

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

NOTA A CASS., SU, 15.02.2022, N. 4873 SUL DIRITTO ALLA SALUTE DEI RICHIEDENTI ASILO OSPITATI NEI CAS

di Nicoletta Vettori

***Abstract:** Il contributo analizza la questione del riparto di giurisdizione in materia diritti fondamentali, prendendo le mosse dall'ordinanza n. 4873 del 15 febbraio 2022 con cui le SU della Corte di cassazione hanno affermato la giurisdizione ordinaria in un giudizio diretto ad accertare la violazione del diritto alla salute dei richiedenti asilo ospitati in un Centro di accoglienza straordinaria (CAS), per effetto della mancata attuazione delle misure di prevenzione del contagio da Covid-19.*

L'analisi della vicenda offre l'occasione per considerare il tema generale e dimostrare che il coinvolgimento di un diritto costituzionalmente protetto implica un certo modo di ricostruire il rapporto tra situazioni soggettive e potere amministrativo che ha specifiche implicazioni, prima ancora che sul sistema di riparto delle giurisdizioni, sul tipo di sindacato giurisdizionale esercitabile sull'attività amministrativa. Ciò perché l'applicazione diretta della norma costituzionale di riconoscimento del diritto (nella specie l'art. 32 Cost.) consente di individuare specifici obblighi di comportamento in capo alle PA pienamente tutelabili davanti al giudice.

***Abstract:** The paper analyzes the issue of the division of jurisdiction between ordinary and administrative judges in matters of fundamental rights. The Court of cassation (Joint Divisions, ord. 15.2.2022, no. 4873), modifying the decision of the trial judges, affirmed the ordinary jurisdiction in a judgment aimed at ascertaining the violation of the right to health of asylum seekers hosted in an extraordinary reception center.*

The analysis of the case allows to demonstrate that the involvement of a constitutional right implies a specific way of reconstructing the relationship between subjective situations and administrative power. Therefore, the so-called «theory of fundamental rights» is useful, even more than as a criterion for the division of jurisdiction, to define the type of control that any judge (ordinary or administrative) can carry out in the administrative activity that affects fundamental rights. In fact, the direct application of the constitutional provision (in this case, article 32 of the Constitution) makes it possible to identify specific obligations for public administration that can be enforced in the Courts.

DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

NOTA A CASS., SU, 15.02.2022, N. 4873 SUL DIRITTO ALLA SALUTE DEI RICHIEDENTI ASILO OSPITATI NEI CAS

di Nicoletta Vettori*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti e la questione controversa: sul giudice competente a decidere della violazione del diritto alla salute dei migranti accolti nei CAS. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza sul riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali. – 4. Le pronunce di merito: le ragioni a sostegno della giurisdizione amministrativa. – 4.1. Considerazioni critiche. – 5. La decisione delle SU. – 5.1. Dalle norme sui diritti ai caratteri del potere: «diritto alla salute, sub specie di diritto al distanziamento sociale» dei migranti e attività vincolata della PA – 5.2. Il fondamento costituzionale del diritto dedotto in giudizio e la necessaria assenza di discrezionalità amministrativa. – 6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale.

1. Premessa

Con l'ordinanza n. 4873 del 15 febbraio 2022 le SU della Corte di cassazione sono intervenute a risolvere un conflitto di giurisdizione sollevato in un giudizio diretto ad accertare la violazione del diritto alla salute dei richiedenti asilo ospitati in un Centro di accoglienza straordinaria (di seguito CAS), a causa della mancata attuazione delle misure di prevenzione del contagio da Covid-19 da parte delle autorità amministrative responsabili del Centro.

Il Tribunale di Bologna, adito in sede cautelare e di merito, ha declinato la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, mentre le Sezioni unite hanno radicalmente ribaltato la decisione affermando la giurisdizione ordinaria.

L'analisi della vicenda permette di fare emergere questioni di particolare importanza sia rispetto alla posizione dei migranti inseriti nel sistema di accoglienza, sia sul tema generale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

* Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università di Siena.

2. I fatti e la questione controversa: sul giudice competente a decidere della violazione del diritto alla salute dei migranti accolti nei CAS

Nell'ordinamento italiano il sistema di accoglienza opera su più livelli: il primo che comprende gli *hotspot* e i Centri di prima accoglienza, il secondo che si sviluppa nel Sistema di accoglienza e integrazione (SAI)¹ e nei Centri di Accoglienza Straordinaria (di seguito CAS).

Quest'ultimi, come la denominazione lascia intendere, dovrebbero essere utilizzati in via eccezionale², soprattutto dopo la riforma introdotta dal d.lgs. n. 142 del 2015 diretta a superare l'approccio emergenziale facendo dell'accoglienza diffusa – perno del sistema SPRAR (oggi SAI) – il modello esclusivo. Al contrario tutt'oggi solo una minoranza di richiedenti e titolari di protezione umanitaria è inserita nella rete territoriale, mentre l'accoglienza straordinaria, articolata in Centri di grandi dimensioni, costituisce ancora il segmento più consistente.

Tale assetto ha reso ancora più complessa la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 dato che nelle grandi strutture, che ospitano un elevato numero di persone, è già complesso organizzare l'assistenza ordinaria ed è stato più difficile garantire il rispetto delle misure di distanziamento sociale e di isolamento sanitario finalizzate al contenimento del contagio³.

