

CARLA ACOCELLA

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università
degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa

carla.acocella@unisob.na.it

RIFLESSIONI IN TEMA DI ACCESSO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI SOCIALI

JUDICIAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS

SINTESI

I problemi che hanno inciso sull'effettività dei diritti sociali e nello specifico sulla possibilità di accordare a questi ultimi una protezione effettiva in sede processuale sono in gran parte legati alla problematica ricostruzione della relativa nozione e alla peculiare morfologia delle relative pretese. Lo scritto segnala come l'inquadramento degli stessi come diritti costituzionalmente garantiti e in particolare come diritti fondamentali appaia determinante nella prospettiva di ricostruire in termini di pienezza la tutela che tali pretese trovano dinanzi al giudice amministrativo, figura capace di cogliere la necessità di rideclinare del potere pubblico in funzione strumentale alla realizzazione di diritti.

ABSTRACT

The issues that have been affecting the effective judicial protection of social rights ensue mainly by the controversial concept of "social right" itself and its structure. The paper indicates how the qualification of social rights as constitutionally guaranteed rights and fundamental rights, is decisive to procure a full judicial protection before the administrative Courts, and affirm the necessity of a different idea of public power as instrumental to the realization of rights.

PAROLE CHIAVE: diritti sociali – diritti fondamentali – effettività – diritti condizionati – potere pubblico – giudice amministrativo.

KEYWORDS: social rights – fundamental rights – effectiveness – conditioned rights – public powers – administrative judge.

INDICE: 1. Una breve premessa. - 2. Gli ostacoli derivanti dalla prospettiva del condizionamento e il rilievo della dimensione costituzionale dei diritti - 3. Dinamiche di esclusione e coinvolgimento del giudice amministrativo nella tutela dei diritti sociali. - 4. La pluralità delle sedi di tutela dei diritti sociali e il rilievo del giudizio di costituzionalità. - 5. La mobilità dei confini tra le giurisdizioni - 6. Rilievi conclusivi.

1. Una breve premessa.

Ove ci si confronti con i diritti sociali nella prospettiva della loro azionabilità appare evidente la necessità di operare qualche preliminare puntualizza-

zione in ordine alla struttura della nozione, alla capacità di identificare le posizioni che ad essa vengono ascritte, posto che le sue principali linee di sviluppo¹ hanno messo in discussione la tenuta della unitarietà della categoria.

La questione della giustiziabilità dei diritti sociali deve essere affrontata non solo in considerazione della impossibilità – affermata in via generale - di predicare il riconoscimento di posizioni giuridiche in assenza dell'individuazione di una giurisdizione innanzi alla quale farle valere, ma anche delle incertezze che hanno caratterizzato il loro riconoscimento sul piano sostanziale².

I fattori che appaiono incidere sul grado di effettività della tutela dei diritti sociali in sede processuale non si collocano nell'area delle condizioni di ammissibilità dell'azione³, e dunque della verifica condotta dal giudice in ordine alla loro sussistenza, ma rimontano alla complessa ricostruzione della categoria, in bilico tra il “condizionamento” della protezione e la natura fondamentale della pretesa. E sono le ragioni del condizionamento ad apparire nella pratica, sovente, non disponibili da parte del giudice in sede di accertamento della pretesa sostanziale nell'ambito della cognizione di merito.

Le dinamiche di accesso al giudizio dei diritti sociali sono condizionate, nel solco del loro inquadramento come diritti costituzionalmente riconosciuti, da una affermata iniziale incompatibilità con l'esercizio di poteri pubblici e da successiva attrazione nell'orbita di questi ultimi, e dunque, da corrispondenti spinte di esclusione e di attrazione nella giurisdizione amministrativa, e sono interessate in tale ultima sede da approcci alternativi, nel segno della centralità del potere quale oggetto del sindacato giurisdizionale o piuttosto nel segno della centralità della pretesa che dialoga con il potere dell'amministrazione.

¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss. nonché M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013, 1.

² Per il primo profilo si vedano C. cost., 11.2.1999, n. 26, n. 212/1997 e n. 98/1965 e n. 18/1982, e in dottrina L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 95, L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, spec. 252; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998, 3-34, spec. 27-29; 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. Sulla distinzione tra garanzie primarie e garanzie secondarie cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*

³ Sull'impiego delle condizioni dell'azione nella giurisdizione amministrativa si veda C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, 144; L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali 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.

2. Gli ostacoli derivanti dalla prospettiva del condizionamento e il rilievo della dimensione costituzionale dei diritti.

