

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2021

DIRITTO ALLA SALUTE E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA SULLA SOGLIA DEI CENTRI DI ACCOGLIENZA STRAORDINARIA

di Stefano Rossi

***Abstract:** Il saggio analizza, a partire da una recente sentenza, il problema della competenza giurisdizionale in relazione ai provvedimenti volti a limitare la pandemia Covid-19 da applicare nei Centri di accoglienza straordinaria. L'incisione di tali provvedimenti sul diritto alla salute, quale diritto fondamentale, ripropone il tema della tutela di tali posizioni giuridiche nei confronti dell'Amministrazione.*

***Abstract:** The essay analyses, starting from a recent judgment, the problem of jurisdiction in relation to measures aimed at limiting the Covid-19 pandemic to be applied in the Centres of extraordinary reception. The engraving of these measures on the right to health, as a fundamental right, raises the issue of the protection of those legal positions vis-à-vis the public power.*

DIRITTO ALLA SALUTE E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA SULLA SOGLIA DEI CENTRI DI ACCOGLIENZA STRAORDINARIA

di Stefano Rossi*

SOMMARIO: 1. I non luoghi e il loro diritto. – 2. Covid e CAS avanti al Tribunale di Bologna. – 3. Critiche: confondere i mezzi coi fini. – 4. D.p.c.m. e regole tecniche. – 5. Attività vincolata e sua esecuzione. – 6. Sul nucleo duro dei diritti indegradabili. – 7. Breve conclusione scettica.

1. I non luoghi e il loro diritto

Nell'ordinamento italiano il sistema di accoglienza opera su due livelli: la «prima accoglienza», che comprende gli *hotspot* e i Centri di prima accoglienza, e la «seconda accoglienza», che si sviluppa nel SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati) – come innovato, con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in l. 1 dicembre 2018, n. 132, smantellando il precedente SPRAR. (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati)¹ – e i CAS (Centri di Accoglienza Straordinaria), che si rappresentano come una struttura ibrida a cavallo tra prima e seconda accoglienza². Questa natura funzionale ibrida si accompagna alla qualificazione *extra ordinem* dei CAS, la cui straordinarietà è anche il frutto della scarsa propensione dei Comuni ad ospitare i progetti di accoglienza diffusa della rete SPRAR. Infatti, come disposto dall'art. 11 d.lgs. n. 142/2015, qualora – a fronte di «arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti» – non fosse possibile ospitarli tramite il sistema ordinario, su disposizione del

* Avvocato e dottore di ricerca in diritto pubblico e tributario nella dimensione europea – Università degli Studi di Bergamo.

1. Da sottolineare come il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 173, abbia apportato alcune rilevanti modifiche ai previgenti d.l. n. 113/2018 e n. 53/2019, incidendo su alcuni aspetti afferenti alla disciplina delle politiche migratorie. In particolare, per quanto ci interessa, si viene a delineare l'architettura del nuovo «Sistema di accoglienza e integrazione» (SAI) comprensivo delle strutture di seconda accoglienza gestite dagli Enti locali, alle quali possono accedere, nei limiti dei posti disponibili, oltre che i titolari di protezione internazionale e i minori stranieri non accompagnati, anche i richiedenti la protezione internazionale, che erano stati esclusi con la riforma del 2018. Il d.l. n. 130/2020 prevede inoltre una diversificazione dei servizi del sistema di accoglienza sulla base della tipologia dei beneficiari, ridefinendo le condizioni materiali della prima accoglienza nei Centri governativi, disciplinando altresì i percorsi di integrazione.

2. Già nell'Intesa sottoscritta il 10 luglio 2014 tra Governo, Regioni ed Enti locali («Piano nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari»), per riordinare il sistema complessivo di accoglienza, era stato previsto che, per far fronte alla saturazione del sistema, fosse possibile da parte del Ministero dell'interno attivare strutture temporanee, in raccordo con gli Enti territoriali, per assicurare un'accoglienza di breve durata, in attesa del trasferimento in altre strutture.

prefetto possono essere appositamente allestite strutture temporanee atte a soddisfare le esigenze essenziali di accoglienza limitatamente al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture ordinarie.

Sebbene la disciplina del 2015 fosse volta a superare l'approccio emergenziale – facendo del sistema SPRAR un modello esclusivo – per pianificare un sistema di accoglienza connotato da buone prassi di integrazione, tuttavia, come spesso accade nel nostro Paese, gli strumenti dell'emergenza sono divenuti mezzi di ordinaria amministrazione, consolidandosi nell'ordinamento.

Ancora oggi³ solo una minoranza di richiedenti asilo sono inseriti nel sistema di accoglienza territoriale, laddove di fatto i Centri di accoglienza straordinaria costituiscono invece il segmento più consistente del sistema di accoglienza, con decine di migliaia di persone ospitate.

Si deve peraltro rammentare come l'art. 12, co. 1, d.l. n. 113/2018 avesse modificato l'ambito applicativo dell'art. 1-*sexies*, d.l. n. 416/1989, prevedendo che i servizi di accoglienza erogati dal sistema di accoglienza territoriale fossero destinati ai soli «titolari di protezione internazionale», ai minori stranieri non accompagnati ovvero ai «titolari dei permessi di soggiorno di cui agli artt. 19, co. 2, lett. d-*bis*, co. 12-*quater*, 18, 18-*bis*, 20-*bis*, 22 e 42-*bis*» d.lgs. n. 286/1998. Con tale innovazione normativa il legislatore aveva reso regola l'eccezione, da un lato, precludendo a tutti gli stranieri in attesa di una decisione sulla domanda di protezione internazionale di accedere ai servizi, d'altro, riformando profondamente – in termini deteriori – l'organizzazione dei servizi di accoglienza previsti a favore dei richiedenti asilo, con l'effetto di rendere impervio qualsiasi percorso di inclusione degli stranieri nel delicato tessuto economico-sociale dei singoli territori⁴.

L'esclusione normativa, relegando i richiedenti asilo nei Centri, riverbera l'eccezionalità e provvisorietà di tali luoghi sulla condizione giuridica di coloro che vi vengono ospitati, creando una soglia oltre la quale la legge si applica disapplicandosi⁵.

3. Si veda il Rapporto 2020 reso al Comitato Schengen dal ministro Lamorgese, secondo cui sono 62.613 in totale i migranti ospitati nei 4.963 CAS, mentre nel sistema SIPROIMI sono presenti 22.299 ospiti.

4. L'emergenza epidemica ha peraltro costretto l'Esecutivo a rivedere – seppure all'epoca in via transitoria – l'organizzazione dei servizi di accoglienza territoriale, prevedendo, ai sensi dell'art. 86-*bis*, d.l. n. 18/2020, come convertito in l. n. 27/2020, oltre alla proroga dei progetti, la possibilità della permanenza nei progetti SIPROIMI, nei Centri governativi di prima accoglienza e nei CAS fino al 31 luglio 2020 dei titolari di protezione internazionale ed umanitaria, dei richiedenti asilo e dei minori stranieri non accompagnati anche dopo il compimento del diciottesimo anno di età, per i quali fossero venute meno le condizioni di permanenza. L'art. 16, d.l. n. 34/2020 come convertito in l. 77/2020 ha ulteriormente prorogato la permanenza nei progetti SIPROIMI dei richiedenti protezione internazionale fino al 31 gennaio 2021. Sul tema P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid, 20 maggio 2020, p. 11 ss.

5. Una condizione che genera ambiguità in cui procedimenti di fatto trapassano nel diritto, mentre norme giuridiche si indeterminano in meri fatti. Per riprendere il linguaggio di C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 33 ss.

È entro questo rapporto bipolare, e a volte contraddittorio, che si possono stabilire le coordinate di un discorso sulle regole di convivenza e di potere che presiedono ai rapporti tra gli individui, laddove – come ricorda Simmel – «lo straniero è un elemento del gruppo stesso, un elemento la cui posizione immanente implica contemporaneamente un di fuori e un di fronte»⁶.

