

COMUNITÀ LOCALI, SERVIZI SOCIALI E DIRITTI: UNA PROSPETTIVA TEORICA

di *Monica Raiteri**

*I work all night, I work all day
to pay the bills I have to pay
ain't it sad
and still there never seems to be
a single penny left for me
that's too bad
in my dreams I have a plan
if I got me a wealthy man
I wouldn't have to work at all
I'd fool around and have a ball*
Abba, *Money, money, money* (1976)

SOMMARIO: 1. Le politiche sociali nel contesto della separazione tra i poteri. – 2. Quale logica per le politiche sociali? – 3. Il carattere pubblico della funzione assistenziale nei modelli di "Stato". – 4. Giustiziabilità e garanzie per i diritti di *welfare*. – 5. La stabilità delle relazioni sociali tra comunità locali e modelli di rete.

1. Le politiche sociali nel contesto della separazione tra i poteri

Le politiche sociali costituiscono un ambito privilegiato di analisi di alcune tematiche di più ampia portata che caratterizzano l'implementazione delle politiche pubbliche: in primo luogo la struttura delle norme giuridiche mediante le quali si enunciano tali politiche in rap-

* *Professore ordinario di Sociologia giuridica e della devianza nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata; Presidente delle classi unificate di Scienze del servizio sociale e Programmazione e gestione dei servizi sociali.*

porto ai costi della loro applicazione. Ciò significa collocare le politiche sociali in un contesto entro il quale il tradizionale principio della separazione tra i poteri subisce una definitiva trasformazione a seguito del rapporto che si instaura tra il legislatore e gli apparati amministrativi, incentrato su una delegazione “strutturata” del potere di produrre norme giuridiche. Tale strutturazione si identifica con l’assoggettamento ad una molteplicità di controlli, il più rilevante dei quali, almeno negli ordinamenti e nella misura in cui è *concretamente* attivabile (come si esaminerà in dettaglio *infra*, § 4), è il controllo giurisdizionale dell’azione amministrativa.

Quello appena descritto è l’impianto che, almeno in linea teorica, caratterizza la dimensione giuridica del *welfare*: infatti, come osserva Reich, «Welfare is surrounded by the processes of administrative procedure»¹, benché la sua tradizione – che orientativamente giunge fino al *Social Security Act*, mediante il quale si afferma l’idea del “diritto” all’assistenza pubblica e delle relative garanzie – sia fondata su una concezione del *welfare* come espressione di benevolenza da parte dello Stato, conseguentemente soggetta a qualsiasi condizione – e quindi anche a forme di controllo sociale nei confronti dei destinatari – quest’ultimo ritenga opportuno imporre. Inoltre, a causa dell’impatto individualizzato che tale diritto produce sui fruitori delle misure di *welfare*, per lo più appartenenti a categorie economicamente e culturalmente deboli – «[T]hey lack the means and knowledge to litigate constitutional questions» – i diritti sociali risultano sostanzialmente privi di una elaborazione giurisprudenziale. La principale conseguenza è la cristallizzazione di procedure di allocazione delle risorse che, per quanto eterogenee, risultano accreditate dalla sedimentazione di incontestate interpretazioni della normativa da parte degli operatori².

Attraverso le modalità di formulazione dell’enunciato normativo il legislatore può, di fatto, riservarsi un pregnante controllo sull’esercizio del potere di produrre *norme* giuridiche³ delegato all’amministrazione, sull’individuazione dei criteri allocativi e sulle relative garanzie di tra-

¹ C.A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, in «Yale Law Journal», 74, 1965, pp. 1245-1257, p. 1246.

² C.A. Reich, *Midnight Welfare Searches and the Social Security Act*, in «Yale Law Journal», 72, 1963, pp. 1347-1360, pp. 1355 e 1356.

³ Nell’accezione tarelliana secondo cui le norme giuridiche sono il risultato (non necessariamente univoco) dell’interpretazione di enunciati normativi.

sparenza e partecipazione. Si tratta di una forma di controllo che incide negativamente sui costi dell'implementazione delle politiche ma che è comunque necessaria perché il legislatore avrebbe difficoltà a prevedere minuziosamente la fase di applicazione delle misure regolative a causa della eccessiva, e ben nota, conflittualità del processo legislativo. La principale conseguenza di tale delegazione è il trasferimento di una parte cospicua del *law-making* sull'azione amministrativa, mediante una concatenazione di decisioni che configurano la fase di implementazione delle politiche, la cui legittimità è, in ultima analisi, garantita mediante il controllo giurisdizionale.

Dalle molteplici riformulazioni del principio della separazione tra i poteri che si sono avvicinate nei diversi contesti politici e culturali emerge una configurazione alquanto mutevole dei rapporti tra il legislatore, l'amministrazione e il potere giudiziario, ma anche un tratto di continuità tra le diverse esperienze: il controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'azione amministrativa si pone infatti come una delle condizioni della separazione tra i poteri (nelle numerose interpretazioni di tale principio)⁴ poiché consente di graduare l'incisività dell'intervento dei giudici nei processi di implementazione delle politiche.

Il potere giudiziario appare infatti un elemento di equilibrio nei rapporti tra il legislatore e l'amministrazione e, conseguentemente, come è già stato osservato, di riduzione del possibile eccesso di discrezionalità nell'esercizio del potere delegato di produrre norme giuridiche⁵ anziché

⁴ Nella prospettiva politologica l'intervento del potere giudiziario nel processo di elaborazione delle politiche pubbliche si giustifica sulla base della «competenza istituzionale»: si veda J.B. Grossman, *The Supreme Court's Third Century: Legitimacy, Bureaucracy and Institutional Change*, in «Law and Social Inquiry», 14, 1989, pp. 187-206. G.L. McDowell, *The Constitution and Contemporary Constitutional Theory*, Center for Judicial Studies, Cumberland, VA, 1985 riconduce tale competenza alla teoria costituzionale dei Padri Fondatori e alla riformulazione del principio del *limited government*, inteso come *self-limiting government* fondato sul consenso e successivamente rielaborato attraverso una concezione politicamente neutrale del giudiziario che consente a quest'ultimo di ridisegnare i confini del sistema politico. Il tema è trattato più diffusamente anche in M. Raiteri, *Ipotesi sul ruolo dell'opinione pubblica alle origini dei processi regolativi: teorie e interpretazioni costituzionali nella vicenda americana degli 'economic rights'*, in «Giornale di storia costituzionale», 2003/6, pp. 73-93. Si veda infine M. Baker, *The Sound of Congressional Silence: Judicial Distortion of the Legislative-Executive Balance of Power*, in «Brigham Young University Law Review», 2009, Issue 1, pp. 225-251.

⁵ D.R. Mandelker, *Judicial Review in General Assistance*, in «Journal of Public Law», 6, 1957, pp. 100-122. Almeno a partire dagli anni Quaranta del Novecento tale

un controllore dell'applicazione di garanzie costituzionali, in primo luogo il *due process*, o comunque di formule ispirate al "giusto processo", o latamente riconducibili a tale principio⁶.

In definitiva si tratta di un impianto che esclude la neutralità dei processi allocativi in quanto si moltiplicano le opportunità di massimizzazione (vincolata) delle utilità attese di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento⁷.

funzione è stata concepita come una forma specializzata di *judicial review* dell'azione amministrativa: H.H. Margolies, *Judicial Review of Public Assistance Determinations*, in «Indiana Law Journal», 16, 1941, pp. 486-493. Si veda inoltre C.A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, cit., p. 1251: "La questione ... riguarda i criteri di eleggibilità applicati dalle diverse agenzie che hanno il potere di elaborare decisioni. La maggiore difficoltà è che in molti casi le leggi non stabiliscono alcun criterio, e i criteri attualmente utilizzati dagli operatori non sono facilmente individuabili". Traduzione mia. Da ultimo si vedano: S.A. Keller, *Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking*, in «Washington Law Review», 84-3, 2009, pp. 419-489; R.W. Garnett, *Judicial Review, Local Values, and Pluralism*, in «Harvard Journal of Law and Public Policy», 32-1, 2009, pp. 5-16; D.A. Strauss, *The Modernizing Mission of Judicial Review*, in «The University of Chicago Law Review», 76-2, 2009, pp. 859-907; C. Farrelly, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, in «Social Theory and Practice», 35-2, 2009, pp. 327-331; A.L. Wax, *Norm Change or Judicial Decree? The Courts, The Public, and Welfare Reform*, in «Harvard Journal of Law and Public Policy», 32-1, 2009, pp. 45-64.

⁶ Sulla nozione di *due process* si vedano, tra gli altri, D.G. Smith, *The Politics of Separation: Review of Philip Hamburger's "Separation of Church and State"*, in «U.C. Davis Law Review», 36, 2003, pp. 967-991 e D.A. Strauss, *The Modernizing Mission of Judicial Review*, cit.

⁷ Nella relazione tra politico e amministratore interpretata come un gioco di duopolio à la Stackelberg, ossia come una relazione tra il committente (lo Stato) e il fornitore del servizio (l'amministrazione), il *leader* è, di volta in volta, il soggetto che detiene (asimmetricamente, in una situazione di "fallimento" del mercato) l'informazione relativa alla funzione dell'altro soggetto (rispettivamente di costo di produzione da parte dell'amministrazione, se il *leader* è il politico, o di domanda del servizio, se il *leader* è il funzionario pubblico) e che massimizza la sua funzione (rispettivamente di domanda o di costo di produzione, a secondo che il vincolo sia di costo o di domanda) alla luce dell'informazione che riguarda la parte avversa, che gli è nota. I presupposti di questo approccio analitico, noto come modello di Downs-Niskanen-Williamson, sono analoghi a quelli del modello di McCubbins, Noll e Weingast: il sistema di preferenze dei funzionari, che esprime anche obiettivi propri dell'amministrazione, è diverso da quello dei politici, il cui obiettivo prioritario è la rielezione, e tra i due soggetti vi è asimmetria informativa, esaminata da G.J. Miller, T.M. Moe, *Bureaucrats, Legislators and the Size of Government*, in «American Political Science Review», 77-2, 1983, pp. 297-322. Nel modello Niskanen-Williamson i funzionari pubblici sono produttori di servizi in regime di monopolio; lo Stato

La relazione tra poteri ed assetti istituzionali viene pertanto (ri)definita attraverso sequenze procedurali che caratterizzano il processo regolativo, inteso come l'insieme delle procedure, degli attori e degli strumenti preposti alla produzione delle politiche. L'analisi delle strutture procedimentali che costituiscono tale processo sposta tuttavia l'attenzione sull'aspetto dell'*efficacia* dell'implementazione delle politiche⁸, lasciando al contempo sullo sfondo il carattere normativo e i valori specifici di ciascuna *policy*.

Il diritto *procedurale* implica l'adozione di meccanismi *indiretti* di regolazione dell'azione sociale e dell'organizzazione dei poteri e delle competenze istituzionali: al tradizionale controllo esterno – esercitato su una istituzione da parte di altre istituzioni – si sostituisce un controllo sulla formazione della decisione *interno* al procedimento⁹ ed incentrato sulle modalità con cui la partecipazione dei (potenziali) destinatari espande o, viceversa, seleziona alternative di azione, eliminandone progressivamente alcune e circoscrivendo in tal modo la discrezionalità dei decisori.

