, diversamente da quanto accade per i diritti di libertà<sup>9</sup>.

In un certo senso, quindi, la narrazione sulla indivisibilità dei diritti è il frutto di un approccio critico che mira a ricondurre a unità ciò che nei documenti internazionali sui diritti continua a essere diviso.

La Costituzione italiana, e il dibattito dottrinale, non fanno riferimento al linguaggio della indivisibilità dei diritti. La ragione risiede nel fatto che l’uguaglianza sostanziale e i diritti sociali, o se si preferisce il superamento della contrapposizione tra libertà negative e positive, sono posti alla base dell’edificio costituzionale<sup>10</sup> e del compromesso ante Guerra Fredda tra forze politiche e sociali di diversa ispirazione<sup>11</sup>. Questo non impedì che inizialmente una sorta di “divisionismo” riemergesse in via interpretativa tra norme precettive e norme solo

---

Sovietica, che rifiutava la “retorica” dei diritti civili e politici, veniva marginalizzata rispetto alla politica di avanzamento mondiale dei diritti umani (D. J. Whelan, op. cit., p. 208).

<sup>7</sup> Cfr. I.E. Koch, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demand under the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009.

<sup>8</sup> E. Paciotti, *La Carta: i contenuti e gli autori* in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, a cura di, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna 2001, p. 17 ss.; A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, ivi, p. 37 ss.

<sup>9</sup> G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2002, p. 9 ss.

<sup>10</sup> M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

<sup>11</sup> R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli 2005, I, p. 345 ss., il quale osserva come «la rigidità della Costituzione è la più visibile ... delle soluzioni che connotano la nostra attuale esperienza. Mentre il suffragio censitario risolveva il problema escludendo dalla rappresentanza i portatori di istanze di riconoscimento dei diritti “altri” rispetto a quelli del “cittadino-proprietario”, la costituzione rigida incorpora il conflitto nella sua struttura pluralista, affermando la pari dignità di uno e dell’altro catalogo dei diritti».

programmatiche, come quelle relative ai “programmi” di assistenza e sicurezza sociale. Se è vero che questa distinzione fu ben presto superata dalla dottrina e dalla Corte costituzionale, è, però, altrettanto vero che dottrine come quella dei diritti sociali finanziariamente condizionati sono state elaborate “solo” con riferimento ai diritti sociali. Una concezione dei diritti fondamentali ispirata alla loro indivisibilità che volesse considerare il condizionamento finanziario dovrebbe semmai «qualificare tutti i diritti come risorse giuridicamente scarse»<sup>12</sup>.

Non si può, pertanto, ritenere un dato indiscusso, né tanto meno acquisito, che i diritti fondamentali non possano soffrire distinzione in base a categorie e generazioni. Normativamente, però, si può certo sostenere che i diritti debbano essere garantiti dai poteri pubblici in modo unitario, senza distinguere tra famiglie o generazioni. È questa prospettiva che si assume in questa sede come possibile argomento giustificativo del ruolo della pubblica amministrazione, come attore costituzionale, nel rendere effettivi i diritti fondamentali<sup>13</sup>.

Nelle pagine che seguono ci si limiterà peraltro a fornire alcuni spunti sul “guardare” ai diritti oltre le corti, partendo dalla considerazione di una importante proposta teorica sui diritti fondamentali come indivisibili e universali (paragrafo 2). Da questa si trarranno alcune conseguenze in punto di organizzazione amministrativa e in particolare di separazione tra istituzioni di governo, titolari delle scelte politiche, e apparati amministrativi come istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali (paragrafi 3 e 4). Si sosterrà che la tesi di una netta separazione istituzionale appaia, da una parte, non del tutto plausibile, dall'altra, non chiaramente desiderabile. Ci si chiederà, infine, se dietro la narrazione della indivisibilità non si nascondano dei pericoli, come quello dell'annacquamento dei diritti sociali per assimilazione con quelli liberali (paragrafo 5).

## 2. I discorsi sui diritti fondamentali

In Italia, una delle più trasparenti esposizioni della tesi dell'indivisibilità, sub specie di universalità, è quella di Luigi Ferrajoli<sup>14</sup>, che mira a un'operazione

---

<sup>12</sup> M. Luciani, op. cit.

<sup>13</sup> È all'incirca la stessa prospettiva che assume A. Romeo, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale - Rivista telematica* (www.statoe chiese.it), 19, 2019.

<sup>14</sup> L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Diritto Pubblico*, 1-2, 2010, 141-173; Idem, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. Vitale (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 121 ss., p. 279 ss.; Idem, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Teoria del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2007, part. §§ 1.2- 1.4 e 1.8, p. 8 ss. e 39 ss.



di pulizia concettuale relativa ai discorsi sui diritti fondamentali. Per la verità si possono avanzare diverse riserve sulla tenuta della posizione di Ferrajoli, cui si accennerà andando avanti, ma la si utilizzerà nella misura in cui appare utile a indicare alcuni percorsi che scaturiscono dal rapporto tra organizzazione amministrativa e diritti. Osserva Ferrajoli, citando Bobbio, che il progresso dei diritti fondamentali è sempre avvenuto in nome dell’indivisibilità connessa alla loro universalità<sup>15</sup>. Ferrajoli individua quattro tipi di discorso concernenti il riconoscimento dei diritti fondamentali. Essi sono la giustizia (filosofia politica o morale), vale a dire il discorso normativo, ciò che l’una o l’altra concezione morale ritiene sia dovuto alle persone; il diritto positivo, che sarebbe un discorso empirico-assertivo, riguardante la validità, intesa come appartenenza di norme sui diritti fondamentali a un determinato ordinamento; quello storico-sociologico, vale a dire il discorso descrittivo relativo alla effettività dei diritti astrattamente riconosciuti in un dato momento storico e in un certo luogo; quello teorico, vale a dire il discorso stipulativo, in base al quale si stabilisce il significato del concetto teorico-giuridico di diritti fondamentali.

Per parlare di diritti fondamentali e capirci indipendentemente dalle nostre premesse assiologiche, dall’ordinamento giuridico che prendiamo a riferimento e dal contesto storico-sociale, il discorso stipulativo, ossia cosa intendiamo per diritti fondamentali, assume priorità logica sugli altri tre. La stipulazione della teoria del diritto, secondo Ferrajoli, è che un diritto possa essere chiamato fondamentale se universalmente riconosciuto, sottratto cioè così alla disponibilità della politica come a quella del mercato.

Si tratta evidentemente di una definizione formale - e non potrebbe essere diversamente - formulando i diritti fondamentali nella forma di una regola generale che li conferisce ugualmente a “tutti”.

Distinguere i suddetti tipi di discorsi, al fine di evitare le fallacie sia logiche sia ideologiche, è molto importante, a prescindere dal fatto che Ferrajoli appaia a chi scrive troppo fiducioso nella possibilità di separare “obiettivamente”, per esempio, il punto di vista interno del diritto da quello della filosofia morale o politica. È anche troppo fiducioso nel fatto che utilizzando il suddetto criterio universalistico si possa facilmente disporre (scoprire), per esempio, nella costituzione italiana di un elenco di diritti fondamentali. Mi pare che invece siano ampiamente controversi sia l’elenco sia i rapporti tra i diritti dell’elenco<sup>16</sup>.

In ogni caso, secondo Ferrajoli, l’uguale imputazione dei diritti fondamentali a tutti e nella stessa misura, li contrappone strutturalmente ai diritti patrimoniali, come i diritti reali di proprietà e i diritti personali di credito, che

---

<sup>15</sup> N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino 1990, p. 67 ss.

<sup>16</sup> R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Franco Angeli, 2018.

spettano singolarmente a ciascuno con esclusione degli altri. La libertà di parola, come il diritto di voto o il diritto alla salute, per esempio, sono immediatamente disposti dalle norme che li stabiliscono. I diritti di credito o i diritti reali di proprietà, al contrario, non sono generati direttamente dalle norme che li prevedono, ma sono da queste predisposti quali effetti degli atti negoziali da esse ipotizzati<sup>17</sup>.