La condizione giuridica e, al contempo, esistenziale, connotata da disinformazione, da uno stato di sospensione e di estrema incertezza cui sono costretti i richiedenti asilo, congiura a rendere ancora più difficile e penoso l'abitare in tali luoghi di accoglienza. La stessa organizzazione dello spazio denuncia questo stato di provvisorietà, non consentendo a coloro che vi sono ospitati di costruire intimità, nel tentativo di circoscrivere, con un confine fittizio, uno spazio privato dove potersi ritirare al riparo dagli sguardi e dall'invasione della presenza altrui. In tal senso gli spazi e la loro organizzazione segnano più degli uomini e delle parole la finalità propria dell'istituto, convertendosi in «non luogo»⁷ privo di identità, caratterizzato essenzialmente dal passaggio, dagli attraversamenti, dalla spersonalizzazione dei rapporti, ovvero dallo stare senza esserci.

È pur vero che la migrazione già di per sé, in quanto esperienza di rotture e di perdite, materiali e simboliche, della patria, della terra, della casa, della cultura, del lavoro, rimette in discussione i tradizionali sistemi di riferimento⁸. Tuttavia la condizione del richiedente asilo, nel rendere maggiormente visibile un fenomeno di decentramento del Sé a cui in realtà nessuno sembra poter sfuggire, presenta connotati peculiari attribuendo uno *status* a coloro i quali hanno perduto «un posto nel mondo [ovvero] tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana»⁹. La loro è dunque una condizione negativa, il cui statuto è definito da una privazione.

In questa prospettiva la perdita del legame sociale che s'iscrive nel luogo di accoglienza rende l'orizzonte conoscitivo frammentario, sradicando gli individui dal loro ancoraggio, dalla collettività con la quale dovrebbero programmaticamente condividere una prospettiva di integrazione, dallo spazio fisico e sociale in cui rappresentazioni, visioni del mondo e pratiche quotidiane si danno e si trasformano. Al contempo, l'immutabilità dell'esperienza dello spazio dei Centri di accoglienza costringe i richiedenti asilo a difficili esercizi di

6. G. Simmel, *Sociologia*, Milano, Ed. Comunità, 1989, p. 580 ss.

7. M. Auge, *Nonluoghi. Introduzione a un'antropologia della surmodernità*, Milano, Eleuthera, 1993, p. 26 ss. secondo cui lo spazio è «un incrocio di mobilità», delineato da coloro che si muovono trasformando lo spazio in luogo o in *nonluogo*, ovvero in una esperienza di relazione con il mondo. Diversamente nei «nonluoghi» non si creano «né identità singola, né relazione, ma solitudine e similitudine [...] essi non operano alcuna sintesi, non integrano nulla, autorizzano solo [...] la coesistenza di individualità distinte simili e indifferenti le une alle altre» (cit., p. 101).

8. Come però nota in positivo S. Rushdie, *Patrie immaginarie*, Milano, Mondadori, 1991, p. 17, quella degli immigrati è la storia di «uomini e donne traslati», persone che appartengono a più di un mondo, abitano più di un'identità, hanno più di una casa, che hanno imparato a trattare e a tradurre tra le culture, che, essendo il prodotto di molte e intercomunicanti storie, hanno imparato a parlare e a vivere con la differenza.

9. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, Einaudi, 2004, p. 415.

riduzione di sé, di sottomissione alla regola istituzionale in un tentativo di sopravvivenza per salvaguardare al proprio interno almeno un brandello della propria dimensione umana. Costretti in questi luoghi, questi uomini e donne si trovano a dover ridimensionare il loro sentire, interrompendo il loro dialogo col tempo, nella misura in cui «il trascorrere del tempo è vivibile solo in presenza di un passato e di un futuro, mentre l’attesa indefinita è negazione della temporalità. Queste persone [invece] hanno spesso reciso i legami con il loro passato e le loro radici, pur non avendo futuro né speranza. Di conseguenza, nel loro tempo non ci sono più punti di riferimento. L’immigrato che sbarca sulle coste europee, finendo in un Centro di accoglienza, vive spesso questa situazione. Spera di essere entrato in un purgatorio, ma poi scopre di essere rinchiuso per sempre in un limbo»¹⁰.

Delineato questo quadro, si tratta di verificare – a partire da un recente caso giudiziario – se nel limbo dei Centri di accoglienza si applichi un diritto speciale, potendosi considerare sospese, o meglio manipolabili in ragione della discrezionalità attribuita all’Amministrazione, le garanzie e tutele proprie di un diritto fondamentale come quello alla salute, specie in una fase di emergenza dovuta alla pandemia da Covid-19.

2. Covid e CAS avanti al Tribunale di Bologna

Come noto, dopo la decretazione dello stato di emergenza, anche in Italia sono state imposte limitazioni alla mobilità e prescrizioni di condotta progressivamente più stringenti al fine di prevenire e/o contenere il contagio da Covid-19¹¹.

A fronte di questa condizione, nel marzo scorso il Coordinamento Migranti di Bologna ha denunciato pubblicamente l’oggettiva situazione di affollamento della struttura pubblica di accoglienza CAS Mattei, tale da non consentire il rispetto delle misure di distanziamento sociale disposte a livello normativo a tutela della salute individuale e collettiva¹², chiedendo

10. M. Auge, *Così è nato il non luogo*, in *La Repubblica*, 20 ottobre 2004. Come ricorda l’antropologa francese Bouagga «l’attesa è una dimensione strumentale dell’istituzione, in quanto serve a stabilire l’influenza dell’istituzione stessa sugli individui» (Y. Bouagga, *Le temps de punir*, in *Terrain*, 2014, 63, p. 101).

11. A partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19», convertito con l. 5 marzo 2020, n. 13.

12. Così in una comunicazione alla prefettura di Bologna in data 18 marzo 2020 si segnalava che «nel CAS Mattei, ad esempio, non risulta ad oggi essere stata effettuata alcuna sanificazione, né dotati i richiedenti asilo di mascherine e guanti monouso, dotazione che, invece, hanno i soli lavoratori. Gli ospiti del CAS. Mattei consumano i pasti nello spazio mensa, ove non sono rispettate le distanze di sicurezza, o nelle singole camere, in cui vivono da 5 a 10 persone. La stessa convivenza in camere da 5 a 10 persone non garantisce oggettivamente la tutela sanitaria prevista dai provvedimenti legislativi adottati, tanto più considerando che alcuni bagni risultano non funzionanti. Scarsa risulta anche l’informazione fornita ai richiedenti asilo ospiti in merito alla situazione sanitaria di emergenza, con la conseguenza di aumentare in loro la preoccupazione che contraddistingue chiunque. Risulta che l’autorizzazione all’uscita dal CAS Mattei sia garantita per i soli lavoratori che svolgono attività nel Comune di Bologna, mentre a tanto non sarebbero autorizzati coloro che lavorano nella provincia».

l'individuazione di strutture di accoglienza alternative. Alla fine del mese di marzo emergeva che uno degli ospiti della struttura risultava essere stato posto in isolamento per presunta infezione, il che determinava la scelta da parte dell'ASGI¹³ di agire avanti al Tribunale felsineo mediante procedimento cautelare d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., al fine di veder garantito il diritto alla salute ed il rispetto delle misure preventive previste dal d.p.c.m. all'epoca in vigore anche per i richiedenti asilo ospitati nel Centro di accoglienza Mattei, chiamando in causa a tal fine la prefettura, il Ministero dell'interno, il Comune, la Regione oltre alla cooperativa gestrice della struttura. In particolare, quanto al *petitum*, si chiedeva che il Tribunale ordinasse alle Amministrazioni convenute, ognuna per la parte di propria competenza, il tempestivo trasferimento degli ospiti in strutture d'accoglienza nel territorio bolognese ovvero in altre strutture, di capienza limitata e tale da rispettare le misure di distanziamento. Nelle more dell'approntamento di tale trasferimento, si chiedeva di imporre l'adempimento dell'obbligo di fornire informazioni sullo stato di salute del richiedente asilo posto in isolamento, di effettuare a tutti i richiedenti asilo uno *screening* sanitario, oltre alla misurazione della temperatura secondo le prescrizioni vigenti ovvero ogni altra e/o diversa misura che fosse stata ritenuta necessaria per la salvaguardia della salute dei richiedenti asilo ospitati¹⁴.