1. Il Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI), introdotto dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 173, è andato a sostituire il precedente modello, denominato SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati) disciplinato dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1 dicembre 2018, n. 132, che aveva a sua volta sostituito il precedente SPRAR (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati). La nuova disciplina ha apportato rilevanti modifiche ai d.l. n. 113/2018 e n. 53/2019 eliminandone alcune gravi criticità. In particolare ha previsto che possano accedere al percorso di accoglienza oltre che i titolari di protezione internazionale e i minori stranieri non accompagnati, anche i richiedenti protezione internazionale (che erano stati esclusi con la riforma del 2018), e prevede una diversificazione dei servizi sulla base della tipologia dei beneficiari, ridefinendo le condizioni materiali della prima accoglienza e disciplinando i percorsi di integrazione. Sui profili di criticità della riforma introdotta dal d.l. 113/2018 sia consentito rinviare a N. Vettori, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018* in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 134 ss. Sull'assetto vigente si veda M. Giovannetti, *La riforma del sistema di accoglienza e integrazione per richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2021, p. 27 ss.; M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021.

2. L'art. 11 d.lgs. n. 142/2015 prevede che qualora, a fronte di «arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti», non fosse possibile ospitarli tramite il sistema ordinario, su disposizione del 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.

3. Cfr. sul punto S. Rossi, *Diritto alla salute e discrezionalità amministrativa sulla soglia dei centri di accoglienza*, in questa *Rivista*, n. 1.2021, p. 123 ss.; P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it*, 2020, spec. p. 9-12 www.federalismi.it.

In questo quadro, nel marzo 2020, dopo che il Governo aveva adottato vari provvedimenti per fronteggiare l'emergenza⁴, il Coordinamento migranti aveva subito denunciato l'impossibilità di garantire il rispetto delle misure di prevenzione in alcune strutture – tra le quali il CAS Mattei di Bologna – proprio a causa del grave sovraffollamento⁵.

Data la situazione, l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (di seguito ASGI), insieme ad altri soggetti impegnati nella tutela dei migranti, aveva sollecitato le Autorità competenti⁶, a fare quanto necessario per garantire la salute degli ospiti, dei lavoratori del Centro e quindi della collettività nel suo complesso. È evidente, infatti, che se nella struttura si fossero creati dei focolai, anche la comunità territoriale sarebbe stata messa in pericolo.

Successivamente, accertato il perdurare di varie criticità (*i.e.* carenza di mascherine, non adeguata sanificazione degli ambienti, mancato distanziamento sociale), e venuta a conoscenza che nel frattempo un ospite era stato posto in isolamento, l'Associazione aveva sollecitato nuovamente le Autorità per esser informata sulle misure adottate, senza però ricevere alcuna risposta.

Pertanto ASGI⁷ aveva proposto ricorso d'urgenza al Tribunale di Bologna, sul presupposto per cui la condizione di stranieri residenti in una struttura di accoglienza non potesse giustificare l'applicazione di un livello di protezione diverso e deteriore rispetto a quello riconosciuto alla generalità dei consociati e ai soggetti ospitati in altre strutture per l'assistenza sociale residenziale.

In particolare, si chiedeva al giudice di accertare e dichiarare la lesione del diritto alla salute per effetto della mancata applicazione delle misure per la prevenzione e il contrasto dell'epidemia da Covid-19 e, conseguentemente, ordinare alle Amministrazioni convenute di fare quanto necessario per garantirne il rispetto, *ivi* compreso il trasferimento di parte

4. Cfr. d.l. nn. 6, 9, 11, 14, 18 e 19 del 2020 e i relativi d.p.c.m. attuativi.

5. V. il comunicato inviato <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/coronavirus-asilo-bologna/>.

6. In particolare la Prefettura, chiamata in causa in qualità di responsabile del sistema di accoglienza straordinaria *ex artt.* 8, 9, 11 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142; il Comune di Bologna e il Presidente della Regione Emilia Romagna in qualità di autorità sanitarie locali per i rispettivi territori di competenza *ex art.* 32, co. 3, l. 18 dicembre 1978, n. 833 nonché il gestore del CAS Mattei. Sul punto si veda l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 7 maggio 2020 e il commento di S. Rossi, *Diritto alla salute e discrezionalità amministrativa sulla soglia dei centri di accoglienza*, cit., p. 128.

7. Legittimata ad agire *ex art.* 5, co. 3, d.lgs. n. 215/2003 per far valere discriminazioni di carattere collettivo (in questo caso indiretta *ex art.* 2 lett. b), in qualità di Associazione operante a tutela dei diritti e degli interessi legittimi degli stranieri e degli apolidi, iscritta nel Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni di cui all'art. 6 del medesimo decreto.

dei migranti in altre strutture, una volta accertato in giudizio il sovraffollamento e la conseguente inadeguatezza del CAS Mattei⁸.

Il Tribunale di Bologna dichiarava però il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, con una decisione confermata dal Collegio in sede di reclamo cautelare⁹ e, successivamente, nel giudizio di merito¹⁰. In quella sede ASGI ribadiva le proprie domande e proponeva regolamento preventivo di giurisdizione (*ex artt. 41 e 367 c.p.c.*).

Alle SU si chiedeva dunque di individuare il giudice competente, profilo complesso in generale e ancor più in materia di immigrazione ove la disciplina “frammenta” tra le due giurisdizioni la tutela delle posizioni giuridiche degli stranieri¹¹.