Questo modo di intendere la fundamentalità come universalità è interessante proprio perché ridisegna le categorie di diritti secondo un criterio che prescinde dalle loro “generazioni”. In questo modo il diritto di libertà individuale (*non patrimoniale*) è dissociato dal diritto di proprietà (pure individuale e liberale, prima generazione, ma *patrimoniale*) e assimilato al diritto di voto (politico) e a quello sociale alla salute.

Tale stipulazione è anche molto esigente, nella sua apparente neutralità. Secondo Ferrajoli, se l’assistenza sanitaria fosse una prestazione retribuita, il diritto alla salute non sarebbe un diritto fondamentale, ma un diritto patrimoniale generato da un contratto. Da ciò è possibile, per esempio, inferire che affidare le prestazioni sanitarie al mercato implica la decisione - ammesso che questa sia disponibile secondo il punto di vista interno a un certo ordinamento - che il diritto alla salute non sia un diritto fondamentale, nonostante si potrebbe continuare a chiamarlo tale in base al punto di vista del discorso filosofico-morale.

---

<sup>17</sup> Occorre rimarcare che secondo questa impostazione la dialettica “immediatezza-mediatezza” dei diritti si riferisce al tipo di mezzo necessario a far sorgere il diritto. Il fatto che tali diritti siano, secondo Ferrajoli, direttamente generati dalle norme costituzionali significa, in realtà, che i poteri pubblici abbiano il dovere di attribuire la posizione soggettiva di vantaggio a chi ne è titolare (a “tutti” secondo la stipulazione in discorso) (cfr. *infra* nel testo). Viceversa, i diritti patrimoniali, pur precisamente configurati dalla legge, richiedono atti di volontà di privati, il cui esercizio è libero e non doveroso. Il piano del discorso è quindi diverso da quello più consueto, che invece individua il problema della non immediatezza dei diritti fondamentali nella loro formulazione in termini vaghi. Per questo, molti ritengono che i diritti fondamentali divengano veri diritti solo a seguito della loro specificazione da parte del legislatore. Prima di ciò questi sarebbero solo argomenti a giustificazione della pretesa nei confronti dei poteri pubblici a vedersi attribuita una posizione soggettiva di vantaggio in senso proprio. Il fatto che Ferrajoli sposti il piano del discorso sulla natura non patrimoniale dei diritti fondamentali non implica, purtroppo, che quest’altro problema si dissolva. Si pensi, per esempio, al “tutti” che sarebbero i soggetti attivi del diritto fondamentale. Si tratta chiaramente di un’astrazione, perché quel tutti è quasi sempre oggetto di qualificazioni operate dalla legge. Non solo perché, per esempio, solo chi è “sprovvisto dei mezzi necessari per vivere” ha diritto al mantenimento e all’assistenza sociale e occorre stabilire in che modo individuare i “tutti” titolari di questo diritto— sempre che non si voglia sostenere che siano fondamentali i soli diritti a prestazioni che in Costituzione sono enunciati con linguaggio esplicitamente universalistico, la salute e l’istruzione obbligatoria; ma anche perché, per esempio, spetta alla legge stabilire in concreto chi abbia il diritto di voto definendo la “maggiore età”. La questione diviene ancora più complessa se si passa dal chi al “come”, vale a dire in cosa consista il diritto all’assistenza sociale, quello all’istruzione, quello alla salute.

Un altro aspetto che accomuna i diritti fondamentali è che se stabiliti in costituzioni rigide operano come limiti e vincoli alla legislazione e più in generale al potere politico della maggioranza. Anche qui è interessante notare come l'universalità non sia predicata nei confronti di qualunque altro soggetto - nel senso della libertà da interferenze nel diritto di circolare e manifestare il proprio pensiero e nel diritto di godere dei frutti del fondo - ma dei poteri pubblici cui si imputano obblighi di fare/non fare.

Dentro questa struttura universale le differenti modalità (deontiche) dei diritti fondamentali, evidentemente secondo Ferrajoli, non comportano distinzioni rilevanti sul piano teorico. I diritti di libertà, consistendo in immunità cui corrispondono divieti in capo allo Stato, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di fare, per esempio privare una persona senza processo della libertà personale. I diritti sociali, consistendo in aspettative positive cui corrispondono in capo ai poteri pubblici obblighi di prestazione, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di non fare, come non fornire a taluno l'assistenza sanitaria o l'istruzione elementare. Si noti la radicale differenza con quanto sostiene, per esempio Hoffe, secondo cui le sole libertà negative sono universali. Quelle positive sono sempre legate a un contesto specifico che dipende dalla disponibilità di risorse e differenti definizioni culturali<sup>18</sup>.

Come accennato (alla nota 17), per Ferrajoli il fatto che i diritti fondamentali, diversamente dai diritti patrimoniali, sono norme che di per sé non determinano l'esistenza delle loro garanzie, non è un problema. È semplicemente un carattere derivante dalla loro forma universale. Essi richiedono, per essere garantiti, la produzione di specifiche leggi di attuazione: le norme sulla scuola pubblica e sulla sanità pubblica in attuazione e a garanzia primaria dei diritti alla istruzione e alla salute e poi scuole e strutture sanitarie; le norme penali che proibiscono l'omicidio e la violenza privata in attuazione e a garanzia primaria dei diritti alla vita e all'integrità personale e possiamo aggiungere gli apparati di polizia (oltre che le corti); le leggi elettorali in attuazione dei diritti politici e i relativi apparati amministrativi; le norme sulle diverse giurisdizioni a garanzia secondaria dei diritti e più in generale dei beni e degli interessi lesi in via primaria.

Ferrajoli definisce lacune strutturali - contrapposte a quelle contingenti prodotte dalle antinomie e sempre riparabili giudizialmente - la mancata previsione di tali garanzie e delle relative funzioni e istituzioni per l'omessa

---

<sup>18</sup> O. Hoffe, *Political Justice: Foundations for a Critical Philosophy of Law and State*, Cambridge 2007.

produzione di leggi di attuazione<sup>19</sup>. L'ineffettività strutturale sarebbe irreparabile per via giudiziaria e richiederebbe sempre l'intervento del legislatore. Essa consiste infatti nell'indebita omissione, cui solo il legislatore può (e deve) porre riparo, della legislazione di attuazione necessariamente richiesta dalla stipulazione costituzionale di qualunque diritto fondamentale. Non interessa qui discutere questo punto, che porterebbe lontano. Non so, per esempio, se Ferrajoli includa nella "via" giudiziaria anche le corti costituzionali dotate di poteri proattivi nei confronti delle lacune. Se poi per legislazione intendiamo qualunque decisione istituzionale a carattere generale, vedremo più avanti che nel diritto positivo la via giudiziaria non sempre è esclusa.

Ciò che qui rileva è che, comunque, applicando lo schema concettuale descritto, tutti i diritti fondamentali richiedono l'intermediazione di un'organizzazione amministrativa e prima ancora di decisioni politiche. Questo rilievo si fonda sul presupposto ulteriore, non esplicito in Ferrajoli, che i diritti fondamentali non esistono prima che un gruppo si sia organizzato (anche) attraverso il diritto. Questa idea, nell'ambito del dibattito internazionale sui diritti umani, è conosciuta con l'etichetta di concezione politica dei diritti umani<sup>20</sup>. Il problema, semmai, è che queste decisioni, in quanto direttamente attuative di norme sui diritti fondamentali - con la loro carica contro-maggioritaria - e quindi relative a uno spazio che Ferrajoli chiama del "non decidibile", non sarebbero effettivamente politiche. Come già accennato, tuttavia, ciò che non è decidibile è al più l'*an*. Su come concretizzare le aspirazioni relative ai diritti vi sono ampi margini di apprezzamento, che dipendono da politiche pubbliche e quindi da catene decisionali a numerosi livelli istituzionali.

Ai limitati fini del nostro discorso è, però, sufficiente osservare che entro lo schema teorico in discussione la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali è sempre surrogatoria. È, appunto, una garanzia secondaria. Allo stesso tempo è vero l'inverso. L'azione necessaria a garantire i diritti da parte delle istituzioni di governo non è mai surrogatoria delle garanzie giurisdizionali.

