

# Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione

(Relazione al corso di formazione sul *Riparto di giurisdizione*, organizzato da Scuola superiore della Magistratura e Ufficio studi della giustizia amministrativa,

Roma, Tar Lazio, 16 marzo 2017)

## 1. Inquadramento del tema

Quello dei cd. diritti fondamentali è uno dei settori più problematici del riparto di giurisdizione; ma è anche uno di quelli che meglio si presta –a mio avviso- a raccogliere la sfida di una diversa lettura dei criteri di riparto e, più in generale, di un diverso approccio alla tematica del riparto: non più “chi è il giudice competente”, ma “come si realizza il migliore sistema di tutela delle posizioni soggettive dei cittadini (e non solo)”. Le norme sul riparto, in altre parole, non come attributive di un potere bensì come funzionali a quello che oggi si chiama “servizio giustizia”, ma che preferisco definire in relazione al soddisfacimento di un bisogno di tutela.

Un richiamo di ordine storico alla tematica. Superata l’idea giusnaturalista dei diritti innati dell’individuo, il positivismo giudico cerca di ricondurre il diritto soggettivo nel quadro del diritto dello Stato: la dottrina tedesca del diritto pubblico soggettivo configura questo come un autolimita dello Stato alla propria sovranità, relegando il diritto soggettivo classico alla sfera dei rapporti tra privati, in un processo che tende a risolvere il diritto soggettivo nel diritto oggettivo, fino alla nota definizione di Jhering del diritto soggettivo come “interesse giuridicamente protetto” (*Rechte sind rechtliche geschutze Interessen*). A ciò contribuisce non poco l’approccio marxista al tema dei diritti, indistintamente visti e osteggiati come prodotto della società borghese, come diritto dei borghesi (frutto di una “libertà dell’uomo in quanto monade isolata chiusa in sé stesso”).

La connessione “pratica” tra i diritti, intesi come proiezione della libertà (secondo l’impostazione tipica del codice napoleonico e ancor prima del *Code rural*: il territorio di Francia è libero come coloro che lo abitano), e potere pubblico è tipica dello Stato di diritto. Ma, a mano a mano che la componente liberale alla base della elaborazione teorica dello Stato di diritto si arricchisce dell’apporto della idea democratica di uguaglianza, comincia ad affacciarsi l’idea dei diritti sociali allo scopo di “riequilibrare le disuguaglianze sociali e intervenire a sostegno delle categoria più svantaggiate” (A.Facchi). I diritti sociali (già nel “manifesto” di Georges Gurvitch del 1946) sono visti in un’ottica proattiva e “fattuale” del diritto, come prodotto di una società civile che concorre a formare il diritto e che quindi non si pone come mera destinataria di esso. Dalla iniziale contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale, si perviene, nel secondo dopoguerra, alla sintesi dello Stato sociale di diritto (il *sozialer Rechtsstaat*, alla base della socialdemocrazia nordeuropea), che si pone come sintesi della salvaguardia delle libertà individuali e della promozione dell’uguaglianza delle opportunità.

Diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali vivono nella società, in una società organizzata in cui l’incremento delle funzioni amministrative è strumentale al perseguimento della vita ordinata. Diventa centrale il rapporto di questi diritti con il potere pubblico. In un’ottica inizialmente solo difensiva, a tutela della sfera individuale (proprietà ed espropriazione, per restare sul piano delle potestà amministrative), poi in un’ottica pretensiva, nel reclamare il godimento dei diritti sociali, che trovano riconoscimento progressivo nelle Costituzionali nazionali e nelle Carte sovranazionali: una cosa infatti è vedersi riconosciuto un diritto, altra è avere un accesso effettivo a quel diritto. E raramente i diritti sociali vivono avulsi dal contesto in cui sono calati: i diritti sociali spettano a una pluralità indefinita di soggetti e richiedono strumenti e risorse perché la loro dichiarazione si concretizzi in prestazioni.

Nel pensiero giuridico contemporaneo i diritti fondamentali ricomprendono diritti di libertà classici, diritti della persona e diritti sociali, secondo un catalogo storicamente e anche geograficamente variabile; il che, di per sé, scendendo sulla terra, dovrebbe sconsigliare vivamente dall'utilizzare la categoria, se tale la si può definire, come discriminazione tra giurisdizioni: i diritti fondamentali dovrebbero piuttosto costituire un "valore" di riferimento su cui modellare posizioni giuridiche soggettive (che meriterebbero in modo più appropriato l'appellativo di "fondamentali") che possono indifferentemente assumere la consistenza di diritti soggettivi o interessi legittimi a seconda del modo in cui positivamente è disciplinato il rapporto col potere pubblico.

Ma si impongono alcune altre precisazioni, spero utili al prosieguo più "pratico" del discorso, che ruotano intorno alla centralità, ai nostri fini, del rapporto (altri direbbe "connessione": Merusi) tra situazione soggettiva e potere pubblico.

Le precisazioni attengono ai due termini del discorso –situazioni soggettive e potere pubblico- e trovano massima concretizzazione nell'area dei servizi pubblici, intesa come area in cui (gran parte de) i diritti fondamentali trovano quella concretizzazione che consente di configurarli come situazioni soggettive in senso tecnico, come tali "azionabili".

