



18 DICEMBRE 2019

# Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali

di Carla Acocella

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa



# Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali\*

di Carla Acocella

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa

**Sommario:** 1. Il rilievo della morfologia dei diritti sociali nella prospettiva della loro giustiziabilità. - 2. Dimensione “condizionata” e dimensione costituzionale dei diritti - 3. Movimenti riduttivi ed espansivi della giurisdizione amministrativa sui diritti sociali a partire dal loro carattere fondamentale. - 4. Il dialogo tra le giurisdizioni nella tutela dei diritti sociali e l’influenza esercitata dal giudizio di costituzionalità. - 5. La volatilità dei presupposti che sottendono i criteri di individuazione del giudice competente. 6. Notazioni conclusive.

## 1. Il rilievo della morfologia dei diritti sociali nella prospettiva della loro giustiziabilità

La necessità di riferirsi ad una categoria di posizioni giuridiche soggettive nel ragionare della loro azionabilità in sede giurisdizionale, impone di svolgere qualche considerazione preliminare sulla fisionomia della categoria e sulla sua tenuta e capacità identitaria. Ciò è tanto più vero se si parla di diritti sociali perché alcuni snodi dell’evoluzione, che è possibile richiamare qui solo per cenni, della nozione<sup>1</sup> e del relativo regime hanno messo alla prova la possibilità di declinarli nell’ambito di una categoria unitaria. Sicché, se “al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale”, e se nella medesima prospettiva “non possono esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere”<sup>2</sup>, nel caso dei diritti sociali sono proprio

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

\* Il lavoro riprende i contenuti della relazione tenuta al Convegno “*Profili di Full Jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*”, (TAR Campania, Napoli, 17 giugno 2019, organizzato dall’Università Mercatorum) ed è destinato alla pubblicazione che raccoglierà gli atti del convegno.

<sup>1</sup> A questo proposito L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss. osserva che “quando lo sguardo si rivolga a diritti sociali o interessi legittimi; in generale, quando le posizioni soggettive si sostanziano in pretese rivolte verso il potere pubblico, il loro contenuto tende a diventare controverso ed indefinito”, laddove il nucleo essenziale delle nozioni di “diritto soggettivo o di libertà negativa” risulta, “pur nell’articolazione delle posizioni” [...] “ampiamente condiviso”. Sul punto anche per la ricca bibliografia richiamata si veda M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013, 1, dove si legge come “tale nozione sia astretta ad insuperabili problemi di ordine definitorio, o per meglio dire, che l’unico punto di consenso tra gli studiosi sul tema si raggiunga in ordine al carattere ‘non [...] univoco’, se non propriamente equivoco, del sintagma in questione”; dello stesso A., si veda altresì, *I diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2012, 219 ss..

<sup>2</sup> Cfr. C. cost., 11.2.1999, n. 26, che richiama sul punto C. cost., n. 212/1997 in ordine alla insostenibilità della prospettiva del riconoscimento di posizioni giuridiche di diritto sostanziale in assenza di “una giurisdizione innanzi

le incertezze e le tortuosità dei percorsi di “riconoscimento” sul piano sostanziale (che pongono cioè una questione di sussistenza e di spessore delle garanzie primarie prima ancora che delle garanzie secondarie<sup>3</sup>), a condizionare inevitabilmente la questione della giustiziabilità.

Le difficoltà che si frappongono tra il riconoscimento e l’affermazione dei diritti sociali e la loro capacità di trovare adeguate risposte in sede giurisdizionale alle frustrazioni subite sul piano sostanziale, non paiono decifrabili nel perimetro dell’accertamento (eventualmente) condotto dal giudice amministrativo in ordine alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità dell’azione. Già solo a voler adottare una prospettiva estrinseca di osservazione, sembra che la giurisprudenza chiamata a intervenire a fronte dell’attivazione di tali diritti non indugi su questo aspetto. In sostanza le variabili in grado incidere sul grado di effettività della protezione accordata in sede processuale ai diritti sociali, più che gravitare nell’area degli strumenti utilizzati dal giudice per filtrare l’accesso alla tutela – attraverso la verifica della titolarità<sup>4</sup> di una situazione sostanziale sottostante e della sussistenza di un interesse processuale in capo a chi vanta pretese classificabili in termini di diritto sociale – si intrecciano con la problematica ricostruzione della categoria, in bilico tra il “condizionamento” della protezione – a cagione di fattori

---

alla quale esse possano essere fatte valere”, e n. 98/1965 sulla qualificazione come diritto inviolabile del diritto di azione, variabile caratteristica del modello dello “stato democratico di diritto” secondo C. cost. n. 18/1982. Sulla consistenza autonoma di diritto della pretesa riconosciuta dall’art. 24 Cost., v. L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 95, e in particolare per la dimostrazione della natura inviolabile oltre che fondamentale del relativo diritto si veda L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, spec. 252, anche per la ricostruzione dell’articolato dibattito in ordine all’incidenza spiegata – su cui L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali, in Teoria politica*, 2, 1998, 3-34, spec. 27-29 – dall’esistenza di una norma positiva sulla possibilità di inferire il riconoscimento di garanzie primarie (esistenza dell’obbligo/divieto, aspettativa) e garanzie secondarie (azione giudiziale che consente la coercizione dell’obbligo/divieto). Sul sistema di tutela prefigurato dall’art. 24 Cost. si vedano: A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e sistema “ordinamentale”*, Napoli, 2012, 165; A. POLICE, *Commento all’art. 24 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Torino, 2006, 501. La bibliografia in ordine alle ragioni a fondamento della lettura in chiave soggettiva del sistema di tutela prefigurato dalla Costituzione è copiosa. Sul punto si veda C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, 89 ss., che sul punto rinvia, per la alternatività tra concezione soggettiva e oggettiva di tutela a A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritti. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 46. Sull’assetto della giurisdizione amministrativa definito dalle norme costituzionali si rinvia all’analisi di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2014, 341 ss..

<sup>3</sup> Sulla distinzione cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, che identifica nelle prime le pretese positive o negative in cui si sostanzia il diritto e nelle seconde la sanzione giudiziaria della lesione delle prime.

<sup>4</sup> Con il riferimento alla titolarità si intende alludere a quello scivolamento – ampiamente indagato dalla dottrina che si è occupata di condizioni dell’azione nel processo amministrativo – “dal piano della (mera) affermazione della titolarità di una situazione giuridicamente rilevante alla vera e propria titolarità dell’interesse qualificato”: così C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 144. Segnala una “impropria utilizzazione giurisprudenziale” delle condizioni dell’azione, anche per effetto della tendenza della giurisprudenza amministrativa a ritenere in concreto sempre sussistente la legittimazione, di guisa da impiegare solo l’interesse processuale come filtro dell’accesso alla tutela, L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali*, cit., 688. In tema R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1993, 471.

economici, della necessità del bilanciamento con altri valori, etc ... – e la caratura fondamentale della pretesa. Quella dei diritti sociali appare un’area in cui, se anche si ridimensionano le questioni che attengono all’interesse e alla legittimazione a ricorrere nella misura in cui le stesse vengono assorbite nel diritto all’azione fondato dall’art. 24 Cost.<sup>5</sup>, il problema si colloca nell’ambito dell’accertamento della pretesa sostanziale e quindi della cognizione del merito<sup>6</sup> della controversia, dove sovente la protezione non può essere accordata perché fattori di condizionamento non sciolti, e che il giudice non può sciogliere, si frappongono alla soddisfazione della pretesa che è in capo al titolare.

La regolazione dell’accesso al giudizio dei diritti sociali, se come una questione di regolazione si intenda porla, si svolge attraverso il loro inquadramento come diritti costituzionalmente riconosciuti, nel solco di dinamiche che alternativamente li escludono e li attraggono nel raggio di azione del potere pubblico, e di conseguenza nella cognizione del giudice amministrativo, e, davanti a quest’ultimo, alternativamente negano a tali diritti un’adeguata tutela a causa della prevalenza della logica autoritaria del potere come oggetto prioritario del sindacato giurisdizionale, o piuttosto accordano loro una tutela piena, adatta alla struttura di una pretesa che dialoga appunto con un potere (quantomeno organizzativo) della pubblica amministrazione.

## 1. Dimensione “condizionata” e dimensione costituzionale dei diritti

---

<sup>5</sup> Ci si riferisce all’idea su cui si fonda lo studio di L.R. PERFETTI, *Diritto di azione, cit.*, 24, secondo il quale l’esito della ricostruzione del diritto di azione protetto dall’art. 24 Cost., che fonda un “diritto (fondamentale) a sé, quello appunto di agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni soggettive”, è l’assorbimento nella struttura del diritto di azione di interesse ad agire e legittimazione ad agire.

<sup>6</sup> Sebbene il fatto (cfr. *supra* nota 4) che la “legittimazione a ricorrere viene ancora interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come affermazione della titolarità della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso [...] ma come effettiva titolarità di tale posizione”, renda la “pronuncia di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione a ricorrere” non “semplicemente una pronuncia di rito, come si potrebbe concludere trattandosi di pronuncia sulle condizioni dell’azione, ma come pronuncia comportante “un accertamento negativo di una posizione soggettiva di rilevanza sostanziale”. E “considerazioni analoghe potrebbero valere anche per la pronuncia di inammissibilità per difetto d’interesse”. “Di conseguenza, per alcuni aspetti, come l’idoneità del giudicato a produrre effetti ‘esterni’ al processo, è stata assimilata alle pronunce di merito”: così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 190. Nella medesima prospettiva, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285 ss., 308, per il quale l’interesse ad agire “serve a evitare che si scenda all’esame del merito quando la domanda può essere fondata, ma anche se lo fosse, il suo accoglimento non produrrebbe alcun effetto utile nella sfera giuridica dell’attore, mentre la legittimazione mira ad evitare una decisione nel merito in assenza della titolarità del diritto in capo all’attore medesimo”. Ma v. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 175: “la situazione giuridica soggettiva sostanziale sta sullo sfondo. L’istante ne deve affermare la lesione ed invocare la tutela per rendere ricevibile la domanda, ma non occorre, ai fini dello svolgimento del giudizio, che ne sia accertata l’esistenza e la lesione della situazione giuridica soggettiva che utilizza il meccanismo processuale, garantito dal diritto di azione, per ottenere tutela”.

Due appaiono in particolare i profili capaci di condizionarne le prospettive di tutela dei diritti sociali in sede giurisdizionale. Il primo è legato al processo lungo il quale essi sono venuti affermandosi, ed in particolare è rappresentato dalla difficoltà originaria di sussumerne i contenuti tipici (accesso all'istruzione, al lavoro, all'abitazione, all'assistenza in caso di bisogno) entro lo schema di pretese giuridicamente rilevanti, in particolare di diritti soggettivi, con ripercussioni prima ancora che sulla loro giustiziabilità, come evidente sulla loro esigibilità e soddisfazione in via sostanziale. Il percorso di affermazione e di ricostruzione della fisionomia di tali diritti passa, in ragione del dato conclusivo della loro costituzionalizzazione (quindi del loro riconoscimento più che della loro posizione<sup>7</sup>, e della loro garanzia per mano di una Costituzione rigida), per una emancipazione delle disposizioni su cui essi si fondano dalla caratterizzazione in termini di programmaticità<sup>8</sup>, quest'ultima responsabile anche di una costruzione delle relative posizioni giuridiche in “perfetto parallelismo con gli interessi legittimi del diritto amministrativo”<sup>9</sup>, sancendone un innegabile depotenziamento. Il depotenziamento a cui allude questa

---

<sup>7</sup> Il salto dalla fondazione al riconoscimento è predicabile in relazione ai diritti sociali ove li si declini come diritti fondamentali secondo L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir pubbl.*, 1/2013, 61 ss., 113: “l'opinione di chi scrive, infatti, è che una volta che si sia smentita – come avviene testualmente nell'art. 1 Cost. – l'idea che la sovranità spetti allo Stato, i diritti sociali sono porzioni della sovranità delle persone che non si distribuiscono lungo la linea dell'esercizio ‘nelle forme e nei limiti della Costituzione’ ma che si trattengono nella sovranità individuale, come tipico dei diritti fondamentali – art. 2 Cost. – che sono riconosciuti e non accordati dall'ordinamento nel momento in cui esso si costituisce”. Per una rimeditazione nel quadro di crisi che ha coinvolto l'integrazione europea del rapporto tra sovranità statale (“ancora percepita come garanzia dei sistemi di protezione”) e diritti sociali si veda S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *federalismi.it*, 22/2015 che pone la necessità di garantire dei diritti sociali, oltre che civili al centro del processo genetico di una Costituzione europea, a patto di volerne informare le sorti al principio democratico.

<sup>8</sup> A. BADASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. Giur.*, 1989, 1 ss., spec. 5 riferendosi alla teoria che, “tentando di superare l'abisso frapposto dalla dottrina dominante tra i ‘diritti di libertà’ classici e i ‘diritti sociali’, ha cercato di ricostruire anche questi ultimi come posizioni soggettive, se pure più attenuate. Così, partendo dalla premessa che le ‘norme programmatiche’ lungi dall'aver un'efficacia costituzionale depotenziata o differita, sono in realtà norme che regolano un particolare settore dell'ordinamento, precisamente quello delle attività statali relative a determinate materia [...] quella teoria configura i ‘diritti sociali’ che su quelle norme si fondano, come ‘interessi costituzionalmente protetti’”. Sulla ricostruzione del passaggio da una “chiusura nei confronti di un testo considerato come rivolto a porre obblighi al solo legislatore”, ad una tendenza ad applicare direttamente le norme della Costituzione, in forza della contrarietà sin da subito espressa dalla Corte costituzionale all' “idea della distinguibilità fra diversi livelli di cogenza delle norme costituzionali”, si veda, anche per i rinvii alla copiosa letteratura in tema, A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione. Qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 1/2012, 49 ss.

<sup>9</sup> Così ancora A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 5, che nel riferirsi al contributo sul punto di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 75, ss., segnala che tali posizioni soggettive “rappresenterebbero aspettative giuridiche derivanti a certi soggetti come riflesso o risultato delle norme (costituzionali) che impongono al titolare di un potere pubblico (nel caso il legislatore) la soddisfazione di un particolare interesse collettivo, nonché le condizioni e le modalità di esercizio della correlativa funzione”. Sebbene l'A. (6 e 8) segnali l'errore prospettico compiuto da Crisafulli nel trasporre la legalità propria del criterio di sindacato del giudizio amministrativo in legalità costituzionale, trasformando il rapporto funzione pubblica-processo amministrativo in rapporto potere legislativo-giudizio di costituzionalità.

ricostruzione è appunto quello che si attua nel passaggio dalla configurazione di veri e propri diritti soggettivi a quella di interessi legittimi<sup>10</sup>.

All'esito di un percorso in cui i diritti sociali si affrancano dalla dimensione originaria di "diritti legali" – come noto predicabili come diritti solo in forza della legge ordinaria<sup>11</sup> - essi conquistano la dignità di diritti costituzionali e per di più, grazie all'ancoraggio, non più soltanto all'art. 3, comma 2 Cost. – e quindi al principio di eguaglianza sostanziale – (e poi all'art. 3, comma 1, eguaglianza formale), ma anche soprattutto al principio di dignità umana (art. 2), essi accedono di frequente alla condizione della inviolabilità<sup>12</sup>.

Che un simile approdo non possa rivelarsi di per sé risolutivo dei problemi e degli ostacoli che si frappongono tra il riconoscimento della pretesa giuridica e del suo corretto inquadramento come pretesa assistita da peculiari garanzie costituzionali (in termini appunto di essenzialità, inviolabilità, caratura fondamentale) e l'effettività del diritto, viene peraltro dimostrato dalle sorti<sup>13</sup> del dialogo diretto tra giudici comuni e Costituzione, ossia dalle possibilità schiuse dall'applicazione diretta del dettato della carta fondamentale da parte dei giudici. La tradizionale riluttanza del giudice amministrativo a cogliere simili occasioni, rispetto all'attitudine in tal senso mostrata invece dal giudice ordinario, sono il segno evidente del rilievo determinante del sindacato di legittimità, della centralità del potere pubblico nell'orientare la ricerca e la ricostruzione da parte del giudice del parametro legale rilevante, quindi dal valore risolutivo ed esaustivo, rispetto alla risoluzione del caso controverso, della disciplina dell'esercizio del potere che produce naturalmente il risultato di mettere in ombra la "dimensione delle situazioni soggettive su cui incide"<sup>14</sup>. Lo sviluppo delle posizioni soggettive individuali nell'ambito di una relazione con il potere pubblico, e per giunta nella dimensione pretensiva crea, in questo senso, le premesse per una loro "costruzione concettuale per differenza rispetto al diritto soggettivo"<sup>15</sup>, nella quale pesano

---

<sup>10</sup> Sempre A. BALDASSARRE, *loc. ult. cit.*, nel rinviare alle osservazioni di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 23. Il giudizio sul preteso depotenziamento subito dal parallelismo con gli interessi legittimi, giudizio condiviso da Baldassarre, è evidentemente legato e condizionato da un tempo in cui la caratura "strumentale" dell'interesse legittimo rispetto alla funzione pubblica aveva valore assorbente.