In concreto, quindi, tutti gli interessi/bisogni oggetto di situazioni soggettive sono condizionati dall'esistenza di apparati amministrativi che ne permettono la materiale soddisfazione. Per esempio, il diritto di manifestazione del pensiero - tipicamente annoverato tra i diritti di libertà individuale - senza le

---

<sup>19</sup> Queste lacune strutturali e le antinomie strutturali - l'ineffettività contingente dei diritti fondamentali generata dall'indebita produzione di norme in loro violazione - sarebbero violazioni legislative che non possono essere superate per via interpretativa, ma richiedono sempre un intervento riparatorio (L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 169).

<sup>20</sup> C.R. Beitz, *The idea of human rights*, Oxford, New York 2009; J. Raz, *Human rights without foundations*, in S. Besson, J. Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 321-338.



provvidenze del dipartimento per l'editoria sarebbe ben poca cosa, dal momento che molte testate non potrebbero sopravvivere senza il sostegno pubblico; l'esistenza di infrastrutture per l'accesso a internet disponibili a tutti (v. broadband pubblica), è a sua volta essenziale per l'esercizio del diritto all'informazione/manifestazione del pensiero. I diritti sociali sono soddisfatti soltanto mediante apparati amministrativi o organizzazioni che li sussidiano nello svolgere una funzione pubblica. Uno dei problemi che la connessione tra diritti fondamentali e amministrazione pubblica solleva è il modo come attraverso misure organizzative le autorità amministrative siano spesso chiamate a effettuare operazioni di bilanciamento tra diritti e interessi da conciliare in concreto<sup>21</sup>. Questo aspetto è peraltro quello su cui maggiormente le corti sono chiamate a intervenire proprio allo scopo di fissare le coordinate entro cui debba svolgersi la discrezionalità organizzativa delle pubbliche amministrazioni. Il raggio d'azione dei giudici incontra, peraltro, numerose limitazioni.

### 3. L'organizzazione amministrativa per la garanzia dei diritti

In che senso si può, allora, pensare alla garanzia dei diritti fondamentali assicurata “oltre le corti”, vale a dire in un senso non riferito alla dinamica consueta per cui la garanzia primaria del diritto sia compito del complesso politica-amministrazione e quella secondaria ai giudici? Anche in questo caso la identificazione del tipo di discorso può aiutare. Come vedremo tra un attimo, un primo modo per giustificare quella prospettiva è di precisare che l'ambito del discorso è quello di carattere storico-descrittivo, relativo, quindi, alla effettività. Sotto il profilo giuridico, a me pare che la pensabilità stessa dei diritti in senso stretto<sup>22</sup> - quelli rispetto ai quali sia direttamente individuabile una posizione di obbligo - sia legata alla possibilità del processo<sup>23</sup>. Tanto è vero che vi è chi dubita

---

<sup>21</sup> Questa è la prospettiva d'indagine privilegiata da A. Romeo, *op. cit.*, che prende in considerazione il diritto alla autodeterminazione nelle cure sanitarie, l'istruzione delle persone con disabilità, i diritti delle famiglie non matrimoniali, il diritto di proprietà.

<sup>22</sup> Quelli per Hohfeld formano la coppia rights-duties: W.N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969.

<sup>23</sup> John William Salmond osserva che «ogni disposizione di legge, comunque emanata è riconosciuta e applicata dai tribunali; e nessuna regola è riconosciuta dai tribunali che non sia una regola giuridica» (v. P.J. Fitzgerald (a cura di), *Salmond on Jurisprudence*, London 1966, p. 41). Richiamandosi a E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, pp. 293-4, osserva che «la processualità del diritto... significa, dunque, non già affermare un primato evidentemente assurdo del diritto processuale sul diritto sostanziale, ma piuttosto riconoscere che il diritto è in funzione alla

che gli elenchi di diritti contenuti nelle costituzioni siano vere e proprie posizioni soggettive, apparendo piuttosto come ragioni su cui fondare altre decisioni<sup>24</sup>.

Di recente è stata proposta con dovizia di argomenti l'idea di un “diritto amministrativo dell'effettività” che impieghi tecniche e strumenti appropriati per «verificare che i risultati della legislazione e della regolazione siano conformi agli obiettivi, calibrare le modalità di controllo e le strategie di applicazione della legge sulle caratteristiche dei destinatari, a produrre le proprie decisioni in modo che resistano al sindacato giudiziale»<sup>25</sup>. È interessante notare che il fondamento di questo principio di effettività dell'amministrazione è ricercato a partire dalle inevitabili limitazioni fattuali della giurisdizione nonché dal ruolo del procedimento amministrativo come anticipatorio della tutela in modo da rendere il contenzioso ipotesi residuale<sup>26</sup>.

Molte sono le condizioni di contesto che rendono oltremodo difficile o senz'altro escludono rimedi giurisdizionali, anche qui indipendentemente dalla struttura o contenuto della pretesa in cui si sostanzia il diritto fondamentale. Queste limitazioni fattuali ed epistemologiche della giurisdizione possono riguardare indifferentemente diritti di libertà, politici o sociali. Tra le limitazioni epistemologiche vi sono, in particolare, quelle legate alle basi tecnico-scientifiche delle decisioni pubbliche, specialmente quando la complessità è accresciuta da una situazione di urgenza. È il caso di tante delle misure adottate dagli stati nel fronteggiare la pandemia, ove il ricorso ad appositi apparati tecnico-scientifici<sup>27</sup> fornisce una specifica legittimazione ai decisori politici e in linea di principio<sup>28</sup> restringe il campo di intervento dei giudici<sup>29</sup>. A questo proposito viene in rilievo,

---

possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio. La parola “possibilità” va evidentemente sottolineata perché fortunatamente non sempre vi è, tra i soggetti, una controversia e non sempre la controversia portano ad un giudizio. Se, infatti, controversia, processo e giudizio rappresentano nella loro attuazione una parentesi “patologica” nella vita sociale, non c'è dubbio che la loro “possibilità” esprime una situazione fisiologica che totalmente investe la vita del diritto imponendole quella nota della “processualità” che rende, come dicevamo, indissolubili diritto e processo».

<sup>24</sup> M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino 2005, p. 11.

<sup>25</sup> M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2019, p. 749.

<sup>26</sup> Op. ult. cit., pp. 756-9.

<sup>27</sup> Sui rapporti tra organismi tecnici e apparati politici cfr. C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2016, pp. 1-35.

<sup>28</sup> Come si dirà tra un momento non è detto che questo sia sempre il caso.

<sup>29</sup> Cfr., a esempio, M. Chiarelli, *La forza vincolante delle linee guida nella pandemia*, in *Amministrazione in cammino*, 2021 (<https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2021/06/CHIARELLI-1.pdf>).

anzitutto, la annosa questione delle valutazioni tecnico-scientifiche, rispetto alle quali la garanzia di certi diritti si risolve proprio nella relativa indisputabilità della decisione presa sulla base di tali valutazioni. Si intende dire che, se ci si astrae dalla prospettiva individuale (a esempio) del ricorrente dinanzi a un tribunale amministrativo, la giustificazione delle limitazioni (a base epistemologica) al sindacato giudiziale sta proprio nella maggior garanzia di attendibilità per la protezione dei diritti fondamentali dei consociati del giudizio di amministrazioni “esperte” rispetto a quello dei giudici, ancorché aiutati da altri esperti.

La giurisprudenza amministrativa italiana ha via via cercato di ridurre l’area di insindacabilità, ma al di là della a volte ambigua alternativa tra uno scrutinio intrinseco (più intenso) o estrinseco, resta fermo il presupposto di uno spazio franco dalla giurisdizione. Questo accade specialmente quando siano in gioco valutazioni che riguardano diritti fondamentali affidate ad apparati appositamente creati, come nel caso dell’AIFA e degli organi incaricati delle valutazioni tecnico-scientifiche in campo biomedico. Come è stato ricordato, la Corte costituzionale rimarca il ruolo cruciale, nell’ambito della disciplina sanitaria e del diritto del farmaco, degli organi tecnico-scientifici<sup>30</sup>. L’esistenza di una riserva di valutazione tecnica riguarda tanto la stessa Corte costituzionale quanto l’autorità giudiziaria qualora la legge preveda «competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità: organi di cui va ribadito il ruolo essenziale, come già si è fatto nella sentenza n. 185 del 1998, in cui si ricorda come questa Corte non possa sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com’essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono».