Il potere. Si è soliti dire che all'interesse pubblico e alla pubblica amministrazione che ne è espressione l'ordinamento assegna una posizione prevalente, di "supremazia". Da tempo la dottrina amministrativistica assegna preferibilmente questa posizione di supremazia alla "funzione", intesa come la "veste" di un potere non più espressione di uno Stato autoritario, assoluto e assolutizzante, bensì di uno Stato, nelle sue "articolazioni" autonome, che pone regole ed eroga prestazioni nell'interesse "pubblico", inteso come interesse della collettività.

Il rapporto tra situazioni soggettive e potere. La peculiarità di questo rapporto è colta compiutamente da quella dottrina (Travi) che sottolinea come nella dinamica della vicenda relazionale tra individuo e potere, sempre più spesso “la pretesa del cittadino non possa essere soddisfatta senza la mediazione dell’amministrazione”; e da quell’altra dottrina (Scoca) che evidenzia come in tale relazione dinamica coesistono due situazioni soggettive *entrambe attive* – diritto o interesse legittimo / potestà – secondo uno schema ben diverso dalla tradizionale contrapposizione diritto-obbligo o potere-soggezione.

La peculiarità della relazione tra situazione soggettiva e potere si riscontra nel settore elettivo dei diritti fondamentali *sub specie* di diritti sociali, che è quello dei servizi pubblici: nei servizi pubblici si incontrano lo svolgimento di funzioni amministrative e le pretese dei cittadini. Sotto tale profilo, mi sembra si possa affermare che le situazioni soggettive fondamentali si inseriscono in un contesto di massima espansione di due (tipi di) funzioni amministrative: la funzione di regolazione (che significativamente determina un’area di espansione dell’intervento pubblico anche negli ordinamenti anglosassoni) e la funzione di organizzazione e di erogazione di prestazioni amministrative. Sul piano costituzionale, al riguardo, è stato notato (Torchia) che la garanzia costituzionale dei diritti sociali richiede l’erogazione di prestazioni e la determinazione di regole di accesso a quelle prestazioni.

Questa peculiarità –coesistenza di due posizioni soggettive entrambe attive nei servizi pubblici (ma Scoca rileva esattamente che trattasi di peculiarità propria del rapporto tra interesse legittimo e potere)- mi sembra centrale anche per tentare un approccio sistematico –ma pur sempre di una sistematica orientata alla soddisfazione di esigenze pratiche- ai profili di riparto della giurisdizione, riguardati, come si è detto all’inizio, come individuazione del giudice meglio rispondente al bisogno di tutela, in un’ottica, peraltro, in cui il sistema di tutele converga verso

questo bisogno per darvi una risposta unitaria e quindi più efficace. Non voglio preconizzare una sorta di indifferenza della giurisdizione, che il testo costituzionale non ci consente, ma vorrei consigliare un approccio meno dogmatico e meno schiavo di vecchie teorie (degradazione, carenza e cattivo uso del potere) e più aperto a ipotesi di concorso di azioni che esaltino il momento rimediabile dell'azione rispetto a quello sistematico della situazione soggettiva in sé considerata.

Quella dei diritti fondamentali è infatti un'area a forte "definizione" (*rectius*: individuazione) giurisprudenziale, probabilmente proprio per la difficoltà di individuare un catalogo di tali diritti. La individuazione –se non la creazione- di tali diritti è spesso frutto di opera delle Corti sia nazionali sia sovranazionali, che rendono concrete dichiarazioni di principio con operazioni ermeneutiche spesso "disinvolte". E anche da noi abbiamo continuamente esempi. E' un processo di individuazione abbastanza comune nella storia della giustizia amministrativa, caratterizzata spesso da un'inversione logica (Clarich) tra attribuzione di un rimedio e riconoscimento di una situazione soggettiva nonché dall'emersione dall'indistinto giuridico di interessi adespoti e posizioni legittimanti (Nigro). Ma è un processo non estraneo alla giurisprudenza civile, per esempio nell'area della responsabilità civile in relazione alla individuazione delle situazioni risarcibili.

## **2. I diritti "resistenti": parabola di una teoria (con ritorni di fiamma)**

Si è soliti far risalire l'attribuzione di una specifica valenza della natura fondamentale di un "diritto", ai fini del riparto, a due note decisioni del 1979 della Cassazione in materia di diritto alla salute (nn. 1463 e 5172) concernenti la localizzazione di una centrale nucleare e l'impianto per il disinquinamento del golfo di Napoli. Prima di allora il giudice amministrativo –al pari di ogni giudice- pacificamente conosceva di diritti costituzionalmente protetti, procedendo anche a quel bilanciamento di "valori" e interessi connaturati a un sistema che spesso chiama il giudice, anche costituzionale, a tale bilanciamento (si pensi al bilanciamento tra salute, ambiente,

lavoro e iniziativa economica privata nella sentenza n. 85 del 2013 sull'Ilva). E così in sede di giurisdizione esclusiva sul pubblico impiego, il giudice amministrativo impatta con situazioni direttamente riconducibili al diritto alla salute (e alla impossibilità che l'infermità possa ripercuotersi negativamente sulla carriera: CdS, VI, 6 maggio 1998 n. 655), alla dignità dei lavoratori, alla retribuzione proporzionata.

Nelle sentenze del 1979 la Cassazione elabora la teoria dei diritti non degradabili o incomprimibili dal potere pubblico. Il diritto alla salute è un diritto che resisterebbe a ogni potere ablatorio o anche solo compressivo, fondato su una tecnica garantistica propria dei diritti fondamentali o inviolabili, tutela riconosciuta anche nei confronti della pubblica autorità cui è negato ogni potere di disposizione del bene in questione.