Sul punto, ASGI sosteneva che la situazione giuridica dedotta avesse la consistenza di un diritto soggettivo fondamentale come tale devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Di contro, il Tribunale di Bologna affermava che la controversia rientrava in una materia di giurisdizione amministrativa esclusiva, devoluta al giudice amministrativo nonostante la natura costituzionalmente protetta delle posizioni coinvolte.

Dato questo quadro, prima di approfondire i diversi argomenti usati dai giudici di merito e dalle SU, è opportuno inquadrare la questione del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali.

8. Con riferimento a questo secondo profilo, l'Associazione allegava il sovraffollamento del CAS Mattei e le caratteristiche strutturali dello stesso (caratterizzato da camerate di 10-15 persone e spazi comuni angusti). Chiedeva quindi che fosse ordinato il trasferimento di parte degli ospiti in strutture d'accoglienza in cui fosse possibile assicurare il dovuto distanziamento interpersonale, fatte salve – nelle more del trasferimento – l'adozione di sistemi di *screening* sanitario nonché di qualunque altra misura che il giudice ritenesse necessaria per la salvaguardia degli ospiti e dei lavoratori del Centro.

9. Trib. Bologna, sez. III civ., decreto R.G. 4235/2020 del 7 maggio 2020; sez. III civ., decreto collegiale R.G. 5877/2020 del 14 luglio 2020 pubblicati in questa *Rivista*, n. 1.2021 nella Rassegna *Asilo e protezione internazionale-Questioni procedurali e diritti civili*.

10. Trib. Bologna, sentenza resa *ex art. 281 sexies c.p.c.* del 29 ottobre 2021.

11. Sulla irragionevolezza del sistema di riparto delle giurisdizioni in materia di immigrazione e sul conseguente *vulnus* al principio di effettività della tutela v. N. Zorzella, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in questa *Rivista*, n. 4.2006, p. 27 ss.; P.L. Di Bari, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, *ivi*, n. 1.2002, p. 101 ss.; sia consentito rinviare anche a N. Vettori, *Doppia giurisdizione e (in) effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 54 ss. Più di recente v. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 534 ss.; G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 141 ss.

3. L'evoluzione della giurisprudenza sul riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali

Secondo un orientamento inaugurato dalla Cassazione alla fine degli anni 70¹², i diritti della persona costituzionalmente protetti, e in particolare quello alla salute, sono dotati dall'ordinamento di una protezione giuridica rafforzata nei confronti dell'incisione che possa derivare da parte del potere amministrativo; di conseguenza devono essere tutelati nella forma del diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria.

Nella sua formulazione originaria, la tesi si muoveva nel quadro concettuale allora dominante che faceva applicazione della c.d. teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive (oggi superata in dottrina, ma ancora diffusamente richiamata in giurisprudenza) e del c.d. criterio della carenza di potere.

L'idea di fondo era che la particolare configurazione costituzionale di tali diritti ne impedisse la "degradazione" a interessi legittimi a seguito dell'esercizio del potere (da qui la denominazione di «teoria dei diritti indegradabili»); ovvero che l'incisione del diritto fondamentale da parte dell'Amministrazione non potesse essere considerato uso di potere in senso tecnico¹³.

La conseguenza che si faceva derivare, sul piano della giurisdizione, era che il provvedimento o il comportamento amministrativo fosse da equiparare ad attività materiale posta in essere in carenza di potere, dunque sempre conoscibile dal giudice ordinario senza

12. L'orientamento, come noto, ha avuto origine, alla fine degli anni '70 del secolo scorso, con alcune sentenze della Cassazione relative alla lesione del diritto alla salute nella sua proiezione di diritto all'ambiente salubre. Cfr. Cass. civ., SU, 9.3.1979, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 764 con nota di A. Postiglione, *Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell'ambiente*, *ivi*, p. 768 ss; Cass., SU, 6.10.1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 356 con nota di F. Piga, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo ad una svolta?*, *ivi*, p. 366 ss.

13. In dottrina si veda, tra gli altri, V. A. Corasaniti, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1981, II, p. 2148 ss.; A. Schreiber, *Il riparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1607. Cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 141 ss.; A. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, p. 48 ss.; C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, *ivi*, p. 34 ss.; A. Caratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 27 ss. In senso critico v., tra gli altri, V. Caianiello, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 565 ss. (spec. p. 591 ss.); F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; Id., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della P.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss.; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 9; e da ultimo N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12, 2020, p. 177 ss., www.federalismi.it.

i limiti di cui all'art. 4 della l. 2248/1865; tanto che la tutela da questo accordabile poteva comprendere pronunce costitutive e di condanna ad un *facere* o ad un *patis*¹⁴.

La ricostruzione prospettata dalle richiamate pronunce è stata progressivamente estesa ad altri diritti costituzionali¹⁵ dando origine ad una giurisprudenza che è stata compatta fino alla fine del secolo scorso¹⁶.

Più di recente, vi sono stati alcuni fattori che ne hanno influenzato l'evoluzione.

In tal senso ha operato, innanzitutto, l'estensione delle materie di giurisdizione esclusiva¹⁷ che ha aumentato notevolmente i casi in cui il giudice amministrativo conosce (anche) i diritti soggettivi.

Sotto altro profilo hanno influito le sentenze della metà degli anni 2000, con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sul nuovo sistema di riparto c.d. per «blocchi di materie».