Il primo profilo incidente sulle prospettive di tutela dei diritti sociali si innerva nel relativo processo di affermazione, e nello specifico nell'ostacolo ad una loro declinazione in termini di diritti soggettivi con evidenti riflessi sulla esigibilità in via sostanziale. Il passaggio della costituzionalizzazione dei diritti⁴ consente di affrancare quelle di riconoscimento dalla condizione di norme programmatiche⁵ e le relative pretese dall'ineluttabile intreccio con le sorti degli interessi legittimi⁶. L'emancipazione dei diritti sociali dalla dimensione originaria di "diritti legali"⁷ schiude la possibilità di attribuire ai primi non di rado, accanto alla dignità di diritti costituzionali, quella di diritti inviolabili⁸, senza che questo, chiaramente, determini l'automatico superamento delle limitazioni avvertibili sul terreno della effettività dei diritti. Lo dimostra anche l'incapacità o la resistenza del giudice comune a sfruttare le opportunità offerte dall'applicazione diretta della Costituzione, tendenza in cui si riconosce, in una certa fase, soprattutto il giudice amministrativo, confermando il peso esercitato dal potere pubblico e dalla disciplina di quest'ultimo, rispetto alla dimensione della pretesa, nell'informare la ricostruzione del parametro legale rilevante per la decisione nel giudizio di legittimità⁹. In questo senso l'attuazione dei diritti sociali – si pensi al rilievo della ricostruzione in termini pretensivi della posizione – è stata tradizionalmente chiamata a confrontarsi con la curvatura autoritaria della visione dell'amministrazione, che va rivista invece ove si valorizzi il carattere fondamentale della pretesa, spesso quello della inviolabilità. Una volta superato, infatti, il fattore di complicazione rappresentato dalla classificazione dei diritti sociali come diritti costituzionali fondamentali¹⁰, il tentativo di accordare una tutela piena ed effettiva ai primi verrà svolgendosi, come si cercherà di di-

⁴ In termini di riconoscimento piuttosto che di posizione su cui v. 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.

⁵ Su cui A. BADASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. Giur.*, 1989, 1 ss., spec. 5. Sul passaggio dalla considerazione della Costituzione quale testo volto a imporre obblighi al legislatore all'applicazione diretta della prima v. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione. Qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 1/2012, 49 ss.

⁶ Così ancora A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 5.

⁷ C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten*, 1932, Berlin, 169 ss.

⁸ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 10, in forza dell'ancoraggio non solo all'eguaglianza sostanziale ma all'eguaglianza formale e alla dignità umana.

⁹ Su cui cfr. A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, *passim*.

¹⁰ Per una definizione formale di diritti fondamentali si veda per tutti L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, *cit.*, 5; per una critica della "a-socialità dei diritti fondamentali" cfr. M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 3.

re, non attraverso la negazione di un autentico potere pubblico ma attraverso una rideclinazione delle finalità sottese al suo esercizio¹¹.

Un ulteriore fattore di complessità nella prospettiva della effettività della tutela dei diritti sociali, che non si riflette necessariamente in difficoltà di accesso al giudice amministrativo o di protezione innanzi a quest'ultimo, è collegato alla circostanza che essi si presentino come un fascio di posizioni giuridiche soggettive, le quali risultano talvolta anche molto eterogenee tra di loro, e nelle quali convivono aspetti positivi e negativi, oppositivi e pretensivi¹², in altre parole, elementi ascrivibili ad entrambe le categorie definite intorno alla distinzione schmittiana tra diritti di libertà e diritti sociali¹³. In estrema sintesi la promiscuità della categoria, e la conseguente debolezza della contrapposizione da ultimo richiamata¹⁴, favorisce una convergenza sul piano della tutela, e per il tramite della valorizzazione del dato della natura fondamentale delle pretese, dei diritti che al più, presentino dati prevalenti dell'una o dell'altra categoria¹⁵. In questa prospettiva l'agibilità dei diritti, indipendentemente dalla categoria cui risultino ascrivibili, viene senz'altro affermata in presenza della c.d. autoapplicabilità della pretesa, e cioè della circostanza che essa si svolga attraverso condotte tenute dal titolare e non dell'obbligato; ma quand'anche ci si trovi in presenza di pretese pretensive, la prima viene affermata nel suo contenuto minimo, ossia nella necessità di soddisfare il nucleo essenziale dei diritti, e rispetto a questa tipologia di posizioni e alla verifica da effettuare per garantirne l'azionabilità, avrebbe assunto rilievo la necessità di mettere in campo strutture organizzative ed istituzioni, o piuttosto l'attivabilità del diritto su volontà e libera iniziativa delle parti¹⁶. La ricostruzione dei diritti sociali come un arcipela-

¹¹ Sulla necessità dell'autorità di giustificarsi a servizio del godimento dei diritti, attesa la intestazione della sovranità al popolo, cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali...*, cit..

¹² In tema M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 71; 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..

¹³ Fondati sulla Costituzione gli uni, sulla legge gli altri. Sulla contrapposizione anche P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, 274.

¹⁴ Si veda A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 29.

¹⁵ 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. Sull'impossibilità di ancorare la distinzione alla circostanza che la tutela dei relativi comportamenti 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.

¹⁶ Condizione verificabile nel caso di diritto ad una retribuzione sufficiente, diritto al riposo rispetto al diritto al lavoro; diritto dei figli all'educazione; diritto all'assistenza familiare: A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 30, che si riferisce a tal riguardo alla distinzione tra diritti sociali incondi-

go di situazioni, atteggiate in parte come un diritto soggettivo di libertà, in parte come pretesa di prestazione, in parte ancora come interesse legittimo, comporta in linea di principio una moltiplicazione delle sedi di tutela e dunque degli approcci praticati di volta in volta dai giudici chiamati a intervenire al fine di accordarne la protezione¹⁷.