La giurisprudenza amministrativa adotta lo stesso approccio, per esempio, in tema di autorizzazione dell’uso *off-label* di un farmaco per la sua erogabilità a carico del servizio sanitario nazionale<sup>31</sup>. I giudici amministrativi sembrano maggiormente propensi a uno scrutinio più penetrante - il cosiddetto sindacato di “maggiore attendibilità” - nei confronti dei provvedimenti sanzionatori delle autorità di regolazione del mercato<sup>32</sup>. A questo riguardo, il discorso non può che

---

<sup>30</sup> G. Parodi, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2021, pp. 241-256.

<sup>31</sup> G. Parodi, op. cit., 255 e riferimenti alla casistica alla nota 53.

<sup>32</sup> A questo riguardo, peraltro, si mostra in controtendenza la decisione cautelare del Consiglio di Stato, Sez. III, ord. n. 7097 del 2020, «dove, senza peraltro disporre una consulenza tecnica d’ufficio, ma per lo più sulla base degli scritti difensivi e dei documenti ritualmente depositati dalle parti, non senza riferimenti a documentazione scientifica reperibile on line, specie nel sito istituzionale dell’AIFA, si giunge alla conclusione» (G. Parodi, op. cit., 252) che «molti dei dati delle ultime ricerche sull’attività di contrasto alla malattia svolta dall’idrossiclorochina sembrerebbero, peraltro, deporre a favore di un meccanismo immunomodulatorio-antiinfiammatorio della sostanza e, cioè, della capacità di ridurre la produzione delle citochine

essere di tipo normativo, nel senso che dipende da premesse etico-politiche - a esempio con riferimento a una qualche concezione della democrazia e della separazione dei poteri<sup>33</sup> - quale tipo di approccio si ritenga desiderabile le corti assumano nei confronti delle valutazioni tecnico-scientifiche. Come vedremo tra poco, la proposta teorica di Ferrajoli apre ulteriori spazi di riflessione su questo punto.

Ciò posto riguardo a dove fissare la linea di confine dello spazio riservato all' "amministrazione tecnica", vi è una dimensione di questo problema che prescinde in parte dalla posizione che la comunità epistemica di riferimento (a esempio i giudici amministrativi e la dottrina del diritto amministrativo in un dato ordinamento) assuma sul grado di rivedibilità di tali valutazioni in sede giurisdizionale.

È stata osservata una tendenza di carattere globale delle democrazie verso una nuova forma di "separazione dei poteri" tra istituzioni non elette che si occupano principalmente di rappresentare e introdurre fatti, prove e conoscenza empirica nel processo decisionale pubblico e istituzioni rappresentative cui sono riservati i giudizi di valore che condizionano la definizione delle politiche pubbliche<sup>34</sup>. Questa nuova area di separazione risponde, come quella della dottrina classica, alla logica di prevenire conflitti di interesse all'interno dei sistemi di governo, ma la legittimazione delle "istituzioni non elette" andrebbe

---

infiammatorie (c.d. tempesta citochinica), senza abolire risposte immunitarie protettive, più che convergere nel senso di una sua diretta attività antivirale, che non ha trovato ancora - se mai la troverà - una sicura conferma in vivo al di là della sua accertata efficacia in vitro all'impugnazione di una nota dell'AIFA che, nella lettura all'origine del ricorso e della stessa misura cautelare, avrebbe disposto il divieto di impiego off label di un farmaco antimalarico (idrossiclorochina) nella cura dell'infezione da COVID-19». In sostanza, qui il Consiglio di Stato entra nel merito e sostituisce il proprio giudizio a quello dell'AIFA.

<sup>33</sup> Cfr., a esempio, con riferimento al secolare dibattito negli Stati Uniti sul rapporto tra l'azione delle Agenzie Federali e il controllo giudiziale B. Emerson, *Liberty and Democracy Through the Administrative State: A Critique of the Roberts Court's Political Theory* in *Hastings Law Journal*, 2022, pp. 371-436. La stessa posizione della pubblica amministrazione nell'ambito di una teoria della divisione dei poteri costituisce da sempre un problema spinoso, anche perché occorre preliminarmente chiarire cosa si intenda per pubblica amministrazione e cosa per divisione/separazione dei poteri. Per esempio, già nell'Ottocento, Vivien scrive che l'amministrazione è subordinata al potere legislativo nel senso che «*Le pouvoir administratif est donc subordonné à la loi, dont il n'est que l'exécuter, et parallèle à la politique et à la justice, dont il se distingue par des traits essentiels*» (A. F. A. Vivien, *Etudes administratives*, I, Paris 1845, p. 2). L'idea di un'amministrazione indipendente sia dalla politica (il governo) sia dalla magistratura ha, dunque, lontane origini. Cfr. M. R. Rutgers, *Public Administration and the Separation of Powers in a Cross-Atlantic Perspective*, in *Administrative Theory & Praxis*, 22, 2000, pp. 287-308.

<sup>34</sup> F. Vibert, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge 2007.



riconosciuta su basi pragmatiche - sostanzialmente l'accettazione da parte della collettività dell'utilità sociale fornita da tali “servizi di conoscenza empirica” non contaminate da giudizi politici - piuttosto che derivandola dalla legittimazione di altri poteri<sup>35</sup>. Una legittimazione autonoma di tali “amministrazioni indipendenti”<sup>36</sup> dovrebbe implicare una maggiore forza di resistenza delle relative decisioni nei confronti sia del potere politico sia del giudiziario.

Un primo problema di questa tesi - in cui non è sempre agevole distinguere il discorso descrittivo da quello normativo - sta nella fiducia nella possibilità di distinguere nettamente tra valutazioni su fatti e valutazioni su valori e interessi. Un secondo problema, specifico all'ordinamento italiano, è che i fatti istituzionali attraverso cui la suddetta “divisione” si sarebbe realizzata presentano una dimensione costituzionale che non può essere facilmente elusa, specialmente in un ambito in cui rilevano diritti fondamentali. Come è stato correttamente osservato, la decisione stessa di affidare in tutto o in parte alla tecnica la soluzione di un problema decisionale presuppone una valutazione preliminare che è di carattere non tecnico ma politico<sup>37</sup>. Nell'affidare, quindi, la relativa funzione a un determinato apparato, si compiono scelte su interessi e si individuano principi organizzativi che esprimono certe modalità «di composizione e cura di interessi, indipendentemente dal momento di rapporto con l'esterno»<sup>38</sup>. Per tale ragione, l'area è presidiata dalla riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici prevista dall'art. 97 Cost.<sup>39</sup>.

Tornando alla dimensione dell'effettività, un secondo aspetto riguarda il mettere in condizione gli apparati di funzionare in modo che le limitazioni fattuali/epistemologiche delle garanzie secondarie (le corti) non rendano vacue le “promesse” relative ai diritti fondamentali. A questo riguardo possiamo ancora tornare a Ferrajoli, che distingue nettamente tra funzioni e istituzioni di governo e funzioni e istituzioni di garanzia, caratterizzate da separate fonti di

---

<sup>35</sup> Op. ult. cit., pp. 114-128.

<sup>36</sup> Nello studio citato, che risale al 2007, si prendono in considerazione numerosi “independent bodies” nel Regno Unito, tra cui rientrano quelli che oggi vengono chiamati Non Departmental Public Bodies, operanti *at arm's length from ministers* che possono avere Advisory Functions (per esempio l'*Advisory Council on the Misuse of Drugs* e la *Boundary Commission for England* che si occupa della revisione delle circoscrizioni elettorali) o essere *Independent Monitoring Boards*, come quelle istituite per il sistema carcerario. Cfr. Cabinet Office, *Classification of Public Bodies: Guidance for Departments*, 2016. ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/519571/Classification-of-Public-Bodies-Guidance-for-Departments.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/519571/Classification-of-Public-Bodies-Guidance-for-Departments.pdf)).

<sup>37</sup> C. Cudia, op. cit., p. 3.

<sup>38</sup> A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino 2001, p. 198.

<sup>39</sup> Op. ult. cit., p. 234.

legittimazione: la rappresentatività politica delle prime e la soggezione alla legge, e precisamente, ancora una volta, all'universalità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, delle seconde.