Ora, può convenirsi che la salute in particolare sia un bene primario ( se è consentita una digressione frivola, si ricorderà la scena di "Ricomincio da tre" in cui la Marchegiani dice a Troisi "quando c'è l'amore c'è tutto", e lui replica, "no, *chella* è 'a salute). Ma non è evidentemente questo il punto. E nemmeno lo è la facile obiezione che fondare un criterio di riparto su una categoria di diritti "mobile", storicamente e geograficamente, introduce il massimo dell'incertezza nell'azionabilità delle pretese. In realtà, la tesi si presta subito a critiche anche teoriche alla luce degli insegnamenti della dottrina risalente. Nigro osservò che si aveva un rovesciamento della formula di Mortara (da "c'è diritto soggettivo perché non c'è potere" in "non c'è potere perché c'è diritto soggettivo") e per Follieri si assiste a un rovesciamento di prospettiva che conduce a una singolare "degradazione" del potere pubblico, in forza di un diritto soggettivo che determina l'assenza del potere anzi che essere la mancata attribuzione del potere a far riconoscere un diritto soggettivo. Più compiutamente, Giannini descrive molto bene il rapporto autorità/libertà: la garanzia costituzionale dei diritti, anche dei diritti di libertà, non segna affatto il limite, cioè non delimita il campo dell'azione

amministrativa; la detta garanzia costituzionale, infatti, opera mediante la riserva di legge (che nega spazio al potere), il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (che richiede il fondamento legislativo del potere) e i vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere), mai come un diaframma invalicabile per l'azione amministrativa.

In realtà, la tecnica usata nelle relazioni tra cittadino e potere pubblico, è quella della conformazione dall'interno sia del potere sia della situazione soggettiva, sicuramente di interesse legittimo (ma, in realtà, anche di diritto soggettivo).

La situazione soggettiva, in primo luogo, conforma il potere al suo interno. Nell'ordinamento tedesco, il diritto (unica situazione riconosciuta) agisce da limite esterno al potere: dove è riconosciuto il diritto non ci può essere potere, ma poiché la discrezionalità amministrativa esiste la conseguenza è che vi sono situazioni fisiologicamente sfornite di tutela (un po' come da noi all'indomani della legge 1865 e come avveniva nel Regno unito fino all'introduzione del *judicial review*). Nel nostro ordinamento il potere si confronta con la situazione soggettiva, quale che sia, ed è da questa conformato, modellato al suo interno, attraverso la pre-valutazione legislativa degli interessi in conflitto (pubblici e privati) e il sindacato del giudice sulla discrezionalità.

Il potere conforma la situazione soggettiva. Il carattere attivo del potere pubblico interferisce sulla sfera giuridica del privato la quale, per l'interferenza, consentita dalla legge, con la funzione amministrativa, viene conformata, modellata al suo interno in modo da poter convivere con l'intervento dell'amministrazione. Questa è l'essenza dell'interesse legittimo. Ma il fenomeno non è estraneo al diritto soggettivo (Nicolussi). La struttura stessa del diritto soggettivo –la cui unitarietà è stata posta in crisi sin dai tempi di Barbero sulla base della differenza strutturale e funzionale tra diritti assoluti, diritti reali e diritti di credito- è stata ridisegnata alla luce del principio di solidarietà che, con l'abbandono del modello quiritario,

“inserisce un collegamento tra sfera individuale e dimensione collettiva che conferisce effetti conformativi al contenuto del diritto”. Oggi, ma non da oggi, esistono tanti diritti soggettivi conformati sui diversi interessi (“beni” nell’accezione del Pugliatti) inerenti a un oggetto (la “cosa” per Pugliatti).

In questo contesto, creare una categoria di “diritti”, resistenti in senso assoluto e al di fuori della riserva di legge, al potere è del tutto asistemico e soprattutto al di fuori del diritto positivo. Per parafrasare le parole della sentenza n. 5172, è anche per me evidente che “l’amministrazione non ha il potere di rendere l’ambiente insalubre neppure in vista di motivi di interesse pubblico di particolare rilevanza”. Ma, posto che non esiste la funzione amministrativa (cui rapportare il potere) di danneggiare l’ambiente o la salute, sembra altrettanto evidente che possa esistere una funzione amministrativa, quale ad esempio la localizzazione di un’opera pubblica, da svolgere senza danneggiare la salute o l’ambiente; e se tale bene sarà danneggiato l’attività sarà illegittima (o illecita), ma non è che non esiste il potere di farlo legittimamente.

La teoria dei diritti indegradabili, proprio con riferimento ad ambiente e salute, avrebbe conseguenze non prevedibili: ogni localizzazione di opera pubblica può danneggiare ambiente o salute, al pari di molte autorizzazioni amministrative, di concessione demaniali, ma anche al pari di un’ordinanza sanitaria volta a evitare un’epidemia tra animali (la famosa brucellosi di sandulliana memoria o la più recente peste bovina).

Essa viene spesso seguita, autorevolmente sconfessata, altrettanto spesso riaffiora, anche nella giurisprudenza amministrativa.

Viene sconfessata autorevolmente dalla Corte costituzionale.