3. Dinamiche di esclusione e coinvolgimento del giudice amministrativo nella tutela dei diritti sociali.

La sussunzione dei diritti sociali nell'area dei diritti fondamentali ha operato per un lungo periodo come un fattore di esclusione del giudice amministrativo dalla cognizione dei primi, ed il superamento di tale iniziale esclusione è stato consentito anche dalla tendenza ad invocare le ragioni di peculiarità del giudizio amministrativo come sede attrezzata in maniera peculiare a presidiare i diritti sociali. Laddove invece al principio erano stati proprio i tratti identificativi e i limiti del giudizio amministrativo – in punto di incompletezza delle garanzie processuali, al peso spiegato dalla disciplina del potere¹⁸ – a giustificare la sottrazione al giudice amministrativo delle pretese fondamentali, proclamandone, come noto, l'indegradabilità e l'incomprimibilità. La portata uniformante di un simile approccio ha finito così per privare il giudice amministrativo anche della cognizione di quelle posizioni pretensive, o in ogni caso segnate da fattori di condizionamento, destinate (perciò) naturalmente ad imbattersi nell'esercizio della funzione amministrativa. Questa, sebbene da rimeditare in chiave di doverosità¹⁹, va infatti ravvisata in tutte le ipotesi in cui la legge preveda, come sovente accade per la soddisfazione dei diritti sociali – e non solo in ordine alla predisposizione delle risorse economiche indispensabili all'amministrazione di servizio – la necessità di assumere scelte discrezionali²⁰. La dimensione del condizionamento riaffiora peraltro anche nelle ipotesi in cui il diritto esibisca

zionati e condizionati. Tale approccio ricostruttivo collocava nel solco della sindacabilità della mancata o non idonea realizzazione dei presupposti per il godimento di tali diritti, ad opera del legislatore, da parte della Corte costituzionale, la dimensione della loro giustiziabilità. V. pure I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012.

¹⁷ Paradigmatica del carattere articolato delle pretese e dunque della convivenza nella medesima posizione di vantaggio di più declinazioni (diritto di libertà, pretesa pretensiva e oppositiva) è la riflessione condotta, con riguardo al diritto al lavoro o alla salute, da A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 14.

¹⁸ In tema si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 51 ss..

¹⁹ Così A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 70.

²⁰ Sull'amministrazione di prestazione G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, vol. 112, 1989, 421-436, spec. 425.

una conformazione chiaramente negativa – come quella di rifiutare i trattamenti terapeutici, collegabile al diritto sociale alla salute – la quale, nonostante richieda la propria soddisfazione di “non imporre” la fruizione di prestazioni, presuppone evidentemente lo svolgimento di tutta una serie di azioni di rilevanza pubblicistica e dell’esercizio di poteri organizzatori autoritativi²¹.

L’argomento fondato sull’inevitabile recedere del potere pubblico dinanzi ai diritti fondamentali, che al più avrebbero fronteggiato attività materiali illecite della p.a., alla base della nota teoria dei c.d. “diritti non affievolibili”, era favorito nelle ipotesi in cui si coltivasse un atteggiamento oppositivo piuttosto che pretensivo²². Lo stesso argomento avrebbe dovuto, a ben guardare, imporre dei distinguo nelle ipotesi di attribuzione della cognizione della controversia alla giurisdizione esclusiva del g.a., imponendo cioè di far salvi dei diritti soggettivi di rango fondamentale²³. Non è un caso, infatti, che proprio nell’ambito della giurisdizione esclusiva siano state schiuse possibilità di intervento al g.a. a tutela dei diritti (sociali) fondamentali²⁴.

Lo snodo nel senso del superamento di tale preclusione è rappresentato da una decisione che sostiene come non vi sia “alcun principio norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendo-

²¹ Per il noto caso Englaro cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 26.1.2009, n. 214 (su cui si veda *infra*), Cons. Stato, Sez. III, 2.9.2014, n. 4460, e 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. Cfr. altresì Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007 n. 21748. In tema si veda pure C. cost., ord. n. 207/2018 di rinvio alla Consulta, in relazione al c.d. Caso Cappato, delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., su cui v. 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. Sull’esito della vicenda, risolta dalla Consulta 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 una persona in grado di prendere decisioni libere e consapevoli, tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche da ella ritenute non tollerabili” si veda C. cost., 22.11.2019, n. 242.

²² Sulla mobilità dei confini tra oppositivo e pretensivo con riguardo al diritto all’ambiente salubre, si veda la stessa sentenza delle SS.UU. n. 5172/1979.

²³ E’ infatti critico sul punto M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *giustamm.it*, 2011.

²⁴ 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. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13.2.2006, n. 556 (con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 4, III, 2006).

ne il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”²⁵, muovendo evidentemente dall’idea che non esista “sul piano positivo, un ambito di diritti sottratto a ogni ingerenza di potere”²⁶.

E nella misura in cui l’esercizio in concreto dei diritti fondamentali implichi “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”²⁷, il bilanciamento²⁸ – come operazione demandata, oltre che al legislatore, all’amministrazione, e di conseguenza riflessa sul doppio piano della giurisprudenza costituzionale e amministrativa – assume rilievo centrale.

All’esito di tale percorso il g.a. acquisisce pieno titolo a conoscere dei diritti fondamentali, non solo nell’ambito della giurisdizione esclusiva – quando essi assumano la consistenza dei diritti soggettivi ma debba pur sempre essere ben riconoscibile la sussistenza del potere pubblico²⁹ – ma anche, indirettamente, quando la veste della posizione giuridica attivata si presenti nella forma dell’interesse legittimo che dialoga con il potere discrezionale. E tra l’altro con riguardo a tale secondo ordine di ipotesi possono apprezzarsi gli effetti più evoluti del riferito superamento, posto che la possibilità di declinare un interesse legittimo come pretesa fondamentale pare capace di innescare quel processo di arricchimento dello strumentario di tutela a disposizione del giudice amministrativo prodottosi nella realtà³⁰, sulla scorta dell’impossibilità di consentire una

²⁵ 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. V. Cass., SS.UU., n. 27187/07, cit.