Ai nostri fini, lo snodo fondamentale è che per Ferrajoli la pubblica amministrazione andrebbe inclusa tra le istituzioni di garanzia, poiché queste - «di cui si impone la separazione da quelle di governo»<sup>40</sup> - si sono oggi estese ben al di là delle classiche funzioni giurisdizionali di garanzia secondaria, fino a includere tutte le funzioni generate dalla crescita dello Stato sociale. Sia pure su diversi argomenti di giustificazione, l'idea richiama quella ottocentesca di Vivien sopra ricordata (alla nota 33). Tutte queste funzioni amministrative di garanzia primaria, osserva Ferrajoli, non essendo classificabili entro la classica tripartizione settecentesca, si sono di fatto sviluppate alle dipendenze dell'esecutivo sotto l'etichetta di "pubblica amministrazione", ma esse non sarebbero legittimate, come le funzioni di governo, dal criterio della maggioranza, bensì dall'applicazione imparziale della legge e dal loro ruolo di tutela, anche contro la maggioranza, dei diritti fondamentali di tutti. Per questo motivo dovrebbe esserne assicurata l'indipendenza e la separazione dal potere esecutivo.

Tra i molti problemi e le implicazioni di una tale proposta se ne discuteranno di seguito soltanto alcuni.

#### **4. Separazione tra istituzioni di governo e di garanzia in sede amministrativa**

In primo luogo, occorre notare che la tesi della netta separazione tra le istituzioni di governo e quelle di garanzia in sede amministrativa è presentata come il risultato della proposta teorica dei diritti fondamentali in termini di universalità/indivisibilità. La loro sottrazione così al mercato come alla politica comporta che le amministrazioni preposte alla loro soddisfazione dovrebbero essere tanto protette dal primo quanto sottratte all'influenza della seconda. Quello che non torna è che in questo caso Ferrajoli sta sviluppando le implicazioni della definizione teorica di diritto fondamentale nell'ambito del discorso storico-sociologico, che è di tipo empirico-assertivo come si ricorderà. L'implicazione di tenere separata l'amministrazione dalla politica, tuttavia, sembra parte del discorso normativo, o al più di quel tipico modo di ragionare "da giuristi" che porta a dedurre "logicamente" da certe premesse una conseguenza presentata come necessaria. Se quest'ultimo fosse il caso saremmo dinanzi a quel tipo di fallacia che viene indicata come violazione della legge di Hume, ossia il "divieto" di dedurre norme dai fatti. Dal fatto che l'amministrazione si è sviluppata in

---

<sup>40</sup> L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 172.

conseguenza dell’espandersi delle funzioni dello Stato, si ricava la norma che “impone” la sua separazione dalla funzione di governo.

È meglio, allora, semplicemente abbandonare il terreno del discorso descrittivo e riconoscere che si tratta di mettersi d’accordo su quale sia la migliore soluzione per assicurare effettività ai diritti nella consapevolezza che le garanzie secondarie incontrano limiti empirici. Tra gli argomenti normativi, non logico-deduttivi, che si possono impiegare, si può prendere in considerazione il principio secondo il cui i diritti fondamentali dovrebbero essere protetti da decisioni prese a maggioranza. Qui, però, riemerge il problema della vaghezza degli enunciati costituzionali sui diritti, che nella stessa stipulazione della teoria in esame devono essere garantiti da ulteriori norme di attuazione. In concreto, differentemente da come sembra emergere dal resoconto di Ferrajoli, queste “norme di attuazione” non sono solo le leggi in senso formale ma una varietà di atti di indirizzo politico che prendono forme diverse ai vari livelli dei poteri pubblici, da quello europeo al livello locale. Come noto, allo Stato è riservato delinearne i livelli essenziali. Per esempio, in ambito sanitario, i LEA (livelli essenziali di assistenza) sono disposti con un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Con decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto col Ministro dell’economia e delle finanze, sono definiti i LEPS (livelli essenziali delle prestazioni sociali)<sup>41</sup>. Sembra, pertanto, difficile pensare che i diritti fondamentali possano essere “a-politici”, se non nel senso - comunque importante - che devono essere garantiti.

È nell’attuazione dell’indirizzo politico - l’area in cui l’amministrazione pubblica sarebbe un’istituzione di garanzia dei diritti fondamentali - che i residui spazi di discrezionalità possono essere concepiti come non politici. Per non-politici si intende qui non caratterizzati da scelte allocative di interessi. La questione è spesso fonte di confusione tanto terminologica quanto concettuale, perché si tende a usare - soprattutto da parte della giurisprudenza - lo stesso vocabolo, discrezionalità, per designare fenomeni diversi<sup>42</sup>. In particolare, la discrezionalità degli organi burocratici relativa all’attuazione dell’indirizzo politico sembra avere meno a che fare con la “ponderazione di interessi” e più con l’assunzione di giudizi di valore per “riempire” norme imprecise o con l’adozione di misure in senso lato organizzative. Il profilo è ulteriormente complicato dal fatto che questo tipo di discrezionalità non politica può essere definita di tipo tecnico, se si ritiene che vi sia una tecnica o scienza dell’amministrare con sue proprie regole, intese come regole d’esperienza. Le

---

<sup>41</sup> Legge 30 dicembre 2021, n. 134, Legge di Bilancio 2022, Art. 1, commi 159-171. In tema cfr. F. Masci, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del “disability divide”*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2021, 88-35.

<sup>42</sup> Cfr. S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino 2006, pp. 374-399.

regole d'esperienza, di cui le regole tecniche sono una *species*, non hanno forza normativa<sup>43</sup>. Esse sono la ricapitolazione di risultati di esperienze precedenti e di precedenti deliberazioni che si suppone possano ripetersi nel futuro, utili per l'argomentazione pratica in quanto consentono di risparmiare tempo e sforzi, ma sempre superabili da una diversa giustificazione. Può prevedersi, per esempio, che dinanzi a una persona che sia stata ripetutamente condannata per rapina a mano armata, l'autorità di pubblica sicurezza negherà il rinnovo della licenza per il fucile da caccia ritenendola non affidabile, così applicando una regola d'esperienza per formulare il giudizio di valore sull'affidabilità della persona richiesto dalla norma che conferisce il potere<sup>44</sup>.

Alla dimensione della discrezionalità organizzativa pertengono le misure di micro-organizzazione che gli apparati amministrativi sono chiamati a porre in essere proprio per calibrare le prestazioni garantite in astratto dai diritti sulle effettive esigenze degli utenti. Questa dimensione è particolarmente attinente alla tutela dei diritti fondamentali e alla loro «coesistenza e indivisibilità»<sup>45</sup>, in quanto, come è stato argomentato, necessaria a realizzare pienamente le direttive costituzionali secondo cui la persona è simultaneamente portatrice di tutti i diritti fondamentali<sup>46</sup>. Alessandra Pioggia ha di recente utilizzato l'idea di una

---

<sup>43</sup> F. Schauer, *Playing by the rules*, Oxford 1991, trad. it., *Le regole del gioco*, Bologna 2000, p. 173.

<sup>44</sup> Riemerge, a questo riguardo, il problema se questa valutazione sia riservata o meno all'autorità amministrativa. In Italia, proprio sulla base dell'idea di un'«attuazione della legge che si connota per un qualificato apporto valutativo», D. Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, p. 232, ha sostenuto la tendenziale insindacabilità giudiziale di tali valutazioni. Argomenti a sostegno di un orientamento simile si basano sulla riferibilità dell'amministrazione al circuito democratico (C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985, p. 162). All'opposto, vi è chi ritiene che il ricorso a clausole generali o a concetti indeterminati sia diretto ad ampliare lo spazio interpretativo del giudice (A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano 2005, p. 121). Quest'ultimo approccio è quello che sembra caratterizzare i paesi di *civil law*; il Regno Unito e le corti dell'Unione Europea (P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford 2012, pp. 405-8). Ma il “*substitution of judgment*” non è necessariamente il solo *test for review* in altri ordinamenti quali quello statunitense e canadese.