<sup>11</sup> C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten*, 1932, Berlin, 169 ss.

<sup>12</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 10. Secondo l'A. (11) "apparentemente molto più scontato è il riferimento alla c.d. eguaglianza sostanziale [...] come fondamento assiologico dei 'diritti sociali'". Sulla portata conformativa della tutela dei diritti sociali rispetto allo Stato di diritto sociale si veda P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 4/2018, anche per la ricca bibliografia ivi citata.

<sup>13</sup> Efficacemente ricostruito da A. PIOGGIA, *op. ult. cit., passim*.

<sup>14</sup> Nel dar conto della "divaricazione fra atteggiamento della magistratura amministrativa e ordinaria" e quindi della "mancata instaurazione di un rapporto diretto fra giudice amministrativo e Costituzione", sottolinea come la rilettura delle situazioni giuridiche "attraverso la lente dell'interesse legittimo" determinasse l'impossibilità di ricavare indicazioni regolatorie dalla dimensione delle situazioni soggettive su cui il potere veniva ad incidere: A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 59.

<sup>15</sup> Così L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali ..., cit.*

inevitabilmente la prospettiva della legalità dell'esercizio del potere, la curvatura autoritaria della visione dell'amministrazione<sup>16</sup>, con le quali, incontrando delle resistenze, l'attuazione dei diritti sociali come diritti costituzionali fondamentali che fronteggiano il potere amministrativo ha dovuto (e spesso deve ancora) misurarsi. Ma la dimensione dell'effettività di tali diritti, appare – come si dirà – in gran misura dipendente dal rilievo accordato al bisogno del titolare del diritto, alla soddisfazione di una pretesa di carattere appunto essenziale e fondamentale, che non implica perciò una negazione della presenza e dell'esercizio di un autentico potere pubblico, ma impone di rideclinarne la funzionalizzazione, con l'esito, secondo taluno, di sdrammatizzare la stessa distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, e relativizzare quindi il rilievo della morfologia della pretesa giuridica<sup>17</sup>.

Il primo fattore di complicazione per la diretta azionabilità dei diritti sociali è quindi, in sostanza, rappresentato dal loro faticoso approdo alla classificazione in termini di diritti costituzionali fondamentali<sup>18</sup>, spesso inviolabili<sup>19</sup>. Il secondo fattore al quale si accennava è senz'altro intrecciato col primo perché risultato del percorso qui estremamente riassunto, e non corrisponde necessariamente ad un indice della complessità dell'accesso al giudice dei diritti sociali (può risolversi certo nei fatti in un fattore di complicazione), ma compendia un dato da tenere necessariamente in considerazione quando si

---

<sup>16</sup> Concezione soggettivistico-autoritaria che “serpeggia anche laddove l'amministrazione sia ricostruita come funzione di servizio alla collettività”, secondo A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 61.

<sup>17</sup> In questo senso si vedano per esempio i risvolti prodotti dalla intestazione della sovranità al popolo, in luogo della tradizionale “comprensione nel perimetro della sovranità sia del potere autoritario che dell'interesse pubblico” secondo L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali...*, *cit.*, che imporrebbe all'autorità di “giustificarsi solo a servizio del godimento pieno, effettivo ed uguale dei diritti delle persone”, sicché anche “la tendenza a confrontare interesse legittimo [...] e diritti sociali con il diritto soggettivo apparirà di minore interesse, stante che l'elemento essenziale è dato dalla qualità delle pretese che potrà agire nei confronti dell'autorità e non dalla riconduzione di esse all'uno o all'altro modello”. La prospettiva della conoscibilità dei diritti fondamentali (e quindi anche dei diritti sociali classificabili in questi termini) in sede di giurisdizione esclusiva è essa stessa, con evidenza, il segno del superamento del problema della configurabilità alternativa – come interessi legittimi o diritti soggettivi – di tali posizioni, e peraltro nella direzione di una necessaria convivenza tra potere amministrativo e diritti fondamentali (in ragione delle condizioni indicate dalla giurisprudenza costituzionale per giustificare l'approdo alla giurisdizione esclusiva: per tutte C. cost. nn. 204/2004 e 191/2006) senza che si produca la estinzione del primo o la degradazione di questi ultimi secondo A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 69.

<sup>18</sup> Per una definizione formale di diritti fondamentali per tutti L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, *cit.*, 5: “tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica”.

<sup>19</sup> Del resto M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 3, sostiene come la “a-socialità dei diritti fondamentali presupposta (più o meno implicitamente) dalle teorie che sganciano completamente il principio di libertà da quello di eguaglianza è del resto logicamente e storicamente indimostrabile”, atteso che potrebbe trovare conferma solo “identificando i diritti fondamentali con i diritti naturali, pertinenti in quanto tali all'uomo nella sua astratta ed isolata individualità”. Secondo A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 32 “tutti i diritti sociali condividono lo statuto tipico dei diritti fondamentali, tanto sotto il profilo dell'efficacia, quanto sotto quello del valore giuridico. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, essi sono diritti irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili e godono di un rango primario, che per molti di essi, assurge a vera e propria inviolabilità”.

ragiona di tutela in sede processuale. Si tratta di un rilievo per così dire quantitativo più che qualitativo, scaturente dall'osservazione della struttura dei diritti sociali, e rimonta all'idea che ciascuno di essi contenga in sé più pretese, un fascio di posizioni giuridiche soggettive che presentano peraltro tratti di significativa eterogeneità le une rispetto alle altre. Il senso di questa notazione, per quanto espressa con varietà di accenti, è a tutti noto: basta muovere dalla classificazione dei diritti sociali che opera la Costituzione italiana – che come noto procede “per temi”<sup>20</sup>, essendo diversa, invece, la vocazione trasversale del riferimento operante nell'art. 117, c. 2 della Cost. ai “livelli essenziali delle prestazioni” – una classificazione animata dai significati che la Corte costituzionale ha di volta in volta affibbiato a quei comparti, per capire che in ciascuno di essi convivono aspetti positivi e aspetti negativi<sup>21</sup>, altrimenti detto pretese oppositive e pretese pretensive<sup>22</sup>, che propongono rispettivamente i tratti tradizionali della distinzione schmittiana tra diritti di libertà e diritti sociali<sup>23</sup>. Questo passaggio nel segno della promiscuità della categoria consacra, come a tutti noto, l'insostenibilità di tale ultima contrapposizione<sup>24</sup>, e in ciò risolve il criterio distintivo in termini quantitativi – i diritti presentano aspetti, di volta in volta, prevalenti dell'uno e dell'altro tipo<sup>25</sup> – e consente di affermare un avvicinamento sul piano della tutela dei diritti che trovano un riconoscimento costituzionale, diritti di libertà e diritti sociali, se sussumibili nella categoria dei diritti fondamentali<sup>26</sup>. I diritti ascrivibili ad entrambe le categorie risultano direttamente agibili, laddove ne sussistano le condizioni, ossia laddove le pretese non richiedano l'assunzione di condotte attive degli obbligati – siano *self-executing*, autoapplicabili – postulando il proprio svolgimento essenzialmente

---

<sup>20</sup> Coincidenti secondo A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 14, con le formazioni sociali cui gli stessi diritti ineriscono (lavoro, famiglia, scuola), costituendo questo un tratto di differenziazione tra la nostra Costituzione e quella di altri paesi europei.

<sup>21</sup> M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 71, il quale poi però propone un criterio di distinzione basato sulla circostanza che i diritti sociali presentino di volta in volta profili ascrivibili a una o più delle quattro categorie di diritti: diritti di difesa; diritti a prestazione; diritti di partecipazione; diritti a percepire un utile sociale. Sul punto cfr. S. SCAGLIARINI, *L'incessante dinamica della vita moderna. I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 235 ss..

<sup>22</sup> Si veda L.R. PERFETTI, *I diritti sociali ...*, *cit.*, 110 e 114.

<sup>23</sup> Fondati sulla Costituzione gli uni, sulla legge gli altri. Sulla contrapposizione anche P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Tortino, 1991, 274.

<sup>24</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 29: “non è più sostenibile [...] la contrapposizione dei diritti sociali ai diritti di libertà basata sul rilievo che soltanto i primi richiederebbero prestazioni positive (da parte dello Stato), mentre gli altri comporterebbero soltanto un dovere di rispetto e di astensione (sempre da parte dello Stato)”.

<sup>25</sup> A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XV. A questo rilievo si aggiunge l'impossibilità di ancorare la distinzione alla circostanza che la tutela dei relativi diritti comporti o meno oneri organizzativi per lo Stato: M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 121.

<sup>26</sup> L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 2, 873 ss..



attraverso condotte tenute dal titolare<sup>27</sup>. Ma anche quando i diritti sociali contengano pretese pretensive, in ragione del loro valore, dovranno comunque essere garantiti nel loro contenuto minimo, nel loro nucleo essenziale<sup>28</sup>. L'azionabilità dei diritti sociali (nelle loro declinazioni pretensive) e la possibilità di accordare ai primi difesa in sede giurisdizionale rimonta alla possibilità di verificare la sussistenza delle condizioni per il loro godimento: secondo una risalente ricostruzione il discrimine tra le ipotesi in cui potesse ravvisarsi o meno un condizionamento era dato rispettivamente dalla necessità di mettere in campo strutture organizzative ed istituzioni, o piuttosto dalla attivabilità del diritto su volontà e libera iniziativa delle parti (diritto ad una retribuzione sufficiente e diritto al riposo rispetto al diritto al lavoro; diritto dei figli all'educazione; diritto all'assistenza familiare)<sup>29</sup>. E nei casi di assenza dei presupposti per il godimento la dimensione della garanzia e della giustiziabilità dei diritti si situava senz'altro nello spettro della sindacabilità della mancata o non idonea realizzazione ad opera del legislatore di tali presupposti<sup>30</sup>. L'idea del condizionamento, che ancora ritorna nella giurisprudenza in materia – soprattutto con riguardo allo spettro dei vincoli economici e di bilancio, e quindi delle esigenze da bilanciare con le pretese sociali nel quadro della crisi economica<sup>31</sup> – si presta ad essere contenuto e razionalizzato attraverso gli strumenti della gradualità<sup>32</sup>, del nucleo essenziale dei diritti, dei livelli essenziali delle prestazioni.

Ad ogni modo la possibilità di ricostruire, nella direzione indicata dall'esperienza e dal formante giurisprudenziale, i diritti sociali come un arcipelago di situazioni, ciascuno dei quali si presenta per certi versi come un diritto soggettivo di libertà, per altri come pretesa di prestazione, per altri ancora come interesse legittimo, in una parola la promiscuità che nel solco di ciascun diritto sociale viene messa in luce dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si traduce in una diversificazione delle sedi e della qualità

---

<sup>27</sup> I diritti sociali ascritti a questo paradigma sono: la libertà di scelta della professione, la libertà sindacale, il diritto di sciopero rispetto al diritto al lavoro; la libertà di scelta della scuola rispetto al diritto all'istruzione; varie declinazioni del diritto alla salute (A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 30).

<sup>28</sup> L.R. PERFETTI, *I diritti sociali ...*, *cit.*, 114.

<sup>29</sup> La distinzione è quella tra diritti sociali incondizionati e condizionati: A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 30. V. pure I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012.

<sup>30</sup> L'idea alla base di questo approccio ricostruttivo è che la doverosa garanzia dei diritti – essi sono garantiti nell'*an* e nel *quid* dalla Costituzione – impone che la loro attuazione per mano legislativa, secondo “la riserva del possibile o del ragionevole” debba essere giudicata dalla Consulta, rispetto al *quomodo* e al *quando*: A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 31. V'è da segnalare che la distinzione tra diritti sociali incondizionati e condizionati si situa in ogni caso nell'ambito dei diritti sociali pretensivi e quindi non tocchi i diritti sociali di libertà, sebbene parte della dottrina (L.R. PERFETTI, *I diritti sociali...*, *cit.*, 88) abbia inteso sovrapporla a quella tra “diritti sociali di libertà” e diritti sociali condizionati”.

<sup>31</sup> Su questo I. CIOLLI, *I diritti sociali 'condizionati' di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav. previd. soc.*, 3/2017, 353 ss; S. STAIANO, *The Crisis of State Sovereignty and Social Rights*, in *The Age of Human Rights Journal*, 2/2014.

<sup>32</sup> Si pensi alle indicazioni alla “gradualità degli interventi attuativi dello ‘Stato sociale’”, cui sono dichiaratamente sottese di norma ragioni di compatibilità finanziaria e di equilibrio delle risorse di bilancio, ma che potrebbero essere strumentali a tutelare “interessi soggettivi legati al conflitto intergenerazionale” secondo A. D'ALOIA, *Conclusioni. Il Giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la 'maschera' dell'interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, 563 ss..

di intervento del giudice, ma anche in una potenziale moltiplicazione delle occasioni di azionabilità delle pretese<sup>33</sup>.

## **2. Movimenti riduttivi ed espansivi della giurisdizione amministrativa sui diritti sociali a partire dal loro carattere fondamentale**

L'attrazione dei diritti sociali nel raggio di azione dei diritti fondamentali consente di svolgere qualche considerazione, ancorché ellittica, sul grado di coinvolgimento del giudice amministrativo nella protezione dei primi: la natura di diritto fondamentale ha di fatto operato per un lungo periodo quale causa di sottrazione al giudice amministrativo della competenza a conoscere dei diritti sociali. Il superamento delle ragioni di tale iniziale esclusione e la successiva estensione della giurisdizione amministrativa anche a diritti costituzionalmente garantiti si è poi accompagnato ed è stato sostenuto da

---

<sup>33</sup> La riflessione al tempo condotta da A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 14 consentiva di isolare, con riguardo ad esempio al diritto al lavoro, a fronte della impossibilità del potere pubblico di “manovrare liberamente l’offerta di lavoro” e alla configurabilità del “diritto al posto” tanto nella forma del diritto soggettivo quanto in quella dell’interesse legittimo: 1) la libertà (diritto soggettivo di libertà), immediatamente azionabile, di scelta di un’attività lavorativa o di una professione, a sua volta articolabile in una pretesa negativa (libertà da limitazioni o barriere all’ingresso nel settore scelto, es. come applicazione dell’art. 51 Cost. e del pari accesso ai pubblici uffici) e in una positiva (libertà di svolgere un’attività corrispondente alla propria scelta e alle proprie capacità professionali, una volta assunto); 2) il diritto a una retribuzione, per un verso proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato (secondo il criterio positivo della correlazione al lavoro secondo il principio eguaglianza) e, per altro verso, sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia una vita dignitosa (non ricadente cioè al di sotto di un livello minimo, limite negativo invalicabile in assoluto); 3) il diritto al riposo e alle ferie, anch’essi diritti soggettivi perfetti; 4) la libertà sindacale e il diritto di sciopero, classici diritti di libertà. In relazione alle pretese riconosciute nell’area della sicurezza sociale va distinto un diritto all’assistenza (pretesa a ottenere, in caso di assenza di adeguata capacità fisica al lavoro, un minimo di mezzi materiali sulla base del contributo solidaristico generale) da un diritto alla previdenza (pretesa spettante a chi abbia esercitato o eserciti attività lavorativa), ricostruiti entrambi dalla giurisprudenza come immediatamente precettivi. Il diritto all’educazione familiare (art. 30), è da ritenersi nettamente distinto dal diritto all’istruzione, e si articola nel diritto di libertà dei genitori di formare i propri figli, nonché nel diritto dei figli ad avere un’educazione, classificabile come diritto pretensivo non condizionato, perché attivato su libera iniziativa delle parti. Il diritto all’istruzione, oltre ad articolarsi nel ventaglio di diritti di libertà nella titolarità di insegnanti, istituti scolastici, etc..., va declinato come pretesa di prestazione in capo alla generalità dei cittadini, che è comunque immediatamente esercitabile ed attivabile in sede giurisdizionale, per esempio a fronte ad un rifiuto di iscrizione o di frequenza ai corsi della scuola dell’obbligo; laddove, invece, declinato come diritto all’istruzione superiore, non risulta anzitutto destinato a tutti indiscriminatamente, e poi non è immediatamente fruibile, ma condizionato al fatto che i pubblici poteri apprestino servizi pubblici di varia natura e stanziamenti di bilancio. Il diritto alla salute esemplifica, in maniera paradigmatica, il carattere composito dei diritti sociali: da un lato v’è il diritto (soggettivo perfetto, e immediatamente azionabile dinanzi al giudice, con una struttura quasi del tutto assimilabile a quella dei classici diritti di libertà da far valere sia nei confronti dell’autorità pubblica sia dei privati) alla tutela dell’integrità fisica e psichica della persona umana “nei confronti di qualsiasi minaccia proveniente dall’ambiente esterno”; dall’altro v’è il diritto ad un ambiente salubre; il diritto a trattamenti sanitari, che si declina in primo luogo come libertà di sottoporsi a trattamenti sanitari (classico diritto di libertà), poi come diritto degli indigenti a cure gratuite (che ove esiste il presupposto della organizzazione pubblica preposta a tale scopo – SSN – configura un diritto soggettivo direttamente tutelabile davanti al giudice); nonché come diritto a ricevere cure mediche nei confronti dei medici secondo standards minimi di cura.

argomenti tesi a esaltare le peculiarità del giudice amministrativo e la sua natura di figura maggiormente attrezzata per difendere le sorti dei diritti in questione.