²⁶ F. PATRONI GRIFFI, *L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell’affidamento*, in *federalismi.it*, n. 24/2011.

²⁷ Così Ad. Pl., n. 7/2016 (su cui v. *infra*).

²⁸ Sulla 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. In tema 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.

²⁹ Secondo l’impostazione cristallizzata in 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.

³⁰ Sull’ampliamento degli strumenti di tutela a disposizione del g.a. a partire dalle potenzialità mostrate appunto dalla giurisdizione esclusiva si veda 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. In tema cfr. altresì F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 219 ss.; nonché F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in

protezione dinanzi al g.a. meno efficace di quella che alla medesima riserverebbe il g.o..

Sullo sfondo di tali dinamiche espansive della giurisdizione amministrativa v'è l'idea che la tutela demolitoria garantita in origine dal giudizio amministrativo, non rinunciabile oggi neanche nel comparto dei diritti sociali fondamentali, è affiancata da ulteriori strumenti indispensabili affinché il g.a. eserciti un ruolo di mediazione dei conflitti sociali nella prospettiva di esaltare la funzionalizzazione del potere, non al presidio delle ragioni dell'autorità pubblica quanto piuttosto, al pieno godimento dei diritti. In tale prospettiva i fattori rilevanti si influenzano reciprocamente, da un lato, la configurazione e la qualità del diritto³¹, e dall'altro, i poteri a disposizione del giudice amministrativo, in particolare nella sede della giurisdizione esclusiva³².

La riflessione che mette in relazione le alternative sedi di tutela giurisdizionale con gli interessi da presidiare finisce con l'individuare le ragioni della "specificità tecnica del g.a" nella peculiare specializzazione di quest'ultimo "nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati", e dunque nella capacità di verificare in che misura "il nucleo interno ed essenziale della cittadinanza" risulti protetto³³. A tale approccio si affiancano poi i rilievi tesi ad esaltare la maggior efficienza del giudizio amministrativo rispetto a quello ordinario, per esempio in punto di celerità dei tempi³⁴. Gli approdi in termini di pienezza della tutela

Dir. proc. amm., 2016, 1025 ss., G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio nel rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss..

³¹ Secondo G. MONACO, *op. cit.*, 440: "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".

³² Sul punto A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 69.

³³ Che si definisce intorno alle prestazioni assistenziali, sanitarie, scolastiche, previdenziali che "perimetrano la soggettività pubblica", secondo P. De IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2016, 531 ss. spec. 535.

³⁴ 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. 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*, emerga 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.

assicurabile dinanzi al g.a.³⁵ – a partire dalle opportunità schiuse dalla portata conformativa della decisione³⁶ – è ora affermata strategicamente in apertura del codice del processo amministrativo, che come noto prevede “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”, in coerenza con una lettura delle norme costituzionali rilevanti – ed in particolare con l’art. 24 Cost. – rispetto alle quali si pone come essenziale l’obiettivo di assicurare adeguati poteri di tutela a ciascun giudice, e di evitare specularmente la disponibilità di particolari tecniche di protezione presso un plesso della giustizia di cui sia viceversa privo l’altro.

4. La pluralità delle sedi di tutela dei diritti sociali e il rilievo del giudizio di costituzionalità.

Accanto alla questione dell’alternativo accesso dei diritti sociali alla giurisdizione ordinaria o amministrativa, che emerge dalla ricostruzione sin qui condotta, si pone quella del dialogo tra giudice comune e Corte costituzionale, riferito soprattutto al contenzioso scaturito da giudizi in via principale³⁷. Il rilievo dei giudizi di legittimità costituzionale nella prospettiva oggetto di analisi è con evidenza da collegare alla valorizzazione del bilanciamento di cui si è in precedenza detto, ossia della necessità di conciliare, nel passaggio dallo Stato di diritto allo “Stato di diritto materiale”³⁸, istanze di libertà ed esigenze sociali, diritti individuali e diritti sociali. La prospettiva della soddisfazione condizionata della pretesa³⁹ emerge nitidamente in questa giurisprudenza, anche laddove sia evocata per contenere i vincoli e i fattori di condizionamento in cui

³⁵ Sul tema della pienezza della giurisdizione si veda: 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.; B. GILBERTI, *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.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai “cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. dir. process.*, 1/2017, 106 ss..

³⁶ C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. COCCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 523.

³⁷ Si cui 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.. Peraltro la consistenza dei casi di naturale instaurazione del rapporto attraverso l’incidente di costituzionalità può risultare condizionata dalla accettata riluttanza – su cui si veda ancora A. PIOGGIA, *op. cit.*, 62 – del giudice amministrativo ad attingere alla Costituzione per una tradizionale tendenza ad utilizzare le regole dell’azione amministrativa come “schermo” alla tutela costituzionale dei diritti.

³⁸ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 110.