La Corte, con la sentenza n. 204 del 2004, ridisegna i termini del riparto e conduce a importanti acquisizioni di sistema: frena il processo di dilatazione della giurisdizione

esclusiva per “blocchi di materie”; afferma la “parità delle situazioni soggettive” e configura il giudice amministrativo come giudice ordinario degli interessi legittimi (questi delineati come posizioni inerenti all’esercizio di un pubblico potere), secondo un’impostazione che risale, già negli anni ’70 a Mario Nigro; parla di strumentalità dei mezzi di tutela in una loro ottica rimediale e di “pienezza” della tutela. Il precipitato è che il giudice amministrativo deve assicurare, per cognizione e strumenti, una tutela piena in tutte quelle ipotesi in cui l’amministrazione agisca come autorità: l’inerenza al pubblico potere assume la valenza di causa giustificativa della giurisdizione e ad essa occorre oggi guardare come criterio guida nel riparto di giurisdizioni, seppur posta in essere con semplici comportamenti dell’amministrazione.

Ovviamente la Corte non può superare il criterio di riparto fondato su diritti e interessi. Ma dalla sentenza mi sembra potersi ricavare una diversa lettura dell’articolo 103 che si libera, in un solo colpo, delle teorie dell’affievolimento e dell’indegradabilità (due facce della stessa obsoleta medaglia) e tende a configurare la giurisdizione amministrativa come giurisdizione sulle controversie in cui sia coinvolta l’amministrazione come autorità (S.Giacchetti osserva che bisogna “estirpare dal processo amministrativo il gene malato dell’interesse legittimo, sostituendolo con il gene sano del potere amministrativo”).

Questa tendenza è confermata da due importanti sentenze successive:

con la sentenza n. 140 del 2007, in una controversia riguardante la richiesta ex art.700 cpc di sospensione dei lavori di riconversione di una centrale termoelettrica, la Corte afferma esplicitamente che non esiste alcuna norma o principio che escluda la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione dei diritti fondamentali, i quali, sul piano del riparto, sono omologati ai diritti in genere;

con la sentenza n. 35 del 2010, la Corte, investita della questione di legittimità della normativa che devolve alla giurisdizione amministrativa esclusiva la complessiva azione di gestione dei rifiuti, arriva ad affermare che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può riguardare “particolari materie” in cui manchi il nodo gordiano dell’intreccio di tra diritti e interessi e ben può riguardare soltanto diritti: in altri termini, e in termini applicativi, ciò che giustifica la giurisdizione è l’inerenza a un pubblico potere (funzione o servizio che sia, ammesso che la differenza esista ancora) che interferisca con una sfera giuridica privata (in cui, verrebbe da ripetere con Nigro, coesistono diritti e interessi, in altri termini situazioni soggettive).

Credo sia questo il senso di quanto si legge nella relazione inaugurale al Consiglio di Stato del 2017 quando si parla, con definizione onnicomprensiva, di *situazioni soggettive fondamentali*.

La Corte di cassazione si pone presto nella linea della Corte costituzionale: con le sentenze 28 dicembre 2007 n. 27187 e 26 aprile 2009 n. 9956 (sempre in materia di salute, la seconda con riferimento alla gestione dei rifiuti), afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa per la tutela dei diritti fondamentali, quando la loro lesione sia rapportata a un comportamento, anche materiale, dell’amministrazione, espressione di poteri autoritativi o conseguente ad atti illegittimi. Analoga affermazione di principio si rinviene, più di recente, anche nella sentenza del 25 novembre 2014 n. 25011 sul piano educativo individualizzato per gli alunni disabili.

Il quadro teorico sarebbe a questo punto chiaro.

Analizziamo ora un po’ di casistica e vedremo che la giurisprudenza, sia ordinaria sia amministrativa, continua a presentarsi oscillante, tra affermazioni di principio contraddittorie (spesso riaffiora, anche nella giurisprudenza amministrativa specie di

primo grado, la teoria dei diritti indegradabili) e difficoltà oggettive di individuare la giurisdizione.

La casistica, lungi dall'essere esaustiva, riguarderà il diritto alla salute e taluni altri diritti sociali (diritti civili, istruzione, straniero). Non ci occuperemo invece di quelle ipotesi, in cui ogni questione mi sembra superata, in cui la questione sul diritto fondamentale attenga al merito della controversia, come avviene in genere nelle localizzazioni di opere pubbliche, in materia di valutazione di impatto ambientale (caso Ilva) e simili.

### **3. Salute e giudice amministrativo**

La prima decisione che viene in mente attiene al diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Si tratta della sentenza del Consiglio di Stato, III, 2 settembre 2014 n. 4460 (che conferma Tar Lombardia) che si segnala per vari profili:

- a) in primo luogo, per come si è pervenuti al giudice amministrativo. Vi è una precedente pronuncia del giudice ordinario, la Corte di appello di Milano, che in sede di volontaria giurisdizione autorizza il distacco del sondino di alimentazione e idratazione del paziente; il tutore si rivolge quindi alla struttura sanitaria, ma la Regione rifiuta il trattamento adducendo, sostanzialmente, che le strutture sanitarie sono abilitate a prestare le cure, non a interrompere il trattamento terapeutico;
- b) per l'ampiezza della cognizione esercitata dal giudice. Apparentemente si trattava di assicurare un diritto –quello di rifiutare le cure- già accertato e dichiarato dal giudice ordinario. Mi sembra però evidente che sarebbe stata singolare la proposizione di un giudizio di ottemperanza o un'azione esecutiva per l'esecuzione di un obbligo di fare. In realtà la sentenza affronta, in risposta alle deduzioni della Regione, una serie di tematiche (dall'obiezione di

coscienza, alla insussistenza di un obbligo di fare ricavato in via interpretativa dal giudice ordinario in assenza di previsione legislativa, al rischio di una imputazione penale per i medici –*sic!*) sicuramente riconducibile a un sindacato pieno sull'attività dovuta dalla regione;