Anche la corrente sociologica del *new proceduralism* ha recentemente posto l'accento sulle strutture procedimentali del processo deliberativo caratterizzato dalla "partecipazione", differenziando tale concetto dal significato giuridico e ricollegandolo ai diversi modelli di democrazia. La tesi principale sostenuta dai suoi esponenti è che il diritto non disciplina in modo diretto il comportamento sociale, ma si limita a ordinare l'organizzazione, le procedure e la distribuzione delle competenze istituzionali. L'estensione della discrezionalità dell'azione amministrativa appare così inversamente proporzionale alla rilevanza del diritto perché nella produzione delle politiche la tendenza è quella di una sottoutilizzazione delle forme giuridiche (che presuppongono l'implementazione) che favorisce l'uso degli strumenti (non necessariamente giuridico-normativi) di pianificazione.

non paga i "prodotti" dell'amministrazione a prezzi unitari, ma li acquista in "blocco" mediante lo stanziamento di quote del gettito fiscale. Infine i funzionari monopolizzano – e soprattutto *non rivelano* – l'informazione relativa ai costi effettivi di produzione dell'*output* richiesto dallo Stato, il che espande la dimensione del settore pubblico al di là del livello pareto-ottimale.

⁸ H.W. Jones, *The Rule of Law and the Welfare State*, in «Columbia Law Review», 58, 1958, pp. 143-156, pp. 151-52 esamina la possibilità di circoscrivere l'elemento discrezionale della decisione senza condizionare negativamente l'efficacia del diritto come strumento delle politiche pubbliche.

⁹ H.W. Jones, *The Rule of Law and the Welfare State*, cit., p. 152.

Tale prospettiva è declinata anche in una versione “debole”, fondata su una teoria liberale della democrazia secondo cui la decisione condivisa dalla maggioranza esprime le preferenze individuali in forma aggregata: si tratta di un noto paradigma delle scelte collettive di derivazione utilitaristica secondo cui la decisione della maggioranza realizza nel modo migliore (*best*) gli interessi del “massimo numero” di appartenenti alla comunità¹⁰.

Nella versione “forte” la prospettiva del diritto procedurale assume invece una teoria deliberativa della democrazia, ossia una visione “frammentata” dello Stato compatibile con un pluralismo poliarchico i cui elementi non sono necessariamente collegati ad uno specifico *design* istituzionale.

Le politiche rappresentano gli esiti di processi decisionali in cui i decisori, intesi come individui razionali che, secondo l’approccio “costituzionalistico-politologico” alla regolazione, o *Constitutional Economics*, che adatta al comportamento politico il postulato neoclassico della massimizzazione dell’utilità attesa su cui si fonda la teoria della razionalità limitata, massimizzano le loro funzioni di utilità espresse mediante il voto e la formazione di coalizioni.

Nella chiave di lettura dei rapporti tra processo legislativo, apparati amministrativi e controllo giurisdizionale si instaura in tal modo una relazione tra “produttori” e “consumatori” di politiche pubbliche individuati, rispettivamente, nei *policy makers* a livello locale e nei destinatari delle politiche. Tale relazione dovrà essere interpretata alla luce di garanzie costituzionali assimilabili al *due process* del sistema costituzionale americano¹¹ e al contempo più estese, in cui si fondono equità, giustizia distributiva, *distinctiveness* e *accountability*¹², e rispetto alle quali il diritto

¹⁰ R. Shackleton, *The Greatest Happiness of the Greatest Number: the History of Bentham's Phrase*, originariamente pubblicato in «Studies on Voltaire», 90, 1972, pp. 1461-1482 e, più di recente, J.H. Burns, *Happiness and Utility: Jeremy Bentham's Equation*, in «Utilitas», 17, 2005, pp. 46-61.

¹¹ Su cui si vedano W.M. Evan, *Due process of law e organizzazione formale*, in «Quaderni di sociologia», 1965, pp. 284-304 e, per una descrizione del carattere originariamente procedurale di tale *constitutional provision*, D.G. Smith, *The Politics of Separation*, cit., pp. 981-984.

¹² C. Ludowise, *Accountability in Social Service Contracting: The State Action Doctrine and Beyond*, in «Journal of Health and Human Services Administration», 27, 2004/2005, pp. 304-30; T. Tse Fong Leung, *Accountability to Welfare Service Users: Challenges and Responses of Service Providers*, in «British Journal of Social Work», 38, 2008, pp. 531-545.

è considerato una tecnica *neutrale* per l'implementazione delle politiche pubbliche.

Si tratta di un assetto della separazione tra i poteri caratterizzato da un controllo dell'azione amministrativa che non è assegnato in via esclusiva al potere giudiziario, ma dipende dal modo in cui è strutturata la delegazione del potere di produrre le norme giuridiche, i cui contenuti non sono uniformi ma, viceversa, estremamente variabili. La questione non è rilevante solo per il suo profilo costituzionale: al di là degli aspetti tecnico-giuridici la previsione di poteri di controllo sull'azione amministrativa comporta infatti il superamento della visione, tipica per esempio delle politiche del *New Deal* (e delle relative elaborazioni teoriche), secondo cui l'argomentazione dell'*expertise* giustifica e sostiene una estesa discrezionalità dell'amministrazione nella fase di implementazione.

Sotto il profilo del rapporto tra diritto e discrezionalità la funzione di quest'ultima nell'ambito della decisione può essere icasticamente descritta mediante la nota metafora del tubetto di dentifricio di Baldwin e Hawkins: *premi in qualsiasi punto e il dentifricio uscirà comunque*. Il dentifricio simboleggia la decisione, e il traslato mostra come le norme giuridiche, in realtà, non costituiscano vincoli ineludibili all'azione amministrativa – e quindi alla discrezionalità dei decisori – proprio grazie alla loro formulazione *open-textured*: una formulazione che non solo non implica una interpretazione univoca in fase di implementazione, ma addirittura offre al decisore una serie di “opportunità” interpretative.

Assumere il punto di vista della legittimità dell'azione discrezionale dell'amministrazione riguardo all'individuazione del significato da assegnare al testo normativo significa prendere atto del superamento della pretesa neutralità del diritto, osservando al contempo che quest'ultimo è utilizzato per strutturare i processi decisionali in modo da favorire la condivisione degli esiti allocativi delle politiche non solo da parte dei destinatari di queste ultime ma anche, e forse soprattutto, dei soggetti esclusi.

Si giustifica in tal modo la mutata struttura della norma giuridica, non più impostata sul tradizionale binomio divieto/sanzione, ma in termini di clausole il cui contenuto deve essere *concretamente* individuato, per poi prendere in esame gli obiettivi perseguiti dal legislatore confrontandoli con quelli effettivamente concretizzati e compiere una valutazione dell'efficacia indotta – ma anche di eventuali “effetti perversi” – su altri sistemi in sede di implementazione della politica¹³.

¹³ C. Pennisi, *Per una valutazione civile delle pubbliche amministrazioni*, in «Rassegna

Tale assetto della separazione tra i poteri sembra in effetti supportare la convinzione che l'azione amministrativa ricomprenda il potere (strutturalmente delegato) di produrre norme giuridiche: una convinzione testimoniata anche dal fatto che la maggior parte degli studiosi della regolazione concentra l'attenzione sulla tipologia delle norme *regulatory* e sui vincoli alla loro produzione, parallelamente sottovalutando sia il carattere procedimentale del *rule-making* sia la distinzione tra *rule-making*, inteso come adozione di *standards* regolativi mediante la produzione di norme, e *adjudication*, ossia le modalità di tipo processuale che strutturano i processi decisionali.

Gli elementi fin qui enucleati dovrebbero contribuire alla comprensione dei processi regolativi in cui rileva la dimensione locale, intesa come l'insieme delle specificità dei contesti geografici, storici e culturali, dell'individuazione di preesistenti meccanismi regolativi sociali e delle condizioni di attivazione di tali meccanismi. È il caso dell'offerta di servizi di *welfare* a livello statale e locale, attuata in Italia mediante lo strumento dei piani di zona introdotto dall'articolo 19 della legge n. 328 del 2000 *Legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*. L'assunzione di una (qualsiasi) "teoria dello stato" non sarebbe in grado di spiegare le connessioni tra processi regolativi a livello regionale e locale riguardo all'offerta di servizi sociali né l'esistenza di particolari istituzioni e pratiche di *government* locale, i cui modelli di sviluppo possono essere più adeguatamente descritti e interpretati attraverso una teoria della *governance*.

In questa prospettiva il compito dei *policy makers* locali è soprattutto quello di affermare, ed eventualmente rivalutare, i modelli culturali e sociali da incorporare nella progettazione di piani efficaci dal punto di vista della risposta ai bisogni comunitari. Ciò non significa che la partecipazione debba produrre politiche che si identificano con modalità di azione collettiva *bottom-up*, in quanto la mistificatrice ideologia universalistica secondo cui le prestazioni erogate dovrebbero soddisfare completamente la domanda degli utenti non può che implicare effetti estromissivi dall'accesso alle risorse a livello locale.

Italiana di Valutazione», 40, 2008; D. Taylor, *Governing Through Evidence: Participation and Power in Policy Evaluation*, in «Journal of Social Policy», 34-4, 2005, pp. 601-618; J.D. Sieppert, *Evaluation in Canada's Social Services: Progress, Rifts, and Challenges*, in «The Canadian Journal of Program Evaluation», 20, 2005, pp. 101-121, pp. 102, 103 e 115.

Si modifica pertanto il ruolo degli attori che intervengono nei processi regolativi: non più semplici produttori (ed interpreti) di norme giuridiche, ma supervisori all'attuazione dei criteri e dei programmi di pianificazione.

2. Quale logica per le politiche sociali?

Rispetto all'insieme delle politiche pubbliche le politiche sociali recepiscono maggiormente gli effetti – talvolta retoricamente amplificati – dalla crisi fiscale dello Stato¹⁴, che normalmente non dispone di risorse sufficienti per tutelare in modo effettivo diritti primari ascritti in modo *uniforme a tutti* i cittadini secondo logiche di carattere (ingannevolmente) universalistico: ossia logiche che non consentono – ma neppure si propongono – di differenziare tra categorie di utenti (o “*aventi diritto*” individuati in base alla rispondenza a criteri allocativi predefiniti)¹⁵ e situazioni di bisogno¹⁶:

Bisogno è un termine relativo e quindi richiede una definizione da parte del legislatore. Soprattutto nella parte occidentale del paese molte leggi, anziché assegnargli un valore monetario, lo definiscono come un valore congruo dei proventi delle risorse personali dell'individuo. La somma di denaro può essere modificata in modo da esaltare la parità del potere di acquisto in presenza di condizioni di costi variabili, e anche in modo da riconoscere fattori quali *handicap* e patologie che influenzano in modo sostanziale i bisogni. In seguito, quando sarà discusso il requisito giuridico dell'oggettività, per la determinazione del bisogno, spesso configurato mediante norme che prescrivono in termini astratti uno *standard*

¹⁴ J.M. Buchanan, *Le crisi nelle democrazie del «welfare»*, trad. it. in «Economia italiana», 1998, pp. 67-84; D. Stansel, D.T. Mitchell, *State Fiscal Crises: Are Rapid Spending Increases to Blame?*, in «Cato Journal», 28, 2008, V, pp. 435-448.