Al principio della traiettoria che la nota teoria dei diritti indegradabili viene descrivendo, la natura fondamentale della pretesa e la sua configurazione in termini di diritto incompressibile ne precludeva con nettezza la tutela giudiziaria dinanzi al giudice amministrativo, prescindendo cioè dalla valutazione della sua struttura (pretensiva/oppositiva, condizionata/incondizionata). Le ragioni sottese ad una simile operazione appaiono peraltro ragionevolmente riconducibili alle peculiarità tradizionalmente ascritte al giudizio amministrativo, e quindi ai limiti che di questo si intendeva superare, in termini di assenza, di incompletezza delle garanzie processuali disponibili, rilievo assorbente del potere e delle regole dell'azione amministrativa<sup>34</sup> nel dettare i criteri di risoluzione della vicenda controversa, riluttanza (iniziale) del giudice ad integrare o a superare il parametro di legittimità fondato sulla legge con il riferimento diretto alla Costituzione<sup>35</sup>, passaggio decisivo nella prospettiva della costruzione di una cultura costituzionale dei diritti, e quindi nell'orizzonte dell'attuazione e della garanzia dei diritti fondamentali, e tra questi, di quelli sociali.

D'altronde, la nettezza dell'approccio sotteso alla ormai superata teoria dei diritti incompressibili finiva per sottrarre al giudice amministrativo anche la cognizione di quelle rappresentazioni dei diritti sociali – che, come detto, non ne esauriscono lo spettro completo – conformate in senso pretensivo o comunque caratterizzate da fattori di condizionamento, destinate perciò, verosimilmente, ad incrociare la funzione pubblica e di conseguenza il giudice amministrativo come giudice naturale della dimensione condizionata. L'intermediazione amministrativa è evidentemente legata alla previsione di poteri discrezionali dal cui esercizio, quand'anche rimeditato in chiave di doverosità<sup>36</sup>, non può prescindersi per la effettiva garanzia dei diritti sociali costituzionalmente garantiti. E in questo senso deve segnalarsi come la soddisfazione dei

---

<sup>34</sup> Sulla visione della specialità del diritto amministrativo incarnata dalla discrezionalità e dai suoi “istituti gemelli”, interesse legittimo (“apparso...in ogni caso, incapace di innestarsi completamente all'interno di un rapporto tra amministrazione e cittadino) ed eccesso di potere (“che schiuderebbe forme di sindacato in cui si fa riferimento non a “standard di comportamento comunemente condivisi, e in questo senso indifferenti alle parti in conflitto, ma a parametri speciali, modellati sulle esigenze della PA e dunque, inevitabilmente, conformati dall'interesse pubblico”), si veda C. CUDIA, *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2016, 493 ss., e diffusamente sul tema della legalità speciale così determinatasi Id., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 51 ss..

<sup>35</sup> Cfr. le considerazioni svolte nel paragrafo precedente (cfr. *supra* note 13 e 14).

<sup>36</sup> Così A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 70 nel cogliere il cambio di prospettiva in cui si colloca la giurisprudenza amministrativa che, nel corso degli ultimi due lustri, nell'esercizio della giurisdizione su diritti fondamentali, ha rintracciato il fondamento della doverosità dell'intervento provvedimento dell'amministrazione direttamente nella Costituzione. Sul punto pare opportuno anche rinviare alle considerazioni di L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali*, *cit.*, secondo il quale “la funzionalizzazione dell'autorità al godimento dei diritti delle persone renderà l'interesse pubblico alieno rispetto all'autorità, che avrà il solo compito di curarlo e non di determinarlo, con la conseguenza che lo stesso potere discrezionale ne risulti obiettivato”.

diritti sociali fronteggi un ventaglio molto articolato di scelte discrezionali, non esclusivamente a corredo dell'amministrazione di servizio<sup>37</sup>; scelte che, se situate nell'ambito dell'amministrazione di prestazione, non si esauriscono necessariamente nel potere di predisporre e destinare le risorse economiche pubbliche atte a sostenere l'erogazione del servizio<sup>38</sup>. Così come la dimensione del condizionamento emerge anche quando il diritto sociale che fronteggia il potere pubblico non sia intuitivamente e immediatamente ricostruibile come pretesa ad una prestazione positiva, ma anzi presenti una struttura tradizionalmente associata alle libertà negative. Sembra in questo senso paradigmatica una vicenda neanche troppo lontana nel tempo, rispetto a quelle che scandiscono la vicenda dei "diritti incomprimibili", e che appunto riguardava una declinazione del diritto alla salute di segno negativo, il diritto di rifiutare trattamenti terapeutici, ancorabile alla libertà di sottoporsi (e quindi specularmente di non sottoporsi) a trattamenti sanitari, costola del diritto sociale alla salute. Anche quella declinazione così vistosamente sbilanciata nell'area dell'astensione, del non fare e del non imporre, entra manifestamente in contatto con un potere organizzativo dell'amministrazione (che postula lo svolgimento di tutta una serie di azioni imputabili ai pubblici poteri)<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> E' indubbio che l'amministrazione di servizio, in quanto espressione fisiologica dell'intervento pubblico collegato all'inveramento del principio di eguaglianza sostanziale, con un decisiva incidenza del principio personalistico nella configurazione delle posizioni di vantaggio che tale amministrazione è tesa a soddisfare (come mostra il contributo di A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, spec. 55 ss. sul rilievo spiegato dai diritti sociali, informati dal principio personalistico, nel definire la forma di Stato), rappresenti il terreno ordinario su cui si esercita il potere a servizio dei diritti sociali. Tale premessa basta ad aprire, a partire dall'estensione della giurisdizione esclusiva all'amministrazione di servizio, una significativa area di intervento per il giudice amministrativo in materia di diritti sociali. Sul punto pare utile rinviare all'efficace sintesi di G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, vol. 112, 1989, 421-436, spec. 425: "Gli atti amministrativi prevalenti nello Stato liberale sono gli atti ablativi: atti che limitano la proprietà e la libertà in funzione di alcuni interessi pubblici contrapposti. L'amministrazione dello Stato sociale, la *Leistungsverwaltung* di Fohrstoff, rende prestazioni, rilascia autorizzazioni in funzione di controllo dell'economia, eroga finanziamenti. Il cittadino dello Stato liberale chiede (ovviamente si fa riferimento a modelli) che l'amministrazione non agisca o agisca il meno possibile, considerato tal agire si traduce in una limitazione della sfera privata: il cittadino dello Stato sociale chiede che l'amministrazione agisca (in suo favore)". Tuttavia, come si è segnalato in precedente, cfr. *supra* note 16 e 17, v'è un orientamento indirizzato a concepire l'amministrazione tutta – non solo quella di prestazione in senso stretto – come funzione di servizio alla collettività. Sugli alternativi modelli di amministrazione – *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung* – e sul diverso condizionamento spiegato sui medesimi dalle regole e della logica del procedimento S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e Amministrazione di risultato*, Torino, 2004, 237.

<sup>38</sup> Il potere di organizzare una prestazione sociale comporta lo svolgimento di una serie articolata di attività (pianificazione, programmazione, valutazione, progettazione – per esempio quelle tipiche del comparto assistenziale in cui l'amministrazione muove dal bisogno del destinatario per costruire un intervento peculiarmente orientato – organizzazione delle operazioni conseguenti) che implicano l'adozione di svariati atti di natura provvedimentale che sottendono l'esercizio di poteri autenticamente amministrativi.

<sup>39</sup> Il riferimento è al caso Englaro – prima ovviamente che sulla materia intervenisse la legge n. 219 del 2017 recante "Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento" – uno dei cui snodi principali è rappresentato dalla sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 26.1.2009, n. 214 su cui vedi *infra*, e successivamente dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 2.9.2014, n. 4460, con la quale è stato annullato il provvedimento di diniego di indicazione di una struttura sanitaria idonea all'interruzione delle cure, e dalla sentenza

Semplificando in maniera estrema sul punto, la nota teoria dei c.d. “diritti non affievolibili” o indegradabili si fondava sull’assunto, scolpito dal *leading case* del 1979 della Corte di Cassazione, che di fronte ai diritti fondamentali della persona il potere pubblico semplicemente recedesse, consentendo al più di rintracciare attività materiali illecite della pubblica amministrazione, e questo trasversalmente alla configurazione morfologica della posizione soggettiva (negativa, positiva). Anche se è abbastanza comprensibile che questo ragionamento fosse favorito nelle ipotesi in cui si coltivasse un atteggiamento oppositivo piuttosto che pretensivo<sup>40</sup>. Ragionamento che avrebbe costretto ad assumere un approccio di rigore e selettivo

---

del Cons. Stato, Sez. III, 21.6.2017, n. 3058 con la quale l’ente regionale è stato condannato a risarcire anche il danno non patrimoniale sofferto dalla paziente e dal genitore. In tema si veda pure C. cost., ord. n. 207/2018 nella quale – nel rinviare in relazione al c.d. Caso Cappato la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio, per lasciare al Parlamento occasione di riflessione – è stato riportato nel solco dell’art. 32, c. 2 Cost. il diritto del malato ad autodeterminarsi in ordine alla fine della propria esistenza come declinazione della “libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie”, ed ha riconosciuto quale corollario del “diritto di rifiutare le cure”, il “diritto a sottrarsi in modo definitivo e rapido dalla terapia con l’aiuto materiale di un’altra persona”. In argomento si veda P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita, in federalismi.it*, 5/2019; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2/2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2019; F. VARI, F. PIERGENTILI, *Sull’introduzione dell’eutanasia nell’ordinamento italiano*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2019. Sulle questioni relative alla punibilità dell’aiuto al suicidio sollevate con la ord. cit. n. 217/18, la Consulta si è pronunciata all’esito della camera di consiglio del 25.9.2019 (cfr. Comunicato stampa del 25.9.2019 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) con una decisione che, in attesa di un indispensabile intervento del legislatore sul punto, si esprime nel senso della non punibilità ai sensi dell’art. 580 c.p. della condotta di chi agevoli l’esecuzione del proposito di suicidio “autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili”, ove trattasi di paziente “pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli”. Le condizioni alle quali la sentenza della Corte ha subordinato la non punibilità sono rappresentate dal “rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua [...] e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente”. Con riguardo alle diverse posizioni giuridiche soggettive che si schiudono nel solco della dicotomia tra diritto e dovere costituzionale alla salute (“l’art. 32 Cost., infatti, tutela la salute come ‘fondamentale diritto dell’individuo’, ma, allo stesso tempo come ‘interesse della collettività’ da cui possono derivare, per legge, ‘doveri, di cura in capo al medesimo soggetto che in prima istanza beneficia del diritto affermato’) tra cui il diritto al consenso informato cfr. A. LO CALZO, *Il consenso informato alla luce della recente legge n. 219 del 2017 tra diritto e dovere alla salute*, in AA.VV., *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, Napoli, 2019, che ricorda come il dibattito si sia sviluppato a partire dal principio di solidarietà e dalla considerazione che le scelte sul consenso o il rifiuto delle cure “non possano essere collocate sotto la mera autodeterminazione del paziente, quasi in una sorta di ambito di irrilevanza giuridica per l’ordinamento dello Stato”. Sul consenso informato nella vicenda Englaro cfr. Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007 n. 21748. Per una sintesi dello spettro assiologico nel cui solco si colloca la questione del “fine vita” e delle posizioni giuridiche rilevanti (tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità, all’autodeterminazione della persona) oggetto del bilanciamento rimesso al Parlamento dalla Consulta, con l’esame dei progetti di legge collegati (A.C. 1586, 1655, 1875 e 1888) si veda M. NADDEO, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle commissioni riunite giustizia e affari sociali*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 23.9.2019.

<sup>40</sup> La stessa sentenza delle SS.UU. n. 5172/1979 mostra in realtà la mobilità della distinzione tra dimensione oppositiva e pretensiva di un diritto se, quello oggetto della controversia, il diritto all’ambiente salubre – una delle possibili sfumature del diritto alla salute per esplicita ammissione della Corte – è in linea teorica ricostruito tradizionalmente (A. BALDASSARRE, *op. cit.*) nella sua dimensione pretensiva, nonostante nella controversia se ne

anche nelle ipotesi in cui fosse stato proprio il legislatore a presupporre, attraverso la devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'uso del potere amministrativo: in tali casi avrebbe dovuto infatti esser praticato un distinguo tra diritti soggettivi e “super-diritti soggettivi”, altrimenti detto diritti (soggettivi) di rango fondamentale<sup>41</sup>. Non appare in tal senso casuale che proprio il canale della giurisdizione esclusiva si sia prestato per così dire fisiologicamente a consentire il superamento della preclusione dell'ingresso a favore del giudice amministrativo nell'area dei diritti (sociali) fondamentali<sup>42</sup>.

Alla base del superamento vi è l'idea che “la presenta di un diritto [...] persino di un diritto di libertà, non segna il limite (ma meglio si direbbe: non delimita il campo) del potere. La garanzia costituzionale opera a vari livelli, con il combinato disposto della riserva di legge [...], della tipicità dei provvedimenti [...], e dei vizi di legittimità [...] Il resto non c'è. Non c'è, sul piano positivo, un ambito di diritti sottratto a ogni ingerenza di potere”<sup>43</sup>. Infatti la svolta è segnata in una sentenza in cui si afferma espressamente che non

---

coltivi la protezione da minacce a causa di opere intraprese dalla PA (attività amministrativa per la realizzazione di impianti di disinquinamento del golfo di Napoli), attraverso una richiesta di sospensione delle opere su cui viene come noto dichiarata la giurisdizione del g.o.. In tema cfr. E. FOLLIERI, *Note minime sul riparto delle giurisdizioni e diritto assoluto all'ambiente salubre*, in *Il Foro Dauno*, 1980, 37; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379; L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2010, 483 ss..

<sup>41</sup> Secondo M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *giustamm.it*, 2011: “risulta ancor meno sostenibile la tesi secondo cui anche laddove il giudice amministrativo goda di giurisdizione esclusiva, occorre distinguere tra diritti soggettivi e diritti fondamentali escludendo che a fronte di questi ultimi possa trattarsi di uso di poteri pubblici”.

<sup>42</sup> C. cost. n. 140/2007; Cons. Stato, Ad. Pl., n. 12/2007; Cass., SS.UU., n. 27187/07; Id., n. 5290/2010; Id., n. 3670/2011. In ordine alle aperture sul fronte della giurisdizione esclusiva, si veda G. MONACO, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013 429 – ove si sottolinea a questo proposito come l'approccio, pur restrittivo e di razionalizzazione accolto dalla Consulta nelle note sentenze nn. 204/2004 e 191/2006, avesse consentito di attrarre nella giurisdizione esclusiva anche i comportamenti della p.a. – per esempio nelle ipotesi in cui scaturisse da questi ultimi un danno ingiusto, e quindi ai fini di disporre il risarcimento del danno – purché esecutivi di atti o provvedimenti amministrativi e quindi comunque riconducibili all'esercizio di poteri pubblici. Ad ogni buon conto si segnalano, anche prima del superamento della teoria dell'indegradabilità dei diritti fondamentali, pronunce nelle quali il Consiglio di Stato inferisce la sussistenza del potere amministrativo di fronte ad un diritto fondamentale, nitidamente ricostruito in termini di interesse legittimo: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13.2.2006, n. 556 (con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 4, III, 2006) secondo il quale va proposto avanti al giudice amministrativo il ricorso con il quale si contesti la legittimità dei provvedimenti che impongono la collocazione del crocifisso nelle aule scolastiche, poiché “la giurisdizione del g.a. sussiste tutte le volte che il ricorrente chieda la rimozione di un provvedimento amministrativo illegittimo, a nulla rilevando che da tale provvedimento siano derivati danni a diritti fondamentali della persona”; Cons. Stato, Sez. V, 7.4.2006, n. 1902, secondo il quale è dirimente, rispetto alla necessità di accordare la competenza al g.a. la circostanza che “quando non sia in discussione il diritto ad ottenere una determinata prestazione sanitaria in via di urgenza ed immediata ma, invece, di conseguire il rimborso di prestazioni già ricevute, entrano in gioco anche posizioni di interesse legittimo discendenti dalla pretesa al corretto esercizio di poteri amministrativi preordinati alla erogazione di contributi agli assistiti”.

<sup>43</sup> F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento*, in *federalismi.it*, n. 24/2011.

v'è “alcun principio norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”<sup>44</sup>.

Centrale dunque in questo percorso di apprensione del giudice amministrativo dei diritti fondamentali – situazioni soggettive “multiple” che interagiscono fra loro<sup>45</sup> – e tra questi dei diritti sociali, è la valorizzazione del bilanciamento<sup>46</sup> come azione che chiama in causa non solo il legislatore alla luce della Costituzione ma anche, e frequentemente di necessità, l'amministrazione, investita del compito di determinare l'andamento reale dei principi costituzionali, con un movimento che si riflette poi sul doppio piano della giurisprudenza costituzionale e amministrativa<sup>47</sup>. Il concreto esercizio dei diritti fondamentali

---

<sup>44</sup> Si tratta della nota sentenza della C. cost. n. 140/2007 cit. – con nota di G. VERDE, *E' ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, I, 435 ss. – sulla legittimità costituzionale di una norma devolutiva al g.a. della giurisdizione esclusiva delle controversie sorte nei confronti di procedure e provvedimenti concernenti impianti di generazione di energia elettrica. Il giudice ordinario remittente era stato adito per ottenere la sospensione delle opere di riconversione a carbone di una centrale termoelettrica al fine di tutelare il diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente. V. Cass., SS.UU., n. 27187/07, cit. relativa ad atti amministrativi del Commissario straordinario per la gestione dei rifiuti in Campania funzionali alla realizzazione di una discarica. Ora cfr. art. 133, c. 1, lett. p), c.p.a., per la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. tra le altre delle controversie “comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”.