- c) perché questa vicenda costituisce un positivo esempio di concorso delle giurisdizioni nella tutela di una situazione soggettiva fondamentale: dal decreto in sede di volontaria giurisdizione della Corte di appello alle due sentenze di Tar e Consiglio di Stato, fino alla sentenza del Tar sul risarcimento del danno richiesto dal padre-tutore attualmente *sub iudice* in Consiglio di Stato;
- d) perché affronta esplicitamente la teoria, che definisce “obsoleta”, della non degradabilità dei diritti assoluti; richiama, oltre alla giurisprudenza a sostegno della propria tesi, anche la giurisprudenza di segno contrario, sia della Cassazione (n.20577 del 2013; n. 2570 del 2012) sia dello stesso Consiglio di Stato (III, 4165 del 2011), specialmente in tema di diniego di autorizzazione alle cure all'estero, ma con affermazioni, imperniate sul criterio del *petitum* sostanziale e sulla legge del 1865, di portata generale; la sentenza afferma al riguardo, tra l'altro, che “la consistenza di tale situazione...non può essere affermata aprioristicamente sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto –la salute o l'ambiente- ma deve essere apprezzata in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere”.

Ma il passaggio centrale della motivazione è il seguente: “L'esercizio del potere pubblico non <degrada> la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la <forza> della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere.... Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del

potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto”. D'altra parte, si pone la seguente alternativa: o il potere c'è e allora va sindacato in via diretta quanto alla legittimità della conformazione della situazione soggettiva da parte del medesimo; se invece si ritenesse che il potere *non può esserci* perché il superdiritto non lo consente, allora delle due l'una: o il potere è *inutiliter datum* nella disposizione legislativa o questa attribuzione per legge di un potere che non può esserci renderebbe la legge stessa incostituzionale. E' evidente che è la prima alternativa che si realizza. E d'altra parte vi è un dato positivo incontrovertibile: l'art. 55 co. 2 c.p.a. esclude che possa essere subordinata a cauzione una tutela cautelare concessa per la tutela di diritti fondamentali della persona o di altri beni di primario rilievo costituzionale. E già l'articolo 21 della I.Tar, riassorbito nella disposizione codicistica, faceva riferimento agli “interessi essenziali della persona” e segnatamente “alla salute e all'integrità dell'ambiente”.

Per questo motivo sono perplesso di fronte a quella giurisprudenza, sia della Cassazione (6 settembre 2013 n. 20577) sia del Consiglio di Stato (III, 11 luglio 2011 n. 4156), secondo cui sussisterebbe la giurisdizione ordinaria in tema di diniego di autorizzazione a svolgere cure sanitarie all'estero. Se esiste un potere autorizzatorio, l'esercizio dello stesso non può che essere sindacato dal giudice amministrativo (oltre tutto vi sono valutazioni rimesse alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione). E meno che mai mi convince quella sottile distinzione tra cure urgenti all'estero (devolute alla giurisdizione ordinaria) e cure specialistiche non caratterizzate dall'urgenza, che quindi sarebbero sottoposte a un ordinario procedimento di autorizzazione soggetto al sindacato giurisdizionale amministrativo. D'altra parte, se il diritto fosse pieno e indegradabile, e il problema sorgesse in sede di richiesta di rimborso delle spese sostenute, perché non ammettere, allora, coerentemente con le premesse, la possibilità di procedere per decreto ingiuntivo? Questa possibilità è generalmente negata perché esiste un procedimento

amministrativo per la valutazione amministrativa e tecnica dei presupposti; ma questa intermediazione dell'amministrazione non è idonea di per sé a radicare la giurisdizione amministrativa?

Infine, in tema di salute, altre decisioni della III Sezione del Consiglio di Stato, significative dei temi affrontati dal giudice amministrativo, sono: la sentenza 20 luglio 2016 n. 3269, in tema di fecondazione eterologa, e le sentenze 10 giugno 2016 n. 2501 e 3 maggio 2016 n. 1713.

Anche qui è interessante capire come le questioni siano state portate alla cognizione del giudice amministrativo. Quanto alla fecondazione eterologa, il giudice amministrativo ha annullato una delibera regionale nella parte in cui –a differenza della omologa- non include tra le prestazioni ammesse del SSN la fecondazione eterologa, una volta che tale equiparazione sia stata sancita dalla Corte costituzionale (sent. N. 162 del 2014).

Quanto alle altre due sentenze, esse reputano illegittima la riserva di risorse finanziarie ai soli malati di SLA e non anche a pazienti con altre malattie “a parità di punteggio Barthel”, non potendosi discriminare tra malattie a parità di dato invalidante.