¹⁵ G. Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni* (1978); ora in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 219-234 e G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. II *Saggi teorico-giuridici*, pp. 177-204.

¹⁶ Si noti l'uso della nozione di *bisogno*, tipica dell'apparato analitico della scienza e della teoria politica, anziché di *domanda* di servizi, nucleo concettuale del pensiero economico.

“compatibile con il decoro e la salute”, si farà riferimento al cosiddetto sistema di bilanciamento ...¹⁷.

Sulle modalità con cui gli Stati-nazione hanno storicamente tentato di equilibrare tali elementi, dando luogo a poliedriche concezioni di «cittadinanza», di carattere sia sociologico sia politico (su cui *infra*), quest'ultima essenzialmente connotata dalla tutela dei diritti individuali nei confronti dello Stato, si incentrano, e si differenziano, tre principali sistemi di *welfare* collocati al centro dell'elaborazione teorica in tema di politiche sociali¹⁸:

- le democrazie sociali scandinave, in cui indennità e servizi sono estesi a tutti i cittadini secondo programmi universalistici per la promozione di una uguaglianza sostanziale, in cui la qualità dei servizi è associata alla – spesso sottovalutata – giustiziabilità dei diritti alla sicurezza sociale (come si osserverà in seguito) e in cui il ruolo estremamente marginale del mercato come fornitore di assistenza è giustificato dal contributo individuale mediante prelievo fiscale al finanziamento dell'intero sistema di *welfare* – la cosiddetta solidarietà universale – che, secondo alcuni studiosi, tra cui Esping-Andersen, produce una completa dipendenza dal sistema stesso¹⁹;
- le democrazie “cristiane” dell'Europa continentale occidentale, caratterizzate dal tentativo di bilanciare elevati livelli di *government entitlement* con le tradizionali funzioni di *care giving* della famiglia²⁰, alle cui

¹⁷ A. Delafield Smith, *Public Assistance as a Social Obligation*, in «Harvard Law Review», 63, 1949, pp. 266-288, nota 26 p. 273. Traduzione mia.

¹⁸ H.W. Jones, *The Rule of Law and the Welfare State*, cit., p. 144.

¹⁹ Si veda, per esempio, N. Barr, R. Hall, *The Probability of Dependence on Public Assistance*, in «Economica», 48, 1981, pp. 109-124. Benché si tratti di una tesi non condivisa da coloro che sostengono che questo sistema di *welfare* avrebbe invece l'effetto di potenziare l'indipendenza individuale facendosi carico dei servizi alla famiglia si vedano: G. Esping-Andersen, *I dilemmi del Welfare state scandinavo*, in «Politica ed economia», 1982, pp. 49-54; L.N. Johansen, *Welfare State Regression in Scandinavia? The Development of the Scandinavian Welfare States from 1970 to 1980*, in E. Øyen, ed., *Comparing welfare states and their futures*, Gower, Aldershot, 1986, pp. 129-151; V. Timonen, *New Risks-Are They Still New for the Nordic Welfare States?*, in P. Taylor-Gooby (ed.), *New Risks, New Welfare-The Transformation of the European Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 83-110; P. Baldwin, *The Scandinavian Origins of the Social Interpretation of the Welfare State*, in «Comparative Studies in Society and History», 31, 1989, pp. 3-24.

²⁰ Non trascurabili neppure nell'area anglosassone, come osserva anche D.R.

carenze, spesso fisiologiche in ragione dell'influenza della dottrina sociale della Chiesa, suppliscono le applicazioni del principio di sussidiarietà, a cui in Italia è stato recentemente riconosciuto un adeguato rilievo costituzionale, nettamente prioritario rispetto all'offerta di assistenza secondo logiche di mercato;

- le democrazie liberali dell'area anglosassone, caratterizzate da un uso estensivo, benché affiancato da garanzie procedurali, di criteri fondati sull'accertamento del reddito nell'organizzazione dei programmi assistenziali e nella erogazione delle prestazioni²¹, a cui conseguono la marginalizzazione della logica universalistica e l'(insormontabile) effetto stigmatizzante associato alle prestazioni assistenziali²².

Questa tipologia, spesso esposta in forma semplificata e ricondotta ad una contrapposizione tra il modello "nordico", o "scandinavo", e il modello "mediterraneo" del *welfare*²³, rende quantomeno illusorio individuare come nucleo dei processi di produzione di tali politiche una logica rigorosamente universalistica. Infatti il principio di inclusione/esclusione sociale, elemento configurativo della "questione sociale" nell'Europa continentale almeno a partire dalla fine degli anni Ottanta del Novecento, si differenzia dalla tradizionale prospettiva anglosassone incentrata

Mandelker, *Family Responsibility Under the American Poor Laws*, in «Michigan Law Review», 54-4, 1956, pp. 497-532, e Issue 5, pp. 607-632.

²¹ P. Burstein, *Bringing the Public Back In: Should Sociologists Consider the Impact of Public Opinion on Public Policy?*, in «Social Forces», 77, 1998, vol. 77, pp. 27-62. Sui modelli di *welfare*, e sulla discussione della distinzione ormai classica elaborata da Titmuss tra *welfare* residuale ed istituzionale, si veda G. Esping-Andersen, *The Three Political Economies of the Welfare State*; trad. it. *Le tre varianti dell'economia politica del welfare state*, in «Democrazia e diritto», 2-3, 1988, pp. 155-196.

²² Su questa ambivalenza nel sistema assistenziale statunitense si veda D.R. Mandelker, *Judicial Review in General Assistance*, cit., p. 100.

²³ Y. Kazepov, *Le trasformazioni del welfare in Europa: spunti di riflessione su attori e processi del cambiamento*, in A. Genova, F. Palazzo (a cura di), *Il welfare nelle Marche. Attori, strumenti, politiche*, Carocci, Roma, 2008, pp. 30-47 distingue per esempio cinque modelli: liberale, socialdemocratico, familistico, corporativista e dei paesi in transizione. Nel modello familistico, che contrassegna i paesi dell'area mediterranea sud-europea (Spagna, Italia, Grecia e Portogallo), la produzione del *welfare* non è assegnata al mercato, il cui ruolo è del tutto marginale, ma neppure allo Stato: l'accesso ai servizi è differenziato a seconda dello *status* contributivo e del tipo di occupazione [p. 37].

sulle tematiche delle povertà²⁴ e dei profili di giustizia distributiva²⁵ per porre l'attenzione sull'aspetto relazionale, ossia sulla carenza di integrazione nelle relazioni sociali²⁶. In tal modo la logica universalistica sottesa al concetto *politico* di «cittadinanza» risulta contraddetta dai caratteri dei processi allocativi su cui si incentrano le politiche: se le risorse non fossero scarse i *policy-makers* non avrebbero infatti la necessità di operare scelte tra diverse alternative, né di fare ricorso a norme giuridiche intese, à la Lowi²⁷, come meccanismi selettivi di bisogni che configurano politiche redistributive destinate a categorie diversificate sulla base di ascrizioni²⁸: ossia di caratteristiche o proprietà degli individui (livello di reddito, appartenenza ad una determinata fascia di età, ecc.) che *consentono* l'accesso a – ma possono anche determinare l'esclusione da – determinati programmi di *welfare*.

3. Il carattere pubblico della funzione assistenziale nei modelli di "Stato"

La funzione assistenziale, e conseguentemente le politiche sociali, hanno definitivamente abbandonato i tratti paternalistici antecedenti alla nascita dello "Stato" inteso come elaborazione teorico-politica incentrata intorno al nucleo della "sicurezza sociale" e tipici di contesti in cui la legislazione assistenziale esprimeva ideologie attinenti al mantenimento dell'ordine "sociale", e conseguentemente sanciva divieti (di vagabondaggio), obblighi (il *settlement* dei poveri assistiti dalle *parishes*) e specifiche forme di responsabilità in ordine all'assistenza²⁹. All'origine

²⁴ W.A. Niskanen, *Welfare and the Culture of Poverty*, in «Cato Journal», 16, 1996, pp. 1-15.

²⁵ M. O'Brien, S. Penna, *Social exclusion in Europe: some conceptual issues*, in «International Journal of Social Welfare», 17, 2008, pp. 84-92.

²⁶ D.J. Mitchell, *What Can the United States Learn from the Nordic Model?*, in «Cato Policy Analysis», n. 603, 2007, pp. 1-20.

²⁷ T.J. Lowi, *La scienza delle politiche*; trad. it. Il Mulino, Bologna, 1999.

²⁸ W.H. Simon, *Rights and Redistribution in the Welfare System*, in «Stanford Law Review», 38, 1986, pp. 1431-1516.

²⁹ A.G. Ritchie, *The State's Responsibility for Social Welfare*, in «Social Forces», 4, 1926, pp. 608-610; M.A. Crowther, *Family Responsibility and State Responsibility in*

dell'inclusione del *welfare* nella comprensiva idea di *police power* dello Stato³⁰ vi è l'obiettivo di proteggere gli interessi del *resto* della società perseguito da una legislazione sulla povertà risalente, ma al tempo stesso moderna, in ragione del suo carattere "pubblico"³¹:

Si può affermare che la responsabilità pubblica nei confronti dei soggetti e delle categorie svantaggiate risalgia alle *Poor Laws* elisabettiane del XVI secolo. Improntato al modello individualistico della moralità protestante, riferito a concetti sociali di origine medievale e condizionato dalle nozioni emergenti di un'economia della libera impresa ... il *welfare* anglosassone dei primordi era inadeguato, controproducente e fallimentare. I destinatari erano considerati individui moralmente corrotti dal carattere debole, la cui inerzia interferiva con la realizzazione di obiettivi di carattere etico: l'autosufficienza e l'indipendenza personale.

Motivazioni di carattere religioso giustificavano le prestazioni di aiuto necessarie per "ricongiungere corpo e anima", ma non quelle che avrebbero mantenuto i destinatari nella loro condizione di "trasgressione". Poiché la società ideale si fondava sul difficile bilanciamento di alcune leggi economiche le erogazioni di *welfare*, adeguate al "*decent standard of living*", erano considerate una interferenza arbitraria e disgregatrice dell'automatismo di tale equilibrio in quanto, soddisfacendo l'ambizione individuale, avrebbero non solo destabilizzato la personalità dell'individuo, ma anche indebolito l'incentivo a svolgere una attività produttiva.

Britain before the Welfare State, in «Historical Journal», 25, 1982, pp. 131-145; M. Ripoli, *Il cambiamento possibile. Politica e società in Inghilterra tra Sette e Ottocento*, Ecig, Genova, 1997; M. Raiteri, *Alle origini delle politiche sociali. La regolazione della povertà in Inghilterra*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 36-1, 2006, pp. 65-76; P. King, *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. Le agenzie possono negare le erogazioni monetarie a coloro che non pongono in essere comportamenti o non gestiscono il denaro "in a approved manner", ossia in modi socialmente approvati, o corrispondere a terzi individuati come soggetti responsabili della gestione: si veda A. Delafield Smith, *Public Assistance as a Social Obligation*, cit., p. 276.