<sup>45</sup> A proposito della irrealistica ricostruzione dei diritti assoluti ove predicata con riguardo ai diritti fondamentali secondo G. CORAGGIO, *La tutela del diritto alla salute nella dialettica tra G.A. e A.G.O.*, Relazione tenuta al TAR Napoli il 9 maggio 2019, in quanto, appunto, “inconsapevole del contesto di multiple situazioni soggettive fondamentali che interagiscono fra di loro”.

<sup>46</sup> Sottolinea come la tesi dell'incomprimibilità dei diritti abbia omesso di considerare la necessità, caratterizzante il costituzionalismo contemporaneo, di attuare i diritti fondamentali nella forma del bilanciamento in quanto formulati per principi, E. SCODITTI, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, 2014, V, 159.

<sup>47</sup> Il doppio grado, legislativo ed amministrativo, del bilanciamento è nitidamente descritto da TAR Pescara, n. 271/2017 (decisione che ha fatto seguito alla sent. C. cost. n. 275/2016, su entrambe cfr. *infra*) a proposito della necessità di temperare l'obiettivo di soddisfare i diritti sociali con quello di rispettare i vincoli di bilancio. In questa prospettiva si è affermato “il principio secondo cui lo stanziamento delle somme in bilancio è sindacabile (dalla Corte costituzionale ove adottato con atto con legge, e di conseguenza dal Giudice amministrativo ove adottato con atto amministrativo), nella misura in cui non rispetti la scala di valori prevista dalla Costituzione e in primo luogo laddove non vengano assicurate le garanzie necessarie ai diritti fondamentali incomprimibili (istruzione, salute, etc.)”. In ordine alle implicazioni del pluralismo sul bilanciamento tra principi e diritti fondamentali v. F. PALLANTE, *Il problema costituzionale dell'attenzione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione)*, in *questionegiustizia.it*, 27.7.2018. Nel senso della intima connessione dei diritti costituzionali e potere pubblico, in funzione attuativa e conformativa degli stessi diritti, si muove come noto già la posizione espressa da Silvio Spaventa in occasione della istituzione della IV Sez. del CdS, secondo il quale rivolgersi ai soli diritti soggettivi per tutelare gli interessi individuali, ancorché nella forma dei diritti fondamentali, “significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza”. Sul punto si veda V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e soc.*, 1989, 565 ss., in part. 596; nonché N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, 84, per l'inquadramento del potere pubblico, ove attribuito dal legislatore, quale “condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali”. In tema cfr. pure C. VENTIMIGLIA, *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'autorità*, Roma, 2013.

implica, secondo il g.a., “l’espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali”<sup>48</sup>.

Alla fine di questo iter, nonostante i segnalati sussulti di resistenza del costrutto della incomprimibilità<sup>49</sup>, non è più seriamente contestato che il giudice amministrativo possa essere il giudice di diritti fondamentali sia, più direttamente, nel solco della giurisdizione esclusiva<sup>50</sup>, quando essi assumano la consistenza dei diritti soggettivi e ci si trovi in una delle materie in cui è attingibile tale giurisdizione – rimosso l’ostacolo teorico fragile<sup>51</sup> per cui i diritti non possono entrare in contatto “titolato” col potere pubblico, e proprio in considerazione della necessità di agganciare il potere pubblico per poter attingere alla giurisdizione esclusiva<sup>52</sup> – sia, indirettamente, quando la veste della posizione giuridica attivata si presenti nella forma

---

<sup>48</sup> Così Ad. Pl., n. 7/2016 (su cui v. *infra*), in ordine alla perimetrazione della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici nelle controversie aventi ad oggetto le domande di attribuzione di un numero congruo di ore di sostegno, che si collocano in una fase prodromica rispetto all’adozione del Piano educativo individualizzato (PEI).

<sup>49</sup> Cfr. G. MONACO, *op. ult. cit.*, 434 e il riferimento alla sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, 12.9.2009 n. 8650, che si segnala per un orientamento del g.a. diverso da quello espresso nell’ambito del caso Englaro (nella sentenza del TAR Milano, sez. III, 26.1.2009, n. 214 cit.) dove, rispetto al rigetto dell’istanza diretta ad ottenere dall’amministrazione regionale della Lombardia l’indicazione di una struttura sanitaria presso cui procedere all’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale, era stata ritenuta sussistente la giurisdizione del g.a. ché deteneva “tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela, per equivalente o in forma specifica, alla lesione di diritti fondamentali asseritamente sofferta in dipendenza dell’illegittimo esercizio del potere pubblico”. In quel caso il diritto “costituzionale di rifiutare le cure” sulla cui base veniva adito il g.a., era stato espressamente qualificato come “diritto di libertà assoluto, il cui dovere di rispetto si impone *erga omnes*, nei confronti di chiunque intrattenga con l’ammalato il rapporto di cura, non importa se operante all’interno di una struttura sanitaria pubblica o privata”, e che veniva a confronto con la funzione amministrativa di organizzazione del servizio pubblico sanitario regionale, rispetto alla quale sussisteva la giurisdizione esclusiva ai sensi dell’art. 33, d. lgs. n. 80/98. Nella sent. n. 8650/2009 cit. il giudice aveva ritenuto che l’annullamento di un atto con cui il “Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, rivolgendosi ai presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, *avesse* dettato le disposizioni e gli indirizzi volti a garantire in ogni caso la nutrizione e l’alimentazione nei confronti delle persone in stato vegetativo persistente, anche contro la volontà espressa in senso contrario” esulasse dalla giurisdizione del g.a. poiché erano in gioco “prestazioni erogate nell’ambito del S.s.n., nascenti da una posizione creditoria collegata al diritto del cittadino alla salute, per sua natura non comprimibile ad opera dell’attività autorizzativa dell’amministrazione”. Espressione della medesima “resistenza” sarebbe Cass., SS.UU., 6.2.2009, n. 2867, sull’indegradabilità del diritto alla salute a prescindere dalla distinzione tra ragioni di urgenza o meno.

<sup>50</sup> Che quello della giurisdizione esclusiva sia il canale più diretto assicurato al giudice amministrativo alla tutela dei diritti sociali quali diritti fondamentali è efficacemente rappresentato dalla stessa vicenda che ha dato causa alla citata pronuncia della Corte costituzione n. 140/2007, nella quale appunto aveva ricevuto un avallo dalla Consulta la norma attributiva della giurisdizione esclusiva (l. n. 311/2004, in ordine alle controversie aventi ad oggetto le procedure e i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica e le relative questioni risarcitorie, cfr. *supra* nota 44) che stabiliva limiti, contenuti e condizioni dell’intervento della p.a..

<sup>51</sup> Sul punto M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo, cit.*, 6.

<sup>52</sup> Cfr. *ex multis* C. cost. nn. 204/2004 su cui si veda M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2004, 1230 ss. e 191/2006 cit.. Sulla portata delle sentenze nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007 nel senso del riconoscimento del giudice amministrativo come “giudice naturale della legittimità dell’esercizio della



dell'interesse legittimo che dialoga con il potere discrezionale. Quest'ultima appare tra l'altro l'implicazione più avanzata del descritto superamento in quanto, assumendo che una posizione fondamentale possa presentarsi come interesse legittimo (e quindi che un interesse legittimo possa ben ospitare un diritto sociale/fondamentale), offre anche elementi utili ad innescare quel processo di arricchimento – di fatto verificatosi – dello strumentario di tutela a disposizione del giudice amministrativo<sup>53</sup>, e fornisce cioè validi motivi per richiedere che la protezione di queste posizioni davanti al giudice amministrativo non sia meno efficace di quella che ai diritti riserverebbe il giudice ordinario<sup>54</sup>.

---

funzione pubblica” si veda M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2010, 143 ss..

<sup>53</sup> La riflessione che traccia l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, anche nel senso dell'ampliamento degli strumenti di tutela a disposizione del g.a., è ampissima: ci si limita a rinviare al noto studio di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II, Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001 che esplora il tema a partire dalle potenzialità mostrate appunto dalla giurisdizione esclusiva nella prospettiva di un incremento della effettività della tutela giurisdizionale; dello stesso A., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, in cui si evidenziano i limiti della tradizionale costruzione del sindacato di legittimità come significativamente limitato rispetto all'accesso al fatto e al merito, e l'affermazione, nel modello processuale sintetizzato nel codice del processo amministrativo, di una prospettiva di pienezza della cognizione accompagnato da un arricchito strumentario probatorio. Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim., dir. proc. civ.*, 2016, 115 ss.; A. PAJNO, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 965 ss. per l'inquadramento della g.e. come giurisdizione sul rapporto, orizzonte verso il quale come noto si muove l'intero sistema della giustizia amministrativa. In tema cfr. F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 219 ss.; Id., *Giudizio di merito come giudizio di legittimità o giudizio di legittimità come giudizio di merito?*, in *giustamm.it*, 2018; nonché F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss. che evidenzia, al di là dell'arricchimento dello strumentario a disposizione del g.a. in sede di giudizio di ottemperanza e in termini di sentenze di merito pronunciabili, la limitazione imposta alla ricostruzione del giudice dai confini tracciati dalle domande poste dalle parti in conflitto. Sull'insidiosità dell'incerta locuzione “giudizio sul rapporto controverso” ... “nonostante l'ormai pressoché consolidato (quasi un mantra) assunto giurisprudenziale in tal senso” si veda G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio nel rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.; Id., *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 889 ss.; e criticamente sulla questione R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 63 ss.. Criticamente, sui limiti alla tutela della parte privata nel giudizio amministrativo si veda M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *federalismi.it*, 20/2012.

<sup>54</sup> Si veda già Cass., SS.UU., n. 27187/2007 cit. che, dopo aver chiarito che la decisione n. 140/07 C. cost. convalidava l'attribuzione al g.a. della cognizione esclusiva in riferimento alle “procedure e ai provvedimenti” in materia energetica, espressamente evocati dalla norma attributiva della giurisdizione, e quindi non ai “comportamenti connessi alla gestione degli elettrodotti e al campo elettromagnetico, per i cui effetti lesivi sulla salute correttamente si è affermata di recente, la cognizione del giudice ordinario (SS.UU. ord. 8.3.2006 n. 4908)”, ha operato un riferimento espresso all'art. 21 L. n. 1034/1971, come modificato dall'art. 3, L. 205/2000, per segnalare che la espressa previsione ivi contenuta di una “tutela cautelare nel corso del processo dinanzi ai giudici amministrativi, assimilabile a quella di cui all'art. 700 c.p.c.” consente al ricorrente che “alleggi un pregiudizio grave e irreparabile per l'esecuzione dell'atto amministrativo da lui impugnato” di “chiedere l'emanazione di misure cautelari idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso al Tar, che, sull'istanza di provvedimento urgente, si pronuncia con decreto in Camera di consiglio”. La norma aggiungeva peraltro che “la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la concessione o il

Sullo sfondo di questo moto di attrazione della cognizione dei diritti fondamentali, e tra questi dei diritti sociali, nel raggio di azione del giudizio amministrativo si muovono argomenti tesi a sostenere che alla tutela demolitoria garantita in origine dal giudizio amministrativo, e non rinunciabile oggi neanche nel comparto dei diritti sociali fondamentali, si affianchino in uno slancio non esaurito e da coltivare, una serie di ulteriori strumenti essenziali a garantire al giudice amministrativo l'assolvimento di un ruolo di mediazione dei conflitti sociali<sup>55</sup>, in cui è manifesta la strumentalità dell'autorità pubblica, non al presidio delle ragioni del potere pubblico, quanto piuttosto al pieno godimento dei diritti<sup>56</sup>. Ciò secondo una dinamica in cui nella prospettiva dell'effettività e della pienezza della tutela si determina una circolare

---

diniego della misura cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, all'integrità, dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale", così evidenziando che anche il giudice amministrativo ha piena cognizione di essi, quando si verta in una controversia riservata alla sua giurisdizione esclusiva". Cfr. Ad. PL. n. 7/2016 cit. (su cui v. *infra*) secondo cui "l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materie implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, delle controversie ad essa riferibili". Sul processo di ampliamento dello strumentario a disposizione del giudice amministrativo, anche a partire dal ruolo esercitato dalla giurisdizione esclusiva e dalla sua espansione, si vedano ancora i riferimenti citati *supra* nota 53. In ordine alla povertà degli strumenti processuali a disposizione del giudice amministrativo nei confronti del potere fino al 2000, con peculiare rilievo nel campo della tutela cautelare, essenziale per la garanzia dei diritti fondamentali v. ancora A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 66. Su questa si veda per l'assetto successivo alla riforma recata dal Codice del processo amministrativo, M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d. lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 ss.; E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 330 ss.. Con riguardo all'opera di riconduzione ad unità, ascrivibile al Codice del processo amministrativo, della disciplina dei mezzi istruttori, e del superamento della distinzione tra diverse giurisdizioni, si veda M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 141 ss., spec. 164 ss.. Sul ventaglio dei poteri istruttori utilizzabili dal g.a. a tutela dei diritti fondamentali A. D'ALOIA, *Conclusioni. Il Giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la 'maschera' dell'interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, 575.

<sup>55</sup> M.R. SPASIANO, *op. cit.*, 9: "pare dunque potersi affermare che la riforma del processo amministrativo pone a disposizione di quel giudice importanti strumenti, molti già frutto di una certa evoluzione giurisprudenziale, il cui utilizzo richiede tuttavia ulteriori volontà e coraggio: la prima, è figlia di una nuova consapevolezza del ruolo decisivo che il giudice amministrativo ha ormai assunto nella mediazione dei conflitti sociali, anche in tema di diritti fondamentali, sempre più minacciati e persino erosi da esigenze di carattere economico o fa forme indebite di invadenza della tecnica".

<sup>56</sup> Cfr. infatti le considerazioni svolte al par. 2, cfr. *supra* spec. nota 17. A questo proposito L.R. PERFETTI, *I diritti sociali, cit.*, 101, nel collocare i diritti sociali nel perimetro della sovranità popolare, osserva che essi sono agiti "dai loro titolari nei confronti dei terzi, essendo lo Stato solo una delle possibili controparti ed anzi, la stessa autorità pubblica – non solo lungo il ciclo della rappresentanza – è funzionale al pieno godimento dei diritti". Si segnala a questo proposito l'orientamento della giurisprudenza di merito (cfr. per tutte TAR Salerno, 13.2.2017, n. 266, Tar Palermo 5.12.2016, n. 2810) volto ad estendere la cognizione del g.a. ai diritti fondamentali (nello specifico anche alle controversie che seguono l'adozione del PEI ed a prescindere dall'adozione del documento programmatico all'esito del relativo iter), da collegare – secondo A. GIORDANO, *Alla ricerca di un giudice dei diritti fondamentali*, in *dir. civ. contemp.*, 3/2017 – alla dottrina francese (su cui J.B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, in *A.J.D.A.*, 7/2013, 407) che individua proprio nei diritti fondamentali la base del diritto amministrativo, all'esito della sua destrutturazione a casi della globalizzazione, della destatalizzazione e del decentramento funzionale.

influenza dei fattori rilevanti, da un lato, la configurazione e la qualità del diritto<sup>57</sup>, e dall'altro, i poteri a disposizione del giudice amministrativo, in particolare nella peculiare sede della giurisdizione esclusiva<sup>58</sup>. V'è una particolare prospettiva che si inserisce in questo solco segnalando che le ragioni in base alle quali riconoscere una “specificità tecnica al g.a. sono da ricercare [...] non certo nella più attrezzata conoscenza tecnica del mercato”, secondo cioè la logica che “intercetta azione della p.a. e domanda di servizi e beni prodotti dalle imprese”, quanto nel fatto che il giudice amministrativo, essendo “specializzato nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati è nella condizione effettiva di conoscere se e in che misura il nucleo interno ed essenziale della cittadinanza” – quello che si definisce intorno all’ “aspettativa del singolo alla erogazione certa, stabile e sicura” di una serie di prestazioni, “che perimetrano la sua soggettività pubblica”, come istruzione, sanità, previdenza, assistenza – “risultati difeso e valorizzato, secondo una interpretazione della legge costituzionalmente orientata”<sup>59</sup>.