³⁹ Sui “diritti finanziariamente condizionati” si veda F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in *Quad. reg.*, 1985, 39.

si traduce⁴⁰. Esemplicativi in tal senso al significato ascrivibile alle locuzioni: “nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”⁴¹; “nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto”⁴²; o ancora “nucleo incomprimibile del diritto a prestazioni riconducibili a diritti fondamentali”⁴³; nonché livelli essenziali delle prestazioni o livelli essenziali di assistenza quali nozioni perimetranti le prestazioni (sanitarie o sociali) indefettibili⁴⁴. Muovendo dunque dall’idea del “riconoscimento” costituzionale dei diritti sociali – affermati e non fondati dalla Costituzione⁴⁵ – il giudizio di costituzionalità appare la sede fisiologica per verificare se il passaggio dell’attuazione in via normativa abbia prodotto un sacrificio della parte del diritto sociale non rinunciabile, nelle ipotesi in cui il giudice comune non ravvisi margini per praticare un’interpretazione costituzionalmente orientata. 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. E nel soldo di tale dinamica si colloca l’affermazione che “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”⁴⁶, la quale rappresenta paradigmaticamente gli approdi cui la giurisprudenza costituzionale perviene ove si pronunci sul tema dei condizionamenti, imposti dai vincoli finanziari, alla soddisfazione dei diritti sociali sul piano sostanziale. Il carattere “privilegiato” del dialogo esistente tra il giudice costituzionale e il giudice amministrativo nell’area dei diritti (sociali) fondamentali è con evidenza legato al fatto che il secondo sia naturalmente vocato a giudicare delle controversie aventi ad oggetto pretese che

⁴⁰ I limiti – che relativizzano l’idea dei diritti sociali come “diritti finanziariamente condizionati” e – 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.

⁴¹ C. cost. n. 80/2010 in materia di integrazione scolastica dei disabili.

⁴² Ancora un caso di diritto allo studio dei disabili, C. cost. n. 275/2016.

⁴³ Sempre, C. cost. n. 275/2016.

⁴⁴ 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..

⁴⁵ 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”.

⁴⁶ C. cost. n. 275/2016, cit.. Nello stesso senso cfr. C. cost. n. 169/2017 cit. ove si puntualizza 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”.

implicano per la loro soddisfazione una provvista finanziaria pubblica e quindi subiscono potenziali limitazioni in nome di obiettivi di risparmio di spesa⁴⁷.

La progressiva apprensione di questi diritti da parte del giudice amministrativo, in un confronto articolato con la Corte costituzionale e con le norme costituzionali di riconoscimento dei diritti sociali – di cui il primo sperimenta, da una certa fase in poi, anche l'applicazione diretta⁴⁸ – è caratterizzata dall'arricchimento dello strumentario processuale, dall'esaltazione delle potenzialità insite nello stesso giudizio di annullamento nell'orizzonte della pienezza della tutela, per effetto delle quali il giudice amministrativo si mostra interprete della doverosa soddisfazione dei diritti sociali ed in ciò particolarmente attrezzato a garantirne l'effettività⁴⁹, anche in termini comparativi rispetto al giudice ordinario, che disporrebbe di armi tutto sommato meno incisive. Ma il contributo che lo stesso giudice amministrativo appare in concreto capace di dare in questo senso è condizionato dalla circostanza che ne venga attivata la competenza, i cui criteri identificativi operano di frequente, come conferma lo stesso contenzioso costituzionale, sulla base di presupposti alquanto “volatili”.

5. La mobilità dei confini tra le giurisdizioni.

Le vicende del diritto all'assistenza sanitaria sono esemplificative della conformazione di doppio livello (normativa ed amministrativa) della pretesa vantata dal titolare del diritto⁵⁰. In 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”⁵¹. Recentemente, a proposito del condizionamento normativo e conformativo del

⁴⁷ 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.. 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, 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”.

⁴⁸ Su cui si veda ancora A. PIOGGIA, *op. cit.*

⁴⁹ Di una “sublimazione del ruolo del g.a.” parla 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.

⁵⁰ Sulla competenza statale in punto di organizzazione, funzionamento e finanziamento del servizio sanitario nazionale cfr. C. cost. n. 245/1984, n. 452/1989, n. 55/1987, n. 403/1989, n. 534/1989.

⁵¹ C. cost. n. 455/1990.

bilanciamento a valle, la Cassazione ha ribadito che “le discipline dettate da norme regionali per l’accesso alle forme di assistenza indiretta tendono a realizzare, il contemperamento 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”⁵². Il dimensionamento della pretesa in sede legislativa consente di prefigurare in linea di principio una articolata serie di opzioni alternative in ordine alla qualità e alla latitudine del potere amministrativo riconosciuto all’amministrazione – potere discrezionale o piuttosto di accertamento tecnico – e di conseguenza alternative in ordine alla giurisdizione del giudice competente. Il carattere altrettanto articolato delle soluzioni offerte dal giudice sul punto è segno della trasformazione prodottasi nell’approccio del giudice – peraltro non sempre decifrabile come un percorso lineare – in qualche caso incline ad utilizzare le scelte compiute dal legislatore come uno schermo alla richiesta di tutela dei diritti sociali, in altri a fare applicazione diretta del dettato costituzionale in vista della soddisfazione in via amministrativa delle prestazioni

Nella prima direzione appaiono andare 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 comparto⁵³.