³⁰ Secondo la definizione del Justice Barbour (1837) «The 'police power' ... is not the right, but the bounden and solemn duty of a State to advance the safety, happiness and prosperity of its people, and to provide for its general welfare ...». Il Justice Field (1884) definisce il *police power* come «The power of the state...to prescribe regulations to promote the health, peace, morals, education, and good order of the people, and to legislate so as to increase the industries of the state, develop its resources, and add to its wealth and prosperity».

³¹ A. Delafield Smith, *Public Assistance as a Social Obligation*, cit., p. 269.

Il diritto naturale alla proprietà privata derivava dalla combinazione del lavoro individuale e delle qualità la cui essenza era trascendente con le risorse naturali liberamente disponibili.

L'imposizione fiscale nei confronti di coloro che detenevano la proprietà a vantaggio di coloro che ne erano privi interferiva pertanto con le leggi naturali e i precetti divini.

Gli individui "depravati" non potevano intraprendere il vagabondaggio: in una comunità con la quale non avevano avuto precedenti legami la loro presenza avrebbe imposto ai proprietari un ulteriore onere: fu quindi introdotto il requisito della residenza (*settlement*) in modo da circoscrivere le opportunità e vincolare tali soggetti al luogo delle loro vicissitudini.

La dipendenza derivava da carenze soggettive, per cui non era chiaramente possibile farne carico alla famiglia: tuttavia, a seguito dell'istituzione di un regime di responsabilità a carico di quest'ultima, la spesa pubblica venne considerevolmente ridotta³².

Conseguentemente declina l'idea della beneficenza pubblica riconducibile ad una cultura "caritatevole" ed "assistenzialistica" tipica, per esempio, dello Stato liberale: ad essa si sovrappone l'idea dei diritti come pretese esigibili. In un saggio pubblicato all'inizio degli anni Sessanta sullo *Yale Law Journal* si sostiene che così come sono antitetici i diritti, che hanno per oggetto il sostegno nei confronti di individui che non dispongono di sufficienti risorse, e le liberalità da parte dello Stato – note nell'area anglosassone come *gratuity*, *charity*, o *governmental largess*, tipiche del modello di Stato "paternalista"³³ – soggette all'imposizione di condizioni secondo criteri *ragionevoli* di eleggibilità che implicano meccanismi procedurali di assegnazione e controlli anche sulla condotta morale dei destinatari³⁴, altrettanto lo sono il benefattore e il soggetto

³² J. TenBroek, R.B. Wilson, *Public Assistance and Social Insurance-A Normative Evaluation*, in «U.C.L.A. Law Review», 1, 1954, pp. 237-302, p. 297. Traduzione mia.

³³ J. TenBroek, R.B. Wilson, *Public Assistance and Social Insurance-A Normative Evaluation*, cit., p. 240. Questa tesi è contestata da C.A. Reich, *Midnight Welfare Searches and the Social Security Act*, cit., p. 1353 il quale esamina la dubbia costituzionalità dei "checks on eligibility" dei destinatari delle prestazioni di *welfare*, che assimila a vere e proprie misure di polizia, in parallelo con i profili penali della *welfare fraud*.

³⁴ C.A. Reich, *Midnight Welfare Searches and the Social Security Act*, cit., p. 1359.

obbligato ad una prestazione che si configura come un diritto del destinatario, come tale assistito da adeguate garanzie³⁵:

Il principale ostacolo all'inquadramento giuridico del diritto individuale ... è la convinzione che la pretesa alla sussistenza sia una richiesta il cui soddisfacimento può assumere soltanto la forma di una elargizione. In sintesi a questo proposito il diritto fronteggia la visione tradizionale secondo cui si tratterebbe di un aspetto della vita sociale ed economica intrinsecamente non-giustiziabile e il sostegno agli indigenti sarebbe riconducibile ad attività umanitarie e filantropiche la cui origine caritatevole è inconfutabile, anche quando tali attività presuppongono l'impiego di denaro e il coinvolgimento di strutture pubbliche³⁶.

La tradizionale risposta comunitaria che assume la forma della beneficenza intesa come *charity* pone un problema economico, riconducibile alla scarsità e inadeguatezza delle risorse monetarie, e, inoltre, un problema etico, per cui l'impatto delle modalità assistenziali indebolisce l'autostima e l'indipendenza dei beneficiari, almeno nella misura in cui tale valore coincide con l'ideologia dominante nella società ed il ruolo assegnato in tale ambito all'individuo. La risposta comunitaria contemporanea consiste invece nella assegnazione delle erogazioni monetarie³⁷ ai richiedenti in possesso di determinati requisiti – ossia a soggetti eleggibili – *as a matter of right*, in modo da garantire, anche dal punto di vista giuridico, il sostegno della dignità e dell'indipendenza individuale³⁸. Analogamente la relazione etica che intercorre tra la società e il destinatario della prestazione assume la struttura di una obbligazione³⁹, intesa

³⁵ *Charity vs. Social Insurance in Unemployment Compensation Laws*, in «Yale Law Journal», 73, 1963, pp. 357-388, p. 362.

³⁶ A. Delafield Smith, *Public Assistance as a Social Obligation*, cit., pp. 268-9. Traduzione mia.

³⁷ Occorre sottolineare che il dibattito intorno alla nascita del *welfare state* ricostruito in queste pagine riguarda essenzialmente le erogazioni monetarie. Una riflessione più ampia intorno alle politiche sociali non può naturalmente prescindere dall'analisi del rapporto tra forme di assistenza diretta ed indiretta.

³⁸ *Charity vs. Social Insurance in Unemployment Compensation Laws*, cit., pp. 359 e 366.

³⁹ Sull'assunzione di responsabilità e sulla sua natura unilaterale riflette S. Andrini, *Il diritto come solidarietà tra estranei. A proposito di pluralismo religioso*, relazione svolta al convegno AIS *Il pluralismo religioso tra politica, diritto e società*, Roma 19 settembre 2008.

come un impegno assunto dalla società sulla base di una condivisione di responsabilità in ordine alla sussistenza individuale. Tale obbligazione esprime nel linguaggio giuridico un impegno morale trasformandolo in una misura vincolante ed efficace di *welfare* nei confronti del soggetto deprivato. Si afferma in tal modo il carattere generale ed astratto del *legal right*⁴⁰, a cui è completamente estranea la struttura del rapporto personale e condizionato tra il filantropo e l'indigente:

La pretesa alla assistenza pubblica intesa come diritto fa capo all'individuo, mentre la "società", e non lo "Stato" in quanto tale, è responsabile dell'obbligazione avente ad oggetto il soddisfacimento di tale diritto. Il sistema politico è soltanto uno strumento che la società può utilizzare in vista della realizzazione di tale obiettivo⁴¹.

Oggi è comunemente accettata l'idea che funzione assistenziale e politiche sociali rappresentino un compito essenziale dello Stato e delle sue articolazioni territoriali, ossia una *obbligazione giuridica*, come tale dotata di garanzie in caso di inadempimento⁴². All'accoglimento di questa opinione hanno contribuito alcune elaborazioni ormai classiche dell'analisi sociologica, per esempio quella di Talcott Parsons, il quale riconduce il modello della «cittadinanza», che sostituisce quello delle solidarietà particolaristiche tipico della società feudale e quello della "sudditanza" tipico dell'assolutismo monarchico, alla creazione di una struttura *giuridica* per la ridefinizione dei rapporti tra la comunità sociale e lo Stato. Quest'ultimo assume tra i suoi obblighi la tutela dei cittadini, pur con le semplificazioni derivanti dall'accentramento organizzativo tipico dei rapporti tra Chiesa e Stato che caratterizzano le aree in cui si è radicata la religione protestante⁴³.

⁴⁰ Distinto dall'*earned right*, riferito alla relazione istituita dal *Social Security Act* (1935) tra indennità e benefici ed elaborato nel contesto dei principi relativi alle assicurazioni sociali con l'obiettivo di proteggere dall'incertezza l'intero sistema assistenziale: si veda J. TenBroek, R. B. Wilson, *Public Assistance and Social Insurance-A Normative Evaluation*, cit., p. 248. Inoltre J. Obler, *Moral Duty and the Welfare State*, in «Western Political Quarterly», 39, 1986, pp. 213-235.

⁴¹ A. Delafield Smith, *Public Assistance as a Social Obligation*, cit., p. 273. Traduzione mia.

⁴² Nel senso indicato da C.A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, cit., p. 1256: «... society has obligations to provide support, and the individual is entitled to that support as a right»: *l'entitlement* individuale è quindi inteso come diritto al sostegno «enforceable through law».

⁴³ T. Parsons, *Sistema politico e struttura sociale* (1969); trad. it. Giuffrè, Milano,

Per la verità il compito della “protezione sociale” è stato ricondotto a modelli di Stato diversificati – da “paternalistico” ad “autoritario” – ma soprattutto sono state storicamente differenziate le modalità attraverso cui la funzione assistenziale si è affermata come una funzione *pubblica*: in Italia, per esempio, il processo di istituzionalizzazione è stato significativamente influenzato dalla statalizzazione delle istituzioni ecclesiastiche preposte allo svolgimento di questo compito⁴⁴. Viceversa, in Inghilterra l’analoga trasformazione della funzione assistenziale in una funzione pubblica è stata paradossalmente favorita dallo smantellamento del modello assistenziale ecclesiastico a seguito della Riforma protestante. Parallelamente il nucleo della formazione statale – rappresentata da alcuni storici come “comunità di comunità”⁴⁵, da un lato sottolineando l’importanza delle interazioni informali tra fattori religiosi e sociali e delle azioni coordinate che, a partire dal Quattrocento, hanno strutturato le prime forme associative (tra cui le *charitable organizations*)⁴⁶, dall’altro rimar-

1975, pp. 72-74. Come è noto il neo-funzionalismo farà invece derivare l’esclusione sociale dal fallimento dei meccanismi integrativi che caratterizzano una pluralità di sottosistemi sociali, tra cui il sistema di *welfare*.

⁴⁴ V. Fellah, *L’assistenza al minore: un quadro relativo all’evoluzione storica*, in «Diritto di famiglia», 2, 1998, pp. 784-802 e 3, 1998, pp. 1268-1286. M. Weber, *Economia e società* (1922); trad. it. Comunità, Milano, 1981², vol. 2, pp. 266 e 264 evidenzia alcuni tratti della funzione assistenziale assimilabili alla successiva (e “secolarizzata”) elaborazione della nozione di “capitale sociale”: «Nel Cristianesimo ... l’elemosina è per il ricco un così indispensabile elemento di salvezza che i poveri in certo modo costituiscono, all’interno della Chiesa, un “ceto” particolare ed indispensabile. Nello stesso modo i malati, le vedove, gli orfani ricorrono come oggetti forniti di valore religioso, a cui si dirige l’agire etico. L’aiuto infatti si allarga naturalmente al di là dell’elemosina; il credito d’emergenza senza compenso e l’assistenza ai fanciulli in caso di bisogno sono cose che ci si aspetta dall’amico e dal vicino, e quindi anche dal fratello di fede. [...] Ovunque l’organizzazione sociale è determinata da rapporti di potere patriarcali, le religioni profetiche, specialmente in Oriente, hanno potuto creare una specie di “protezione dei deboli” (delle donne, dei fanciulli, degli schiavi) anche già in connessione a quella situazione puramente pratica: ciò avviene in modo particolare nella profezia mosaica ed islamica».