In particolare, con la sentenza n. 204/2004, la Corte ha chiarito che dall'art. 103 Cost. deve desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nella previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva, potendo soltanto individuare «particolari materie» nelle quali la tutela davanti al giudice amministrativo oltre a riguardare interessi legittimi, coinvolge «anche» diritti soggettivi. Conseguentemente ha affermato che la giurisdizione esclusiva e quella di legittimità partecipano della medesima natura, presupponendo entrambe che nel giudizio sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione in veste di autorità¹⁸.

14. Secondo la teoria in esame rispetto all'attività amministrativa che incide su diritti fondamentali non trovano applicazione i limiti derivanti dagli artt. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E, invocabili soltanto a garanzia dell'attività esplicata dall'amministrazione nell'esercizio di potestà pubbliche ad essa attribuite dall'ordinamento. In termini generali sui c.d. «limiti interni» della giurisdizione ordinaria v., tra gli altri, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 119-128; F. Figorilli, *La giurisdizione del giudice ordinario in Codice della giustizia amministrativa* a cura di G. Morbidelli, 2005, p. 929 ss.

15. Si veda, *ex multis*, Cass. civ., SU, 20.2.1992, n. 2092; Cass. civ., SU, 18.11.1997, n. 11432 (libertà di coscienza e religione); Cass. civ., SU 27.7.2000, n. 9893 (diritto all'ambiente salubre in una fattispecie di realizzazione di un elettrodotto); Cass. sez. lav., 10.3.2000, n. 2782, in *Rass. dir. farm.*, 2000, p. 753 (somministrazione di farmaci salva-vita non compresi nel prontuario farmaceutico); Cass., S.U., 30.5.2005, n. 11334 (rimborso di spese per cure mediche sostenute all'estero senza previa autorizzazione amministrativa); Cass. SU, 13.6.2006, n. 13659 e 13660; 15.6.2006, n. 13961 (su diritto al risarcimento del danno); Cass., SU, 1.8.2006, n. 17461 (sulla domanda di pazienti emodializzati ad usufruire di un parcheggio antistante il Centro in cui effettuavano la terapia); Cass., SU, 9.3.2007, n. 5402; Cass., SU, 6.2.2009, n. 2867 e 5.12.2011, n. 25925 (sulla domanda di rimborso per cure urgenti effettuate presso una struttura privata in assenza di preventiva autorizzazione da parte del SSN).

16. Per una puntuale analisi dell'evoluzione giurisprudenziale v. G. D'Amico, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2012, p. 931 ss.; L. Coraggio, *La teoria dei diritti incomprimibili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 483 ss.

17. In tal senso rilevavano gli artt. 33, 34 e 35 d.lgs. 80 del 1998 e la l. 205/2000 con la quale – a seguito della sentenza Cass. civ., SU 500/1999 – è stato attribuito al giudice amministrativo la possibilità di concedere la tutela risarcitoria.

18. Corte cost. 5.7.2004, n. 2004 su cui, tra i moltissimi, v. M. Clarich, A. Police, B.G. Mattarella, A. Pajno, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte costituzionale*, in *Gior. dir. amm.*, 9, 2004, p. 969 ss.; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, p. 832; A. Travi, *La*

A seguito di questa pronuncia, dunque, l'esistenza di potere amministrativo in senso stretto è stata considerata elemento essenziale per attribuire in via legislativa (e, in casi dubbi, riconoscere in via interpretativa) la giurisdizione amministrativa anche esclusiva.

D'altra parte, con la sentenza n. 140/2007, il Giudice delle leggi ha ritenuto che il coinvolgimento di diritti fondamentali non costituisca un elemento ostativo alla previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, sul duplice presupposto per cui «non vi è una norma che riserva espressamente al giudice ordinario la tutela dei diritti fondamentali» e che «il giudizio amministrativo, a seguito delle più recenti riforme, consente di dare piena tutela a tutte le situazioni giuridiche soggettive, anche di carattere non patrimoniale»¹⁹.

Questa evoluzione è stata successivamente consolidata dalla riforma del processo amministrativo²⁰.

Nondimeno, la Cassazione ha continuato ad applicare la c.d. teoria dei diritti incomprimibili in molti ambiti²¹, tra cui quello del diritto degli stranieri²².

Tuttavia, va precisato che negli indirizzi più recenti non si fa applicazione del c.d. criterio della carenza di potere, quanto piuttosto del criterio della natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa²³.

giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in Foro it., 2004, I, p. 2598 ss.; D. Sorace, Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese, in Dir. pubb., 1, 2011, p. 89 ss.

19. Corte cost. 18.4.2007, n. 140 su cui, da posizioni diverse, v. G. Verde, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 436 ss.; F. G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 371. Negli stessi termini v. Cass., SU, 28 dicembre 2007 n. 27187; Cass., SU, 5 marzo 2010, n. 5290, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 1034 ss. con nota di F. Gigliani, *La ridotta incidenza dei diritti fondamentali per il riparto di giurisdizione*.

20. Cfr. l'art. 7, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo* che radica la giurisdizione amministrativa, anche esclusiva, sulle «controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere»; gli artt. 55 e 113, co. 1, lett. p), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che fanno espresso riferimento al possibile coinvolgimento di diritti fondamentali; gli artt. 29 ss. che hanno ampliato i poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo. Al riguardo v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 169-223.

21. Per una rassegna delle più recenti pronunce v. A. Giusti, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, p. 195 ss. (spec. pp. 199-201).