Nella seconda direzione un diverso orientamento, anche più risalente, aveva affidato al giudice ordinario le sorti della tutela del diritto alla salute, muovendo: dalla natura meramente tecnica del potere amministrativo attribuito all’autorità; dalla natura costituzionale – in forza del riferimento all’art. 32 e anche all’art. 38 Cost. – del diritto riconosciuto all’utente del servizio sanitario; e dal carattere indispensabile, indifferibile, non fungibile della prestazione. In presenza dei presupposti della indispensabilità del farmaco per la cura della patologia dichiarata e della sua infungibilità con altri contemplati nel prontuario, emergeva la chiara natura di accertamento tecnico dell’attività amministrativa volta a rivedere periodicamente il prontuario e selezionare le prestazioni erogabili, e conseguentemente la consistenza di un diritto soggettivo pieno alla fruizione di un farmaco non contemplato nel prontuario, e al rimborso delle relative spe-

⁵² Cass. civ., Sez. lav., 7.6.2018, n. 14840.

⁵³ 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., spec. 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). Cfr. pure Cass., SS.UU., n. 3474/1982 La previsione di un potere dell’USL di autorizzare il ricorso degli utenti ai presidi convenzionati induceva a configurare degli interessi legittimi.

se⁵⁴. Può in tal senso affermarsi che l'attrazione nella sede giurisdizionale della questione della garanzia dei diritti – che vede in qualche misura recedere l'amministrazione attiva, rispetto alla “assicurazione della coercibilità delle pretese”⁵⁵ – si svolga secondo quest'orientamento prevalentemente nel solco della giurisdizione ordinaria, rappresentando in ciò una certa diffidenza per le capacità del giudice amministrativo che gli sviluppi successivi hanno smentito.

Ed anche il contributo della giurisprudenza costituzionale sul punto conferma un quadro instabile in ordine alla consistenza della pretesa – sovente si muove nella direzione di un significativo contenimento del potere organizzativo della prestazione ma non preclude ripensamenti in tal senso – ed evidentemente per il fatto di subordinare l'individuazione del giudice competente al ricorrere di presupposti quali l'urgenza o l'indifferibilità delle esigenze terapeutiche allegate dal portatore dei diritti sociali nel richiedere la prestazione. La sentenza della Corte costituzionale n. 992/1988 interpretò, per esempio, 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 illegittima⁵⁶. A quella pronuncia fece seguito un orientamento restrittivo che 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 nazionale⁵⁷.

Altamente esemplificativo dell'instabilità del contesto è l'alternativa configurazione in termini di potere discrezionale o vincolato dell'autorizzazione ad accedere alle prestazioni a fronte delle medesime pretese – a titolo esemplificativo fruizione di prestazioni sanitarie presso strutture esterne al SSN o all'estero, e rimborso delle relative spese mediche – in ragione delle diverse allegazioni del richiedente, in sostanza della circostanza che fosse o meno rappresentata l'indifferibilità delle cure, elevata ad indice di riconoscimento del nucleo essenziale del diritto di accedere alle prestazioni sanitarie⁵⁸, quindi fattore scriminante la variante vincolata (autorizzazione ad accedere alle cure presso alternative strutture a fronte dell'omesso soddisfacimento immediato della

⁵⁴ Cass. S. lav., n. 1747/1986. Cfr. pure SS.UU., n. 1504/1985.

⁵⁵ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali ...*, cit., 130.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ C. cost. ordinanza n. 396/1990 e n. 40/1991.

⁵⁸ E parametro rispetto al quale verificare la compatibilità dei tempi garantiti dalle strutture del SSN nell'assicurare le prestazioni: C. cost., n. 304/1994.

richiesta presso le strutture pubbliche⁵⁹) o piuttosto discrezionale (di bilanciare il diritto alla salute con le esigenze dello Stato di natura finanziaria e, più in generale, organizzativa⁶⁰) del potere amministrativo.

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 valorizzare⁶¹ o piuttosto a relativizzare, come sembra fare anche la giurisprudenza più recente, e senza che ciò possa garantire assetti stabili sul punto⁶², la portata della gravità delle condizioni di salute in cui 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 all'accesso alle cure, e sul piano processuale, della competenza dell'uno o dell'altro giudice⁶³.

Il dimensionamento della pretesa ad accedere alle prestazioni sociali attraverso il bilanciamento si radica, oltre la rigida alternativa legge-atto amministrativo puntuale, in passaggi intermedi, come quelli di natura programmatoria, che offrono ulteriori occasioni di intervento al giudice amministrativo. In tale prospettiva nel comparto dell'integrazione socio-sanitaria può considerarsi lo snodo della programmazione regionale utile ai fini della esatta identificazione delle prestazioni socio-sanitarie, in ter-

⁵⁹ Cass. SS.UU., ord. n. 12218/1990.

⁶⁰ C. cost. sent. n. 354/2008. Così anche nel caso di 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”: Cass. SS.UU., ord. n. 12099/1992. Sulle ripercussioni in punto di giurisdizione sulle richieste di rimborso delle relative spese si veda anche TAR Latina, 6.6.2000 n. 680; Cass. Civ., sez. lav. 19.1.2018, n. 1391; Cass. n. 17134/2016; Cass. n. 6461/2009; Cass. n. 17309/2016, 27448/2013, 9969/2012; Cfr. anche TAR Toscana, n. 694/2011, dove si ribadisce la natura esclusiva della cognizione del g.a. sul “riparto dei costi di ricovero in RSA”. 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.

⁶¹ Si vedano C. cost. n. 267/1998 e C. cost. n. 509/2000. Per la negazione della giurisdizione del g.a. in ragione della 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”, in presenza di “ragioni di urgenza comportanti pericolo di vita o di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione”: Cons. St., sez. III, 12.7.2012, n. 4127. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 8.3.2008, n. 831; Cass. SS.UU., 2.8.2016 n. 16067.