⁴⁵ J.R. Kent, *The Centre and the Localities: State Formation and Parish Government in England, circa 1640-1740*, in «The Historical Journal», 38, 1995, pp. 363-404, p. 364-5; A. Kidd, *Civil Society or the State? Recent Approaches to the History of Voluntary Welfare*, in «Journal of Historical Sociology», 15, 2002, pp. 328-342.

⁴⁶ M.K. McIntosh, *Response*, in «Journal of British Studies», 37, 1998, pp. 291-305, p. 294. Il volume raccoglie gli atti del seminario dedicato al libro dell’autrice, *Controlling Misbehaviour in England, 1370-1600*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998. Il tema è oggetto di una significativa rivalutazione negli Stati Uniti dove al

cando la debolezza dell'apparato burocratico – è stato ricondotto ai *civic bodies*, ossia a forme associative su base comunitaria per lo svolgimento di attività che oggi definiremmo solidaristiche sulla base di un modello a diffusione ascendente che si perfeziona con il definitivo accoglimento di *best practices* consolidate da parte della legislazione pauperistica elisabetiana.

Infine in America risultano storicamente documentati i rapporti tra *charitable organizations* e istituzioni a carattere religioso: un legame che ha trovato numerose conferme attraverso l'analisi dell'influenza esercitata dall'appartenenza religiosa sulla coesione sociale e sull'espansione della dimensione assistenziale *non profit*, collegata anche ad una accentuata eterogeneità della domanda di servizi, il cui problematico soddisfacimento mediante risorse pubbliche configura una situazione di *government failure*⁴⁷.

Pur con le considerevoli eccezioni riferite all'area anglosassone in generale è rilevabile una connessione tra l'archetipo dello "stato-nazione" che ha contrassegnato il processo formativo del diritto pubblico moderno e l'ideologia centralistica della "protezione sociale": una connessione che ha accreditato il modello del cosiddetto Stato sociale⁴⁸, con le contraddizioni relative all'affermazione del principio democratico che ne sono storicamente derivate, combinate con una sorta di "diffidenza" nei confronti dei diritti sociali a causa del retaggio totalitario che li caratterizza in ragione del fatto che nelle costituzioni non liberali e non demo-

ruolo della filantropia e delle organizzazioni *non profit* viene dedicata una particolare attenzione: si vedano S. Rose-Ackerman, *Ideals versus Dollars: Donors, Charity Managers and Government Grants*, in «Journal of Political Economy», 95-4, 1987, pp. 810-823; C. Gaudiani, *L'economia del bene. La nuova rivoluzione filantropica: come investire nelle persone, nelle idee, nello sviluppo*, trad. it. Orme, Milano, 2006; M.P. Claibourn, P.S. Martin, *The Third Face of Social Capital: How Membership in Voluntary Associations Improves Policy Accountability*, in «Political Research Quarterly», 60, 2007, pp. 192-201; A.M. Eikenberry, *Philanthropy, Voluntary Association, and Governance beyond the State. Giving Circles and Challenges for Democracy*, in «Administration & Society», 39, 2007, pp. 857-882; inoltre M. Auteri, *The Entrepreneurial Establishment of a Nonprofit Organization*, in «Public Organization Review», 2003, pp. 171-189 e M. Auteri, R.E. Wagner, *The Organizational Architecture of Nonprofit Governance: Economic Calculation Within an Ecology of Enterprises*, in «Public Organization Review», 2007, pp. 57-68.

⁴⁷ J.J. Corbin, *A Study of Factors Influencing the Growth of Nonprofits in Social Services*, in «Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly», 28, 1999, pp. 296-314, pp. 296 e 298.

⁴⁸ G. Esping-Andersen, M. Ferrera, G. Gozzini, M. Salvati, *Lo stato sociale in Italia: caratteri originali e motivi di una crisi*, in «Passato e presente», 32, 1994, pp. 13-32.

cratiche tali diritti appaiono svincolati dai diritti civili e politici, se non addirittura incompatibili con questi ultimi⁴⁹.

Emblematica rispetto al dibattito sulla catalogazione dei diritti sociali è la costituzione di Weimar, che propone un modello a cui viene usualmente ricondotta la concezione *universalistica* dell'assistenzialismo (in questa sede oggetto di una profonda revisione critica). Alcuni pregi, rintracciabili soprattutto nella formulazione degli articoli dedicati alla "Vita collettiva" (da 119 a 122), che enunciano alcuni principi-cardine delle politiche sociali contemporanee quali la protezione della famiglia, della maternità, dei giovani (con l'equiparazione dei figli illegittimi) e, infine, la riserva di legge in tema di norme assistenziali che implicano "coazione", principio che si pone come esplicito riconoscimento della funzione assistenziale come tecnica cogente di controllo sociale, appaiono indiscutibili. Tuttavia questa organizzazione costituzionale, la cui modernità è associata al principio della protezione sociale dei lavoratori, ha contribuito ad offuscare la nozione di *welfare state*, inducendo a ritenere che le politiche sociali presuppongano un modello di Stato "forte", in anni recenti definito anche "stato regolatore"⁵⁰.

In tale prospettiva risulta immediata l'associazione tra elaborazioni fondate sulla destatalizzazione, la privatizzazione della funzione assistenziale (verso il terzo settore, le cooperative sociali, le stesse istituzioni filantropiche) come presupposto dell'efficacia della tutela del diritto all'assistenza e l'idea di uno stato "debole", che delega e decentra, sia sul piano territoriale che di governo⁵¹. Si tratta di un'idea rispetto alla quale

⁴⁹ P. Scoppola, *La costituzione italiana tra democrazia e diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 125-140.

⁵⁰ H.W. Jones, *The Rule of Law and the Welfare State*, cit., p. 146 intende questa espressione nel senso di un accentramento di funzioni e responsabilità precedentemente diffuse tra diverse istituzioni, tra cui quelle a carattere assistenziale. R. Pound, *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State*, in «Vanderbilt Law Review», 7, 1953, pp. 1-34, p. 2 osserva: «... l'estensione della previdenza sociale, l'assunzione da parte dello Stato della responsabilità per le avversità della vita – malattia, infortuni, vecchiaia, morte – hanno profondamente influenzato la responsabilità civile, soprattutto in America, affermando la tendenza a trasferire la responsabilità dello Stato alle imprese o a soggetti che si presume siano meglio attrezzati per sopportare il danno». Traduzione mia.

⁵¹ J.D. Sieppert, *Evaluation in Canada's Social Services: Progress, Rifts, and Challenges*, cit., p. 103 descrive l'esperienza canadese della valutazione dei servizi sociali, che mostra significative affinità con il caso italiano.

il concetto e le tecniche della “sussidiarietà” predominano – non solo per ragioni culturali ma anche di tecnica costituzionale – sulla visione che li considera strumenti complementari alle politiche gestite dallo Stato (e dalle sue articolazioni territoriali)⁵².

A fronte di questa presunta debolezza dello Stato⁵³ è possibile conciliare un meccanismo redistributivo *non profit* con l’esigenza, storicamente e politicamente consolidata, di un apparato di diritti e garanzie, in primo luogo la giustiziabilità?⁵⁴

Un primo elemento di riflessione riguarda il ruolo politico svolto, anche se non sempre manifestamente, dalle organizzazioni *non profit* sotto il profilo della produzione e dell’offerta di beni “pubblici” in modo tale da porne in risalto il carattere “quasi-governativo”⁵⁵, ma anche la loro capacità di aggregazione di posizioni “diverse” o dissenzienti e di sollecitazione del mutamento sociale⁵⁶.

Da questo composito punto di vista è possibile prospettare a diversi livelli (territoriale, culturale, organizzativo, ecc.) una comparazione tra i risultati prodotti nel settore delle politiche e dei servizi sociali rispettivamente dalle organizzazioni *non profit* e *for profit*. Tale approccio ri-

⁵² La chiave di lettura essenzialmente culturale appare confermata da R. Pound, *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State*, cit., p. 28, il quale propone una visione di società accentrata ai fini del controllo sulle risorse con il conseguente riconoscimento della *responsibility of government for housing, unemployment and social insurance*.

⁵³ Su cui si veda anche G.B. Varnier, *Libertà, sicurezza e dialogo culturale come coordinate del rapporto tra Islam e occidente*, in Id. (a cura di), *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, pp. 26-64, p. 57.

⁵⁴ Un problema che appare sottovalutato in letteratura, con l’eccezione di L. Antonini, *Spunti sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in «Quaderni costituzionali», 2003, pp. 635-636.

⁵⁵ Per l’inclusione dei *social networks* nel modello di produzione dei beni pubblici si veda A. Apinunmahakul, R.A. Devlin, *Social networks and private philanthropy*, in «Journal of Public Economics», 92, 2008, pp. 309-328. Inoltre: P.F. Pipes, H.R. Ebaugh, *Faith-based coalitions, social services and government funding*, in «Sociology of Religion», 63, 2002, pp. 49-68; K. Brock, K. Banting (eds.), *The nonprofit sector and government in a new century*, McGill-Queen’s University Press, Montreal, 2001.

⁵⁶ P.J. DiMaggio, J.A. Weiss, C.T. Clotfelter, *Data to Support Scholarship on Non-profit Organizations. An Introduction*, in «American Behavioral Scientist», 45, 2002, pp. 1474-1492, p. 1481; N.P. Marwell, *Privatizing the Welfare State: Non Profit Community-Based Organizations as Political Actors*, e M. Chaves, L. Stephens, J. Galaskiewicz, *Does Government Funding Suppress Nonprofits’ Political Activity?*, in «American Sociological Review», 69, 2004, pp. 265-291 e 292-316.

chiede di indagare le relazioni che si instaurano tra le organizzazioni *non profit*, le culture politiche⁵⁷ e i processi democratici (in termini di attivismo politico, iniziative di *policy*, ecc.) compatibilmente con i diversi ritmi di accrescimento della dimensione del *non profit* in termini di offerta di risorse umane e finanziarie che possono essere mobilitate e della capacità di rispondere collettivamente e in modo adeguato alla domanda di servizi espressa dalla comunità⁵⁸; ma soprattutto di elaborare – secondo una visione che in Italia è ancora ad uno stadio progettuale – idonei criteri di *accountability* delle organizzazioni *non profit* nei confronti dei diversi destinatari delle loro prestazioni⁵⁹.