22. Cfr., fra le altre, Cass. Civ., SU, 9.9.2009, n. 19393, in *Urb. app.*, 2009, p. 1445 (in materia di diritto alla protezione umanitaria); Cass. civ., SU, 15.2.2011, n. 3670 in *Foro it.*, 2011, I, c. 1101, e 30.3.2011, n. 7186, in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 2011, 6, p. 1612 (in materia di diritto a non essere discriminato per motivi di razza), e Trib. Roma, 12.2.2020 reperibile nella banca dati Dejure all'indirizzo www.dejure.it (sul diritto *ex art 3 CEDU* dello straniero a non essere trasferito in uno Stato membro che non assicuri idonee condizioni di accoglienza). Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a N. Vettori, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubb.*, 2, 2012, p. 681 ss.

23. Tale criterio, criticato in dottrina (v., per tutti, F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432) ma molto seguito dalla giurisprudenza, si basa su un autorevole orientamento dottrinale secondo il quale di potere amministrativo in senso stretto si può parlare soltanto in caso di attività discrezionale. Ciò perché quando l'attività della pubblica amministrazione è vincolata l'assetto di interessi è già stato predeterminato dalla legge, sicché l'atto della amministrazione appare come momento meramente ricognitivo di una volontà già cristallizzata nella norma che regola il caso concreto. Viceversa, nel caso di attività discrezionale si ha una effettiva posizione di potere in capo alla PA poiché questa con la propria decisione definisce, in ragione della cura dell'interesse pubblico, un assetto di

All'esito di questa evoluzione la giurisprudenza è dunque tendenzialmente divisa.

Secondo un primo orientamento, il carattere costituzionalmente protetto dei diritti è del tutto irrilevante ai fini del riparto quando ricorre un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Secondo un altro indirizzo – più aderente a quanto affermato nella sentenza n. 204/2004 e previsto dall'art. 7 c.p.a. – dato che anche la giurisdizione esclusiva del g.a. è ammissibile nelle sole controversie in cui sia in discussione l'esercizio (o il mancato esercizio) di potere amministrativo, soltanto ove ciò avvenga può estendersi anche ai diritti fondamentali²⁴.

In questa seconda prospettiva rimane dunque decisivo verificare in concreto il quadro normativo e le modalità con cui il legislatore ha delineato la tutela della situazione soggettiva in questione, potendo prospettarsi due situazioni.

Se alla PA è stata effettivamente conferita la facoltà di conformare il livello di protezione da assicurare in esito al bilanciamento con altri diritti o interessi costituzionali, si può ritenere che sussista una posizione di potere che giustifica la devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva. Se, invece, il quadro normativo predefinisce *ex ante* l'assetto di interessi e configura «in modo cogente un diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, (...) non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico», la giurisdizione è comunque da attribuire al giudice ordinario²⁵.

Come vedremo, la decisione dei giudici di merito e quella delle SU rispecchiano esattamente i due diversi orientamenti, ma l'ordinanza n. 4873/2022 contribuisce a mettere a fuoco altri due aspetti di estremo rilievo.

interessi non interamente ricavabile dalla norma e dunque produce effetti giuridici innovativi. Da questa ricostruzione discende che a fronte dell'attività vincolata il privato vanta un diritto soggettivo e quindi la competenza a giudicare della lesione della posizione del privato spetta al giudice ordinario (fatte salve le particolari materie di giurisdizione esclusiva). Dall'altra parte, a fronte dell'attività discrezionale il privato vanta interessi legittimi e la giurisdizione sulle relative controversie spetta al giudice amministrativo. Tale orientamento risale a E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983; A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ed è stato sviluppato da L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996; Id., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 109.

24. V. E. Scotti, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, p. 207: «I diritti fondamentali sono e devono essere ricondotti al giudice amministrativo esclusivamente nella misura in cui afferiscano alla sfera di un potere e siano lesi da atti e comportamenti che di tale potere costituiscono esercizio»; A. Di Majo, *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi non inclusi (nota a Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002)*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 651 ss.

25. Questa impostazione è seguita da Cass. civ., SU, 17.6.2013, n. 15115 su cui sia consentito rinviare a N. Vettori, *Il respingimento dello straniero: le S.U. individuano i diritti e il loro giudice*, in *Giust. amm.*, 8, 2013, www.giustamm.it e, come vedremo al § 5, dalla ordinanza in commento da cui sono tratte le citazioni riportate nel testo. Un'impostazione simile, seppur espressa con minor chiarezza, è seguita anche da Cass. civ., SU, 25.11.2014, 25011 in tema di sostegno scolastico su cui v. A. Giusti, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, cit., p. 200 e, in senso critico, M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 275 ss.

4. Le pronunce di merito: le ragioni a sostegno della giurisdizione amministrativa

Come anticipato, il Tribunale di Bologna ha declinato la giurisdizione sul presupposto che la tutela invocata in giudizio rientrasse in una materia di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Secondo la ricostruzione dei giudicanti, l'Associazione ricorrente, allegando il sovraffollamento del CAS Mattei e la conseguente violazione del diritto alla salute dei migranti, intendeva ottenere il loro trasferimento in altre strutture.

La misura richiesta, dunque, presupponeva l'esercizio da parte della Prefettura dei poteri conferiti dalla normativa sull'accoglienza²⁶ e dalla legislazione emergenziale²⁷, la cui natura autoritativa e discrezionale emergeva sia dal tenore letterale delle norme²⁸ che dalla disciplina procedimentale applicabile, connotante «in senso incontrovertibilmente valutativo l'attività amministrativa necessaria»²⁹.