Non è possibile ripercorrere puntualmente un ricorso, e le successive memorie, corposo e ricco di argomentazioni, volendosi in questa sede appuntare l'attenzione sull'embricarsi delle competenze tra i vari soggetti che sono stati convenuti nel procedimento. Palese è l'attribuzione di responsabilità in capo alla prefettura e all'ente gestore, laddove la prima è preposta per legge al sistema pubblico di accoglienza per i richiedenti asilo (*ex artt. 8 ss., d.lgs. n. 142/2015*), organizzato attraverso affidamento della gestione delle singole strutture a soggetti che partecipano a procedura ad evidenza pubblica. In particolare il d.p.c.m. dell'8 marzo 2020 affidava al prefetto il compito di assicurare l'esecuzione delle misure per il contenimento del Covid-19, nonché di monitorare l'attuazione delle misure di pertinenza delle Amministrazioni locali (*ex art. 4; confermato dall'art. 3, co. 5, d.l. n. 6/2020, convertito in l. n. 13/2020*). In tale contesto si richiamava anche l'art. 6, co. 7, d.l. n. 18/2020 (cd. Cura-Italia), convertito in l. n. 27/2020, che attribuisce al prefetto il

13. Si ringrazia l'avv. Nazzena Zorzella per avermi reso disponibili gli atti relativi al procedimento in commento. L'ordinanza 7 maggio 2020 e il decreto 14 luglio 2020 del Tribunale di Bologna (su cui *infra*) sono pubblicati in questo numero della Rivista nella Rassegna *Asilo e protezione internazionale-Questioni procedurali e diritti civili*.

14. Si devono sottolineare le perplessità rispetto alla formulazione delle domande, specie di quelle subordinate che mostrano tratti di dubbia legittimità (comunicazione di dati sensibili di soggetti oltretutto non identificati, o la sottoposizione di stessi a *screening* epidemiologico) ovvero di palese indeterminazione. Si segnala altresì che in questa sede per ragioni di economicità del ragionamento verrà emessa la disamina, di natura processualistica, sull'azione cautelare e la sua strumentalità con il successivo e necessario procedimento di merito.

potere di requisire immobili per ospitarvi persone che debbono permanere in sorveglianza sanitaria o isolamento fiduciario.

Quanto al sindaco del Comune ospitante e al presidente della Regione, si può asserire che agli stessi siano attribuite, da fonti normative concorrenti¹⁵, funzioni finalizzate alla salvaguardia della salute pubblica nell'ambito territoriale, dovendo approntare in presenza di emergenza sanitaria peculiari provvedimenti che consentano l'efficacia delle misure adottate dal legislatore statale.

I vari soggetti convenuti nel giudizio si sono costituiti eccependo, da un lato, la mancanza di legittimazione attiva dell'associazione, dall'altro, il difetto di giurisdizione in capo al giudice civile a favore di quello amministrativo.

Con ordinanza del 7 maggio 2020, il Tribunale di Bologna – premessa l'indiscussa rilevanza costituzionale del diritto alla salute – sottolinea come, in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale sia a livello costituzionale che di legittimità, «la categoria dei diritti fondamentali non delimit[i] un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi in grado di precludere la giurisdizione del giudice amministrativo il quale, di contro, ne garantisce una tutela piena ed equivalente a quella offerta dal giudice ordinario»¹⁶.

Così nelle materie, afferenti anche ai diritti soggettivi, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per radicare tale giurisdizione deve sussistere una «violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della Pubblica amministrazione (Corte cost., sent. n. 140/2007), ossia che la lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità in materie riservate alla giurisdizione esclusiva»¹⁷.

Di contro, nei casi in cui l'attività dell'amministrazione non presenti connotati autoritativi – o perché vi è carenza assoluta di potere *ab origine* o perché l'attività della medesima risulta integralmente vincolata, con carattere di mera obbligatorietà del provvedimento/comportamento richiesto – il diritto soggettivo deve essere protetto dinanzi al giudice ordinario.

Nell'ordinanza si conclude pertanto che «il criterio discrezionale per radicare, in tema di tutela dei diritti fondamentali, la giurisdizione del giudice ordinario piuttosto che del giudice amministrativo risiede nel tipo di pretesa azionata dall'utente della giustizia, ovvero, a

15. In particolare il riferimento è ai poteri di ordinanza contingibile ed urgente *ex art. 32*, co. 2 e 3, l. n. 833/1978, confermati per i sindaci dall'art. 117 d.lgs. n. 112/1999 in caso di «emergenze sanitarie o di igiene» e previsti anche dall'art. 50, co. 5, d.lgs. n. 267/2000 (T.u.e.l.), oltre al ruolo direttivo in materia di protezione civile a livello territoriale *ex art. 15 l. n. 225/1992*, sostituito dall'art. 6 d.lgs. n. 1/2018.

16. Cass. civ., SU, ord. 3 giugno 2015, n. 11376.

17. Cass. civ., SU, 28 dicembre 2007, n. 27187.

seconda che la tutela giurisdizionale venga invocata in presenza di una situazione di diritto soggettivo quesito, ovvero di preciso obbligo di provvedere della P.A. in un determinato senso, avendo quest'ultima esaurito ogni potere di apprezzamento tecnico o schiettamente amministrativo in materia, oppure se la stessa venga azionata nella persistente presenza di un potere discrezionale e di autodeterminazione amministrativa della P.A.»¹⁸.

In presenza di controversia inerente diritti fondamentali la cui tutela sia soggetta a poteri organizzativi, direttivi e comunque discrezionali da parte dell'Amministrazione, si afferma la giurisdizione ordinaria nei casi in cui quest'ultima abbia già esaurito tali poteri, creando in capo al soggetto agente una posizione di diritto soggettivo perfetto, cui si contrappone un obbligo di provvedere o di comportarsi da parte dell'Amministrazione; diversamente, qualora la posizione giuridica, sia pure di rango primario, riceva una tutela implicante un apprezzamento discrezionale per modi, tempi e misura da parte dell'Amministrazione, si deve affermare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Dando applicazione all'esposto orientamento, il giudice civile ha focalizzato l'attenzione sulla domanda principale posta nel ricorso, ovvero sull'ordine di trasferimento che lasciava margini riguardo le modalità concrete dell'operazione e il titolo che l'avrebbe giustificata. Sotto quest'ultimo profilo viene segnalato come il generico richiamo al potere di ordinanza sindacale *extra ordinem* da un lato non tenga in debita considerazione il riparto di competenze previsto *ex lege* che privilegia la *potestas* decisionale del prefetto e, dall'altro, difetti dei requisiti legittimanti, data l'assenza di qualunque forma di accertamento della peculiare emergenza.