<sup>45</sup> A. Pioggia, *Organizzazione amministrativa e legalità*, in S. Torricelli (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, Napoli 2020, p. 219.

<sup>46</sup> Op. ult. cit., 223-4. Cfr. anche S. Giubboni, A. Pioggia, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2015, pp. 297-317, ove si legge lamenta che «l'assenza della prospettiva dell'individuo nella trama dei diritti sociali ha fatto sì che l'amministrazione soggetto (l'ospedale, la scuola, la struttura residenziale per anziani) si sia spesso sovrapposta alla persona del beneficiario con le sue prestazioni, senza considerare se queste, certamente utili e a lui mancanti, fossero effettivamente e sostanzialmente finalizzate “alla sua liberazione come persona”. In questo quadro chi non si è riconosciuto nella



“razionalità organizzativa” intrinseca alla pubblica amministrazione<sup>47</sup> come spazio “autonomo”, «margine decisionale lasciato all’organizzazione mano a mano che si scende verso gli aspetti interni e operativi... essenziale per consentire all’amministrazione di tenere conto delle specificità dell’individuo con cui entra in relazione... Se questo è evidente soprattutto in occasione dell’erogazione delle prestazioni che realizzano i diritti sociali, funzionali proprio alla rimozione degli ostacoli che impedirebbero quello sviluppo individuale, vale tuttavia in ogni occasione in cui l’amministrazione entra in relazione con gli individui e, in questo senso, deve orientare tutti i rapporti»<sup>48</sup>. Anche questo è uno spazio ove, per ragioni fattuali, l’intervento giudiziale è limitato e la dimensione della indivisibilità (nel senso della menzionata pienezza) si gioca interamente sul piano della relazione tra organizzazione e utenti.

In questo approccio, il riferimento agli utenti non riguarda, come appena visto, solo le funzioni prestazionali, ma si estende all’intera burocrazia intesa come servizio. Esso si ispira alla proposta di Domenico Sorace di individuare una nuova area del servizio pubblico - accanto a quelle tradizionali dei servizi economici e sociali - chiamata “servizio burocratico”. Questa si fonda sul riconoscimento di diritti strumentali degli utenti nei confronti degli apparati amministrativi in grado di influire sul modo come i “diritti sostanziali” sono curati<sup>49</sup>. I compiti del responsabile del procedimento, i termini entro cui assumere i provvedimenti, la digitalizzazione, gli sportelli unici, gli obblighi di informazione concorrono a definire la posizione dell’utente nei confronti della burocrazia posta al suo servizio. Si può anche ricondurre questa posizione a un autonomo diritto fondamentale alla buona amministrazione ai sensi dell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

Proprio le limitazioni fattuali che incontra la tutela giurisdizionale di diritti che si risolvono nella suddetta “razionalità organizzativa” inducono i legislatori a

---

medietà ha rischiato di vedersi relegato nel ruolo di antagonista di quel bene che soddisfa i più» (p. 311).

<sup>47</sup> Questa espressione può destare qualche perplessità, poiché la razionalità organizzativa della burocrazia è concetto particolarmente contestato e spesso legato proprio alla spersonalizzazione in una lunga tradizione che risale a Max Weber. Cfr., per esempio, B. Townley, *Reason’s Neglect: Rationality and Organizing*, Oxford 2008, in particolare cap. III, *Bureaucratic rationality*. Anche qui è però sufficiente comprendere che il discorso appartiene all’orizzonte normativo, non descrittivo. Quello che Alessandra Pioggia sta facendo è sostenere che i principi costituzionali obbligano l’amministrazione a adottare misure adeguate a conferire centralità alle persone, che metaforicamente chiama “razionalità organizzativa”.

<sup>48</sup> A. Pioggia, *Organizzazione amministrativa e legalità*, cit., pp. 223-4.

<sup>49</sup> D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2021, pp. 139-144.

prevedere rimedi specifici non individuali<sup>50</sup>. La tutela giurisdizionale dei “servizi burocratici” - l’obbligo di organizzarsi per operare in modo efficace ed efficiente - è fatta oggetto nell’ordinamento italiano di una sorta di *class action*, la cosiddetta azione per l’efficienza di cui d.lgs. n. 198/2009. In virtù di essa i titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono rivolgersi al giudice amministrativo per chiedere che vengano rimosse situazioni che dipendono da disfunzioni sistematiche dell’organizzazione e dell’azione amministrativa dipendenti dall’aver omesso di emanare standard qualitativi o averli violati<sup>51</sup>. Il più grosso limite di questi rimedi, sinora rimasti sulla carta, è che il giudice può ordinare alla pubblica amministrazione misure solo nell’ambito delle risorse strumentali, finanziarie e umane già assegnate in via ordinaria, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

È sembrato opportuno soffermarsi su alcune possibili caratteristiche di questa attività di attuazione dell’indirizzo politico (anche in quanto garanzia dei diritti fondamentali) che spetterebbe a organi burocratici concepiti come “istituzioni di garanzia” separati dalle istituzioni di governo. Tali osservazioni servono altresì a meglio intendere la questione che si vuole ora inquadrare. Ci chiediamo quali siano le conseguenze di regime giuridico derivanti dall’adottare il concetto dell’amministrazione come istituzione di garanzia separata dal governo. Appare plausibile assumere che esse debbano riguardare un sostanziale avvicinamento dell’amministrazione alla giurisdizione. A questo riguardo, ci si può domandare sia se tale avvicinamento sia riscontrabile nel diritto positivo<sup>52</sup> e sia se esso sia effettivamente desiderabile alla luce delle premesse assiologiche che ruotano attorno all’effettività dei diritti fondamentali. L’esame della questione sarà limitato a una breve discussione di due dei principi istituzionali più dibattuti: l’indipendenza e le garanzie procedurali.

Partendo dal secondo, in merito all’attività, l’idea dell’amministrazione come istituzione di garanzia chiama in causa il diritto al contraddittorio. In altre parole, tale concezione sembra giocare a favore della tesi del fondamento costituzionale del contraddittorio procedimentale fondata su una interpretazione

---

<sup>50</sup> Ferma restando l’azione nei confronti dell’inadempimento per l’accertamento dell’obbligo dell’amministrazione di provvedere di cui all’art. 31.1 del Codice del processo amministrativo. L’azione giurisdizionale ai sensi dell’art. 116 del Codice del processo amministrativo in materia di accesso può essere considerata, a sua volta, una sorta di azione popolare. Essa è a garanzia dell’accesso civico a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni previsto dall’art. 5 del Dlgs n. 33/2013, in capo a “chiunque”, «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali».

<sup>51</sup> In tema, cfr. C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini 2012, pp. 300 ss., che sostiene il carattere di giurisdizione soggettiva (e non oggettiva) di tale rimedio.

<sup>52</sup> In caso contrario avremmo una lacuna strutturale secondo il linguaggio di Ferrajoli.

dell'art. 97 Cost. che rimandi a una concezione procedurale della giustizia<sup>53</sup>. Al di là del fondamento costituzionale, sul piano operativo una partecipazione ispirata al principio del contraddittorio processuale dovrebbe rendere effettiva quell'idea dell'amministrazione come “parte imparziale” che comporta parità sullo stesso piano, in termini di conoscenza del “fascicolo” e di poteri di incidere sulla formazione del *thema decidendum*, degli altri soggetti coinvolti. Se si considera la scarsa disciplina della legge n. 241/1990, non si può dire che la partecipazione procedimentale si ispiri a questa logica<sup>54</sup>. D'altra parte, le obiezioni all'introduzione di un contraddittorio effettivo nel procedimento amministrativo sono note e plausibili. Il cosiddetto sovraccarico procedimentale<sup>55</sup> è difficilmente compatibile con le prestazioni che l'amministrazione è tenuta a fornire in quanto servizio burocratico. Si potrebbe, allora, sostenere che tale sovraccarico sia accettabile quando l'azione amministrativa abbia a che fare con diritti fondamentali sostanziali. Difficile, peraltro, dire cosa questo possa significare in concreto. Si pensi, per esempio, ai provvedimenti in materia di pubblica sicurezza che incidono sulle libertà personali e che molto spesso devono essere emanati in via d'urgenza o a “sorpresa”.