A valle di questa riflessione che guarda alla tutela giurisdizionale e all'alternativa tra tutele giurisdizionali in relazione agli interessi e agli assetti da presidiare, si colloca naturalmente quella che guarda alla funzionalità della giustizia amministrativa – in relazione per esempio al parametro della celerità dei tempi – e registra complessivamente una maggior efficienza rispetto al giudizio ordinario<sup>60</sup>. La maturazione

---

<sup>57</sup> Sarebbe in tal senso la caratura del diritto fondamentale a costituire una “leva” da utilizzare nella sede del processo amministrativo al fine di assicurare ai diritti oggetto di cognizione la tutela che meritano, e quindi utile a produrre, in questa chiave, anche il rinnovamento e l'ampliamento degli strumenti disponibili a tale scopo. In questa direzione si muove la considerazione secondo la quale “in presenza di un diritto sociale per la cui soddisfazione occorre una prestazione della p.a., la qualifica di diritto fondamentale, anziché incidere sulla determinazione della giurisdizione, possa produrre effetti rispetto ai poteri del giudice amministrativo, così da assicurare una tutela sempre più piena”: G. MONACO, *op. cit.*, 440. Cfr. altresì *supra* nota 55.

<sup>58</sup> Per la prospettiva (speculare a quella richiamata *supra* nota 57) secondo la quale è la disponibilità di strumenti atti a garantire una tutela piena ai diritti fondamentali che consente di ritenere consona la sede giurisdizionale (quella della giurisdizione amministrativa) per la loro garanzia, si veda A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 69 che richiama sul punto sempre C. cost. n. 140/2007: “probabilmente proprio questo ‘arricchimento’ dello strumentario del giudice amministrativo ha fatto risolvere la Corte costituzionale a sostenere che, quando ad esso sia conferita la giurisdizione esclusiva, siffatto giudice ‘è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa’ ”. Per i riflessi che l’affermazione – in questa e in altre sentenze della Consulta, come la n. 204/2004 cit. – del carattere effettivo e pieno della tutela erogata in sede di giurisdizione amministrativa (esclusiva) ha sull’equilibrio tra le giurisdizioni ed in particolare in direzione del superamento dello stesso principio di unità della giurisdizione (che nelle parole di Mortati richiamate da C. cost. n. 204/2004 deve infatti intendersi come “unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali da parte a sé”) si veda A. POLICE, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione Giustizia*, 3, 2015, 141 ss.. Secondo l’A. questo tentativo della Consulta di “sfatare il mito dell’unità della giurisdizione” andrebbe collocato proprio in una “prospettiva di arricchimento delle garanzie giurisdizionali dei singoli che fa tesoro dell’insegnamento di Vittorio Bachelet”, in particolare da cogliere nel suo *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969.

<sup>59</sup> P. De IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2016, 531 ss. spec. 535.

<sup>60</sup> Il discorso di attualità giuridica, quello che “tocca profili di ordine funzionale, attinenti alla qualità e rapidità della tutela erogata”, è uno degli argomenti addotti a riprova della necessaria persistenza del giudice amministrativo: G.

degli strumenti di tutela assicurabili nel giudizio amministrativo si muove sempre più nella direzione della pienezza della tutela attingibile in tale sede<sup>61</sup> – a partire dalla stessa capacità (originaria) del giudizio amministrativo di assicurare, attraverso la sua portata (non solo caducatoria e ripristinatoria ma) conformativa, che la p.a. tenga conto nella sua azione dei limiti discendenti dalla sentenza costitutiva<sup>62</sup> – affermata strategicamente in apertura<sup>63</sup> del codice del processo amministrativo, nonostante la formulazione testuale dell'art. 1 non rifletta convenientemente la portata del condizionamento spiegato dalla Costituzione nel conformare il sistema della giustizia amministrativa<sup>64</sup>. Un simile risultato deve infatti ritenersi coerente con una lettura delle norme costituzionali riferite alla protezione giurisdizionale delle situazioni soggettive contemplabili nel nostro sistema – prima tra tutte l'art. 24 Cost. – che valorizzi

---

TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 889 ss.. Il giudice ordinario apparirebbe nella prassi, inoltre, meno efficace di quello amministrativo per una maggior inclinazione, derivante dagli strumenti processuali a sua disposizione, alla deferenza nei confronti dell'autorità amministrativa e quindi meno efficace, secondo L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 237 ss., spec. 249 che segnala come dalla giurisprudenza della Corte EDU in punto di *full jurisdiction*, emerge la necessità di orientare la funzione giurisdizionale del g.a. nel senso della pienezza dei poteri di cognizione e di decisione piuttosto che quella di smentirne il ruolo.

<sup>61</sup> Il tema della pienezza della giurisdizione è al centro di un'ampia riflessione della scienza giuridica, in ordine alla quale si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss.; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction: le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 133 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; Id., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit.; A. ROMANO TASSONE, F. MANGANARO, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, cit.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. dir. process.*, 1/2017, 106 ss..

<sup>62</sup> C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 523. Sul ruolo della pluralità delle azioni attingibili dal titolare della posizione sostanziale nel processo amministrativo si veda M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm. - TAR*, 2010, 65 ss., in senso diverso v. A. TRAVI, *Il codice del processo amministrativo. I – Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 205 ss.. In tema M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

<sup>63</sup> Come noto l'art. 1, d. lgs. n. 104/2010 prevede: "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

<sup>64</sup> Il tenore testuale dell'art. 1, c.p.a. ed in particolare l'equiparazione ivi ricorrente del diritto europeo alla Costituzione nell'informare la disciplina della giurisdizione amministrativa nella prospettiva della pienezza ed efficacia della tutela varrebbe – secondo L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, cit., 250-251 – ad evocare "secondo il linguaggio del diritto europeo, quasi a giustificare in esso la fonte delle novità" principi che invece sono necessitati dall'art. 24 Cost.. Tale scelta appare in linea con un atteggiamento tradizionale della dottrina – smentita da alcune autorevoli voci già a partire dagli anni Cinquanta – impegnata a ricostruire nella direzione di una particolare deferenza al potere pubblico il modello processuale amministrativo, così da trascurare "la novità costituzionale", e da avvertire il diritto europeo come l'elemento di novità in grado di esigere certi snodi, come per esempio quello dell'affermazione della piena giurisdizione del giudice amministrativo.

l'esigenza di perseguire l'obiettivo dell'adeguatezza dei poteri di cui ciascun giudice è fornito, senza che possano radicarsi presso ciascun plesso della giustizia (amministrativa ed ordinaria) monopoli di particolari tecniche di protezione, di cui è viceversa privo l'altro<sup>65</sup>. E si tratta di una evoluzione già nel 2007 rappresentata dal Consiglio di Stato<sup>66</sup> che, proprio nel solco della riflessione sul ruolo del giudice amministrativo in materia di diritti fondamentali, segnalava l'incomprensibilità della "sottesa, asserita pretesa di una minore incisività della giurisdizione amministrativa".

### **3. Il dialogo tra le giurisdizioni nella tutela dei diritti sociali e l'influenza esercitata dal giudizio di costituzionalità**

L'analisi del formante giurisprudenziale che si occupa di diritti sociali pone la questione dei rapporti tra il giudizio amministrativo e altri giudizi, non tanto in termini di alternativa tra accesso al giudice amministrativo e accesso al giudice ordinario, come pure parrebbe cogliersi dalla vicenda che ha accompagnato la tutela dei diritti fondamentali a partire dalla loro configurazione in chiave di incomprimibilità, quanto piuttosto in ragione del dialogo tra giudice comune e Corte costituzionale. Ove si consideri poi, in particolare, il dialogo tra giudice amministrativo e giudice costituzionale, questo andrà colto in un consistente contenzioso scaturito da giudizi in via principale<sup>67</sup>. La riflessione non va infatti circoscritta ai casi che possono apparire di "fisiologica" instaurazione del rapporto attraverso l'incidente di costituzionalità, al quale anzi, almeno sino ad una certa fase, il giudice amministrativo, incline ad utilizzare le regole dell'azione amministrativa come "schermo" alla tutela costituzionale dei diritti, sembra attingere poco e timidamente, anche in termini comparativi, come si accennava, rispetto alla magistratura ordinaria maggiormente versata nell'opera di realizzazione del dettato costituzionale<sup>68</sup>. Il rilievo dei giudizi di legittimità costituzionale nella prospettiva di assicurare tutela (in sede processuale) ai diritti sociali è evidente, in quanto diretta conseguenza della valorizzazione del bilanciamento di cui si è in precedenza

---

<sup>65</sup> Cfr. A. PAJNO, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in Astrid – Rassegna, 26/2006, 6.

<sup>66</sup> Cfr. Ad. Pl. n. 12/2007.

<sup>67</sup> Come un attento studio sulla garanzia, in sede non solo giurisdizionale, del diritto all'assistenza sanitaria mette ben in luce: A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, 2013, Torino, 147 ss..

<sup>68</sup> Ci si riferisce agli esiti della indagine – su cui v. *supra* par. 2 – condotta da A. PIOGGIA, *op. cit.*, 62 che descrive la resistenza del g.a. a impiegare la tutela costituzionale – attraverso le due modalità dell'applicazione diretta di una norma costituzionale in carenza di una previsione legislativa idonea a risolvere la controversia e la interpretazione adeguatrice – "come parametro della legittimità-liceità dell'azione dell'amministrazione", per esempio, a proposito della retribuzione delle mansioni superiori prima che venisse introdotta una previsione espressa sul punto, area nella quale il g.o. aveva invece frequentemente applicato in maniera diretta l'art. 36 Cost.. In particolare l'approccio fondato sul "monopolio della legge nell'attuazione costituzionale" in quel caso indusse il g.a. a non tentare neanche di sottoporre la disciplina recata dal TU sullo statuto (D.P.R. n. 3/1957, art. 33) ad interpretazione conforme a Costituzione, ma a non sollevare neanche fino alla seconda metà degli anni '90 questioni di costituzionalità.

detto, ossia della necessità di conciliare, nel passaggio dallo Stato di diritto allo “Stato di diritto materiale”<sup>69</sup> – continuamente istanze di libertà ed esigenze sociali, diritti individuali e diritti sociali. In altre parole, per quanto significativi sul piano teorico siano i tentativi di spostare l’attenzione dal momento delle prestazioni e quindi dall’angolo visuale dell’amministrazione (pubblica o, in linea con l’esaltazione della sussidiarietà orizzontale, dell’intervento privato<sup>70</sup>), a quello della giurisdizione come sede di invero dei diritti, e quindi alla prospettiva dei portatori dei diritti, la dimensione del condizionalit <sup>71</sup> emerge ancora con pervicacia in questa giurisprudenza, anche quando tale dimensione   evocata per stabilirne gli argini. Si pensi in tal senso al ruolo che gioca in questa prospettiva il “nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”<sup>72</sup>; il “nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto”<sup>73</sup>; o ancora il “nucleo incomprimibile del diritto a prestazioni riconducibili a diritti fondamentali”<sup>74</sup>; nonch  i livelli essenziali delle prestazioni o i livelli essenziali di assistenza quali nozioni perimetranti le prestazioni (sanitarie o sociali) indefettibili<sup>75</sup>. L’effettivit  della garanzia da riconoscersi ai diritti sociali, “affermati in”

<sup>69</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 110.

<sup>70</sup> G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiariet  orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5. L’idea, accolta per esempio da L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranit  popolare nel rapporto con l’autorit *, cit., 120   che i diritti sociali nella parte in cui si presentano come pretese di prestazioni si rivolgono nei confronti dell’autorit  pubblica solo in seconda battuta, cio  ove la societ  fallisca, nell’esercizio, peraltro di frequente, di un ulteriore diritto di libert , quello di iniziativa economica. Per un’analisi del rapporto tra principio di sussidiariet  orizzontale e principio solidaristico rispetto alla garanzia di prestazioni che soddisfano il godimento di diritti sociali si veda invece A. ALBANESE, *op. cit.*, 112 ss.: “nel settore dell’assistenza sociale la presenza dell’attivit  privata, in specie di quella svolta sulla base di motivazioni solidaristiche ed etiche,   molto rilevante”. Sulla sussidiariet  orizzontale S. STAIANO, *La sussidiariet  orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, 5/2006.

<sup>71</sup> Sui “diritti finanziariamente condizionati” si veda F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in *Quad. reg.*, 1985, 39 e successivamente Id., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss. secondo il quale “i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bens  diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi”.

<sup>72</sup> C. cost. n. 80/2010 in materia di integrazione scolastica dei disabili.

<sup>73</sup> Ancora un caso di diritto allo studio dei disabili, C. cost. n. 275/2016.

<sup>74</sup> Sempre, C. cost. n. 275/2016.

<sup>75</sup> L’uso della nozione di livelli essenziali delle prestazioni, come anche della nozione di nucleo incomprimibile dei diritti e di gradualit    paradigmatica della condizionalit , come si accennava (cfr. *supra* par. 2), quale dimensione ancora prevalente nell’approccio della giurisprudenza al tema della garanzia dei diritti sociali. Entrambe sono ad un tempo il segno del condizionamento nella soddisfazione e dei limiti al condizionamento stesso. Ad affrontare la questione del rapporto tra riduzione in via normativa delle risorse ed erogazione di “prestazioni sociali di carattere primario”   la decisione n. 169/2017 della C. cost. (nella quale si contestava la legittimit  del d.l. n. 78/2015, nella misura in cui, determinando un taglio lineare e *sine die* delle risorse destinate alla spesa sanitaria, avrebbe compresso i LEA, in contrasto con gli artt. 32 e 117, c. 2, lett. m) Cost.) che puntualizza nitidamente come si debba distinguere – attraverso il ruolo attivo giocato dalle Regioni (perch  la determinazione dei LEA   s  “un obbligo del legislatore statale ma [...] la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni”) – “il fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilit  finanziaria”. Sulla differenza tra la nozione di LEP ed il concetto di “nucleo essenziale” cfr. I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, cit.: “in tema di livelli essenziali di prestazione   interessante soffermarsi sulla distinzione tra questi e il nucleo essenziale dei diritti, poich  i due concetti non coincidono, ma certo s’influenzano reciprocamente soprattutto alla presenza di una

e non “fondati da” la Costituzione, e quindi la necessità di selezionare una porzione di tutela che va irrinunciabilmente accordata, è questione affrontata in modo peculiare, come è ragionevole aspettarsi, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, poiché sovente il dubbio del giudice comune – evidentemente quando non vi siano i margini per praticare un’interpretazione costituzionalmente orientata – è che la parte del diritto sociale non sacrificabile, non sia stata correttamente declinata<sup>76</sup>, proprio nel passaggio della interposizione della legge, dalla disciplina applicabile al caso di specie. In questo senso la percezione è che la tutela dei diritti sociali venga assorbita, fortemente conformata e condizionata dalla verifica (compiuta dalla Corte) che la legislazione – statale o regionale – si muova su un piano adeguatamente garantistico delle relative posizioni soggettive, e che quindi gli argomenti usati da questa giurisprudenza valgano anzitutto come strategia di contenimento della discrezionalità politica del legislatore e di riflesso di quella dell’amministrazione eventualmente coinvolta nella garanzia in sede sostanziale del diritto sociale. Paradigmatica degli esiti prodotti da tale dinamica è l’affermazione – resa in una delle molteplici occasioni nelle quali la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla (eterna) questione dei condizionamenti, imposti dai vincoli finanziari, alla soddisfazione dei diritti sociali sul piano sostanziale – secondo cui “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”<sup>77</sup>. In questo senso già solo la circostanza che il giudice amministrativo appaia come quello naturalmente vocato a giudicare delle controversie aventi ad oggetto pretese che implicano per la loro soddisfazione una provvista finanziaria pubblica<sup>78</sup>, e quindi subiscono

---

restrizione finanziaria. La locuzione ‘livello essenziale’ anche quando non nasconde una tutela del solo contenuto minimo ci rivela che è nella potestà del legislatore stabilire quale debba essere il livello che si può considerare essenziale e forse il predicato dell’essenzialità va inteso non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, ma a obiettivi di benessere e di equità che si collocano su un piano diverso rispetto a quello strettamente finanziario. Nei momenti di crisi, tuttavia, non si può escludere che il livello di prestazione possa coincidere con quello del nucleo essenziale del diritto”.

<sup>76</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013, 11-12 che si riferisce alla necessità di assicurare l’effettività dei diritti “mediante l’introduzione e l’attuazione delle garanzie dei diritti costituzionalmente stabiliti”. I limiti che relativizzano l’idea dei diritti sociali come “diritti finanziariamente condizionati”, limiti il cui rispetto la Corte costituzionale si trova frequentemente a dover verificare nella stagione degli stringenti vincoli dell’equilibrio finanziario e della scarsità delle risorse, sono per esempio evocati da A. LUCARELLI, *Il diritto all’istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Note a Corte Cost. n. 275 del 2016*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 6: “sembra affermarsi questo orientamento, anche dopo la riforma dell’art. 81 Cost., ovvero che i diritti sociali, quali diritti fondamentali, non possono essere *tout court* intesi quali diritti finanziariamente condizionati, né che esista semplicemente un nucleo di diritti fondamentali quali limite al perseguimento del pareggio di bilancio, ma piuttosto che il contingentamento delle prestazioni di Welfare State risulti argomentato nella misura in cui sussistano due condizioni, accertate con rigore e puntualità: l’una di natura temporale, l’altra di matrice economico-finanziaria”.

<sup>77</sup> C. cost. n. 275/2016, cit.. Riprendendo questa argomentazione la Consulta nella sent. n. 169/2017 cit. ha puntualizzato che “ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l’erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica”.