Per converso, desta perplessità l'attribuzione al giudice amministrativo della materia, ancorché avente natura “indennitaria”, concernente l'indennizzo da emotrasfusioni infette, con riferimento alla procedura transattiva disciplinata dalla relativa disciplina. La complessa pronuncia della Cassazione 3 febbraio 2016 n. 2050, che contraddice il precedente prevalente orientamento del Consiglio di Stato, non convince: è vero che l'indennizzo non è un risarcimento –e la disciplina di una procedura con finalità transattive non mi pare rilevi- ma ciò che ha dato luogo all'indennizzo è frutto di mere operazioni nelle quali non è proprio individuabile una qualche potestà amministrativa. E poi può dar luogo uno stesso fatto a due pur

distinte obbligazioni (risarcitorie e da indennizzo) devolute, in tesi, a due distinti giudici?

#### **4. Istruzione (di sostegno) e giudice amministrativo. Il problema della normativa antidiscriminatoria.**

A metà strada tra salute e istruzione c'è la questione dell'insegnamento di sostegno per alunni disabili. Sul tema abbiamo due concordi decisioni delle Sezioni unite e dell'Adunanza plenaria. Cassazione 25 novembre 2014 n. 25011 attribuisce al giudice ordinario le controversie concernenti la mancata attuazione del piano educativo quanto al numero di ore di sostegno ivi riconosciute all'alunno disabile; mentre restano attribuite al giudice amministrativo tutte le controversie concernenti l'elaborazione e la mancata o insufficiente considerazione nel PEI delle condizioni oggettive di disabilità e delle misure occorrenti per compensare il disagio (su cui Corte cost. n. 80 del 2010). L'indirizzo è stato ripreso dall'Adunanza plenaria n. 7 del 2016 che, nel ribadire (al pari, peraltro, della decisione delle Sezioni unite) che la configurazione del diritto fondamentale del disabile non costituisce ostacolo alla sussistenza della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici, ha confermato che tale consistenza trova la sua compiuta concretizzazione proprio nella fase di elaborazione del piano, nella quale è essenziale il controllo sul corretto esercizio del potere pubblico (che quindi sussiste) nella valutazione delle condizioni di disabilità e delle misure occorrenti; con ciò realizzando quella compiuta tutela che la dottrina riconosce assicurata dalla giurisprudenza amministrativa all'insegnamento di sostegno al disabile. (F. Marcellino, Tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione" in Persona e danno 2007; F.Girelli, Quale giudice per gli alunni con disabilità?, in Giur.cost.2015, 1475).

La sentenza della Cassazione n. 25011 del 2014 ci conduce però a esaminare un altro aspetto delle questioni di riparto: la normativa antidiscriminatoria.

E' noto che la legge n. 67 del 2006 vieta ogni forma di discriminazione diretta o indiretta nei confronti delle persone con disabilità, predisponendo a tutela delle vittime di discriminazione un'apposita azione da far valere dinanzi al giudice ordinario. E con riguardo a tale disposizione si è pronunciata la Cassazione. La sentenza è esatta e, nel riconoscere la sussistenza di una discriminazione e della correlativa azione dinanzi al giudice ordinario, non esclude, e anzi presuppone, la sussistenza delle azioni ordinarie esperibili, e sovente esperite, dinanzi al giudice amministrativo, quanto meno nella fase anteriore alla formazione del PEI e nella conseguente contestazione dei contenuti del PEI medesimo. Dirò di più: proprio la riconduzione alla fattispecie discriminatoria dell'azione all'esame della Cassazione potrebbe indurre a ritenere che non possa escludersi che, anche in caso di mancata attuazione del PEI, la giurisdizione resti incardinata al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva dei servizi in via ordinaria (cioè quando non si rinvergono o la parte non intenda addurre profili discriminatori).

A questo punto non mi pare condivisibile la decisione Cassazione n.7186 del 2011 che ritiene (esattamente) la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione del sindacato volta a far valere una discriminazione ai sensi dell'articolo 44 d.lg. n. 286 del 1998 posta in essere dal datore di lavoro pubblico, che aveva escluso dalle procedure di stabilizzazione i precari sforiniti della cittadinanza italiana. La soluzione è esatta (tanto più che pare che la procedura di stabilizzazione nemmeno fosse iniziata); per sostenerla sarebbe bastato quanto dedotto dalla parte: trattasi di azione civile avverso un comportamento datoriale che determina una discriminazione tra lavoratori in ragione della cittadinanza; sicché occorre distinguere tra rapporto sostanziale sottostante, che può appartenere all'una o all'altra giurisdizione, e la disparità di trattamento per ragioni vietate. Dunque la giurisdizione non poteva che essere ordinaria, perché la parte aveva scelto di azionare quella specifica pretesa. Che però non può che essere aggiuntiva e

comunque concorrente con le azioni ordinarie: se fosse stato emanato un bando a nessuno, credo, sarebbe venuto in mente di negare la legittimazione del lavoratore o del sindacato a impugnarlo facendo valere come vizio di legittimità anche la violazione della normativa antidiscriminatoria. E invece la Cassazione specifica dicendo che la giurisdizione sarebbe del giudice ordinario anche (non si capisce se si tratti di soluzione costituzionalmente imposta) perché si tratta di tutelare un diritto fondamentale.

Le ipotesi di azioni contro le discriminazioni riconosciute spettanti dinanzi al giudice ordinario integrano, a mio avviso, ipotesi di concorso di azioni, normalmente non del tutto sovrapponibili –quanto a legittimazione e presupposti- che possono delineare un concorso di tutele ma mai l'esclusione della giurisdizione amministrativa (se spettante in via ordinaria) per il fatto che quella normativa tuteli un diritto fondamentale (che, ancora una volta, è una petizione di principio, perché la discriminazione vietata dà luogo di per sé alla lesione di un diritto ritenuto per questo fondamentale).