Vi è, soprattutto, un problema più generale. Vale a dire che nella maggior parte dei casi l'effettiva garanzia dei diritti fondamentali, specialmente di quelli sociali o diffusi (come l'ambiente e la biodiversità), dipende dalle scelte che si compiono in sede di indirizzo politico, in altre parole dalla definizione delle politiche pubbliche soprattutto a livello locale. È qui che i processi partecipativi possono risultare incisivi sul modo di determinare il contenuto concreto dei diritti<sup>56</sup>. Si pensi, per fare solo un esempio, alla pratica del “bilancio partecipativo” in riferimento all'allocazione delle risorse da destinare all'assistenza sociale<sup>57</sup>. In questi casi le modalità della partecipazione assumono

---

<sup>53</sup> A. Cardone, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezione dell'idea di giustizia*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2009, pp. 321-276.

<sup>54</sup> In tema, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002. Per una sintesi, M. De Benedetto, *Partecipazione [dir. amm.]*, in *Treccani-Diritto on line* 2015 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/partecipazione-dir-amm\\_%28Diritto-online%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/partecipazione-dir-amm_%28Diritto-online%29/)).

<sup>55</sup> E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini 1983, p. 3.

<sup>56</sup> Cfr. D. Jacobs, W. Kaufmann, *The right kind of participation? The effect of a deliberative mini-public on the perceived legitimacy of public decision-making*, in *Public Management Review*, 2021, 23, pp. 91-111.

<sup>57</sup> Cfr., per esempio, il *Budget participatif* della Città di Parigi, <https://budgetparticipatif.paris.fr/bp/jsp/site/Portal.jsp?page=search->

caratteri diversi da quelle tipiche del processo, pur restando validi alcuni principi di fondo delle decisioni in contraddittorio, come la messa in comune delle conoscenze tra le parti.

In definitiva, da un lato, la collocazione della pubblica amministrazione tra le "istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali" non sembra comportare conseguenze particolarmente significative in termini di contraddittorio nei processi decisionali, dall'altro lato resta dubbio che sia desiderabile adottare un contraddittorio di tipo processualistico nell'ambito dell'attività burocratica pubblica.

Il secondo aspetto, l'indipendenza, concerne il modello di attuazione nell'ordinamento italiano del principio di imparzialità degli uffici<sup>58</sup>. L'originale soluzione italiana è quella della distinzione tra organi di carattere politico, gli organi di governo, e organi, di carattere amministrativo. A questi ultimi, che non sono altri che i dirigenti degli uffici, sono riservate tutte le attività che la legge definisce "di gestione", vale a dire tutte quelle non hanno un contenuto di indirizzo politico e che consistono in atti che definiscono rapporti giuridici individuali con i cittadini<sup>59</sup>. Come è stato scritto, si ha in questo modo un completo ribaltamento del modello "a responsabilità ministeriale"<sup>60</sup>. Nella letteratura prevale la formula "distinzione" tra politica e amministrazione, anche se non manca chi parla di separazione. L'idea dell'amministrazione come istituzione di garanzia dei diritti fondamentali milita a favore di quest'ultima accezione e della ricostruzione della posizione del dirigente pubblico in termini di indipendenza soggettiva<sup>61</sup>. In questo caso, quindi, la proposta teorica da cui abbiamo preso le

---

solr&conf=list\_idees&fq=campagne\_text:H&sort\_name=1789633263002801847\_random&sort\_order=asc.

<sup>58</sup> Il riferimento è qui al requisito dell'indipendenza soggettiva perché è quella implicata dalla separazione tra funzioni di governo e istituzioni di garanzia da cui si è partiti. Non va dimenticato che vi è anche una dimensione della garanzia organizzativa dell'esercizio imparziale delle funzioni riguardante l'elemento oggettivo, cioè la distribuzione delle funzioni tra gli uffici pubblici cui si è già accennato in precedenza (cfr. F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, 57-99).

<sup>59</sup> L'art. 4 del TULPA (Decreto legislativo 165/2001) menziona «gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno», ma si tratta di formula imprecisa, poiché vi sono diversi provvedimenti a carattere generale che restano di competenza di organi di governo e che "impegnano verso l'esterno", hanno effetti giuridici in altre parole. Si pensi ai piani regolatori urbanistici.

<sup>60</sup> F. Merloni, op. cit., p. 77.

<sup>61</sup> B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini 2012, secondo cui la condizione di indipendenza del dirigente è «criterio atto a bilanciare tra le loro le esigenze (da una parte) di gestione efficiente delle professionalità dirigenziali nonché di effettività



mosse costituisce argomento che rinforza la tendenza che l'ordinamento italiano ha intrapreso verso un deciso contenimento dei casi di nomine su base fiduciaria dei dirigenti ai soli casi in cui questi siano in qualche modo chiamati a collaborare all'elaborazione dell'indirizzo politico<sup>62</sup>. La tesi della separazione può incontrare inconvenienti che sono stati indicati in modo convincente in uno studio recente<sup>63</sup>. Partendo dalla considerazione che dalla Costituzione può desumersi l'esigenza di coniugare l'indipendenza dell'amministrazione dal governo con la responsabilità politica di quest'ultimo riguardo ai risultati che l'amministrazione deve perseguire, si revoca in dubbio che il modello della separazione sia in grado di assicurare il controllo democratico sull'amministrazione. In particolare, il modello sembra entrare in crisi quando l'indirizzo politico non sia formulato in termini tali da circoscrivere in modo adeguato o sufficiente al perseguimento dell'interesse pubblico (nel nostro caso della garanzia dei diritti fondamentali) l'azione degli apparati amministrativi.

Incontriamo, pertanto, un problema analogo al precedente: l'ambito di rilevanza della garanzia dei diritti fondamentali si colloca spesso<sup>64</sup> nell'area dell'indirizzo politico piuttosto che in quella dei compiti burocratici.

In definitiva, non è chiaro quali benefici concreti comporti la raccomandazione di assicurare l'indipendenza e la separazione dell'amministrazione dal potere esecutivo.

## 5. Meglio “dividere” i diritti sociali dagli altri diritti dopo tutto?

L'idea della indivisibilità (come universalità) ha consentito di delineare e discutere l'idea di un'amministrazione sganciata dalla politica votata alla garanzia dei diritti fondamentali. Abbiamo visto però che, specialmente se si considerano i diritti sociali, la separazione è relativa. La politica non può essere tagliata fuori dalla concreta determinazione del contenuto dei diritti. A questo proposito ci si può domandare se questa permanenza della politica non costituisca il fattore distintivo dei diritti sociali. In altri termini, se i diritti sociali fondamentali “universali” sono sottratti alla politica, il rischio è che si riducano, come in effetti scrive Ferrajoli, a un diritto alla «sopravvivenza contro la legge di chi è più forte

---

dell'indirizzo politico amministrativo, e (dall'altra) di riserva di compiti di amministrazione concreta (e di gestione) in capo agli organi dirigenziali» (pp. 234-5).

<sup>62</sup> E. N. Fragale, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Rimini 2020, pp. 260-80.

<sup>63</sup> Op. ult. cit., p. 403 ss.

<sup>64</sup> Non sempre. Si pensi alle suddette decisioni di micro-organizzazione.

socialmente ed economicamente»<sup>65</sup>. Questo tipo di approccio finisce per assomigliare a quelli che fondano i diritti sociali su un obbligo universale reciproco tra le persone di assistere i bisognosi desunto dal principio della dignità umana. L'idea di un dovere di assistenza correlativo al diritto a essere assistiti in caso di bisogno induce i suoi fautori a concepire lo Stato come sostituto degli individui che sopportano l'obbligazione primaria<sup>66</sup>. Questa costruzione porta a configurare un ruolo minimalista delle istituzioni pubbliche. Entro questa concezione, esse agiscono in base al criterio “dei costi non comparabili”<sup>67</sup>, che, a sua volta, presuppone «che condizione necessaria per il dovere di assistenza è che la persona da assistere non sia in grado di aiutarsi da sola»<sup>68</sup>. Questo approccio vede l'economia di mercato come il mezzo ordinario per la prosperità sociale ed è diffidente nei confronti delle politiche sociali che promuovono la giustizia sociale per i loro possibili «effetti negativi sull'economia»<sup>69</sup>.