<sup>78</sup> Sebbene, come si è cercato di dire in precedenza, l’impiego di risorse pubbliche nella predisposizione dei servizi non esaurisca lo spettro delle possibili ipotesi in cui pretese socialmente rilevanti fronteggiano scelte

potenziali limitazioni in nome di obiettivi di risparmio di spesa, costituisce un'evidenza del dialogo "privilegiato" tra il giudice costituzionale e il giudice amministrativo nell'area dei diritti (sociali) fondamentali<sup>79</sup>. Lo svolgersi del fenomeno di apprensione di questi diritti da parte del giudice amministrativo, in un confronto articolato con la Corte costituzionale e sempre più diretto con le norme costituzionali di riconoscimento dei diritti sociali, descrive un moto progressivo – segnato dall'arricchimento dello strumentario processuale, dall'esaltazione delle potenzialità insite nello stesso giudizio di annullamento nell'orizzonte della pienezza della tutela<sup>80</sup> – all'esito del quale il giudice amministrativo appare peculiarmente attrezzato in ordine alla garanzia dell'effettività dei diritti sociali<sup>81</sup>, perché naturale interprete della doverosità – che va affermata, e rispetto alla quale le armi del giudice ordinario si rivelano meno incisive – della loro soddisfazione. Eppure il contributo che lo stesso giudice amministrativo è effettivamente in grado di dare su questo terreno è con evidenza condizionato dalla concreta possibilità di attivarne la competenza, i cui criteri identificativi operano di frequente, come conferma lo stesso contenzioso costituzionale, sulla base di presupposti alquanto "volatili".

#### **4. La volatilità dei presupposti che sottendono i criteri di individuazione del giudice competente**

Le vicende del diritto all'assistenza sanitaria sono esemplificative della conformazione di doppio livello – operata in sede normativa prima, ed amministrativa poi – della pretesa vantata dal titolare del diritto<sup>82</sup>. In

---

dell'amministrazione. Sul carattere strutturale del limite della copertura finanziaria nell'esercizio dell'attività amministrativa si veda A. TRAVI, *Il limite della copertura finanziaria*, in AA. VV., *Condizioni e limiti alla funzione legislativa della pubblica amministrazione, Annuario AIPDA 2004*, Milano, 2005, 111 ss..

<sup>79</sup> Nell'ordinanza del TAR Pescara n. 127/2014 con la quale viene rimessa alla Consulta la questione decisa con la cit. sentenza n. 275/2016, in punto di giurisdizione del g.a., si legge: "nel caso in esame, difatti, non v'è questione solo patrimoniale di mero inadempimento di obblighi predeterminati, ma è coinvolta all'origine l'interpretazione dei limiti in cui spetta alla pubblica Amministrazione assumere i costi e la gestione del servizio pubblico; cioè garantire lo svolgimento ed il finanziamento del servizio stesso, attraverso la provvista di fondi necessari".

<sup>80</sup> Sulla sufficienza della giurisdizione di annullamento nella prospettiva della pienezza della tutela e quindi dell'adeguatezza del sindacato, (anche solo) ove la prima riesca a condizionare effettivamente la riedizione del potere si veda L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema, cit.*, e la letteratura ivi citata. Cfr. anche *supra* nota 62.

<sup>81</sup> La ricostruzione del percorso evolutivo che ha condotto secondo A. PIOGGIA, *op. cit.*, il giudice amministrativo a dismettere le iniziali posizioni di timidezza e riluttanza nel sostenere pretese inadeguatamente disciplinate dal legislatore, al contrario di quanto aveva fatto sin dalla metà degli anni '60 il giudice ordinario, e a mostrarsi come dotato di una più articolata capacità rispetto a quest'ultimo di "definire la qualità dei doveri di prestazione in capo all'amministrazione", sembra convergere con l'idea, sostenuta da A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali, I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di quad. cost.*, 11.1.2017, 2, di una "sublimazione del ruolo del giudice amministrativo", che si manifesterebbe proprio "nell'interlocuzione tra quest'ultimo e la Corte costituzionale finalizzata ad assicurare il pieno godimento dei diritti".

<sup>82</sup> Sull'attribuzione da parte della Consulta agli organi statali della "competenza a dettare la disciplina legislativa relativa all'organizzazione, al funzionamento e al finanziamento del servizio sanitario nazionale" (C. cost. n.



una nota pronuncia del 1990 il diritto di accesso ai trattamenti sanitari era da ritenersi “garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”<sup>83</sup>. Più di recente, a proposito del “condizionamento” – anzitutto normativo, e conformativo del bilanciamento a valle – che il diritto di accesso alle prestazioni sanitarie subisce ove le medesime siano declinate nel solco della c.d. “assistenza indiretta”, la Cassazione ha ribadito che “le discipline dettate da norme regionali per l’accesso alle forme di assistenza indiretta tendono a realizzare, il temperamento tra la necessità, da un lato, di assicurare una tutela piena ed effettiva del diritto alla salute nei casi in cui le strutture sanitarie preposte all’assistenza diretta non siano in grado di erogare le cure indispensabili e, dall’altro, le esigenze organizzative e finanziarie che sono alla base della natura eccezionale del regime dell’assistenza indiretta”<sup>84</sup>.

Semplificando in maniera estrema sul punto, l’attività di dimensionamento della pretesa compiuta in sede legislativa, con effetti evidenti sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, appare schiudere un ventaglio di ipotesi molto articolato e tale da non consentire di predeterminare sulla base di criteri univoci la consistenza della pretesa e la latitudine e la qualità del potere (discrezionale o solo di accertamento tecnico) speso dall’amministrazione. Tali nodi sono stati infatti sciolti alternativamente dalla giurisprudenza del giudice comune sulla scorta di una sensibilità mutevole nel tempo e, quindi, della capacità di fare appello diretto al dettato costituzionale (non come parametro di legittimità della legge, quindi, ma come faro per l’amministrazione nella garanzia delle prestazioni) o piuttosto della tendenza a utilizzare le scelte compiute dal legislatore come uno schermo alla richiesta di tutela dei diritti sociali.

In questo secondo senso sembrano muoversi quegli orientamenti inclini a ravvisare margini di discrezionalità nella qualificazione operata dal legislatore dei rapporti tra utenti del servizio sanitario nazionale e apparati amministrativi del comparto<sup>85</sup>.

---

245/1984, n. 452/1989, n. 55/1987, n. 403/1989, n. 534/1989) v. A. ROVAGNATI, *op. cit.*, 166. Per una riflessione ampia sulle trasformazioni, all’esito del riordinamento del servizio sanitario, del ruolo dell’amministrazione nel comparto sanitario si veda F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996.

<sup>83</sup> C. cost. n. 455/1990.

<sup>84</sup> Cass. civ., Sez. lav., 7.6.2018, n. 14840.

<sup>85</sup> A. ROVAGNATI, *op. cit.*, 163 ricostruisce a tal proposito un orientamento della giurisprudenza comune nel corso degli anni Ottanta impegnato a circoscrivere i casi di riconoscimento agli utenti del SSN di diritti soggettivi alle ipotesi in cui la legge avesse analiticamente determinato tutti gli elementi della fattispecie, come accadeva nel caso di scelta del medico dipendente dalle USL o convenzionato; essendo la posizione era da costruire in chiave di interesse legittimo ove la scelta fosse stata riferita a medici non convenzionati con il SSN (SS.UU., n. 6120/1982). La previsione di un potere dell’USL di autorizzare il ricorso degli utenti ai presidi convenzionati – espressione della scelta compiuta dal legislatore con l. n. 833/1978 di subordinare l’instaurazione di tali rapporti alla “organizzazione

Nella prima direzione un altro, anche più risalente, indirizzo aveva affidato al giudice ordinario le occasioni di esercizio di un sindacato pieno, grazie all'ancoraggio: alla natura meramente tecnica del potere amministrativo attribuito all'autorità; alla natura costituzionale – mediante il rinvio all'art. 32 o anche all'art. 38 Cost. – del diritto riconosciuto all'utente del servizio sanitario; e al carattere indispensabile, indifferibile, non fungibile della prestazione.

In questa direzione ha operato l'esclusione che gli apparati pubblici potessero negare la somministrazione agli assistiti di un farmaco non contemplato nel prontuario posto che, rispetto al diritto alla salute degli assistiti, configurabile in termini di diritto soggettivo, gli atti di istituzione e revisione periodica del prontuario, o di selezione delle prestazioni erogabili erano da ritenersi atti amministrativi di mero accertamento tecnico, di talché al ricorrere dei presupposti della indispensabilità del farmaco per la cura della patologia dichiarata dall'assistito e della insostituibilità del medesimo con altro alternativo contemplato nel prontuario, le spese per il medicinale non incluso in prontuario andavano senz'altro rimborsate<sup>86</sup>.

L'attivismo della giurisdizione che viene in tal senso delineandosi in funzione di garanzia di diritti sociali, non adeguatamente o compiutamente soddisfatti in sede di amministrazione attiva, e che quindi viene descrivendo uno spostamento del fuoco di attenzione dalla prospettiva dell'amministrazione a quella dei titolari dei diritti<sup>87</sup>, pienamente governabile in sede giurisdizionale, si consuma in questo filone di decisioni ancora nel solco della giurisdizione ordinaria, e rappresenta in ciò una certa diffidenza per le capacità del giudice amministrativo, che gli sviluppi successivi, come si è cercato di dire in precedenza<sup>88</sup>, hanno smentito.

Peraltro anche il contributo offerto all'epoca dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla configurazione della pretesa, in qualche caso sbilanciata vistosamente a favore di un ridimensionamento del potere pubblico di organizzare la prestazione, oltre a non precludere successivi ripensamenti, rende

---

che del servizio sanitario fosse in concreto predisposta dall'amministrazione pubblica” – induceva a configurare degli interessi legittimi (Cass., SS.UU., n. 3474/1982).

<sup>86</sup> Cass. S. lav., n. 1747/1986. Cfr. pure SS.UU., n. 1504/1985 sulla possibilità del g.o. di disapplicare il provvedimento indicante le prestazioni erogabili agli assistiti nei casi in cui l'inadeguatezza delle prestazioni indicate fosse stata accompagnata dal riconoscimento in giudizio dell'adeguatezza di alternative prestazioni non incluse nel prontuario. Sugli sviluppi della giurisprudenza comune in punto di determinazione del contenuto del diritto rispetto al bene salute si veda B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 21 ss., spec. 27 ss.

<sup>87</sup> Movimento da ritenersi anche auspicabile secondo la linea interpretativa tracciata da L.R. PERFETTI, *I diritti sociali ...*, *cit.*, 130, in quanto coerente con “il capovolgimento dell'approccio che deriva dall'affermazione della sovranità dei diritti delle persone rispetto a quella dello Stato”. L'A. nondimeno, nel ritenere opportuno che il momento amministrativo receda rispetto a quello dell' “assicurazione della coercibilità delle pretese” esclude evidentemente che possa essere determinante sotto questo profilo la natura ordinaria o amministrativa del giudice dinanzi al quale le pretese vengono tradotte.

<sup>88</sup> Cfr. *supra* par. 3.

anche evidente l'instabilità generata, rispetto alla individuazione del giudice competente – e quindi a monte della posizione giuridica tutelata – dall'operare di presupposti quali l'urgenza o l'indifferibilità delle esigenze terapeutiche allegiate dal portatore dei diritti sociali nel richiedere la prestazione.

A tal riguardo la sentenza della Corte costituzionale n. 992/1988 interpretò quello alla salute come un diritto a ottenere prestazioni indispensabili rispetto al quale si imponeva una “piena ed esaustiva tutela”, di talché l'esclusione in assoluto del rimborso di spese per prestazioni effettuate presso strutture private non convenzionate, anche nel caso in cui tali prestazioni risultassero indispensabili e le strutture fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature, era da considerarsi illegittima<sup>89</sup>. L'orientamento restrittivo che seguì quella pronuncia finì per negare che quelle aperture a favore del diritto soggettivo di accesso alle cure, e della dimostrazione in giudizio della indispensabilità e non fungibilità delle prestazioni erogate dal SSN, potessero spingersi sino al punto di favorire “l'incontrollato uso di prodotti esteri che non si uniformino alla” disciplina nazionale<sup>90</sup>.

L'instabilità del contesto con il quale si è misurato quel risalente tentativo di scolpire in termini di diritto soggettivo perfetto la sostanza dell'aspettativa all'assistenza sanitaria, è efficacemente rappresentata dalla alternativa configurazione del potere – autorizzatorio-vincolato o discrezionale – a fronte di una stessa pretesa, per esempio quella di accedere a prestazioni sanitarie riconosciute dalla legislazione sanitaria ma da fruire presso strutture esterne al SSN, anche all'estero, e conseguentemente quella di ottenere il rimborso delle relative spese mediche, a seconda della circostanza che fosse stata o meno invocata dall'utente l'urgenza. L'indifferibilità delle esigenze terapeutiche alle quali dare risposta attraverso le prestazioni sanitarie, nell'assurgere ad indice di riconoscimento del nucleo essenziale del diritto di accedere alle prestazioni sanitarie<sup>91</sup>, diviene parametro rispetto al quale verificare la compatibilità dei tempi garantiti dalle strutture del SSN nell'assicurare le prestazioni, e l'operatività in concreto di un potere amministrativo che, nella sua variante vincolata, consente di configurare un'autorizzazione ad accedere a

---

<sup>89</sup> Secondo la dottrina in discontinuità con l'orientamento, registratosi negli anni '80 e al quale si è fatto cenno, che ravvisava in questi casi la consistenza di un diritto relativo, cioè garantito dalla istituzione del SSN nei limiti e alle condizioni stabilite dalla legge e dalle autorità competenti: E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile*, in *Le Regioni*, 1989, 1928-1929.

<sup>90</sup> C. cost. ordinanza n. 396/1990: la normativa impugnata aveva limitato l'assistenza farmaceutica alle specialità medicinali incluse nel prontuario del SSN “con esclusione dei farmaci stranieri non commerciati nello Stato italiano”. Anche nella ord. n. 40/1991 la Corte dichiarò la manifesta inammissibilità della questione – rinviando al necessario bilanciamento legislativo la soddisfazione degli interessi tutelati – concernente una disciplina che, nell'ammettere il ricorso all'assistenza ospedaliera in forma indiretta, escludeva il completo ristoro delle spese sostenute dal cittadino che per ragioni di urgenza avesse fatto ricorso a prestazioni somministrate al di fuori del SSN perché le strutture pubbliche e private convenzionate non erano in grado di erogare le prime tempestivamente. Successivamente la giurisprudenza limitò la possibilità di disapplicare il prontuario ai casi di accertamento della necessità di assumere farmaci, insostituibili e indispensabili per la cura di patologie gravi: art. 10, c. 2, d.l. n. 463/1983.

<sup>91</sup> C. cost., n. 304/1994.

dette cure presso alternative strutture a fronte dell'omesso soddisfacimento immediato della richiesta presso le strutture pubbliche<sup>92</sup>, e nella sua variante discrezionale, presuppone un bilanciamento “tra diritto alla salute ed esigenze dello Stato di natura finanziaria e, più in generale, organizzativa”<sup>93</sup>, come accade nel solco della valutazione condotta dalle strutture pubbliche “della propria incapacità di soddisfare adeguatamente la richiesta [di accesso a prestazioni sanitarie presso strutture all'estero] anche da un punto di vista di disponibilità finanziaria” con evidenti ripercussioni in punto di giurisdizione sulle richieste di rimborso delle relative spese<sup>94</sup>. Il formante giurisprudenziale di cui si discorre è dunque caratterizzato da una significativa mobilità dei confini tra le due giurisdizioni, in ragione della alternativa tendenza a

---

<sup>92</sup> Con la conseguente identificazione della competenza del g.o. sulle pretese al rimborso delle spese sostenute per ricoveri in luoghi di cura non convenzionati resi necessari in situazioni di urgenza, nelle quali fosse allegata cioè l'incompatibilità dei tempi indicati per la somministrazione delle prestazioni dalle strutture del SSN con l'urgenza accertata: Cass. SS.UU., ord. n. 12218/1990.

<sup>93</sup> C. cost. sent. n. 354/2008.