## **5 Diritti civili e sociali**

Un altro gruppo di sentenza mi sembra interessante per il modo in cui i casi sono pervenuti al giudice amministrativo, in una materia che mi sembra pertinente normalmente alla giurisdizione ordinaria.

Mi riferisco al caso concernente i limiti al divieto di patti di trasferimento patrimoniale nel procedimento semplificato di separazione e divorzio dinanzi all'ufficiale di stato civile (CdS, III, 26 ottobre 2016 n.4478, FI 2016,III, 636, con nota di G.Casaburi), e alle sentenze, in misura significativa divergenti nel merito, relativi all'annullamento prefettizio degli atti di trascrizione del matrimonio civile tra persone dello stesso sesso (CdS, III, 26 ottobre 2015 n. 4899 e 1°dicembre 2016 n. 5047). In questi casi la giurisdizione si è radicata in capo al giudice amministrativo in

modo, per così dire, indiretto. Oggetto di impugnazione, infatti, erano, nel primo caso, una cd. circolare normativa, ossia istruzioni vincolanti del Ministero dell'interno sui patti inerenti ai divorzi semplificati; nel secondo caso, atti adottati nell'esercizio di autotutela imposta con apposita "direttiva" su scala nazionale ai prefetti dal Ministero dell'interno. Trattasi di atti generali o normativi che in effetti rientrano nella giurisdizione amministrativa; e per giunta di legittimità, ancorché aventi sostanzialmente ad oggetto (gli atti, non la giurisdizione) diritti. In questi casi il problema di giurisdizione si pone in maniera diversa. Sembrerebbe esservi un concorso di giurisdizioni a seconda dell'oggetto: se il giudizio è promosso nei confronti dell'atto generale, che ha una lesività propria perché idoneo a vincolare tutte le amministrazioni, la cognizione è portata al giudice amministrativo; se agiscono i singoli in relazione a vicende personali e puntuali, la giurisdizione è ordinaria. E nessuno può negare che possano verificarsi contrasti di giurisprudenza nel merito. Qui la soluzione –similmente a quanto avviene nel rapporto di lavoro contrattualizzato con riferimento agli atti di macroorganizzazione- non può che trovarsi nella tendenziale convergenza di due forme di tutela in parte concorrenti. Mentre non sembra risolutiva, soprattutto sul piano pratico, una soluzione che incardini soltanto le singole controversie davanti al giudice ordinario, che potrà disapplicare l'atto normativo o generale presupposto: ciò potrà senz'altro avvenire, ma evidentemente con efficacia disapplicativa limitata al caso concreto e quindi con la possibilità che la norma generale persista e che tanti amministratori e tanti giudici la applichino in maniera diversificata. Va solo detto che, mentre nel primo caso la questione di giurisdizione è stata espressamente affrontata dal Consiglio di Stato, nei casi concernenti l'annullamento della trascrizione dei matrimoni omosessuali la questione di giurisdizione era preclusa per motivi processuali in entrambi i giudizi (anche se nel secondo vi è un accenno alla sua infondatezza in relazione alla sussistenza del potere generale di annullamento governativo ex artt. 2, terzo

comma, lett. *p*, legge n. 400 del 1988 e 138 t.u.e.l. n.267 del 2000); tanto che sono state ritenute immeritate (da A.Travi, *A proposito di una sentenza del Consiglio di Stato sulla trascrizione del matrimonio fra persone dello stesso sesso*, FI 2016, III, 263) le critiche sul punto formulate (da G.Casaburi, *ivi*, 27) senza considerare il profilo processuale di cui all'articolo 9 c.p.a..

Interessanti alcuni casi in materia di diritti civili. Tanto nota da meritare solo un richiamo la vicenda, giudicata dal giudice amministrativo, del **crocefisso** nelle aule scolastiche (CdS, VI, 13 febbraio 2006 n. 556), conclusasi alla Grande Camera della Corte EDU; mentre, sempre in relazione al servizio scolastico, significativa è Cassazione 5 febbraio 2008 n. 2656, che attribuisce alla giurisdizione amministrativa la controversia sulla richiesta (respinta dalla scuola) di un genitore di inibire l'insegnamento dell'educazione sessuale al figlio nell'orario scolastico. Qui la Cassazione esattamente coglie il nodo della questione di merito, consistente nel bilanciamento che il giudice è chiamato a effettuare tra il diritto fondamentale dei genitori a provvedere all'educazione dei figli e i principi di libertà di insegnamento e obbligatorietà dell'istruzione.

Un altro caso concerne la sentenza del Consiglio di Stato (IV, 29 febbraio 2016 n. 842), con la quale è stato annullato il decreto del presidente del consiglio dei ministri concernente la determinazione dell'ISEE –indice che determina l'accesso a determinate prestazioni socio-sanitarie- nella parte in cui era calcolato ai fini del requisito del reddito i trattamenti percepiti dai disabili. E' qui evidente l'attinenza a diritti fondamentali –prestazioni socio-sanitarie e qualificazione dei trattamenti percepiti dai disabili- ma la questione di giurisdizione nemmeno si è posta.