Il dubbio, pertanto, è che se si concepiscono i diritti sociali come dispositivi di protezione sociale per controbilanciare e possibilmente modificare i processi di mercificazione e sfruttamento, prodotti dall'economia di mercato capitalista, la loro universalizzazione e assimilazione ai diritti fondamentali che garantiscono libertà possa impoverire tale elemento di giustizia redistributiva<sup>70</sup>.

Questo genere di preoccupazioni è stato espresso in termini radicali da Fernando Atria mettendo in discussione la stessa operazione di elevazione delle prestazioni dello stato sociale a diritti soggettivi<sup>71</sup>. In questo caso, vale a dire, “oltre le corti” diviene una tesi normativa relativa alla necessità di abbandonare l'assimilazione dei diritti sociali al modello dei diritti individuali liberali.

Atria sostiene che il potenziale radicale dei diritti sociali (o positivi) è indebolito quando questi sono (mal)intesi come diversi dai diritti individuali (o negativi) solo nel loro contenuto specifico e non nel loro carattere fondamentale. A suo avviso, c'è una differenza che riguarda il loro rispettivo contenuto e la loro “struttura profonda”. Questa differenza, di carattere politico, va ricondotta alla critica marxista dei diritti individuali (naturali) in quanto indifferenti alla cooperazione e riflettenti l'egoismo degli individui nella società borghese.

<sup>65</sup> L. Ferraioli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 160.

<sup>66</sup> K. Steigleder, *Human dignity and social welfare*, in M. Düwell e altri (a cura di) *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge 2014, p. 474.

<sup>67</sup> A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago 1978, p. 218.

<sup>68</sup> K. Steigleder, op. loc. cit.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Cfr. S. Civitarese Matteucci, G. Repetto, *The expressive function of human dignity: A pragmatic approach to social rights claims*, in *European Journal of Social Security*, 23, 2021, pp. 120-143.

<sup>71</sup> F. Atria, *Social Rights, Social Contract, Socialism*, in *Social & Legal Studies*, 24, 2015, pp. 598-613.

Secondo l'autore le forme tradizionali del “diritto borghese” non possono contenere i diritti sociali. Questo può proteggere i diritti sociali attraverso le sue forme tradizionali di protezione legale, ma così facendo, li trasforma inevitabilmente in diritti individuali. In altre parole, il costo della sussunzione dei diritti sociali nel diritto borghese è di desocializzarli.

Il profilo che differenzia profondamente la tesi di Atria da quella universalista di Ferrajoli è il seguente. Secondo Atria la differenza strutturale tra diritti individuali e diritti sociali consiste nel fatto che specificare l’“aspetto attivo” dei diritti individuali (libertà negativa), implica specificare il loro “aspetto passivo” (in termini hohfeldiani, il loro opposto giuridico, il loro obbligo). Per esempio, il diritto alla vita implica direttamente precisare l’azione doverosa per il soggetto passivo (astenersi dall’uccidere) - nonché il portatore del dovere (tutti). In questo caso, le condizioni per rendere effettivo il diritto sono esterne al rapporto giuridico, riguardano la sua effettività.

Nel caso dei diritti sociali, invece, la specificazione del loro aspetto attivo non specifica a sufficienza il loro contenuto passivo, cioè l’obbligo correlativo. Occorre un “fondamento” che non può consistere nel solo interesse del titolare del diritto. Vi è uno iato da colmare e in proposito si possono seguire due strade. Una è la visione, in cui rientrano concezioni come quella suddetta dei “costi non comparabili”, contrattualistica (nel senso di presociale) dei diritti sociali, in cui i diritti sociali diventano una mera protezione contro la povertà estrema, e fondano non servizi pubblici universali ma programmi rigorosamente mirati<sup>72</sup>. L'altra, che Atria ascrive al famoso articolo *Cittadinanza e classe sociale* di Marshall<sup>73</sup>, vede i diritti sociali come la sostanza della cittadinanza derivanti dagli obblighi reciproci e cooperativi che i membri delle comunità umane hanno di accrescere alcuni aspetti del benessere collettivo.

Non è possibile in questa sede fare giustizia al lavoro di Atria, cui è seguito un intenso dibattito<sup>74</sup>. Una possibile obiezione alla sua tesi è che invece di vedere i diritti sociali come una sorta di deviazione anomala dalla concezione standard dei diritti, potremmo usarli per ripensare quale dovrebbe essere quella

---

<sup>72</sup> Quando Ferrajoli assume il punto di vista assiologico, egli osserva che i diritti fondamentali sono le «leggi del più debole» in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza. L’indivisibilità è esplicitamente declinata: «il diritto alla vita, contro la legge di chi è più forte fisicamente; i diritti di immunità e di libertà, contro la legge di chi è più forte politicamente; i diritti sociali, come diritti alla sopravvivenza contro la legge di chi è più forte socialmente ed economicamente» (L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 160).

<sup>73</sup> T. Marshall, *Citizenship and Social Class*, London 1992 (ed. orig. 1950).

<sup>74</sup> Cfr. F. Ferraro, *The social dimension of fundamental rights in times of crisis*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (a cura di), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, Abingdon 2017, pp. 196-212, con ulteriori riferimenti alla letteratura.

concezione standard, considerando che tutti i diritti sono il prodotto di un’istituzione sociale (il diritto) che dipende da determinate condizioni sociali di esistenza, tra cui la cooperazione.

In ogni caso, quanto al nostro tema, l’affermazione più forte di Atria è che rendendo i diritti sociali suscettibili di essere fatti valere in giudizio, la loro anomalia si perde, e diventano diritti dell’ “uomo isolato” alla tutela minima della propria salute o istruzione. Il diritto all’assistenza sanitaria, a esempio, cessa di essere un diritto a un sistema che fornisca assistenza sanitaria in base ai bisogni piuttosto che alla capacità di pagare e diviene un diritto alla cura delle proprie esigenze mediche anche quando il costo del trattamento è irragionevolmente elevato, e di conseguenza, indifferente al bisogno degli altri. Anche condividendo l’elemento centrale della proposta di Atria sulla natura non individualista dei diritti sociali, non è detto che si debba negare ogni spazio alla giurisdizione. Sempre tenendo da parte la posizione peculiare delle corti costituzionali, si pensi alle prime ricordate azioni “di classe”.

Al di là di ciò, la prospettiva degli obblighi reciproci e cooperativi di cittadinanza richiede di prestare particolare attenzione ai processi di organizzazione dei diritti sociali che si traducono nell’apertura a spazi di conflitto sull’organizzazione delle prestazioni e confermano la suddetta (paragrafo precedente) importanza della partecipazione più nella fase di formazione delle politiche che in quella della loro esecuzione in sede burocratica. Come è stato osservato di recente, in un contributo che riprende l’elaborazione teorica di Atria, se si riconosce che i diritti sociali sono parte integrante degli assetti di produzione sociale, il ruolo dei soggetti collettivi (delle forze sociali) ne costituisce elemento imprescindibile e questo può trovare spazio essenzialmente nell’organizzazione dei servizi sociali - particolarmente nella dimensione locale - piuttosto che nella tutela giurisdizionale individuale<sup>75</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** This essay aims to provoke some thoughts on the role of public administration in fundamental rights guarantee beyond that provided by the courts. Starting from the assumption that protecting rights requires a holistic approach on the part of the public power, an effort is made to highlight the imports of this idea on administrative organisation theory. The thesis of fundamental rights as indivisible and universal seems to bring about two

---

<sup>75</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 1, 2022, in pubb.



Stefano Civitarese Matteucci

*Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti “oltre le corti”*

consequences: fundamental rights are shielded from political bargaining, and bureaucracy is conceptualised as an independent institution tailored to guarantee the implementation of fundamental rights. Upon clarifying the critical points linked to this approach, the article discusses some downsides and limits of such an account of the idea of rights indivisibility. The risk of neglecting the collective and pluralist dimensions of social rights is a particular concern.

**KEYWORDS:** fundamental rights, administrative organisation; judicial protection; social rights; political power.

\*\*\*

**Stefano Civitarese Matteucci** - Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Chieti-Pescara (stefano.civitarese@unich.it).