<sup>94</sup> Cass. SS.UU., ord. n. 12099/1992. Nello stesso senso TAR Latina, 6.6.2000 n. 680: “Rientra nella giurisdizione del g.a. la controversia avente ad oggetto l'annullamento del diniego di autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero; essa implica, infatti, la valutazione della correttezza dell'esercizio del potere autorizzatorio dell'amministrazione sanitaria, il quale è espressione di discrezionalità amministrativa, avendo ad oggetto la valutazione della capacità del SSN di soddisfare l'esigenza dell'assistito anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria, a fronte della quale la posizione soggettiva di quest'ultimo è di interesse legittimo”. Nondimeno si veda Cass. Civ., sez. lav. 19.1.2018, n. 1391 che ha chiarito come l'attribuzione di valore assorbente al profilo dell'urgenza, ove si tratti di cure fruite all'estero (in quel caso da un cittadino che per ragioni turistiche si trovava all'estero) ma in assenza dei presupposti indicati dalla l. n. 595/1985 e delle misure attuative (DM 3.11.1989), conduca a riconoscere erroneamente il diritto al rimborso. I parametri in base ai quali è legittimo valutare il diritto al rimborso delle spese mediche sono quelli relativi alla urgenza e alla impossibilità di ottenere il medesimo trattamento presso centri italiani: Cass. n. 17134/2016; Cass. n. 6461/2009 (avente ad oggetto un caso simile di soggiorno turistico all'estero di un cittadino italiano colpito da grave patologia); Cass. n. 17309/2016, 27448/2013, 9969/2012 (per casi accomunati dal presupposto che i cittadini avessero espatriato per affrontare cure mediche). Cfr. altresì TAR Lombardia, sez. III, n. 791/2008 anche per l'imposizione – attraverso il ricorso del g.a. alla tutela cautelare atipica – all'asl della somministrazione gratuita di farmaci non ancora riconosciuti dall'AIFA” su cui si veda F. ZAMMARTINO, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *giustamm.it*, 11/2017. Cfr. anche TAR Toscana, n. 694/2011, che ha annullato l'atto amministrativo con cui non era stato riconosciuto l'integrale rimborso del contributo sanitario a favore di un malato di Alzheimer ricoverato presso una residenza sanitaria assistenziale convenzionata e dove si stabilisce la natura esclusiva della cognizione del g.a. sul “riparto dei costi di ricovero in RSA”.

valorizzare<sup>95</sup> o piuttosto a relativizzare – come sembra fare anche la giurisprudenza più recente<sup>96</sup>, senza che ciò possa garantire assetti stabili sul punto<sup>97</sup> – la portata della gravità delle condizioni di salute in cui

---

<sup>95</sup> Si veda ad es. C. cost. n. 267/1998, con la quale la Corte dichiarava illegittima una disciplina (regionale, l.r. Piemonte n. 37/1990) per il fatto di subordinare il diritto al rimborso delle spese per prestazioni fruite all'esterno del SSN, ad una previa autorizzazione in tal senso dell'amministrazione competente, non considerando così gli elementi della gravità delle condizioni di salute in cui versasse il cittadino e l'indifferibilità degli interventi richiesti. Si veda la sent. di analogo segno C. cost. n. 509/2000. Il giudice amministrativo più di recente ha negato la sua giurisdizione sulla contestazione del diniego di rimborso delle spese mediche sostenute, affermando quasi sbrigativamente la sussistenza di un diritto soggettivo perfetto non "suscettibile di essere affievolito" dalla "discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni", richiamando un orientamento pacifico in punto di "ricovero all'estero necessitato da ragioni di urgenza comportanti pericolo di vita o di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione", ed affermando quindi l'operatività del medesimo criterio anche nel caso, come quello oggetto della controversia, relativo a prestazioni fruite in Italia in regime libero professionale intramoenia: così Cons. St., sez. III, 12.7.2012, n. 4127. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 8.3.2008, n. 831. Cfr. Cass. SS.UU., 2.8.2016 n. 16067 per la negazione tranchant della sussistenza di un potere autorizzatorio ove si faccia questione dell' "erogazione di farmaci indispensabili ed insostituibili" e quindi della "pretesa al rimborso della spesa erogata dall'assistito per l'acquisto di farmaci in tesi indispensabili per la cura della patologia da cui era affetto e solo successivamente ricompresi nel prontuario farmaceutico nazionale", con conseguente affermazione della giurisdizione del g.o., atteso che, appunto la controversia "non rientra in alcuna delle previsioni di giurisdizione esclusiva e neppure nella giurisdizione amministrativa di legittimità di cui all'art. 7 del CPA, ma è devoluta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, vertendo su un diritto soggettivo di credito correlato al diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost."

<sup>96</sup> Si veda in tal senso Tar Firenze, sez. II, 9.1.2018, n. 25: "in materia di richiesta di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico (L. 23 ottobre 1985, n. 595, art. 5, e relativo D.M. Sanità 3 novembre 1989, come successivamente modificato), la giurisdizione spetta al giudice ordinario sia nel caso che siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni". In senso analogo TAR Milano, sez. III, 2.9.2016, n. 1616; Tar Catania, Sez. IV, 16.5.2016, n. 1325. In ordine al rilievo della circostanza che le controversie oggetto di tali pronunce fossero riferite a periodi antecedenti all'adozione del d. lgs. n. 80/1998 va segnalato che (Cass., SS.UU., 8.10.2001, n. 10963) in seguito all'entrata in vigore della l. 205/2000 avrebbero dovuto rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo, non solo le controversie aventi ad oggetto il diniego di autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero, ma anche le controversie "aventi ad oggetto la domanda di rimborso di spese sanitarie sostenute all'estero, senza la preventiva autorizzazione dell'amministrazione, per un ricovero reso necessario da motivi di urgenza. A mente dell'art. 33, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, ripristinato nella sua efficacia dalla l. n. 205, cit., "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti [...] al servizio farmaceutico", e, in particolare (cfr. comma 2 lett. e), quelle "riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale". Come si è detto, prima dell'e.v. del d. lgs. n. 80/98, tali controversie erano, invece, pacificamente devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spettava la verifica circa l'effettiva ricorrenza dei motivi di urgenza (Cass. SS.UU., 19.2.1985 n. 85 e Cons. St., sez. IV, 24.2.2000 n. 1020). Come noto proprio sulla disposizione in parola (art. 33, c. 2, lett. e) d. lgs. n. 80/98, come modificato dalla L. 205/2000), prima delle modifiche intervenute con l'approvazione del c.p.a., aveva inciso la sent. C. cost. n. 204/2004. Sull'irrelevanza del fattore dell'urgenza nel discriminare poteri e giurisdizione v. Cass. SS.UU., 6.2.2009 n. 2867.

<sup>97</sup> Nel valorizzare il contributo della cit. sent. Cass. SS.UU., n. 2867/2009 cit. nella direzione della medesima consistenza della posizione giuridica tutelata in termini di "diritto soggettivo pieno" sia "che siano dedotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza ostative alla preventiva autorizzazione, sia che l'autorizzazione sia stata

versi il titolare del diritto e della indifferibilità degli interventi richiesti, quali fattori scriminanti la sussistenza, sul piano sostanziale, di un potere discrezionale conformativo del diritto sociale alla salute e all'accesso alle cure, ed in seconda battuta sul piano processuale, della competenza dell'uno o dell'altro giudice.

L'area dell'integrazione socio-sanitaria, contigua a quella sin qui oggetto di analisi, è infondo esemplificativa di come il dimensionamento del diritto sociale e quindi della pretesa ad accedere alle relative prestazioni attraverso il bilanciamento, si concretizzi in diverse sedi che arricchiscono la rigida alternativa legge-atto amministrativo puntuale (si vedano in questo senso le autorizzazioni di accesso alle cure di cui si è detto) e si collochi perciò anche in passaggi intermedi (tra i quali quelli di natura programmatica) rispetto a tali due estremi, che schiude con evidenza spazi utili alla cognizione del giudice amministrativo. La questione della esatta perimetrazione (in sede di programmazione regionale) di specifiche prestazioni socio-sanitarie, in particolare la qualificazione o meno delle medesime come livelli essenziali di assistenza, infatti, incide chiaramente sulla effettività del relativo diritto, intesa come concreta possibilità di fruire delle prestazioni e delle provvidenze finanziarie che rendono accessibili le prime. E' il caso della individuazione come prestazione "extra LEA" (ossia non ricompresa tra i Livelli Essenziali di Assistenza) degli interventi domiciliari di lungo-assistenza ("assistenza tutelare") in favore di anziani non autosufficienti condotti da operatori non professionali, con la conseguente impossibilità

---

chiesta e negata", il TAR Catania, sez. IV, 16.4.2013, n. 1104 ha ritenuto al più sussistente un potere discrezionale-tecnico della pa nell'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni. Sul punto si richiama pure Cass. SS.UU., 5.12.2011, n. 25925 secondo la quale "costituisce infatti ormai *ius receptum* il principio secondo il quale la domanda dell'assistito dal SSN di rimborso delle spese effettuate presso una struttura privata, senza preventiva autorizzazione, per cure o interventi asseritamente urgenti, pone come causa petendi una posizione creditoria correlata al diritto soggettivo primario e fondamentale alla salute, per sua natura non suscettibile di affievolimento (SS.UU., 9.3.2007, n. 5402), mentre l'accertamento dell'esistenza delle ragioni di urgenza – tali, cioè, da comportare, per l'assistito, un pericolo di aggravamento della malattia, per scongiurare il quale la cura è prospettata come improcrastinabile – essendo rimesse ad un mero apprezzamento tecnico, e non di supremazia, della P.A., inidoneo ad affievolire il diritto dell'assicurato (SS.UU., 28.6.2006 n. 14848, 6.2.2009 n. 2867), costituiscono il fondamento di merito della domanda (SS.UU., 13.7.2006 n. 15897 e 24.6.2005 n. 13548)". La sentenza del TAR Catania è oltretutto utile per una schematizzazione dei principali orientamenti in ordine al criterio discriminante la giurisdizione. Un primo è teso a individuare il discrimine nel contenuto della domanda di rimborso delle spese sostenute: generica e senza allegazione dell'urgenza, e quindi tale da fronteggiare un potere di valutazione discrezionale della capacità dell'amministrazione di "soddisfare tempestivamente e in forma adeguata, anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria, le esigenze del richiedente", con conseguente competenza del g.a.; puntuale e contenente i riferimenti alle ragioni di urgenza – tali da comportare per l'assistito pericolo di vita, di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione – compatibili solo con cure tempestive non ottenibili dalla struttura pubblica, con conseguenza assenza di un qualsivoglia potere discrezionale della pa, e al più di mera discrezionalità tecnica in ordine ai motivi di urgenza, con conseguente radicamento della giurisdizione presso il g.o. (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 13 aprile 2005, n. 2696; Cons. St., sez. V, 10.4.2000, n. 2077; Cass. SS.UU., 28.10.1998, n. 10737). Il secondo orientamento, che costituirebbe variante del primo, collocherebbe il *discrimen* nel momento in cui viene attivata la pretesa: se occasionata dall'impugnazione del diniego di autorizzazione si tutelerebbe l'interesse legittimo, se occasionata dal rifiuto di rimborso patrimoniale delle prestazioni già fruite, diritto soggettivo perfetto (TAR Roma, sez. III, 17.7.2004, n. 7009).

di porre a carico del SSN per il 50% - essendovi sulla restante parte la compartecipazione dell'utente/Comune – il contributo economico utile a rimborsare i familiari delle spese sostenute per l'assistenza al soggetto non autosufficiente<sup>98</sup>.

Ad arricchire la morfologia delle dinamiche di accesso alla tutela dei diritti sociali è quindi, da un lato, la complessità e l'ampiezza della filiera di dimensionamento della pretesa (legge-atto di programmazione-atto di amministrazione attiva) che moltiplica le occasioni di intervento dei (anche diversi) giudici, e dall'altro lato, il fatto che sovente la pretesa al godimento in concreto della prestazione resti per così dire sullo sfondo, e ad essere immediatamente azionata sia una diversa posizione giuridica la cui protezione in sede giurisdizionale appaia comunque funzionale alla soddisfazione del diritto sociale<sup>99</sup>, e sia ad esso riconducibile, confermando quella vocazione composita ed “inclusiva” del diritto sociale su cui ci si è in precedenza soffermati<sup>100</sup>.

Il carattere mediato dei percorsi attraverso i quali viene definendosi la tutela dei diritti sociali è peraltro evidente nell'ulteriore comparto dell'istruzione. Il consueto bilanciamento tra esigenze di contenimento della spesa e garanzia di un diritto sociale fondamentale come quello di assicurare un'adeguata istruzione ai disabili<sup>101</sup>, è collegato all'annullamento di atti amministrativi, come quello di assegnazione di un numero di ore mensili di sostegno assunto dal dirigente scolastico<sup>102</sup>; o quello di diniego del rimborso a favore di

---

<sup>98</sup> Ribaltando l'avviso espresso dal giudice di prima istanza (TAR Torino, Sez. II, 29.1.2015 n. 156), il Cons. St., Sez. III, 7.12.2015 n. 5538, ritiene legittimo l'operato dell'amministrazione regionale rispetto alla qualificazione come “extra LEA” delle prestazioni non professionali di assistenza tutelare della persona, posto che al di là delle previsioni contenute nella fonte di livello statale (DPCM 9.11.2001) alla luce delle quali le prestazioni domiciliari agli anziani non autosufficienti potessero genericamente qualificarsi come LEA, dovesse poi considerarsi il limite derivante dal piano di rientro “per definire l'ampiezza e la tipologia delle prestazioni” incluse, in ragione del fatto che (si richiama su questo punto Cons. St., Sez. III, n. 604/2015) “nel bilanciamento di interessi, tutti di pari rango costituzionale, la tutela del diritto alla salute può trovare accoglimento nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, cosicché la limitazione delle risorse impedisce legittimamente di coprire interamente la spesa per prestazioni di carattere socio-sanitario, che pur avendo carattere di essenzialità, siano assicurate ad un livello maggiore rispetto al rimanente territorio nazionale”. In tema F. ZAMMARTINO, *op. ult. cit.*, 10. Nel senso dell'attribuzione all'ASL dell'impegno economico esclusivo negli oneri di spesa in caso di “prevalenza delle prestazioni sanitarie rispetto a quelle assistenziali che con essa concorrono, rese in favore di malato [...] caratterizzata da gravità e cronicità” si veda Cons. St., Sez. III, 26.1.2015 n. 339.

<sup>99</sup> Si pensi al diritto al consenso informato che, pur venendo dalla giurisprudenza ricondotto al diritto alla salute, nel momento in cui viene distinto dalla pretesa all'integrità fisica, risulta immediatamente azionabile e risarcibile, a prescindere dall'esito dell'intervento, come si vede in Cass. civ., Sez. III, 9.2.2010, n. 2847: “anche in assenza di lesione alla salute per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, si prospetta, ove manchi il consenso informato – la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente”.

<sup>100</sup> Cfr. *supra* par. 2 le considerazioni sul carattere promiscuo della nozione.

<sup>101</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 5428/2015, Id., n. 5317/2014, Id., n. 2023/2017, p. 39.3 per la puntualizzazione dell'atingibilità da parte del g.a. di tutte le misure cautelari disponibili e risarcitorie ove sia dimostrato il danno patrimoniale, morale o biologico subito del disabile.

<sup>102</sup> Per i riflessi risarcitori dell'atto con il quale sia stato assegnato un numero di ore di sostegno incongruo, in termini di danno esistenziale Tar Reggio Calabria, Sez. I, 13.1.2016 n. 39 e Tar Palermo, Sez. I, 9.10.2015 n. 2519: “può farsi luogo al risarcimento del danno esistenziale, che è individuabile negli effetti che la diminuzione del

un ente territoriale – evidentemente non titolare del diritto sociale di cui si fa questione – delle spese sostenute per l'erogazione dei servizi di trasporto degli studenti disabili<sup>103</sup>; o ancora quello che determini la formazione di classi eccessivamente numerose, e che rappresenti per tale via un impedimento alla garanzia del diritto costituzionale dei disabili all'istruzione<sup>104</sup>. Tra l'altro la questione dell'assegnazione delle ore di sostegno a vantaggio dell'alunno disabile è area nella quale a venire in rilievo è proprio il nodo della mobilità dei confini tra le giurisdizioni cui si faceva cenno. La quantificazione operata dal Piano educativo individualizzato e l'attribuzione di ore di sostegno in difformità dalla prima apre, infatti, come noto, spazi di esercizio alla cognizione del giudice ordinario<sup>105</sup>, residuando a valle della relativa adozione,

---

legislatore (anche temporanea) delle ore di assenza ha sullo sviluppo del disabile in situazione di gravità". Sulla quantificazione del danno si veda pure Tar Palermo, sez. III, 1.10.2014 n. 2370.