## **6 Straniero e giudice amministrativo**

Il riparto di giurisdizione in materia di stranieri è abbastanza ben definito, anche se abbastanza frammentato e non sempre razionale. La *summa divisio* sembra essere

nel senso della giurisdizione ordinaria per asilo, *status* di rifugiato e ricongiungimenti familiari: che sembra ragionevole; nonché per le espulsioni (ad eccezione di quelle disposte dal Ministro): che sembra opinabile; della giurisdizione amministrativa per rilascio rinnovo e revoca del permesso di soggiorno, ivi compresa la procedura di emersione dal lavoro irregolare.

Piuttosto, può essere utile richiamare qualche caso particolare, in cui la giurisdizione è stata implicitamente ritenuta sussistente.

Consiglio di Stato III, 27 ottobre 2014 n. 5328 annulla la nota regionale che richiede, in via generale, il permesso di soggiorno per poter fruire di cure urgenti (ritorna il tema della giurisdizione radicata da un atto generale); l'ordinanza cautelare III, 12 dicembre 2013 n. 4976 (poi la sentenza di merito del Tar declinerà la giurisdizione) sospende il diniego di cittadinanza (presupposto per cure) ad apolide, orfano malato e interdetto; III, 27 ottobre 2014 n. 5328 afferma l'obbligo di fornire cure urgenti a stranieri anche non muniti di permesso di soggiorno.

Infine, Consiglio di Stato, III, 26 ottobre 2016 n. 4487, in seguito alla ritenuta incompatibilità comunitaria del tariffario per il permesso di soggiorno dei lungosoggiornanti ad opera della Corte di giustizia UE, ha ritenuto il principio applicabile anche per i contributi relativi ai permessi di soggiorno di breve durata.

## **6 - Conclusioni**

Cosa dire in conclusione?

La riflessione sul riparto di giurisdizione in tema di diritti fondamentali ci induce ad alcune riflessioni, di ordine pratico e teorico, che provo a riassumere.

In primo luogo, partiamo dai termini. Diritti fondamentali? Va bene, purché siamo consapevoli della storicità del termine e, soprattutto, purché ci rendiamo conto che

non è che chiamarli diritti ci risolve il problema di giurisdizione. Meglio quindi situazioni soggettive fondamentali.

Il nodo della questione è quello del rapporto tra diritto fondamentale e potere. Questo rapporto sconta la tara della teoria della degradazione o affievolimento; teoria assai utile, quando fu coniata e per molti decenni, per allargare gli spazi di tutela. Oggi credo il rapporto vada visto alla luce di pochi nuovi concetti:

- a) potere e diritti/interessi sono situazioni entrambe attive che si muovono all'interno della vicenda dinamica, spesso procedimentale (prima, e talvolta anche dopo, il processo); entrambe hanno bisogno del fondamento legislativo (in relazione anche al dettato costituzionale) e, per quanto sia senz'altro graduabile una scala di "valori", la tecnica della conformazione all'interno (del potere e della situazione soggettiva) appare più moderna e appropriata del tentativo, inevitabilmente inidoneo, di trattare il confronto tra le situazioni in termini di separatezza, che non trova riscontro nella realtà;
- b) in effetti, i "diritti" hanno bisogno sempre più spesso dell'intermediazione pubblica e questo richiede l'attribuzione di un potere –in termini più moderni diremmo l'individuazione di una funzione, quanto meno di regolazione se non di diretta erogazione; e la funzione è esattamente l'attività inerente a un potere di cui parla la Corte costituzionale dalla sentenza n. 204 del 2004; il settore ordinario in cui si esplica questa funzione avente ad oggetto prestazioni è quello dei servizi pubblici;
- c) in definitiva, ci troviamo di fronte a una sfera giuridica del privato che talvolta *subisce* il potere pubblico, più spesso *pretende* da questo; centrale è il concetto di prestazione, che non può essere vista come "obbligazione" secondo lo schema pretesa-obbligo: perché le prestazioni pubbliche non si risolvono nel rapporto individuale e quelle individuali fanno parte di una funzione destinata a soddisfare le esigenze di una collettività;

- d) è questa sfera giuridica “individuale” nel suo confronto con il potere pubblico –che cura il correlativo interesse “pubblico” della collettività- che esprime il bisogno di tutela che il giudice è chiamato a soddisfare;
- e) il nostro ordinamento si è storicamente sviluppato e si fonda, al pari di gran parte degli ordinamenti stranieri, sul pluralismo delle giurisdizioni. Queste hanno un senso se servono a fornire una risposta di tutela piena e compiuta: meglio qualche duplicazione che qualche lacuna;
- f) in quest’ottica il riparto serve ad assicurare la completezza della tutela e non la sua separatezza; quindi le giurisdizioni devono saper convergere.

La pluralità delle giurisdizioni non può spaventarci. Specie nel settore dei diritti fondamentali, in carenza spesso di previsioni legislative, il ruolo della giurisdizione, nazionale e sovranazionale, è particolarmente sviluppato. E questo potere del giudice, con equilibrio e umiltà, va esercitato perché la lacuna di tutela non è tollerabile.

Sul piano pratico, credo che gli indirizzi della Corte costituzionale e la considerazione delle trasformazioni del diritto amministrativo, ma anche di quello civile, colte dalla dottrina, consentono di tracciare linee di demarcazione più chiare di quanto non si pensi.

**Filippo Patroni Griffi**

Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

pubblicato il 5 giugno 2017