In aggiunta il Tribunale osservava che l'ordine di trasferimento che si chiedeva di pronunciare non era conseguente ad una domanda di annullamento o di disapplicazione di un provvedimento asseritamente illegittimo, ma a una inerzia delle Amministrazioni convenute che avrebbero mancato di adottare quanto necessario a garantire le misure di prevenzione sanitaria.

Da ciò si deduceva che la situazione prospettata configurava un'ipotesi di silenzio-inadempimento nell'esercizio di un potere discrezionale attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.

Su queste basi, in dichiarata applicazione dei principi giurisprudenziali prima ricordati (§ 3) il Tribunale è passato a verificare se la tutela richiesta rientrasse o meno nello spazio di giurisdizione comunque riservato al giudice ordinario, arrivando sempre a una conclusione negativa ma con argomenti parzialmente diversi.

Il giudice del primo giudizio si è limitato ad affermare che dal modo in cui sono disciplinati i poteri amministrativi di cui si pretendeva l'esercizio «era da escludersi che l'attività provvedimento richiesta potesse rivestire quel carattere di obbligatorietà di talché la situazione soggettiva che si trovi in relazione con il provvedimento da emanare risultasse tutelata direttamente dalla legge»; pertanto, ha ritenuto mancassero i presupposti per il radicamento della giurisdizione ordinaria.

26. V. art. 15 d.lgs. n. 142/2015.

27. In particolare si faceva riferimento all'art. 6, co. 7, d.l. n. 18/2020 che attribuiva alla Prefettura il potere di requisire strutture alberghiere per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria.

28. Nelle locuzioni normative secondo le quali il Prefetto «può disporre» il trasferimento dei migranti (*ex art. 15 d.lgs. 142/2015*) e la requisizione di immobili per assicurare l'isolamento sanitario dei contagiati (*ex art. 6, co. 7, d.l. 18/2020*), il termine «può» dimostrerebbe la valenza discrezionale del provvedimento.

29. Cfr. Trib. Bologna, sez. III civ., ord. 7.5.2020, p. 14.

Le argomentazioni usate dal Collegio, in sede di riesame cautelare e quelle del giudice del merito sono state, invece, ben più radicali: hanno negato qualsiasi rilievo al criterio di riparto invocato dalla ricorrente, arrivando ad affermare che il coinvolgimento di «un diritto fondamentale dell'individuo, quale certamente è il diritto alla salute, è questione irrilevante per l'individuazione del giudice competente».

Ciò perché «l'azione amministrativa di armonizzazione comparativa delle diverse posizioni antagoniste, individuali e collettive, anche di rilievo costituzionale», è sempre espressione di potere pubblico, autoritativo e discrezionale, il quale – se esercitato in conformità alla legge – è in grado di «produrre validamente una vicenda degradatoria della posizione giuridica soggettiva» che assume la consistenza dell'interesse legittimo e in quelle forme deve essere tutelata nella sede giurisdizionale “naturale”, quella amministrativa.

4.1. Considerazioni critiche

Com'è evidente già dai primi passaggi dell'argomentazione, le decisioni del Tribunale di Bologna scontano un difetto di impostazione nell'applicazione dei principi per la determinazione della giurisdizione³⁰.

I giudici, infatti, hanno considerato il *petitum* formale del giudizio, ossia quanto richiesto al giudice per soddisfare la domanda (*i.e.* l'ordine di trasferimento)³¹ e non la *causa petendi*, vale a dire gli elementi costitutivi della posizione giuridica fatta valere in giudizio (*i.e.* il diritto alla salute).

Conseguentemente hanno errato nella individuazione delle norme rilevanti per la qualificazione del rapporto controverso: invece di considerare il carattere delle misure previste dalla normativa sulle misure di prevenzione del contagio da Covid-19, poste a tutela del diritto alla salute dei migranti, si sono limitati a richiamare la disciplina che conferisce e regola i poteri di gestione dei CAS e dell'emergenza sanitaria.

Inoltre – ed è il profilo determinante dato il tipo di questione controversa – non hanno attribuito alcun rilievo al carattere costituzionalmente protetto della posizione coinvolta e, dunque, alle disposizioni costituzionali che dovevano essere applicate alla fattispecie.

30. È consolidato in giurisprudenza il principio per cui la giurisdizione «va determinata sulla base della domanda e che, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva il c.d. *petitum* sostanziale, il quale deve essere identificato non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice (il c.d. *petitum* formale) quanto, piuttosto, della *causa petendi* ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati». Così, *ex multis*, Cass. civ., SU, 15.2.2022, n. 4873; 15.1.2021, n. 615; 19.12.2018, n. 32774. In dottrina v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 115-119; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 93-100.

31. Ciò emerge chiaramente dalla motivazione: cfr. Trib. Bologna, ord. 7 maggio 2022, p. 11 e p. 14.

Del resto ciò si spiega perché alla base del ragionamento dei giudici vi è l'idea – avallata in dottrina³² – che la «teoria dei diritti fondamentali» è frutto di «*un approccio oltranzista*» (...) e *figlia di un intransigente individualismo*» smentito dalla realtà dei fatti la quale dimostrerebbe che anche «le situazioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti umani o diritti fondamentali restano pur sempre (...) conformabili dal potere amministrativo se e in quanto oggetto di comparazione con altri concorrenti interessi», in particolare «con i diritti degli altri e vieppiù con le superiori esigenze di carattere pubblicistico, anche talora biecamente e ciecamente economiche»³³.