<sup>103</sup> Ci si riferisce alla controversia che ha dato causa alla nota già citata sentenza di illegittimità costituzionale n. 275/2016, per cui si veda Tar Abruzzo, ord. n. 123/2014. La questione all'origine della controversia dinanzi al giudice remittente era relativa alla previsione di cui all'art. 6, c. 2 bis della l. regionale Abruzzo n. 78/1978 in materia di interventi per l'attuazione del diritto allo studio, che, inserita dalla l. finanziaria abruzzese per il 2004, aveva introdotto la regola della "parziale copertura" regionale delle spese sostenute dalle province per le attività di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni disabili o in situazioni di svantaggio, in particolare disponendo che la compartecipazione della Regione, pur dovendo essere pari al 50% delle spese documentate dalle province, fosse subordinata al limite "della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio". La Provincia di Pescara fu indotta a fronte del mancato riconoscimento del contributo pari al 50% delle spese sostenute e documentate a ridurre drasticamente i servizi per i disabili. Sicché la Consulta nella sent. n. 275/2016 stabilì che la legge regionale era lesiva di quel nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati, "tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza, poiché per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto". La tutela dei diritti sociali, come nel caso di specie indiretta, è frequentemente "occasionata" da un giudizio sulla legittimità di un procedimento di erogazione di contributi economici, o di atti organizzativi adottati da un ente per la predisposizione di un servizio pubblico. Ma nel caso di specie la relazione tra i due enti sulla quale viene chiesto al giudice amministrativo di esprimersi viene ricostruita in termini di rapporto obbligatorio. Il seguito nel giudizio di merito della sent. n. 275/2016 è stata la decisione del TAR Pescara n. 271/2017 nella quale a questo proposito il g.a. ha puntualizzato in primo luogo che "l'autoritatività della posizione della Regione, [...] si riverbera solo sull'impianto organizzativo funzionale del servizio pubblico e non direttamente nei rapporti di finanziamento con la Provincia", e poi che gli atti di stanziamento e di pagamento adottati ogni anno dalla Regione – dei quali la resistente lamentava l'omessa impugnazione nei termini – non sono atti idonei ad incidere sulla posizione di pretesa della Provincia, ma solo preordinati "all'adempimento di un obbligo". "La situazione soggettiva della quale la Provincia ha chiesto tutela in questa sede, pur non attenendo ad un comune rapporto debito/credito di diritto civile, trova pur sempre il suo riconoscimento in specifiche norme di relazione che regolano i rapporti tra Regione ed Enti locali in materia di servizio pubblico del trasporto degli alunni disabili, ed è pertanto ascrivibile alla categoria delle "obbligazioni pubbliche" perché si verte, da un lato, in tema di attribuzione di fondi pubblici in diretta connessione con il necessitato raggiungimento di finalità di interesse collettivo, dall'altro, in manifestazioni di autonomia finanziaria degli enti pubblici e di funzioni organizzativo-contabili".

<sup>104</sup> TAR Napoli, Sez. IV, 13.10.2016 n. 4706, Cons. St., ord. n. 302/2017 e Cons. St., Ad. Pl., 12.4.2016, n. 7.

<sup>105</sup> Cass. SS.UU., n. 25011/2014 che ha chiarito che la cognizione delle controversie afferenti alla fase successiva all'adozione del PEI deve essere ascritta entro il perimetro della giurisdizione ordinaria, però sulla base della considerazione che l'eventuale omessa, puntuale attuazione del PEI integra gli estremi di una discriminazione indiretta azionabile secondo il rito definito dalla l. n. 67/2006 e del d. lgs. n. 150/2011 art. 28. Cfr. TAR Firenze, sez. I, 29.1.2015, n. 146; TAR Bari, Sez. II, 2.4.2015, n. 549; TAR Pescara, Sez. I, 15.7.2016, n. 260. Si veda ancora Cass., SS.UU., 28.2.2017, n. 5060, nel senso della sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. rispetto alla controversia promossa per ottenere l'attribuzione dell'insegnante di sostegno "qualora per il relativo anno



quale unica forma di discrezionalità in capo all'amministrazione, quella volta a riconoscere soglie ulteriori di protezione e a definire concrete modalità operative. Di talché la prima finisce per assurgere altresì ad elemento decisivo in punto di perimetrazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici rispetto alle domande intese ad "ottenere l'accertamento della spettanza di un numero di ore di sostegno adeguato alle esigenze dell'alunno"<sup>106</sup>.

Del resto sono indicativi dell'assenza di una particolare saldezza di questo criterio discreto<sup>107</sup> i tentativi dello stesso giudice amministrativo di relativizzarne la portata<sup>108</sup>, anche circoscrivendone l'operatività alle ipotesi in cui la contestazione relativa al numero delle ore di sostegno assegnate al minore rilevi "sotto il profilo della discriminazione rilevante ai sensi della L. n. 67/2006", di talché la giurisdizione esclusiva del

---

scolastico non sia stato ancora redatto il piano educativo individualizzato". Nel solco di tale ultimo orientamento il g.a. distingue tra le ipotesi in cui oggetto della domanda è il conseguimento di "un presidio assistenziale scolastico" – per esempio di servizi di assistenza igienico personale e di assistenza all'autonomia e alla comunicazione – radicando la giurisdizione del g.o., da quelle in cui la domanda è volta ad "ottenere la redazione del PEI" in cui sussiste la giurisdizione del g.a. (TAR Palermo, sez. III, 3.7.2017, n. 1748). Dello stesso segno Cass. civ., SS.UU., 20.4.2017 n. 9966. Così pure nella sent. n. 1561/2017 il TAR Palermo aveva confermato che "domanda volta ad ottenere un presidio assistenziale scolastico, in attuazione di un PEI, rientra nella giurisdizione del g.o.; laddove, rientra invece nella giurisdizione del g.a. la domanda volta ad ottenere la redazione del PEI, tutte le volte in cui se ne ravvisi l'esigenza".

<sup>106</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Pl. n. 7/2016 cit. Nella sentenza si chiarisce che la spettanza di un numero di ore di sostegno adeguato può essere fatta oggetto – come era avvenuto nel giudizio di primo grado innanzi al TAR Campania – di azione di annullamento (del provvedimento dell'amministrazione scolastica col quale era stato assegnato un numero di ore di sostegno ritenuto incongruo) e di accertamento (del diritto del minore ad ottenere un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguato alla sua patologia, previa valutazione, da effettuarsi anno per anno, in sede di PEI, delle concrete esigenze). Il g.a. ritenne che entrambe le valutazioni non si riferissero ad una fase di esecuzione del PEI *medio tempore* adottato, ma si riferissero a fasi antecedenti all'adozione del piano, e si fondassero "in qualche misura, sulla prospettazione preventiva (soprattutto la seconda) del pericolo di una futura lesione del diritto azionato". In tema cfr. altresì Cons. St., sez. VI, 10.2.2015, n. 704; TAR Napoli, sez. IV, 27.2.2015, n. 1330, Id., 1.3.2016, n. 1104. Per la posizione del g.a. in ordine al carattere vincolante delle previsioni del PEI "come sede di individuazione della soglia minima di protezione del diritto all'istruzione del disabile" si veda F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2017, 49 ss. spec. 58. Sulla natura del potere amministrativo di determinazione del numero delle ore di sostegno da attribuire ad un disabile si veda pure M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm.* – T.A.R., 7-8/2011, 2403 ss..

<sup>107</sup> Individuato da Cass., SS. UU. n. 25011/2014 cit.

<sup>108</sup> Laddove il giudice amministrativo segnala (TAR Palermo, sez. II, 5.12.2016, n. 2810) "rientra nella giurisdizione dell'adito giudice amministrativo la domanda con la quale si chiede l'accertamento del diritto dell'alunno disabile a beneficiare dell'attività di sostegno volta a garantire la piena integrazione dello stesso nel percorso scolastico posto che detto accertamento riguarda la verifica del corretto espletamento di poteri pubblicistici, e ciò indipendentemente dalla circostanza che sia o meno stato adottato il PEI a conclusione del relativo iter procedimentale relativo". Secondo il Tar Palermo, sez. III, 19.9.2016, n. 2188: "Il riconoscimento della spettanza o meno della misura di sostegno in favore del disabile non attiene ad una ipotetica fase di 'attuazione' di un provvedimento definitivamente cristallizzato, sia perché non esiste un momento nel quale le determinazioni già assunte nel documento programmatico adottato si sottraggono a possibilità di verifica, sia perché la conformazione - ad opera dell'attività dell'amministrazione - del diritto fondamentale tutelato avviene non in sede meramente programmatica, ma con il provvedimento finale che dà accesso allo strumento amministrativo necessario all'esercizio del diritto medesimo". Cfr. altresì C.G.A., 29.7.2016, n. 248.

giudice amministrativa sarebbe ravvisabile nei casi in cui la contestazione sul numero di ore assegnate, non venga prospettata quale discriminazione ma piuttosto sotto il profilo della “cattiva gestione del servizio pubblico scolastico di sostegno agli alunni disabili”<sup>109</sup>. In questo quadro è da accogliere perciò con cautela l’approdo al quale è da ultimo pervenuta la giurisprudenza, confermando il collegamento tra la doverosità che l’attività dell’amministrazione scolastica è chiamata ad apprestare e l’elaborazione del piano educativo individualizzato, e la conseguente elisione di una discrezionalità che consenta all’amministrazione di rimodulare in via autoritativa “in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio” la misura del supporto integrativo “così come individuato dal piano”<sup>110</sup>. L’affermazione della giurisdizione ordinaria, alla quale si sceglie di affidare le sorti di tale attività doverosa, è in questo caso particolarmente netta in quanto viene emancipata dal presupposto della deduzione di un comportamento discriminatorio dell’amministrazione<sup>111</sup>. Tuttavia continuano ad essere meritevoli di considerazione gli argomenti che segnalano la presenza di responsabilità pubbliche, “da esercitare in un quadro di risorse limitate”, non solo nel momento di predisposizione dei piani educativi individualizzati o dei programmi assistenziali individualizzati, ma nella successiva fase della loro concreta attuazione. Di conseguenza, l’impossibilità di attribuire rilievo al “momento nel quale le determinazioni intervengono” ai fini dell’individuazione del giudice competente, e la necessità di riconoscere nel giudice amministrativo quello dotato di giurisdizione perché in grado di verificare in che modo sia stato condotto dall’amministrazione quell’accertamento delle esigenze dei portatori dei diritti sempre “aperto” alla revisione, in ragione dei “possibili mutamenti suscettibili di intervenire successivamente”<sup>112</sup>, non significa destinare alla

---

<sup>109</sup> TAR Salerno, sez. II, n. 266/2017 cit. Il carattere pieno della tutela che il giudice amministrativo si intesta in tali ipotesi si concreta nel riconoscimento “del diritto del minore ricorrente ad essere assistito, durante le ore di frequenza scolastica, da un insegnante di sostegno per l’intero orario settimanale secondo un rapporto di uno ad uno, almeno fino a quando non risultino documentalmente modificate le condizioni su cui si fonda l’affermazione di tale diritto”. Sul rilievo della dedotta sussistenza di un comportamento discriminatorio a danno del ricorrente, per l’attivazione di una ipotesi tipica di giurisdizione del giudice civile, si veda anche Cons. St., sez. VI, 3.5.2017, n. 2023.

<sup>110</sup> Così Cass. civ., SS.UU., ord. 8.10.2019, n. 25101.

<sup>111</sup> Cfr. Cass. SS. UU., n. 25101/2019 cit., che dopo aver segnalato che la divergenza in punto di giurisdizione tra le SS.UU. (*ex multis* sent. n. 25011/2014 cit.) e Cons. St. n. 2023/2017 cit. va “circoscritta alle ipotesi in cui il ricorrente non deduca specificamente la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno”, puntualizza nondimeno come “la deduzione esplicita nella domanda del ricorrente di un comportamento discriminatorio dell’amministrazione non può [...] considerarsi una condizione cui subordinare la giurisdizione del Giudice ordinario date le premesse che concordemente portano ad escludere la possibilità per l’amministrazione di non dare esecuzione alle ‘proposte’ trasmesse dal G.L.O.H. incorrendo altrimenti nella compressione di un diritto fondamentale alla cui tutela il legislatore ha voluto apprestare lo strumento immediato ed efficace del procedimento antidiscriminatorio. Su questi presupposti pertanto subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare una opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente”.

<sup>112</sup> Così C.G.A., 28.5.2018, n. 303 ove si ribadisce il condizionamento dell’effettività del diritto all’istruzione alla “predisposizione da parte dell’amministrazione di apposite strutture e servizi che ne assicurino il godimento;

vulnerabilità tali posizioni, se quel giudice utilizza consapevolmente gli strumenti che ha a disposizione nella prospettiva, appunto, della doverosità dell'amministrazione nella garanzia dei diritti<sup>113</sup>.

## 5. Notazioni conclusive

Al fondo dell'analisi e delle questioni solo sfiorate in questa sede vi è, dunque, l'idea che la giustizia amministrativa “nella sua attuale configurazione, viene considerata particolarmente soddisfacente (almeno potenzialmente) dei ‘diritti’ dei cittadini”<sup>114</sup>. E rispetto ai diritti sociali questo accade, non tanto per il motivo individuato guardando ai tratti originali della nostra giustizia amministrativa rispetto a quella di altri paesi in Europa, rappresentato, tra gli altri, dai benefici conseguibili dall’ “allargamento della legittimazione al ricorso a danno del diritto soggettivo”<sup>115</sup>. I diritti sociali per il tramite della loro sussunzione nella categoria dommatica dei diritti fondamentali finiscono per descrivere un moto lungo il quale il giudice amministrativo guadagna terreno, anche – in un sistema caratterizzato dal dualismo delle giurisdizioni<sup>116</sup> – nei confronti del giudice ordinario, non solo ove la relativizzazione della classificazione in termini di diritti soggettivi o di interessi legittimi è in qualche misura agevolata, come accade di fatto sul crinale della giurisdizione esclusiva<sup>117</sup>, ma anche nelle ulteriori situazioni in cui il diritto fondamentale assuma la veste di interesse legittimo. E' peraltro la stessa idea del diritto fondamentale, quando la si affronti nella prospettiva ineludibile della effettività, che dovrebbe schiudere il carattere pieno della tutela

---

necessari perché gli stessi siano ‘presi sul serio’ per usare la formula di Dworkin”, e si segnala come sia la predisposizione del PEI sia quella del PAI siano l'esito di “attività che viene forgiata su esigenze individuate al momento di un accertamento che resta sempre ‘aperto’ alla revisione, a causa dei possibili mutamenti suscettibili di intervenire successivamente”, e che detti piani non acquistino mai definitiva stabilità, dal che consegue “l'inevitabile irrilevanza - sotto il profilo della giurisdizione - del fatto che la determinazione lesiva sia intervenuta in concreto ‘prima’ o ‘dopo’ la conformazione del diritto del disabile da parte del PEI”.

<sup>113</sup> Per uno studio ampio e puntuale del tema della doverosità dell'attività amministrativa si veda S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016. In tema v. pure A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008; F. GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005.

<sup>114</sup> F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 269 ss., 274.

<sup>115</sup> F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 274-275 che si riferisce appunto al risultato, consentito da tale allargamento, dell'annullamento dell'atto in contestazione, espressione di una tutela più soddisfacente di quella assicurata dal giudice ordinario attraverso la disapplicazione.

<sup>116</sup> Sulla validità costituzionale del “sistema dualistico, contraddistinto nel nostro ordinamento dal riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo”, si veda ancora C. cost. n. 140/2007 cit., nonché Id. n. 204/2004 e n. 191/2006.

<sup>117</sup> V. Cass. SS.UU., 7.9.2016, n. 17674 per la sussistenza della giurisdizione amministrativa quando venga “dedotta in giudizio la lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione quando detta lesione sia l'effetto del se e del come della funzione pubblica”.

assicurata dal giudice amministrativo<sup>118</sup>, a suggerire una dequotazione del problema relativo alla struttura delle posizioni giuridiche sostanziali azionate che nella categoria si riconoscono<sup>119</sup>. Si può dire perciò che questa vicenda di progressivo superamento dell'idea della inconciliabilità ontologica tra potere amministrativo e diritti fondamentali, e quindi tra giudice amministrativo e diritti fondamentali, consente anche di smascherare uno dei “furti di giurisdizione” che nel tempo avevano consegnato ad un giudice, meno temibile, del giudice amministrativo alcune questioni<sup>120</sup>.

L'errore sarebbe quello di esaltare la prospettiva della “ordinarietà” del giudizio amministrativo come sede per la cognizione e la difesa dei diritti sociali, e di esaltarla per il motivo sbagliato – per il fatto cioè che gli interessi sostanziali che consentono accesso alla tutela presentino sempre la morfologia di pretese di prestazione e per giunta pretese necessariamente rivolte nei confronti dello Stato e delle sue articolazioni organizzative, errore più grave a parere di taluno<sup>121</sup> – fino al punto da sottrarre alla giurisdizione ordinaria la realizzazione della tutela, anche quando vi siano sufficienti ragioni per ritenere quest'ultima la sede più adatta, come accade in alcune ipotesi in cui i diritti sociali vengano fatti valere nei rapporti privati, o si mostri sin dall'inizio preferibile il risarcimento per equivalente, ipotesi frequente ove si intenda tutelare il diritto alla salute<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> Si vedano le considerazioni svolte *supra* par. 3, spec. nota 58. E' infatti questo il senso dell'affermazione ad opera dell'Ad. Pl., n. 7/2016 secondo la quale “l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materia implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, delle controversie ad essa riferibili”.

<sup>119</sup> M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Riv. AIC*, 3/2015: “Emerge una prospettiva empirica, rimediale, tesa a valorizzare l'efficacia della tutela senza le rigidità che vengono dalla ripartizione diritti-interessi legittimi, in modo da renderla ‘più efficace anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione’, ciò vale sia per il giudice ordinario, sia per il g.a.”.

<sup>120</sup> Espressione utilizzata da F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 280 nel compendiare i passaggi attraverso i quali il legislatore italiano – con la privatizzazione del pubblico impiego o con le azioni poste in essere dalle aziende del SSN – aveva trasformato “la materia sottostante da pubblicistica e privatistica”.

<sup>121</sup> Smentisce in particolare questa ricostruzione perché collegata all'individuazione del fondamento dei diritti sociali nell'idea di sovranità statale, più che in quella – da valorizzare invece secondo l'A. – della sovranità popolare, L.R. PERFETTI, *I diritti sociali, cit.*, 113.

<sup>122</sup> G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755-784, 776.