⁵⁷ A cui, in questo specifico settore, non è estraneo un forte orientamento ideologico, spesso di matrice religiosa: P.J. DiMaggio, H.K. Anheier, *The Sociology of Non-profit Organizations and Sectors*, in «Annual Review of Sociology», 16, 1990, pp. 137-159, p. 145.

⁵⁸ G.D. Saxton, M.A. Benson, *Social Capital and the Growth of the Nonprofit Sector*, in «Social Science Quarterly», 86, 2005, pp. 16-35. C. Gaudiani, *L'economia del bene. La nuova rivoluzione filantropica*, cit., osserva: «[L]a generosità non è il sostituto di strutture fiscali che redistribuiscono la ricchezza con maggiore efficacia e l'assistenza del governo, o l'assistenza all'infanzia e agli anziani, o il supporto governativo alle arti [p. 45]. Se i servizi del governo risultano non funzionanti, bisogna cercare un'altra soluzione. È qui che s'inserisce la filantropia. Cercando di soddisfare questi bisogni in qualità di cittadini privati, svilupperemo nuove strategie che possano diventare parte della politica pubblica. La filantropia, in passato, è stata più rapida del governo nel creare, nello sperimentare e nell'implementare metodi innovativi per risolvere problemi sociali [p. 215]».

⁵⁹ P.J. DiMaggio, J.A. Weiss, C.T. Clotfelter, *Data to Support Scholarship on Non-profit Organizations*, cit., p. 1475; P. Walker, *Understanding Accountability: Theoretical Models and their Implications for Social Service Organizations*, in «Social Policy & Administration», 36, 2002, pp. 62-75. Il vocabolo *accountability* appartiene al lessico manageriale, e va inteso nel senso di *rendere conto dei risultati conseguiti*, anziché nel senso, eccessivamente connotato dal punto di vista giuridico, di *responsabilità* (o *responsabilizzazione*). R.A. Maynard, *Sociologi, economisti, psicologi...o semplicemente buoni valutatori? Lezioni dall'esperienza statunitense*, in «Rassegna italiana di valutazione», 17/18, 2000, pp. 45-56, p. 48 e C. Thayer, A. Fine, *Evaluation and outcome measurement in the non-profit sector: Stakeholder participation*, in «Evaluation and Program Planning», 24, 2001, pp. 103-108 evidenziano una connessione tra esigenze e tecniche di *accountability*. Le prime sono riconducibili all'espansione dell'intervento pubblico e alla necessità di monitorare l'utilizzazione dei fondi erogati alle istituzioni filantropiche. Tali connessioni sembrano alludere ad un rapporto problematico tra sussidiarietà orizzontale, principio ispiratore di un modello "misto" di politiche sociali in grado di sottrarsi alla logica dei controlli tipica delle politiche pubbliche, e *accountability*, criterio su cui si fonda, invece, la "filosofia" della valutazione. A. Lippi, *La valutazione delle politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 49 sottolinea il

Al contempo l'estensione delle tematiche emergenti dall'analisi della dimensione *non profit* delle politiche e dei servizi sociali – qui solo accennata – giustifica (e radica) la controversia tra le tesi della *sostituibilità*, favorita dalla *government failure*, e della *partnership* tra dimensione ed organizzazioni *non profit* e *for profit*, empiricamente fondata sulla relazione positiva osservabile tra aumento della spesa pubblica ed espansione del settore *non profit* in tema di attività sociali.

4. Giustiziabilità e garanzie per i diritti di welfare

Le politiche sociali contemporanee sono declinate in termini di pretese esigibili, ossia di diritti ed obbligazioni a prestazioni positive da parte dello Stato (e delle sue articolazioni territoriali): si tratta di «diritti sociali» che richiedono l'erogazione di prestazioni e servizi da parte dell'amministrazione, e rispetto ai quali la legge non si limita a circoscrivere e definire la dimensione *pubblica* e *privata*, ma si occupa dell'organizzazione delle strutture amministrative e della previsione delle spese necessarie per realizzare l'effettività del diritto sociale⁶⁰. Tali diritti implicano una intersecazione tra bisogni e risorse. Tuttavia – e forse paradossalmente – perché tale intersecazione si concretizzi nelle usuali condizioni di scarsità delle risorse occorre stabilire criteri di razionalizzazione dell'accesso.

In altri termini non è sufficiente che le norme giuridiche siano *formali*, o secondo una espressione tipica dei realisti giuridici americani, norme “di carta”, distinte dal *law in action*, ma devono anche – e nella prospettiva sociologica soprattutto, come appunto ci ricordano, fra gli altri, gli esponenti di tale movimento e i loro epigoni⁶¹ – risultare *efficaci*. Per meglio dire, i diritti che quelle norme enunciano non devono essere soltanto *dichiarati* in termini di principi, prospettando in tal modo semplici, per

carattere dinamico dell'*accountability* mostrando di condividere la distinzione elaborata da Morlino tra *accountability* in senso verticale e in senso orizzontale: quest'ultima «individua i rapporti di *sussidiarietà* tra istituzioni, ma anche tra queste e soggetti della società civile che partecipano alla produzione delle politiche pubbliche».

⁶⁰ F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in «Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario», 2005, pp. 79-98.

⁶¹ M. Raiteri, *Il posto delle scienze sociali nel neo-realismo giuridico americano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 38-2, 2008, pp. 377-391.

quanto estese, *conditional opportunities* entro la struttura delle opportunità politiche⁶², ma devono anche essere resi effettivi, ossia concretizzati⁶³. Occorre quindi non solo produrre norme giuridiche, ossia enunciare diritti, ma predisporre contestualmente le condizioni della loro efficacia e le garanzie necessarie a renderli in ogni caso “tangibili”⁶⁴.

Riguardo alle politiche sociali affiorano due ordini di difficoltà. La prima, appena discussa, si riferisce alla predisposizione delle condizioni di efficacia delle norme: condizioni che non possono evidentemente essere dotate dell'estensione *erga omnes* tipica dei principi-cardine della generalità e dell'astrattezza che orientano l'ordinamento giuridico, almeno nella misura in cui l'offerta di prestazioni configura un sistema allocativo di risorse – sia materiali, sia finanziarie – per definizione “scarse”.

Il secondo ostacolo concerne le specie di diritti oggetto delle prestazioni in tema di sicurezza sociale: si tratta di diritti “sociali”, eterogenei – almeno dal punto di vista della loro catalogazione, come mostrano le proposte di definizione di seguito elencate – e multidimensionali, in quanto mostrano profili individuali, collettivi, politici, culturali, ecc.:

- si tratta di mere “obbligazioni morali”, dotate di profili etici certamente rilevanti, ma non accompagnate da alcun vincolo imperativo al loro adempimento;
- si tratta di prestazioni aventi ad oggetto risorse necessarie per la sussistenza⁶⁵, la cui essenzialità fa apparire del tutto inadeguata la strut-

⁶² P. Dwyer, *Creeping Conditionality in the UK: From Welfare Rights to Conditional Entitlements?*, in «Canadian Journal of Sociology», 29, 2004, pp. 265-287; D. Béland, J.S. Hacker, *Ideas, private institutions and American welfare state 'exceptionalism': the case of health and old-age insurance, 1915-1965*, in «International Journal of Social Welfare», 13, 2004, pp. 42-54.

⁶³ Per una discussione sul «diritto» di fruire delle prestazioni erogate dai servizi sociali e sulla sindacabilità di tale diritto in sede giurisdizionale, anche in relazione ad ipotesi di inadempimento della pubblica amministrazione, si veda L. Lenti, *Anziani e responsabilità delle organizzazioni di volontariato e dei servizi*, in R. Marra (a cura di), *Diritti degli anziani e politiche sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 183-198, pp. 188-9.

⁶⁴ M. Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, in «Texas Law Review», 82, 2004, pp. 1895-1919, p. 1913 riconduce la connessione tra diritti sociali e garanzie di livello costituzionale all'insegnamento della dottrina sociale della Chiesa cattolica e al ruolo svolto dopo il 1945 dai partiti democratici di ispirazione cristiana nei processi di elaborazione e redazione delle carte costituzionali europee.

⁶⁵ M.J. Dennis, D.P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate The Rights to Food*,

tura dei “diritti” ed inopportuno l’uso di categorie giuridiche per il loro inquadramento;

- si tratta di diritti di seconda⁶⁶, o secondo alcuni studiosi di terza⁶⁷, generazione, indifferentemente ascrivibili a qualsiasi categoria di diritti (civili, politici, ecc.);

- si tratta di elementi essenziali del diritto all’autodeterminazione politica e culturale di una comunità⁶⁸.

In sintesi questa tipologia di diritti – sociologicamente rilevante in quanto consente di distinguere analiticamente tra diritti ‘formali’ e diritti in grado di regolare tangibilmente la suddivisione delle risorse – spazia da enunciazioni di principi ispirate alle nozioni di equità e giustizia distributiva a diritti relativi a regole e a procedure che, riproducendo il modello delle opportunità condizionali, presiedono ai meccanismi di assegnazione delle risorse; per giungere, infine, a diritti relativi al *decision making* che contraddistingue le politiche pubbliche e le relative pratiche erogative.

Tali diritti possono inoltre essere configurati come pretese ad una equa *condivisione* di risorse – quindi non (solo) alla soddisfazione materiale di bisogni *individuali* – e, in ultima analisi, come tecniche di inclusione/esclusione.

Al centro di tale impostazione si colloca il tema della ‘giustiziabilità’ dei diritti sociali. Nei confronti di tali diritti non sembra attivabile il meccanismo suppletivo del ricorso in sede giurisdizionale in caso di inadempimento di una obbligazione, di una mancata prestazione e, con-

Water, Housing, and Health?, in «American Journal of International Law», 98, 2004, pp. 462-512.

⁶⁶ P. Dwyer, *Creeping Conditionality in the UK: From Welfare Rights to Conditional Entitlements?*, cit., p. 28 definisce diritti di seconda generazione i diritti di *welfare* della metà del ventesimo secolo, che si caratterizzano per essere positivi (in riferimento all’autonomia e alla libertà individuali) e per l’estensione, anche di tipo qualitativo. Sulla collocazione dei *social welfare rights* tra i diritti di seconda generazione si esprime anche M. Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, cit., p. 1895.

⁶⁷ J.M. Woods, *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, in «Texas International Law Journal», 38, 2003, pp. 763-793, p. 764 sottolinea la natura intrinsecamente collettiva sia dei diritti di seconda che di terza generazione, tra cui cataloga i diritti di *welfare*.

⁶⁸ E. Fantini, *Per il diritto umano all’acqua*, in «Teoria politica», 2, 2002, pp. 3-15, p. 6.

seguentemente, della mancata affermazione di un preteso diritto, anche se ancora formulato nei termini di una aspettativa⁶⁹.