Ebbene, come avremo modo di considerare, questo orientamento non è condivisibile.

Oltre al paradosso di tacciare di «intransigente individualismo» una ricostruzione giuridica che è diretta a tutelare la dignità e i bisogni primari delle persone – che peraltro, in casi come quello in esame, si trovano in condizione di estrema vulnerabilità – tali conclusioni contraddicono il quadro giurisprudenziale richiamato (al § 3). In più denotano la non comprensione dei presupposti teorici della c.d. «teoria dei diritti fondamentali», i quali implicano un modo di ricostruire i rapporti tra le situazioni giuridiche soggettive e il potere pubblico che «aggancia» direttamente la dimensione costituzionale del principio di legalità.

5. La decisione delle SU

Non a caso, infatti, le SU hanno radicalmente smentito questa ricostruzione, con una motivazione che si differenzia da quello contenuta nelle decisioni di merito per due profili decisivi.

In primo luogo, nella ricostruzione sistematica della fattispecie concreta applicano la logica del rapporto giuridico: deducono la consistenza della posizione soggettiva non dalla verifica in astratto dell'esistenza di una norma di conferimento di potere, ma dal modo in cui – in quel caso – la legge definisce i contenuti della pretesa soggettiva in rapporto al ruolo dell'Amministrazione³⁴.

In secondo luogo, si soffermano ad analizzare il (plurimo) fondamento costituzionale delle situazioni giuridiche coinvolte, mettendo in evidenza come il coinvolgimento nella controversia di un diritto fondamentale sia rilevante (anche) ai fini dell'individuazione del giudice competente.

32. Cfr. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit.; S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dal territorio dello Stato italiano*, cit.; G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, cit.

33. Le citazioni riportate nel testo sono tratte da Trib. Bologna, ord. 14 luglio 2020, pp. 10-12.

34. Per la delimitazione dell'ambito del potere a partire dalle norme sui diritti v. C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 143.

5.1. *Dalle norme sui diritti ai caratteri del potere: «diritto alla salute, sub specie di diritto al distanziamento sociale» dei migranti e attività vincolata della PA*

Le SU hanno innanzitutto messo in evidenza gli errori di impostazione commessi dal Tribunale di Bologna, precisando che la *causa petendi* della controversia, sulla base della quale determinare la giurisdizione, era il rischio di lesione del diritto alla salute dei migranti residenti nel CAS Mattei³⁵.

Hanno quindi passato al vaglio la disciplina introdotta dalla normativa emergenziale di contrasto alla pandemia³⁶ compresa quella relativa al sistema di accoglienza³⁷, concludendo che il distanziamento sociale per il contrasto alla diffusione del virus è stato disciplinato con modalità fisse e predeterminate che non consentono attuazioni differenziate.

Se ne ricava che «il diritto alla salute, sub specie di diritto al distanziamento sociale, è già stato conformato dal composito quadro normativo di riferimento» senza che possa rinvenirsi alcun margine di discrezionalità circa le forme e i modi della sua attuazione³⁸.

Al riguardo, per confutare la diversa ricostruzione sottesa alle decisioni di merito, si aggiunge che non può valere in senso contrario né il fatto che l'esecuzione delle misure di prevenzione sanitaria si inserisca nell'ambito della gestione del servizio di accoglienza straordinaria – che in generale presenta profili di ampia discrezionalità –, né che la lesione del diritto derivi da un'attività omissiva delle Amministrazioni.

Ciò perché, ai fini dello specifico profilo oggetto di giudizio – vale a dire la protezione del diritto fondamentale alla salute degli ospiti – il gestore del Centro e la Prefettura non dispongono di margini di discrezionalità, avendo al contrario l'obbligo di adottate e far garantire il rispetto di misure puntualmente indicate dal legislatore³⁹.

35. Il trasferimento richiesto dall'Associazione ricorrente era infatti una possibile misura da adottare per rimediare alla lesione del diritto alla salute una volta che fosse stata accertata, questione che – come lascia intendere la Corte – avrebbe potuto formare oggetto del giudizio di merito (cfr. Cass., SU, 15.2.2022, n. 4873, p. 17).

36. Secondo la Corte rilevano, in particolare, il d.l. 6/2020 conv. in l. n. 13/2020, l'art. 1 lett. d) del d.p.c.m. 8 marzo 2020 recante, tra le varie prescrizioni, quella del «mantenimento nei contatti sociali di una distanza interpersonale di almeno un metro»; nonché l'art. 2 co. 2. lett. g) d.l. n. 19/2020 conv. in l. 22.5.2020, n. 35 che impone la «previsione che le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con *obbligo di predisporre* le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale *predeterminata* e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio». I corsivi sono presenti nel testo della pronuncia.

37. Cfr. le circolari del Ministero dell'interno prot. n. 3393 del 18.3.2020, *Interventi di prevenzione della diffusione da Covid-19 nell'ambito del sistema di accoglienza e dei Centri di permanenza per il rimpatrio*, e prot. n. 3728 del 1.4.2020, *Interventi di prevenzione della diffusione da Covid-19 nell'ambito del sistema di accoglienza*, che sollecitavano l'applicazione delle misure di carattere igienico-sanitario, affinché fosse assicurato il rispetto delle «dovute distanze interpersonali ed evitate forme di assembramento, anche nel momento dell'erogazione dei pasti, garantendo il decongestionamento dei Centri maggiormente affollati, attraverso un'eventuale redistribuzione dei migranti in altri Centri della provincia».