Quanto all'ordine di trasferimento, l'adozione del relativo provvedimento prefettizio presuppone a livello procedimentale il compimento di alcune ineludibili attività, quali la

18. Trib. Bologna, sez. III civ., ord. 7 maggio 2020 che richiama Cass. civ., SU, 28 gennaio 2020, n. 1870 secondo cui le controversie concernenti la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno afferenti alla fase che precede la redazione del piano educativo individualizzato sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. c), c.p.a. atteso che, in tale fase, sussiste ancora, in capo all'amministrazione scolastica, il potere discrezionale, espressione dell'autonomia organizzativa e didattica, di individuazione della misura più adeguata al sostegno, il cui esercizio è precluso, invece, dalla successiva formalizzazione del piano suddetto, che determina il sorgere dell'obbligo dell'amministrazione di garantire il supporto per il numero di ore programmato ed il correlato diritto dell'alunno disabile all'istruzione come pianificata, nella sua concreta articolazione, in relazione alle specifiche necessità dell'alunno stesso (Cass. civ., SU, 28 febbraio 2017, n. 5060). Parimenti, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali si censurino i provvedimenti adottati dalla P.A. nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali in materia di servizio di sostegno scolastico a favore di minori diversamente abili, come nell'ipotesi in cui si chieda l'aumento del numero delle ore di supporto concesse al minore e si metta in discussione la correttezza del potere amministrativo esercitato nell'organizzazione del servizio (Cass. civ., SU, 25 marzo 2009, n. 7103; Cass. civ., SU, 19 gennaio 2007, n. 1144; Cass. civ., SU, 9 febbraio 2009, n. 3058; Cass. civ., SU, 19 luglio 2013, n. 17664).

ricognizione del bene da requisire, l'istruttoria in contraddittorio con la parte privata e la notificazione del provvedimento al destinatario.

Per l'effetto – sostiene il giudicante – «l'esercizio del potere autoritativo da parte della prefettura assum[e] un carattere di piena discrezionalità desumibile, al di là dello specifico *iter* procedurale, anche solo da un approccio al dato letterale dell'[art. 6, co. 7, d.l. n. 18/2020] il quale, attraverso l'utilizzo della locuzione “può disporre”, rende compiutamente e incontrovertibilmente la dimensione del carattere valutativo dell'attività del prefetto, come tale già naturalmente attratta dalla giurisdizione del giudice amministrativo»¹⁹. Nella specie è quindi da escludersi che l'attività provvedimento richiesta possa rivestire quel carattere di mera obbligatorietà, di talché la posizione giuridica che si trova in relazione col provvedimento emanando risulta tutelata direttamente dalla legge, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice ordinario, anche di fronte a materie di competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Peraltro, a rafforzare il ragionamento del giudice, vi è anche la qualificazione della condizione censurata come un'ipotesi di lamentato silenzio-inadempimento dell'Amministrazione, disciplinato *ex artt.* 31 e 117 c.p.a. e, come tale, attribuito alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art.* 133, co. 1, lett. a), n. 3, c.p.a.

Successivamente, lo stesso Tribunale di Bologna²⁰, nel vagliare il reclamo, confermava la prima pronuncia sottolineando come la gestione del servizio pubblico dell'accoglienza, e di quello dell'accoglienza straordinaria in particolare, presupponga profili di elevata discrezionalità, sia tecnica vera e propria che amministrativa in senso lato, oltre ad aspetti tipici e coesenziali della potestà organizzativa di qualsivoglia servizio pubblico. In particolare il giudice critica aspramente il sotteso ricorso alla tesi tradizionale dei cd. «diritti indegradabili», ossia tali da non poter essere affievoliti (ad interessi legittimi) per effetto dell'attività o delle determinazioni dell'Amministrazione. Richiamando la giurisprudenza costituzionale, si sottolinea come non vi sia «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»²¹, dato che sono ormai stati conferiti «al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela [...] per il danno sofferto anche in violazione dei diritti fondamentali

19. Trib. Bologna, sez. III civ., ord. 7 maggio 2020 che sottolinea altresì come il provvedimento in oggetto comporterebbe una previa valutazione delle caratteristiche del fabbricato da requisire, una decisione circa l'organizzazione e la gestione degli spazi da utilizzarsi, la valutazione circa il numero e l'identità delle persone da trasferirsi, determinazioni guidate da schietta discrezionalità.

20. Trib. Bologna, sez. III civ., decr. 14 luglio 2020.

21. Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

in dipendenza dell'illegitto esercizio del potere pubblico da parte della Pubblica amministrazione»²².

Chiarita la pienezza dei poteri di tutela attribuiti al giudice amministrativo, si constata la rilevanza della distinzione della situazione di fatto, quale substrato, di una concreta vicenda portata all'attenzione dell'organo giudicante²³, dalla identificazione della giurisdizione per cui vale il criterio della *causa petendi*²⁴ che sottende l'attivazione di un momento procedimentale volto a dare garanzia al diritto soggettivo asseritamente leso. In questo senso le previsioni richiamate a tutela del bene della vita si limitano ad indicare azioni definite solo nell'*an*, rimettendo il *quomodo* ed il *quantum* agli organi, nella specie le prefetture, a cui è demandato il compito di darvi concreta attuazione secondo le soluzioni che, caso per caso, dovessero o potessero risultare più adeguate.

In tale contesto – nel rigettare il reclamo – si è dunque concluso nel senso che il criterio di riparto dipende, più che dalla natura inviolabile della posizione giuridica dedotta, dall'esistenza o meno di una predeterminazione legislativa dei limiti e delle condizioni che consentono l'interposizione dell'Amministrazione, producendo una vicenda degradatoria della posizione giuridica soggettiva dedotta.

3. Critiche: confondere i mezzi coi fini

Sebbene le conclusioni in punto di giurisdizione offerte dalle Corti bolognesi siano motivate in modo coerente con un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, non si può sottacere come tale ragionamento si esponga ad alcune critiche tendenti ad affermare come, nel caso di specie, potesse essere riconosciuta la giurisdizione ordinaria e in questa sede vi fosse spazio per offrire tutela ai diritti reclamati.

Come noto, la domanda giudiziale svolge la funzione di descrivere il diritto che si assume violato o minacciato, circoscrivendo, in ultima analisi, il contenuto della controversia, affinché venga prontamente identificato da tutti coloro che partecipano al processo²⁵. Centrale nello strutturare la domanda in sede giudiziale è l'identificazione della *causa*

22. Corte cost., n. 140/2007.

23. Ovvero la condizione materiale all'interno del CAS Mattei, mancante del rispetto delle norme sul distanziamento sociale.

24. La giurisdizione deve, dunque, essere determinata sulla base della domanda e, ai fini del relativo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione compiuta dalle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale deve essere identificato, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto bensì della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati (Cass. civ., SU, 18 settembre 2020, n. 19598; Cass. civ., SU, 5 luglio 2013, n. 16883; Cass. civ., SU, 11 ottobre 2011, n. 20902; Cass. civ., SU, 25 giugno 2010 n. 15323).

25. S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1953, p. 85; V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*², I, Napoli, Jovene, 1961, p. 245 ss.

*petendi*²⁶ che si sostanzia – in adesione alla tesi dell’individuazione²⁷ – in una realtà storica racchiusa in un modello legale specifico, laddove al giudice il fatto non si presenta mai come un’entità storica nuda, bensì sempre come fatto giuridico, qualificato da una norma e capace di produrre determinate conseguenze giuridiche.

La *causa petendi* delinea dunque quel «complesso degli elementi di fatto i quali, alla stregua delle ragioni di diritto prospettate dall’attore nella domanda, giustificano l’oggetto che l’attore si prefigge»²⁸. In questa prospettiva, sulla scorta del brocardo *narra mihi facto, dabo tibi ius*, pare che i giudici abbiano inteso estensivamente la descrizione del fatto, portata alla loro attenzione dall’associazione ricorrente, tanto da includervi non solo il dato di fatto (ovvero il mancato rispetto delle condizioni di distanziamento sociale nel CAS) che ingenera una potenziale lesione del diritto alla salute, ma anche il mezzo (nella specie il trasferimento dei richiedenti asilo in altre strutture) volto ad offrirgli tutela. Ne è derivata una sovrapposizione, o commistione, tra *causa petendi* e *petitum* del giudizio, oltre che tra *petitum* immediato, inteso come provvedimento richiesto al giudice e *petitum* mediato, inteso come prestazione richiesta alla controparte.