Il tema della giustiziabilità dei diritti sociali e di *welfare* appare strettamente, ma anche problematicamente, connesso a quello della loro costituzionalizzazione. La principale argomentazione utilizzata per contrastare il riconoscimento costituzionale dei *social welfare rights* sostiene la necessità della “*enforceability*” in sede giurisdizionale dei diritti costituzionali: un percorso che in riferimento a questa categoria di diritti si rivela di fatto impraticabile a causa delle ripercussioni che le decisioni giudiziarie potrebbero determinare sulla finanza pubblica o individuando criteri redistributivi “senza copertura di spesa” – compito riservato al legislatore in base ad una interpretazione rigorosa della separazione tra i poteri – o modificando l’ordinamento delle priorità tra le diverse politiche individuate da quest’ultimo. A questo riguardo si è parlato di “linguaggio della non-giustiziabilità” per indicare la sottrazione delle questioni aventi implicazioni sociali ed economiche alle Corti, che non sarebbero “istituzionalmente attrezzate” per condurre analisi fattuali e politiche necessarie «for determining what minimum core standards should be, nor for deciding how public revenues should most effectively be spent»⁷⁰.

In sintesi, dall’impossibilità di considerare ‘giustiziabili’ i diritti sociali e di *welfare* deriverebbe – in base ad un ragionamento tutt’altro che persuasivo, oltre che incoerente con i principi ordinamentali – l’impossibilità di annoverarli tra i diritti costituzionali.

⁶⁹ Il tema della giustiziabilità dei diritti sociali e di *welfare* attiene al piano delle garanzie costituzionali e va a mio parere tenuto distinto da quello della *litigation*, ossia da quello della effettiva, ma sporadica, trattazione di questo tipo di controversie in sede giudiziaria, che in questa sede non verrà affrontato. Tale distinzione è suggerita anche da C.A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, cit., p. 1256, e sembra preludere sia ad una ulteriore distinzione tra i *social welfare rights* e gli “altri” diritti sulla base della elaborazione giurisprudenziale di questi ultimi (sostanzialmente assente, invece, nella prima categoria), sia al rischio di una “atrofizzazione” dei diritti che sono infrequentemente oggetto di controversie giudiziarie. R. Pound, *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State*, cit., p. 16 discute la duplice natura del *social service state* (locuzione che allude al *social welfare state* del titolo) dal punto di vista del diritto pubblico, quella di regolatore e quella di operatore dei pubblici servizi, chiedendosi «why can’t the state in its ruler aspect prosecute itself in its public service aspect and inflict penalties on those who represent and control that aspect?».

⁷⁰ M. Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, cit., p. 1904.

Al di là della radicale posizione appena menzionata, la relazione tra giustiziabilità e costituzionalizzazione dei diritti sociali e di *welfare* mantiene una significativa centralità, al punto da ispirare (e al contempo differenziare) tre tecniche di riconoscimento di tali diritti adottate nei documenti costituzionali.

La prima consiste nell'enumerazione dei diritti espressamente dichiarati non giustiziabili (il cui valore è assimilabile a quello dei principi), o esplicitamente sottratti al controllo giurisdizionale in quanto le *constitutional provisions* a cui fanno riferimento sono «committed by the Constitution to another branch»⁷¹, ancora una volta in ottemperanza ad una applicazione intransigente e formale della separazione tra i poteri.

La seconda tecnica consiste nell'attribuzione del carattere della giustiziabilità ai diritti sociali e di *welfare*: diritti che (a differenza del caso precedente) non sono catalogati, ma derivano da una elaborazione estesamente discrezionale da parte del legislatore.

La terza modalità, corrispondente alla versione "forte" di tali diritti, consiste nella loro compiuta giustiziabilità, che prescinde da qualsiasi "deferenza sostanziale" nei confronti delle decisioni legislative, «whenever they conclude that the legislature has failed to provide what the constitution requires»⁷²: in altri termini, dal punto di vista della implementazione della politica l'intervento giurisdizionale si sostituisce all'"inadempimento" del legislatore.

Anche le posizioni che distinguono l'argomento della costituzionalizzazione di tali diritti da quello della loro giustiziabilità mostrano alcune preclusioni (qui solo elencate) all'implementazione dell'ultimo dei modelli descritti – la compiuta giustiziabilità – derivanti da una serie di fattori:

- la natura redistributiva delle erogazioni⁷³;
- la legittimazione istituzionale a stabilire le priorità che costituiscono gli obiettivi delle politiche. Si tratta di un tema controverso perché vi confluiscono le riflessioni sulla separazione tra i poteri – essenzialmente

⁷¹ M. Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, cit., p. 1900 il quale richiama in proposito la celebre decisione della Corte Suprema *Baker vs. Carr* (1962).

⁷² M. Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, cit., p. 1906.

⁷³ H. Uusitalo, *Redistribution and Equality in the Welfare State: An Effort to Interpret the Major Findings of Research on the Redistributive Effects of the Welfare State*, in «European Sociological Review», 1, 1985, pp. 163-176.

tra il legislativo e il giudiziario – e sulla produzione delle politiche pubbliche, ma che, al contempo, appare ridimensionato dalla corrente dei *Critical legal studies* (segnatamente dai contributi di Tushnet), la cui lettura prescinde dalla ripartizione istituzionale delle competenze per concentrarsi su diverse combinazioni degli effetti *materiali* e *ideologici* delle decisioni valutati nel medio e lungo termine, così da “assegnare la vittoria” al legislatore o al giudiziario a seconda degli effetti della decisione che avranno prevalso in un arco temporale considerato⁷⁴;

- la «vaghezza del contenuto normativo dei diritti sociali»⁷⁵, formula che è stata utilizzata per indicare la ricorrente ridefinizione delle priorità da parte dello Stato a seguito del mutamento socio-economico ed istituzionale;

- il problema metodologico connesso alla necessità di concretizzare i diritti sociali in riferimento alle pretese e ai bisogni individuali mediante il ricorso a criteri che presuppongono operazioni di misurazione: criteri assimilabili al principio dell’*adequate standard of living*, che in Italia hanno sollecitato un intenso dibattito intorno ai concetti di livelli ‘minimi’ ed ‘essenziali’ delle prestazioni assistenziali⁷⁶. Negli Stati Uniti la discus-

⁷⁴ M. Tushnet, *The Critique of Rights*, in «S.M.U. Law Review», 47, 1993, pp. 23-34, p. 24.

⁷⁵ J.M. Woods, *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, cit., p. 771.

⁷⁶ Non solo al livello regionale di implementazione delle politiche sociali, ma anche tra i costituzionalisti: si vedano, per esempio, M. Belletti, “Livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali” alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile, in «Istituzioni del federalismo», 3-4, 2003, pp. 613-646; L. Antonini, *Competenza, finanziamento e accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali*, in «Rivista diritto finanziario», 62, 2003, pp. 70-103; R. Balduzzi, *Note sul concetto di essenziale nella definizione dei Lep*, in «Rivista delle politiche sociali», 4, 2004, pp. 165-182; Id., *Livelli essenziali di assistenza versus livelli minimi*, in *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 49-67 e S. Gambino, *Stato, diritti sociali e devolution: verso un nuovo modello di welfare*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/revisione/gambino_20060202.html, il quale sintetizza l’argomentazione nei termini seguenti: «Pur nel rispetto del principio di gradualità e del bilanciamento con altri beni e interessi costituzionalmente protetti, è ragionevole chiedersi se la garanzia costituzionale riguardi il “contenuto essenziale” dei diritti, con riferimento alla mera esistenza degli stessi, oppure, in senso contrario, se tale tutela non debba estendersi anche al *quantum* dei diritti medesimi, cioè al relativo *standard* di protezione. Lo scrutinio della copiosa giurisprudenza costituzionale fa propendere per la prima soluzione, limitandosi tale controllo costituzionale a non mettere in questione la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare

sione sulla adeguatezza delle *constitutional provisions*, a molte delle quali si ricollegano i *social welfare rights*⁷⁷, si è invece intersecata con la tematica delle garanzie⁷⁸. In tal modo viene istituita una corrispondenza tra il *rudimentary due process* e l'erogazione di un livello minimo/essenziale di prestazioni, nonostante due tra le più influenti *constitutional provisions*, il *due process* e la *equal protection clause*, implicino una proceduralizzazione dei diritti che, anche attraverso la tutela giurisdizionale, incide sulla ridefinizione dei criteri universalistici e, in ultima analisi, sui principi e sui processi di inclusione/esclusione sociale.

Abbiamo osservato in precedenza (§ 2) che nelle democrazie sociali scandinave indennità e servizi sono estesi a tutti i cittadini secondo programmi universalistici per la promozione di una uguaglianza sostanziale la cui fonte di finanziamento è il gettito fiscale. L'elevata imposizione tributaria si connette, come è noto, ad un elevato *standard* qualitativo dei servizi sociali: come è stato osservato il *welfare state* genera pressione fiscale⁷⁹.

Castells propone una eloquente descrizione del modello di *welfare* finlandese:

Il *Welfare State* finlandese comprende un'istruzione pubblica totalmente gratuita e di alta qualità, ... una copertura sanitaria pubblica universale (garantita come diritto di cittadinanza) e un sistema sociale generoso con copertura universale per pensione e disoccupazione, cosa che ha reso la Finlandia uno dei paesi del mondo che registra il minor numero di abitanti poveri. Il *Welfare State* è finanziato da imposte elevate, ma

attuazione ai principi e ai diritti fondamentali secondo criteri di gradualità e comunque condizionati dalla disponibilità delle risorse finanziarie e dal principio di equilibrio del bilancio statale. Se ne può trarre la conclusione...che la stessa giurisprudenza costituzionale in materia di contenuto essenziale dei diritti sociali non sempre pare assicurare una tutela più salda e stabile di quanto non riesca a fare con le sue scelte politiche il legislatore (un tempo solo statale, oggi anche regionale)».

⁷⁷ Un classico su questo tema è F.I. Michelman, *Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, in «Harvard Law Review», 83, 1969, pp. 7-59. Per una riflessione sulla applicazione della *Equal Protection Clause* riferita alla separazione tra i poteri ai destinatari delle misure di *welfare* si veda anche C.A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, cit., pp. 1254-5.

⁷⁸ M. Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, cit., p. 1903.

⁷⁹ M. Castells, P. Himanen, *Società dell'informazione e Welfare State. La lezione della competitività finlandese*, Guerini e Associati, Milano, 2006.

la forte pressione fiscale può contare su un solido appoggio da parte dell'opinione pubblica, grazie ai benefici reali che la maggioranza dei finlandesi riceve dal *Welfare State*.

L'azione dello Stato si regge su una tripla fonte di legittimità: è uno Stato democratico, è uno Stato redistributivo, percepito dalla maggioranza delle persone come agente di uguaglianza e protezione sociale ed incarna il progetto di una nazione finlandese indipendente e capace di affermarsi con le sue forze. [...] La legittimità dello Stato permette un regime di imposte elevate che la maggioranza del popolo percepisce come favorevole per il proprio livello di vita. Questa fiducia nel Governo è ciò che rende possibile il finanziamento del *Welfare State* e fornisce una solida base al sostegno dello sviluppo economico⁸⁰.

Castells omette però di riferire che in Finlandia l'elevata qualità dei servizi, e in particolare dei servizi sociali, è associata al carattere della giustiziabilità dei diritti di *welfare*. La riforma costituzionale del 1999 ha infatti tratteggiato il diritto alla sicurezza sociale come un diritto alla sussistenza e alla cura in cui si fondono la tecnica della riserva di legge, estese garanzie da parte delle pubbliche autorità e livelli *indispensable, basic* e *adequate* delle prestazioni assistenziali⁸¹.