⁶² Per l'orientamento che colloca 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 cfr. TAR Roma, sez. III, 17.7.2004, n. 7009.

⁶³ Si vedano in tal senso Tar Firenze, sez. II, 9.1.2018, n. 25: per l'affermazione della giurisdizione del 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”; nonché TAR Milano, sez. III, 2.9.2016, n. 1616; Tar Catania, Sez. IV, 16.5.2016, n. 1325. Sull'irrelevanza del fattore dell'urgenza nel discriminare poteri e giurisdizione v. Cass. SS.UU., 6.2.2009 n. 2867; Cass. SS.UU., 5.12.2011, n. 25925; TAR Catania, sez. IV, 16.4.2013, n. 1104.

mini per esempio di livelli essenziali di assistenza, momento che chiaramente condiziona l'effettività del relativo diritto, intesa come concreta possibilità di fruire delle prestazioni e delle provvidenze finanziarie che rendono accessibili le prime. La questione si è posta nel caso di qualificazione 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 di porre in parte a carico del SSN il contributo economico utile a rimborsare i familiari delle spese sostenute per l'assistenza al soggetto non autosufficiente⁶⁴.

L'accesso alla tutela dei diritti sociali viene svolgendosi dunque nel solco di dinamiche articolate, per un verso dalla complessità della filiera di dimensionamento della pretesa legge-atto di programmazione-atto di amministrazione attiva) e quindi dalla moltiplicazione delle sedi di tutela, in potenza anche tra loro differenti, e per altro verso dalla circostanza che spesso ad essere attivato dinanzi al giudice non sia la pretesa al godimento in concreto della prestazione sociale, quanto piuttosto una diversa posizione giuridica che appare comunque collegata alla prima, e che lascia appunto sullo sfondo il “diritto sociale-categoria”, immagine coerente con la descritta vocazione composita dei diritti sociali. 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'intervento⁶⁵.

Anche nel settore dell'istruzione prendono corpo percorsi “mediati” di tutela dei diritti sociali. Il solito bilanciamento tra esigenze di contenimento della spesa e garanzia di un diritto sociale fondamentale come quello di assicurare un'adeguata istruzione ai disabili⁶⁶, passa attraverso l'annullamento di atti amministrativi: quello di assegnazione di un numero di ore mensili di sostegno assunto dal dirigente scolastico⁶⁷; quello di diniego del rimborso a favore di un ente territoriale – che quindi non è titolare del diritto sociale ad un'istruzione inclusiva – delle spese sostenute per l'erogazione dei servizi di trasporto degli

⁶⁴ Operazione legittima per Cons. St., Sez. III, 7.12.2015 n. 5538 che ribaltando l'avviso espresso dal TAR Torino, Sez. II, 29.1.2015 n. 156. Sul punto cfr. altresì Cons. St., Sez. III, n. 604/2015. 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.

⁶⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 9.2.2010, n. 2847.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 5428/2015, Id., n. 5317/2014, Id., n. 2023/2017.

⁶⁷ Per i riflessi risarcitori dell'incongrua assegnazione del numero di ore di sostegno cfr. Tar Palermo, sez. III, 1.10.2014 n. 2370, Tar Reggio Calabria, Sez. I, 13.1.2016 n. 39, nonché Tar Palermo, Sez. I, 9.10.2015 n. 2519.

studenti disabili⁶⁸; 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'istruzione⁶⁹. Proprio l'assegnazione delle ore di sostegno a vantaggio dell'alunno disabile è area nella quale si rinviene quella 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 schiude a favore del giudice ordinario occasioni di intervento⁷⁰, posto che le uniche forme di discrezionalità che residuano in capo all'amministrazione a valle della relativa adozione sono quelle tese 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"⁷¹.

Del resto lo stesso giudice amministrativo tenta di relativizzare la portata di tale criterio discretivo quando sostiene che "l'accertamento del diritto dell'alunno disabile a beneficiare dell'attività di sostegno volta a garantire la piena integrazione dello stesso nel percorso scolastico" 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"⁷²; o anche quando puntualizza che non esiste un momen-

⁶⁸ Tar Abruzzo, ord. n. 123/2014, che ha dato causa alla nota già citata sentenza di illegittimità costituzionale n. 275/2016. Il seguito nel giudizio di merito della sent. n. 275/2016 è stata la decisione del TAR Pescara n. 271/2017.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Cass. SS.UU., n. 25011/2014 che collega però il perimetro della giurisdizione ordinaria al fatto che dall'eventuale omessa attuazione del PEI derivi 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 Cass., SS.UU., 28.2.2017, n. 5060 che ritiene sussistente la giurisdizione esclusiva del g.a. "qualora per il relativo anno scolastico non sia stato ancora redatto il piano educativo individualizzato"; o ancora TAR Palermo, sez. III, 3.7.2017, n. 1748 per la giurisdizione del g.a. nelle ipotesi in cui la domanda è volta ad "ottenere la redazione del PEI" e Id. n. 1561/2017; nonché Cass. civ., SS.UU., 20.4.2017 n. 9966.

⁷¹ Cfr. Cons. St., Ad. Pl. n. 7/2016 cit.. 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.