Nella giurisprudenza costante viene peraltro precisato che l’applicazione, ai fini del riparto della giurisdizione, del criterio della *causa petendi* implica senza dubbio l’apprezzamento di elementi che attengono anche al merito ma non comporta che la statuizione sulla giurisdizione possa confondersi con la decisione sul merito né, in particolare, che la decisione possa essere determinata *secundum eventum litis*, sicché non esiste alcuna contraddizione logico-giuridica in un provvedimento che, sulla base della qualificazione del rapporto dedotto in causa, affermi la giurisdizione del giudice che l’ha

26. V. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 173, per cui «appare evidente come la *causa petendi* si risolve nel riferimento concreto a *quel* fatto o a *quei* fatti che sono affermati e allegati come costitutivi, e perciò anche individuatori, del diritto che si fa valere».

27. In questo senso G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale*, Napoli, Jovene, 1965, p. 278; A. Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, in E. Allorio (dir. da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, Utet, 1973, p. 1046 ss., sp. 1062, secondo cui la *causa petendi* «è data dagli elementi di fatto e di diritto della fattispecie, da cui deriva il fatto sostanziale dedotto in giudizio». Propugnano la diversa teoria della sostanziazione – secondo cui il fatto costitutivo di un diritto consista in un mero accadimento storico, individuato con criteri meramente naturalistici – P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1941, p. 139, per cui la *causa petendi* consiste nei «fatti da cui sorge l’interesse dell’attore al concreto godimento di un determinato bene [...] e l’affermazione della sua coincidenza con quel tipo d’interessi ai quali una o più norme giuridiche accordano in astratto protezione»; V. Consolo, *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ. disc. priv.*, VII, Torino, Utet, 1991, p. 44 ss., sp. 74.

28. V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*², Napoli, Jovene, 1973, p. 245. Anche Id., *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 478 secondo cui «la *causa petendi* sta nell’affermazione del diritto come volontà concreta di legge, la quale volontà concreta di legge è vero che viene in essere per il verificarsi di un accadimento storico che funge da fatto costitutivo, ma è vero pure che questo effetto si verifica perché l’accadimento storico rientra in una fattispecie giuridica che include o può includere anche eventuali altri accadimenti storici che in ipotesi possono convergere nel costruire quel diritto».

emessa e, in un momento logicamente successivo, valutando le risultanze dell'istruttoria svolta, neghi la sussistenza in concreto del rapporto stesso²⁹.

Riprendendo le argomentazioni della sentenza commentata, si potrebbe obiettare che la discrezionalità attribuita all'Amministrazione sia insita nella intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione e dal quale la domanda viene identificata. Eppure, ai fini del riparto di giurisdizione, debbono considerarsi due momenti, ossia «la situazione soggettiva del cittadino considerata nel suo aspetto statico e gli effetti che l'ordinamento ricollega all'azione [od omissione] amministrativa», non potendo l'ordinamento trattare diversamente diritti soggettivi e interessi legittimi laddove gli uni sono «interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento», gli altri sono «interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo»³⁰. Ne discende la labilità del criterio della discrezionalità, anzitutto perché la materia conosce ipotesi in cui a fronte di una attività vincolata, secondo lo schema norma/fatto/effetto, si radica comunque la giurisdizione del giudice amministrativo³¹ e, per converso, in presenza di attività discrezionale, secondo il modulo norma/potere/effetto, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario³².

Come già rilevato la *causa petendi* si sostanzia, nel caso di specie, nell'asserito pericolo di lesione del diritto alla salute degli ospiti di un Centro di accoglienza in conseguenza dell'inadeguatezza dell'edificio a consentire il rispetto delle distanze sociali e dell'assenza/insufficienza delle misure di contenimento del rischio epidemiologico in atto adottate dall'Amministrazione, il che conferma – sia laddove si guardi all'aspetto statico che a quello dinamico – come a rilevare sia il diritto (fondamentale) leso a seguito della mancata ottemperanza a disposizioni imperative.

29. Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 1994, n. 1470; Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2001, n. 8057.

30. Cass. civ., SU, 13 giugno 2006, n. 13659.

31. Cass. civ., sez. I, ord. 31 marzo 2020, n. 7619; Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 322 con riferimento alle ipotesi in cui il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato sia rifiutato per il c.d. *automatismo espulsivo*, di cui all'art. 4, co. 3, TUI, in presenza di condanne penali per i delitti di cui all'art. 380 c.p.p.

32. Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2019, n. 23412; Cass. civ., sez. VI, 23 dicembre 2011, n. 28775 con riferimento al ricongiungimento familiare. In dottrina A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 816 ss.; S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allentamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 534 ss.

4. D.p.c.m. e regole tecniche

Si è scritto³³ come l'originaria *Grundnorm* dell'emergenza Covid-19 sia rappresentata dal d.l. n. 6/2020, il cui art. 1, co. 1, attribuiva alle «autorità competenti» il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Questa attribuzione veniva declinata in termini procedurali secondo le modalità previste dall'art. 3, co. 1 e 2³⁴, dello stesso decreto legge, prevedendosi che le misure di contenimento della pandemia fossero adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro della salute, sentiti i ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale³⁵.

Nel nostro ordinamento, i d.p.c.m. sono forme provvedimentali di tipo regolamentare dal contenuto e finalità eterogenee³⁶, i quali, come previsti e legittimati in modo peculiare dal d.l. n. 6/2020, sono intervenuti in termini incisivi, innovando l'ordinamento giuridico, direttamente sulle libertà fondamentali. Non è questa la sede per affrontare le criticità che hanno caratterizzato la normazione in tempo di pandemia³⁷, tuttavia è dato costante nei diversi provvedimenti l'obbligo del rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale. Tali indicazioni sono il frutto della rinnovata funzione normativa della scienza che si esprime attraverso il ruolo conferito agli organi tecnico-scientifici nella redazione delle norme

33. In particolare A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Riv. Aic*, 2020, 2, p. 558 ss.

34. Al co. 2 si stabilisce altresì che, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, di cui al co. 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli artt. 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, dell'art. 117 del d.l. 31 marzo 1998, n. 112, e dell'art. 50 del T.u.e.l., approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

35. I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 2020, 1, p. 517 ss.

36. Nel contesto emergenziale questi provvedimenti richiamano come antecedente il d.lgs. n. 1/2018, cd. Codice della protezione civile, che li configura come atti amministrativi generali di indirizzo, attraverso i quali dare «gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori» (art. 5, co. 2). In dottrina S. Labriola, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, agg. II, 1998, p. 281 ss.; O. Roselli, *I principali atti normativi conseguenti la riforma della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Osservatorio delle Fonti*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 159 ss.

37. Su cui M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. Aic*, 2020, 2, p. 125; E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, p. 2; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi*, 2020, 1, p. 14 ss.; A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, p. 368 ss.

tecniche. Tuttavia queste prescrizioni divengono cogenti nell'ordinamento a mezzo del comando condizionale alla norma giuridica che rinvia o assume a proprio contenuto norme tecniche, norme queste ultime che entrano a far parte del contenuto normativo della disposizione giuridica, condizionandone il significato e l'operatività³⁸.

Per descrivere questo fenomeno, in dottrina si è utilizzato il concetto di «co-partecipazione»³⁹ tra strumenti differenziati nell'esercizio della funzione normativa, tali da riconoscere una legittimazione scientifica alle decisioni di natura politico-discrezionale assunte al fine di soddisfare l'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti⁴⁰.