Il nuovo impianto costituzionale finlandese trae una evidente ispirazione dall'archetipo statunitense: infatti la Sezione 21 affianca all'enunciazione del diritto alla sicurezza sociale la corrispondente garanzia del controllo giurisdizionale, o quasi-giurisdizionale, esercitato da un organo indipendente sulla decisione relativa all'erogazione della prestazione e la riserva di legge relativa al profilo procedurale di tali garanzie⁸².

⁸⁰ M. Castells, P. Himanen, *Società dell'informazione e Welfare State*, cit., pp. 25-26, fig. 4.8. pp. 105 e 160.

⁸¹ Si riporta la versione inglese del documento costituzionale finlandese: *Section 19 – The right to social security*: «Those who cannot obtain the means necessary for a life of dignity have the right to receive indispensable subsistence and care. Everyone shall be guaranteed by an Act the right to basic subsistence in the event of unemployment, illness, and disability and during old age as well as at the birth of a child or the loss of a provider. The public authorities shall guarantee for everyone, as provided in more detail by an Act, adequate social, health and medical services and promote the health of the population. Moreover, the public authorities shall support families and others responsible for providing for children so that they have the ability to ensure the well being and personal development of the children. The public authorities shall promote the right of everyone to housing and the opportunity to arrange their own housing».

⁸² *Section 21 – Protection under the law*: «Everyone has the right to have his or her

La disponibilità dei finlandesi a sovvenzionare integralmente il sistema di *welfare* trova quindi una spiegazione parzialmente diversa da quella abituale: l'eccellente livello dei servizi non dipende soltanto dalla considerevole capacità contributiva, certamente correlata alla fiducia che i cittadini ripongono nel sistema: il suo mantenimento è in realtà *garantito* dalla (compiuta) giustiziabilità dei diritti sociali che configurano il sistema di *welfare* socialdemocratico. In altri termini l'(eventuale) insoddisfazione delle aspettative trova una immediata risposta nelle sedi giurisdizionali, prima ancora che in quelle politiche. Si genera in tal modo un circolo virtuoso: i diritti sociali, pienamente giustiziabili, determinano l'ottima qualità dei servizi che i cittadini finlandesi sono disposti a finanziare; tale disponibilità a sua volta si connette con la giustiziabilità dei diritti, che garantisce il valore delle prestazioni assistenziali; e così via.

5. La stabilità delle relazioni sociali tra comunità locali e modelli di rete

La tradizione del pensiero sociologico si è spesso soffermata ad analizzare la transizione "dalla comunità alla società", che si pone come uno dei temi classici di questo ambito disciplinare⁸³. Si tratta di una formula

case dealt with appropriately and without undue delay by a legally competent court of law or other authority, as well as to have a decision pertaining to his or her rights or obligations reviewed by a court of law or other independent organ for the administration of justice. Provisions concerning the publicity of proceedings, the right to be heard, the right to receive a reasoned decision and the right of appeal, as well as the other guarantees of a fair trial and good governance shall be laid down by an Act».

⁸³ Oltre a rappresentare un problema centrale per la riflessione della sociologia giuridica, come preannuncia il realismo giuridico americano. R. Pound, *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State*, cit., p. 7 osserva: «Nella civiltà occidentale si può osservare una continuità del mutamento sociale ... Il passaggio da una società fondata su base parentale ad una società politicamente organizzata, dal diritto di una città-stato ad un diritto mondiale, dalla società medievale organizzata su relazioni personali ad una società di individui competitivi, da uno stato che svolgeva unicamente la funzione di mantenere l'ordine e garantire la libertà individuale al *welfare state* sociale [cfr. nota 69 N.d.A.], in America il passaggio da una organizzazione politica in cui ciascuna delle colonie rappresentava un'entità separata governata da Westminster ad uno stato federale indipendente che prese le mosse da un nucleo di insediamenti lungo la costa atlantica ad una nazione il cui potere ha rag-

rivisitata di frequente e aggiornata mediante elaborazioni concettuali quali il “capitale sociale” e i “modelli di rete”, entrate a pieno titolo nel lessico delle scienze sociali senza peraltro innovarne il nucleo teorico, incentrato sulla *stabilità* delle relazioni sociali.

I diversi livelli di integrazione delle relazioni sociali si combinano poi con i criteri di *appartenenza* alla comunità; criteri che, a loro volta, si identificano con i criteri di *riconoscimento* della comunità stessa.

Tali criteri – la territorialità, modo di riconoscimento della comunità come entità geopolitica che produce distinzioni formali; l’identità culturale, principio in base al quale si delimitano le cosiddette “comunità di identità”; infine la condivisione di pratiche sociali come nucleo informale ma imprescindibile della comunità⁸⁴ – operano nella prospettiva della diversificazione dell’entità dei flussi di risorse da indirizzare verso individui e gruppi sociali.

La sintesi tra molteplicità di relazioni sociali e criteri di appartenenza e riconoscimento riferibili alla comunità riflette le possibili soluzioni all’ultima delle questioni affrontate in questa sede: la fungibilità dei concetti di «comunità» e di «cittadinanza»⁸⁵.

L’accezione più diffusa del concetto di «cittadinanza» è senza dubbio quella espressa dal lessico politico, intesa come la possibilità degli individui di rivendicare diritti nei confronti dello Stato ed ottenerne il riconoscimento⁸⁶.

giunto una dimensione continentale, e il passaggio dalla pionieristica società agricola e rurale all’epoca della formazione del nostro diritto ad una società urbana e industriale oggi divenuta predominante – si tratta di mutamenti che hanno contrassegnato il corso della storia del diritto ...». Traduzione mia.

⁸⁴ Il tema è svolto più diffusamente in M. Raiteri, *Bisogni di comunità, “universalità”, diritti e garanzie*, in P. Guidicini, C. Landuzzi (a cura di), *I territori del welfare. Servizi sociali, regionalizzazione e garanzie*, Angeli, Milano, 2006, pp. 100-123.

⁸⁵ Sulla sostituibilità tra i due concetti riflette anche Walter Lorenz nel suo contributo in questo volume dal titolo *La politica locale e la “nuova” Europa: prospettive di integrazione*. Inoltre il tema è al centro della più recente riflessione della geografia politica: si vedano L.A. Staeheli, *Citizenship and the problem of community*, in «Political Geography», 27, 2008, pp. 5-21 e V. Lawson, *Geographies of care and responsibility*, in «Annals of the Association of American Geographers», 97, 2007, pp. 1-11.

⁸⁶ Sul punto anche H.W. Jones, *The Rule of Law and the Welfare State*, cit., pp. 144-145: «il potere dello stato è il grande antagonista nei confronti del quale lo stato di diritto dovrebbe costantemente rivolgersi. ... Il maggiore obiettivo dello stato di diritto è la tutela dell’individuo nei confronti di coloro che detengono il potere dello stato». Traduzione mia.

La questione si pone con particolare enfasi nei confronti della accezione *sociologica* del concetto (che tuttavia non ne esaurisce le dimensioni)⁸⁷, definito come l'insieme delle cosiddette "capacità non-politiche": in primo luogo la capacità individuale di partecipazione alla comunità stessa; e l'essenzialità delle *varietà* di risorse oggetto dei processi allocativi.

Si tratta di un insieme che contrassegna i modelli di rilevazione dei bisogni tipici dei processi di programmazione delle politiche evidenziando il ruolo delle comunità e dei *policy makers* locali nella risoluzione di problemi di rilevanza collettiva, benché gli esiti prodotti appaiano fortemente eterogenei: si spazia infatti da esperienze positive di regolazione – le cosiddette "buone pratiche", per esempio la messa in rete di risorse⁸⁸ – ad esperienze negative di "opportunismo istituzionale" tra i comuni di dimensioni minori.

La condizione per cui il *social planning local* o *community-based* (e il relativo dibattito teorico) non si risolve in una "sterile" antitesi tra accentramento e decentramento istituzionale – certamente rilevante sul piano del diritto pubblico e dell'analisi politica, ma scarsamente proficua nella visione dichiaratamente sociologica del soddisfacimento dei bisogni individuali e collettivi⁸⁹ – consiste nel tenere in debita considerazione mo-

⁸⁷ K. Rummery, C. Glendinning, *Access to Services as a Civil and Social Rights Issue: The Role of Welfare Professionals in Regulating Access to and Commissioning Services for Disabled and Older People under New Labour*, in «Social Policy & Administration», 34, 2000, pp. 529-550, p. 531 ripropongono la definizione di Turner: «La cittadinanza può essere definita come l'insieme delle pratiche (giuridiche, politiche, economiche e culturali) che accreditano un individuo come appartenente alla società, e che, di conseguenza, determinano il flusso di risorse da indirizzare verso individui e gruppi sociali ... La cittadinanza si riferisce (a) al contenuto dei diritti sociali e delle relative obbligazioni; (b) alla forma o alla varietà di tali obbligazioni e diritti; (c) alle forze sociali che producono tali pratiche e, infine, (d) alla molteplicità di criteri che consentono di distribuire tali prestazioni tra i diversi settori della società». Traduzione mia.

⁸⁸ Si vedano, per esempio, P. Donati (a cura di), *Famiglie e bisogni sociali: la frontiera delle buone prassi*, Franco Angeli, Milano, 2007 e le esperienze descritte da G. Santarelli, M.E. Tartari, G. Vicarelli, S. Marasca, E. Pavolini, C. Moretti, M. Giuliani, *La gestione associata delle funzioni degli ambiti territoriali sociali e dei servizi alla persona* e da G. Fanci, M. Nocchi, *Alla ricerca di buone pratiche: la difficile implementazione della politica integrata sociopenitenziaria*, in A. Genova, F. Palazzo (a cura di), *Il welfare nelle Marche. Attori, strumenti, politiche*, cit., pp. 145-164 e 188-199.

⁸⁹ La necessità di tenere distinti i piani analitici contrassegna anche i processi di valutazione delle politiche: i diversi approcci analitici pongono infatti quesiti diver-

dalità di progettazione delle politiche che richiedono di individuare ed elencare le priorità rilevanti, descrittive di una peculiare percezione del “benessere” in ambito locale⁹⁰, ma anche di riconoscere (ed evitare) sovrapposizioni tra i “bisogni” e, soprattutto, tra i relativi interventi mediante una prospettiva di coordinamento dell’azione collettiva anziché di frammentazione delle questioni.

si, oltre a suggerire una pluralità di strategie di valutazione, come osserva M. Palumbo, *La valutazione tra scienza e professione*, in «Rassegna italiana di valutazione», 17/18, 2000, pp. 11-36, p. 31.

⁹⁰ M.D. Philibert, R. Pampalon, D. Hamel, J.P. Thouez, C.G. Loiselle, *Material and social deprivation and health and social services utilisation in Québec: A local-scale evaluation system*, in «Social Science & Medicine», 64, 2007, pp. 1651-1664, pp. 1653 e 1661.