⁷² TAR Palermo, sez. II, 5.12.2016, n. 2810.

to 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 medesimo⁷³. In questa ricostruzione si situa il valore della "discriminazione rilevante ai sensi della L. n. 67/2006" che, ove non prospettata in sede di contestazione del numero delle ore assegnate, consente di ravvisare della giurisdizione esclusiva grazie al collegamento con una "cattiva gestione del servizio pubblico scolastico di sostegno agli alunni disabili"⁷⁴.

Nel contesto di mobilità di confini che si sta descrivendo sono dunque da accogliere con cautela i recenti approdi della giurisprudenza che negano radicalmente la possibilità di riconoscere all'amministrazione una discrezionalità nel rimodulare in via autoritativa, a causa della scarsità delle risorse disponibili, le determinazioni del PEI⁷⁵, o che addirittura emancipano la giurisdizione ordinaria, tutrice di tale attività doverosa dell'amministrazione, dal presupposto della deduzione di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione⁷⁶.

Appaiono cioè meritevoli di considerazione quegli argomenti tesi a segnalare il perdurante esercizio di responsabilità pubbliche, "in un quadro di risorse limitate", anche a valle della predisposizione dei piani educativi individualizzati o dei programmi assistenziali individualizzati, e che riaprono spazi utili a favore del giudice amministrativo quale giudice in grado di verificare come l'amministrazione abbia condotto quell'accertamento delle esigenze dei richiedenti sempre "aperto" alla revisione in quanto esposto a "possibili mutamenti suscettibili di intervenire successivamente"⁷⁷. E si tratta di argomenti che non

⁷³ Tar Palermo, sez. III, 19.9.2016, n. 2188. Cfr. altresì C.G.A., 29.7.2016, n. 248.

⁷⁴ TAR Salerno, sez. II, n. 266/2017 cit. Si veda anche Cons. St., sez. VI, 3.5.2017, n. 2023.

⁷⁵ Così Cass. civ., SS.UU., ord. 8.10.2019, n. 25101.

⁷⁶ Cfr. Cass. SS. UU., n. 25101/2019 cit. che segnala 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", ma puntualizza altresì che "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".

⁷⁷ Così C.G.A., 28.5.2018, n. 303 ove si segnala che PEI e PAI siano l'esito di un' "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 successiva-

espongono inevitabilmente i destinatari alla vulnerabilità delle posizioni agite, a patto che il giudice amministrativo (fornito di giurisdizione) utilizzi consapevolmente gli strumenti che ha a disposizione nella prospettiva, appunto, della doverosità dell'intermediazione amministrativa nella soddisfazione dei diritti.

6. Rilievi conclusivi.

Le questioni sinteticamente attraversate in questa sede si muovono in un orizzonte che considera la giustizia amministrativa “particolarmente soddisfattiva (almeno potenzialmente) dei ‘diritti’ dei cittadini”⁷⁸; il che, con riguardo ai diritti sociali, è da ricondurre più che ai benefici conseguibili dall’ “allargamento della legittimazione al ricorso a danno del diritto soggettivo”⁷⁹, ma ad un percorso lungo il quale, grazie alla sussunzione dei diritti sociali nella categoria dommatica dei diritti fondamentali, il giudice amministrativo a partire da una certa fase guadagna terreno, anche – in un sistema caratterizzato dal dualismo delle giurisdizioni⁸⁰ – nei confronti del giudice ordinario, e non solo grazie alla giurisdizione esclusiva che conforta in certa misura la relativizzazione dell'inquadramento alternativo delle posizioni in termini di diritti soggettivi o di interessi legittimi⁸¹, ma anche nelle ulteriori situazioni in cui il diritto fondamentale assuma la veste di interesse legittimo. Ed è la stessa idea del diritto fondamentale, quando la si affronti nella prospettiva ineludibile della effettività, a schiudere il carattere pieno della tutela assicurata dal giudice amministrativo⁸²,

mente”, 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 PEP”.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Motivo individuato, tra gli altri, guardando ai tratti originali della nostra giustizia amministrativa rispetto a quella di altri paesi in Europa, da 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 soddisfattiva di quella assicurata dal giudice ordinario attraverso la disapplicazione.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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”.

⁸² Su questo 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”.

e a suggerire una dequotazione del problema relativo alla struttura delle posizioni giuridiche sostanziali azionate che nella categoria si riconoscono⁸³. Il progressivo superamento dell'idea della inconciliabilità ontologica tra potere amministrativo e diritti fondamentali, e quindi tra giudice amministrativo e diritti fondamentali, consente perciò anche di smascherare uno dei “furti di giurisdizione” che nel tempo avevano consegnato ad un giudice, meno temibile, del giudice amministrativo alcune questioni⁸⁴.

Nondimeno sostenere la preferibilità del giudizio amministrativo ai fini della tutela dei diritti sociali per il fatto che le posizioni agite presentino sempre la struttura delle pretese di prestazione, necessariamente rivolte nei confronti dei pubblici poteri⁸⁵, apparirebbe come un errore e finirebbe col negare la giurisdizione ordinaria, anche quando vi siano sufficienti ragioni per considerarla 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 salute⁸⁶.

⁸³ M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Riv. AIC*, 3/2015.

⁸⁴ 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”.

⁸⁵ Non è così secondo L.R. PERFETTI, *I diritti sociali, cit.*, 113 ove correttamente si collochi nella sovranità popolare anziché in quella statale il fondamento dei diritti sociali.

⁸⁶ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755-784, 776.