Nel caso di specie le direttive, elaborate dal Comitato tecnico scientifico istituito presso la Protezione civile, sembrano configurare fattispecie in cui la regola tecnica consente di pervenire ad un risultato certo, cui la legge attribuisce forza cogente, delineandosi pertanto un potere vincolato: in tal caso la valutazione non potrà che essere corretta o errata e non vi è alcuna scelta ulteriore dell'Amministrazione, dal momento che è la legge a determinare le conseguenze giuridiche⁴¹. Diverso sarebbe se la scelta tecnica costituisse solo il presupposto di una successiva scelta discrezionale dell'Amministrazione, su cui si potrebbe appuntare il sindacato giurisdizionale secondo il consueto canone della ragionevolezza.

Su tali basi pertanto il sindacato sugli apprezzamenti tecnici «può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo»⁴².

38. Si possono definire norme tecniche quelle collocabili nell'«area caratterizzata da cognizioni e giudizi emessi sulla base di una scienza specialistica, cioè di tutte le scienze ad eccezione di quelle giuridiche e dell'amministrazione [...] o di una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio non necessariamente collegata ad una scienza». Cfr. A. Predieri, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento della sovranità*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 1416 ss.

39. S. Rodotà, M. Tallacchini, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, I, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, p. LI si esprimono in termini di «co-produzione, tra scienza e diritto, in cui da un lato la conoscenza del contesto normativo è necessaria alla comprensione della scienza, dall'altro la scienza è fonte di numerosi cambiamenti normativi»; A. D'Aloia, *Biodiritto*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, Giappichelli, 2012, p. 37 ss., sp. 53, sottolinea come «non è facile, in questo modello relazionale 'bilaterale', dividere ciò che è regolazione giuridica della scienza da ciò che è regolazione (o forse produzione) scientifica del diritto».

40. In questo senso il diritto orientato dalla scienza produce una forma di scienza né pura, né applicata, bensì una «*policyrelated science*», chiamata a inquadrare le problematiche in virtù delle loro possibili soluzioni attraverso politiche pubbliche. Cfr. T. Penna, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da Covid-19*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, p. 566.

41. L. Perfetti, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nota a Tar Lombardia, sez. III, 12.5.1997, n. 586, in *Foro amm.*, 1997, p. 1730 ss., sp. 1739.

42. Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

Delineato tale quadro, si potrebbe sostenere – in linea con consolidata giurisprudenza⁴³ – che l’inosservanza da parte dell’Amministrazione delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza possa essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna dell’Amministrazione stessa al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi, ma un’attività soggetta al principio del *neminem laedere*.

Nel caso di specie, l’omissione da parte dell’Amministrazione, nell’adottare tutte le misure necessarie a conformarsi alle disposizioni tecniche volte al distanziamento sociale, rappresenta una palese violazione delle regole imposte dalla prudenza e dalle cautele tecniche a salvaguardia dei diritti dei richiedenti protezione internazionale, la cui salute è posta a rischio dalla condotta della prefettura.

Seppure non vi sia nei provvedimenti richiamati un riferimento esplicito alle strutture di accoglienza, nella maggior parte dei casi, le aziende sanitarie territoriali hanno assimilato i Centri alle strutture residenziali anziani e RSA, chiedendo loro di uniformarsi alle linee guida dell’Istituto Superiore di Sanità. La stessa circolare del Ministero dell’interno del 1 aprile 2020 ha sottolineato «la necessità di assicurare nelle strutture di accoglienza il rigoroso rispetto delle misure di contenimento della diffusione del virus previste a livello nazionale, onde evitare l’esposizione ai rischi di contagio per i migranti accolti e per gli operatori, nonché di generare situazioni di allarme sociale dovute al mancato rispetto, da parte dei primi, dell’obbligo di rimanere all’interno delle rispettive strutture»⁴⁴.

L’individuazione, da parte del giudice, dei limiti entro i quali l’Amministrazione può muoversi, non determina l’esercizio di una funzione sostitutiva nell’ambito delle scelte e ambito di competenze che le sono attribuite, ma soltanto un attivarsi affinché l’azione amministrativa si conformi alle regole di condotta, tecniche o giuridiche, individuate dal giudice nell’ordinamento; in altri termini, individuare i confini – attivi e passivi – entro i quali la potestà, per rimanere legittima, deve restare, non significa sostituirsi alle scelte di merito dell’Amministrazione, nemmeno quando tale individuazione comporta il travolgimento della scelta di merito che li ha violati⁴⁵.

43. Seppure con riferimento alla gestione e manutenzione dei beni pubblici, si veda Cass. civ., SU, ord. 12 ottobre 2020, n. 21993; Cass. civ., SU, ord. 25 marzo 2020, n. 7529.

44. Si vedano le circolari del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione prot. n. 5587 del 5 marzo 2020, prot. n. 3393 del 18 marzo 2020 e prot. n. 3800 del 1° aprile 2020. Altresì si rammenta come l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, abbia introdotto l’art. 86-*bis*, il cui co. 3 consente alle prefetture di utilizzare le strutture del SIPROIMI, non occupate, e quindi disponibili per l’accoglienza, fino al termine dello stato di emergenza, dei richiedenti protezione internazionale e dei titolari di protezione umanitaria sottoposti alla misura della quarantena. La norma si giustifica in ragione della necessità di individuare appositi spazi all’interno dei Centri o apposite strutture da adibire all’applicazione della misura della quarantena, consentendo di utilizzare a tal fine le strutture della rete di accoglienza attualmente disponibili, dove i migranti potranno altresì beneficiare dei relativi servizi.

45. Cass. civ., SU, ord. 14 settembre 2020, n. 19088.

5. Attività vincolata e sua esecuzione

L'individuazione dei confini delle giurisdizioni sui diritti soggettivi è questione complessa e caratterizzata da grande incertezza. In virtù delle pronunce della Corte costituzionale – alle quali si è conformato l'art. 7 c.p.a. – la giurisprudenza di legittimità identifica, nell'imprescindibile collegamento con il potere pubblico, il paradigma attraverso il quale tracciare l'ambito della giurisdizione ordinaria ed amministrativa, laddove si negano le attribuzioni del giudice amministrativo quando la controversia su diritti non attiene a rapporti costituiti o modificati da provvedimenti amministrativi, ma ad una condotta della parte pubblica ad essi non immediatamente collegata⁴⁶.

Vi è da segnalare comunque – e ciò rende più complesso il discorso – come la sussunzione della condotta dell'Amministrazione nel contesto dell'esercizio di potere è valutata dalla giurisprudenza caso per caso ed a seconda della materia in cui si colloca la vicenda processuale, con effetti non sempre coerenti e talora pure divergenti.

Secondo autorevole dottrina, il potere amministrativo è intrinsecamente connesso alla «funzione di comporre i conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti»⁴⁷, sicché la natura discrezionale della decisione dell'Amministrazione è condizione necessaria dell'estrinsecazione del potere amministrativo stesso⁴⁸. Perciò, quando la norma predetermina presupposti e contenuto dell'atto, non v'è potere amministrativo, avendo l'atto vincolato l'esclusiva funzione di rendere operativa la disposizione presupposta che emerge quale unica fonte degli effetti, per mezzo della corrispondenza con la fattispecie astratta⁴⁹.

In linea di massima tuttavia l'applicazione di parametri normativi predeterminati, dei quali si contesta l'omessa o non corretta applicazione, si ritiene che investa una situazione di diritto soggettivo perfetto, non coinvolgendo atti autoritativi con profili di

46. Criticamente si può notare come da decenni si assista ad una ricerca schizofrenica della effettività della tutela che ha condotto il legislatore, nel tentativo di realizzarla, da un lato, a creare norme attributive di potere giurisdizionale di natura elastica (come nel caso dell'art. 7 c.p.a., dal quale non è possibile giungere ad una conclusione priva di dubbi sul giudice che ha il potere di decidere l'azione per il risarcimento dei danni causati dal legittimo affidamento creatosi sulla scorta di un provvedimento poi annullato d'ufficio), dall'altro a delineare attribuzioni rigide in relazione a materie controverse che si trovano nella "zona d'ombra" tra una giurisdizione e l'altra, con l'obiettivo di assecondare l'esigenza della concentrazione della tutela (così ad esempio, l'inclusione delle vicende contrattuali nella giurisdizione amministrativa). Sul punto A. Pajno, *La giurisdizione*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*², Milano, Giuffrè, 2013, p. 47 ss.

47. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249.

48. In questo senso anche G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 101 ss.

49. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 1250. Nell'adozione dell'atto vincolato non v'è potere nella misura in cui lo stesso, nella dinamica giuridica, ha natura meramente ricognitiva di situazioni giuridiche preesistenti alla sua adozione: non produce effetti giuridici, ma ne accerta la produzione. Verificatosi il condizionante – peraltro, unitamente al condizionato, integralmente determinati dall'ordinamento prima dell'adozione dell'atto – l'adozione dell'atto vincolato costituisce solamente l'adempimento dell'obbligo di accertare la ricorrenza degli elementi della fattispecie astratta.

discrezionalità⁵⁰. In questa logica, ad esempio, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie patrimoniali tra Comuni ed enti erogatori di prestazioni assistenziali concernenti il ricovero di «soggetti vulnerabili» viene giustificata in quanto le obbligazioni poste a carico dei Comuni sono stabilite direttamente dalla legge⁵¹.

Nel caso oggetto del presente commento le misure di distanziamento sociale si configurano come una sorta di meta-norma che vincola l'azione amministrativa, imponendo all'Amministrazione di decidere in maniera conforme ad essa⁵².

È pur vero che se, da un lato, l'adozione di un atto avente un determinato contenuto è condizione dell'ampliamento o restrizione della sfera giuridica del soggetto, e quindi l'ordinamento ne prefigura l'effetto, solo l'atto amministrativo lo produce⁵³, dall'altro si deve notare come i «poteri totalmente vincolati s[iano] ipotesi di scuola, casi creati *ad hoc* dalla riflessione giuridica per i suoi esercizi dogmatici – quelli che una certa parte della filosofia contemporanea chiama “esperimenti di pensiero”»⁵⁴.

Sotto altro profilo si deve rilevare come, a fronte di un potere discrezionale, non sempre viene ad essere integrata invariabilmente una posizione di interesse legittimo, come pure laddove sussista un potere vincolato non può costantemente rivelarsi un correlato diritto soggettivo.

Le situazioni soggettive si rappresentano in termini spesso cangianti a seconda della configurazione che ad esse è attribuita da una norma giuridica nei rapporti con il potere amministrativo che contempla e disciplina. È infatti la norma giuridica – e non l'atto dell'Amministrazione, se non in via traslata – a stabilire «quale coordinamento o quale temperamento debbano avere gli interessi pubblici e gli interessi privati oppure a lasciare che tale operazione venga, in tutto o in parte, effettuata dall'Amministrazione»⁵⁵.

In questa prospettiva affermare la permanente attualità dell'interesse legittimo e del suo giudice, a cui corrispondono i diritti soggettivi e la correlata potestà del giudice ordinario, significa non solo che esistono situazioni soggettive qualificabili come diritti anche

50. Cass. civ., SU, 3 novembre 2016, n. 22233.

51. Cass. civ., SU, ord. 31 luglio 2017, n. 18978.

52. S. Civitaresse Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 196 ha distinto tra strategia della funzione e strategia delle regole. Nella strategia della funzione si «delega a qualcuno di determinare in concreto, di volta in volta, le direttive che guidano le azioni dei destinatari ultimi delle norme di condotta (poteri-PL)»; la strategia delle regole, invece, fornisce «direttamente a tali destinatari le suddette direttive, che a loro volta possono essere più o meno precise e più o meno imprecise (e che possono essere accompagnate dalla previsione di poteri-PR di un'autorità amministrativa)».

53. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 34; E. Casetta, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 251 ss.

54. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1989, p. 317 ss.; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi*, 2017, 7, p. 15.

55. V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 46.

di fronte al potere venendo a circoscrivere uno spazio di protezione dell'individuo nei confronti dell'autorità, ma anche che l'interesse legittimo non rientra nel campo di cognizione del giudice ordinario⁵⁶.

Questo assetto, e la sua intrinseca fragilità, pare confermato dalla «relatività e storicità delle nozioni di diritto soggettivo e interesse legittimo» che conduce a sancire «il principio della necessaria tutela giurisdizionale di tutte le situazioni soggettive nei confronti della Pubblica amministrazione», ma senza stabilire una precisa ripartizione tra i diversi ordini di giudici o i confini della rispettiva cognizione dei due plessi giurisdizionali⁵⁷.

L'esigenza – comunque percepita – di affermare uno spazio di tutela dei diritti in capo al giudice ordinario, nelle controversie in cui sia parte una Pubblica amministrazione e ancorché sia emanato un atto della pubblica autorità, non è fine a se stessa⁵⁸, ma ha una propria ragion d'essere nella necessità di rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali⁵⁹.

6. Sul nucleo duro dei diritti indegradabili

Forse la teoria dei diritti indegradabili – come scrive il giudice bolognese – è una costruzione “romantica” (ed un pò ingenua), tuttavia ci obbliga a ragionare sul rapporto tra diritti fondamentali e potere pubblico, sui presupposti e le tecniche di bilanciamento che consentano la tutela, di fronte all'amministrazione, dei diritti fondamentali⁶⁰.

La categoria dei diritti fondamentali, specie a vocazione pretensiva, assume tratti di indubbia originalità rispetto agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi, dovendo misurarsi con la dinamica funzionale del potere in particolare avendo riguardo all'oggetto dell'effettività della tutela giurisdizionale. In questa prospettiva, anche la sua natura sistematica e connessa ne rende peculiare lo *status*, laddove «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile

56. Sul superamento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.

57. V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p. 24.

58. Laddove, sul piano dell'impostazione logico-giuridica, sebbene i giudici amministrativi si siano risolti a percorrere la strada di un sindacato *debole*, volto a vagliare – attraverso uno scrutinio estrinseco – la ragionevolezza delle determinazioni assunte dall'Amministrazione, si deve essere consapevoli che, la preferenza accordata agli aspetti procedurali delle vicende sottoposte al loro esame, ha una diretta incidenza sul piano sostanziale. Cfr. A. Travi, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 304 ss.

59. V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 436 ss.

60. U. Allegretti, A. Pubusa, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 437.

pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”⁶¹.

Sin dalla creazione della riserva di giurisdizione ordinaria dei diritti costituzionali, affermatasi a partire da due note pronunce della Corte di cassazione del 1979⁶², si è consolidato il principio generale – nella sua declinazione più *strong* – in virtù del quale i diritti fondamentali devono essere tutelati nella forma incondizionata del diritto soggettivo anche innanzi ad un provvedimento amministrativo, da ritenersi degradato a mero comportamento ovvero ad un’attività meramente materiale⁶³. Da tale fenomeno conseguiva la legittimazione del giudice ad ordinare un *facere* di carattere pubblicistico o ad annullare o disapplicare, seppure in via incidentale, provvedimenti amministrativi⁶⁴.

Se è pur vero ogni diritto presuppone un interesse materiale intimamente connesso ad un singolo bene della vita, la qualificazione della situazione giuridica che lo relaziona all’ordinamento (anche in termini di interesse legittimo o diritto soggettivo) non può essere determinata dall’esistenza o meno di una norma attributiva di un potere pubblico, riducendosi diversamente il concetto di diritto fondamentale ad una mera categoria costituzionale descrittiva di un interesse privo di forma giuridica se non quale effetto del riflesso del potere⁶⁵.

Se i diritti fondamentali sono invece metanorme sostanziali, ovvero norme di riconoscimento, il loro carattere fondamentale è questione che incide anche sul merito delle attività e le forme dei poteri⁶⁶. Sono «fondamentali», perché accreditati di un rango a cui corrisponde la più alta garanzia giuridica offerta dall’ordinamento statale, quella, appunto, che ne impone il rispetto assoluto, da parte di ogni autorità pubblica, oltre che di ogni individuo o ente. In questo senso Robert Alexy ha riconosciuto tale carattere a quegli

61. Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85.

62. Cass. civ., SU, 9 marzo 1979, n. 1463; Cass. civ., SU, 6 ottobre 1979, n. 5172. In tal senso la Corte di cassazione ha da sempre sostenuto l’esistenza di diritti «primari» ed «assoluti» dell’individuo, fondamentali per natura costituzionale, suscettibili di una tutela «completa» in quanto sovrastanti rispetto all’Amministrazione, «di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente» (Cass. civ., SU, 20 febbraio 1992, n. 2092).

63. *Ex pluris* Cass. civ., SU, 7 febbraio 1997 n. 1187; Cass. civ., SU, 13 giugno 2006, n. 13659; Cass. civ., SU, 13 giugno 2006, n. 13660.

64. In termini critici F. Caringella, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Relazione tenuta al Tar di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale amministrativo, Lecce, 14 e 15 marzo 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

65. Diversamente, sintetizzando, questo mi pare il pensiero di N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’inviolabilità*, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 84 ss.; D. Piccione, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, Jovene, 2009, p. 92 ss.

66. Sulla natura dei diritti fondamentali, come «diritti basilari» e come «diritti costituzionali», A. Baldassarre, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 63 ss.

interessi (o bisogni) connessi secondo un rapporto di stretta essenzialità all'esistenza od all'autonomia dell'individuo, così che la loro violazione o mancata soddisfazione può comportare la morte, od il patimento di gravi sofferenze della persona o, ancora, viene a toccare il nucleo essenziale della sua autonomia⁶⁷. Essi attengono dunque a scelte etiche, politiche, economiche, sociali di una società organizzata giuridicamente: per cui non qualsiasi scelta è fondamentale, ma solo quelle che sono poste, in ambito giuridico, come criterio della validità di altre decisioni giuridicamente vincolanti, assumendo a loro volta un riconosciuto carattere di principio e di indirizzo.

Il rispetto del diritto alla salute, ritenuto diritto "forte", impone una «difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile»⁶⁸ anche quella proveniente dalla Pubblica amministrazione. L'azione dell'Amministrazione dovrebbe essere però teleologicamente orientata nel senso del soddisfacimento del pubblico interesse in ragione della cui salvaguardia l'ordinamento le attribuisce potestà pubblicistiche che nel loro concreto esercizio vengono ad incidere – se necessario, pregiudicandone la consistenza – sugli interessi pubblici e/o privati rilevanti in ordine ad una data fattispecie. Si deve sottolineare tuttavia che nel nostro ordinamento si rinvencono accanto a situazioni «soggettive a nucleo variabile» – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della Pubblica amministrazione capace di affievolirle, all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti – anche «posizioni soggettive a nucleo rigido»⁶⁹, rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che, in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona, non possono essere definitivamente sacrificati o totalmente compromessi. Allorquando si prospettino dunque motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla Pubblica amministrazione mancherebbe qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perché la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata⁷⁰.

La tutela del diritto indegradabile si pone dunque quale limite esterno rispetto all'esercizio della discrezionalità amministrativa, la quale, a sua volta, viene agita entro un

67. R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in S. Gosepath, G. Lohmann (hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1998, p. 251 ss.

68. Cass. civ., SU, n. 5172/1979.

69. Sul concetto Q. Camerlengo, *La vocazione cosmopolita dei sistemi costituzionali, alla luce del comune nucleo essenziale*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 21 ss.; in senso critico M. Troper, *La nozione di principio sovraconstituzionale*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica, Torino, Giappichelli, 1997, p. 255 ss.

70. Così letteralmente Cass. civ., SU, 13 giugno 2006, n. 17461; anche Cass. civ., SU, 6 settembre 2013, n. 20577.

giudizio di natura assiologica che si traduce nella potestà di apprezzamento, contemperamento e bilanciamento di diversi interessi, pubblici e/o privati, eventualmente compresenti in relazione ad una data condizione e capaci, a loro volta, di interferire o, comunque, interagire, a vario titolo, con l'interesse pubblico direttamente perseguito dalla Pubblica amministrazione.

Del resto, la valorizzazione di tale limite consente di comprendere in che termini il tipo e l'intensità delle forme e degli strumenti di salvaguardia dei diritti inalienabili siano direttamente connessi al particolare rapporto tra autorità e libertà, ovvero al suo concreto atteggiarsi secondo le variabili tecniche di bilanciamento e commisurazione, da cui può desumersi quale sia l'effettiva consistenza del valore riconosciuto alla persona all'interno di un ordinamento giuridico.

I diritti fondamentali peraltro sono – al pari di ogni altro diritto – soggetti al bilanciamento potendo fruire di una tutela graduata che dipende dalla presenza e rilevanza di altri interessi e/o diritti (anche pubblici) emergenti nel caso concreto. Si presuppone quindi che, ove il bilanciamento sia interamente effettuato dal legislatore – in astratto, con riferimento ad ipotesi tipiche, non a casi concreti – l'interesse fondamentale non può che essere qualificato come (ed avere la consistenza del) diritto soggettivo, con la conseguenza che la sua eventuale lesione da parte dell'Amministrazione involgerà la competenza del giudice ordinario.

Come sottolineato da attenta dottrina⁷¹, «nella misura in cui venga coinvolto il “nucleo minimo essenziale” dei diritti (direttamente) tutelati dalla Costituzione, l'azione dell'Amministrazione difetta *ab origine* di qualsiasi carattere di discrezionalità e si prospetta come attività vincolata», dal che se ne desume in capo al privato una posizione di diritto soggettivo pieno.

Nel caso di specie, che involge l'applicazione delle disposizioni (vincolanti) per contrastare la pandemia, la possibile incisione del nucleo duro del diritto alla salute emerge dalla ricognizione delle circostanze portate all'attenzione dell'organo giudicante, il quale – anche in forza del principio di precauzione – sarebbe stato pienamente legittimato ad adottare i provvedimenti conseguenti a garanzia della sfera esistenziale delle persone ospitate nella struttura di accoglienza.

7. Breve conclusione scettica

La complessità della questione e il quadro della giurisprudenza e della dottrina che si sono confrontate sulle tematiche che si è cercato di condensare in queste poche pagine, non

71. G. D'Amico, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 3, p. 931 ss., sp. 944.

lasciano spazio a conclusioni stentoree, ma solamente a dubbi. Quelli che si è provato a seminare incuneandosi in ragionamenti compatti ed influenti.

Rimane sullo sfondo «l'irriducibile "eccedenza" della vita rispetto a tutte le forme»⁷² che rende indomita l'incorporazione dell'esperienza nei vincoli della legge, nella misura in cui l'operazione volta ad astringere l'infinita molteplicità del reale, mutevole e incostante, dentro un sistema organizzato che si fondi su definizioni e delimitazioni delle possibilità, genera incongruenze cui il sistema stesso dovrebbe porre rimedio.

Tra queste asimmetrie vi è anche la condizione di eccezione nell'eccezione che si vive nelle strutture di accoglienza, i cui ospiti – pur vedendosi riconosciuti i «diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»⁷³ – soffrono di una vulnerabilità istituzionalizzata, essendo detentori di diritti solo astrattamente riconoscibili nella terra di asilo e, al contempo, soggetti con ridotta capacità di ricorrere alla protezione che l'ordinamento offre.

Forse la vicenda, sottesa al caso giudiziario descritto, ne è solo l'ennesima conferma.

72. E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2011, X.

73. *Ex* art. 2, co. 1, d.lgs. n. 286/1998.