38. Cass., SU, 15.2.2022, n. 4873, p. 12.

39. *Ibidem*, p. 14.

In tal senso si afferma che «rispetto al diritto a che ci sia un certo distanziamento, la pubblica amministrazione e con essa il gestore dei Centri di accoglienza sono (...) mere *longae manus* [di quanto previsto dall'ordinamento a tutela] di quel diritto, tenute a garantirlo alla stregua dell'adempimento di un rapporto obbligatorio nel quale il gestore è mero intermediario tra la legge ed i destinatari della protezione – nel caso di specie i richiedenti asilo ospiti del CAS Mattei – e garante del rispetto di siffatta situazione giuridica soggettiva».

Tali aspetti dimostrano la sussistenza degli elementi atti a radicare la giurisdizione ordinaria: la controversia riguarda la lesione di una pretesa riconducibile ad un diritto fondamentale che l'ordinamento protegge in maniera diretta e rispetto alla quale il comportamento dell'Amministrazione risulta doveroso e puntualmente predeterminato.

Come si vede, l'approccio seguito nell'interpretazione e qualificazione del quadro normativo di riferimento è opposto a quello svolto dai giudici di merito.

I primi avevano assunto come punto di partenza l'esistenza di un potere amministrativo considerato in astratto discrezionale e autoritativo, ricavando da questo la consistenza della situazione soggettiva.

Le SU, invece, muovono dalle norme di riconoscimento dei diritti per verificare il livello di protezione accordato e definire, a partire da quello, l'ambito e il carattere dell'attività amministrativa necessaria a tutelarli.

5.2. Il fondamento costituzionale del diritto dedotto in giudizio e la necessaria assenza di discrezionalità amministrativa

Ma vi è di più. La motivazione dell'ordinanza contiene alcune importanti considerazioni che chiariscono come il quadro normativo applicabile alla fattispecie affondi le radici in un assetto di interessi delineato a livello costituzionale, il quale impedisce *ab origine* di riconoscere alla PA un potere di bilanciamento discrezionale.

La Corte afferma, infatti, che il diritto al distanziamento sociale e il relativo obbligo dell'Amministrazione di assicurarlo, trovano fondamento costituzionale nell'art. 32 Cost., letto alla luce dei principi di solidarietà e di eguaglianza che informano il sistema di accoglienza⁴⁰, dai cui derivano specifici doveri di protezione dei bisogni primari dei migranti in capo alle Istituzioni responsabili⁴¹.

40. Cfr. *ivi*, p. 15 «il servizio di accoglienza straordinaria, risulta improntato, per espressa volontà delle fonti normative, alla protezione dei bisogni basilari delle persone richiedenti asilo e al perseguimento di una rete di sicurezza sociale che (...) sono espressione dei canoni di ragionevolezza e di solidarietà, i quali informano il sistema costituzionale intero».

41. Cfr. *Ibidem* «il dovere di salvaguardare la salute dei soggetti richiedenti asilo accolti nei CAS risulta intimamente legato al principio di solidarietà nella sua proiezione verticale, pubblica e istituzionale, per ciò stesso improntato ad impedire

In questo senso, si osserva che la disciplina emergenziale che ha definito le misure di prevenzione sanitaria da garantire nei CAS si inquadra nel perseguimento di fondamentali valori costituzionali i quali «impediscono di valorizzare, a giustificazione di un livello più o meno stringente di bilanciamento di diritti fondamentali coinvolti, l'eccezionalità e le difficoltà insite nella gestione di un servizio come quello all'accoglienza». Il che vale a dire che (già) dal sistema costituzionale si ricava che «nessun potere pubblico può incidere sul diritto alla salute degli ospiti dei [CAS], sub specie di diritto al distanziamento sociale, fino al punto da degradarlo ad interesse legittimo».

Ebbene, a prescindere dall'improprio richiamo alla teoria della degradazione, il principio affermato è significativo.

Al fondo vi è l'idea che la pretesa dedotta in giudizio fa parte di un nucleo di garanzie essenziali al cui rispetto è vincolato qualsiasi potere pubblico (legislativo e amministrativo) in applicazione di principi costituzionali (artt. 2, 3, 32 Cost.).

È pertanto il valore costituzionale di quella pretesa soggettiva che impedisce di riconoscere alla PA il potere di modularne la tutela con attuazioni differenziate, ovvero di bilanciarla con altri diritti e interessi generali, come quelli coinvolti nella regolazione dell'immigrazione e nella gestione dei Centri di accoglienza. Ed è l'applicazione di quei principi costituzionali – in quanto gerarchicamente sovraordinati – che consente di affermare che anche poteri astrattamente autoritativi e discrezionali, per il profilo concernente la tutela di quella specifica pretesa, non possono che risultare interamente vincolati.

In questo modo, dalla norma costituzionale che riconosce il diritto (art. 32 Cost.) si fanno derivare specifici obblighi di comportamento in capo alle PA, pienamente tutelabili davanti al giudice ordinario. Ne deriva, nel caso di specie, l'affermazione di una obbligatorietà di intervento a sostegno del diritto alla salute dei migranti, che deve orientare le decisioni della PA nel senso di garantire il distanziamento fra gli ospiti del CAS ovvero di provvedere al loro trasferimento nel caso in cui sia impossibile agire altrimenti⁴².

forme discriminatorie di tutela, quando appunto entrano in gioco posizioni soggettive, riferibili a persone che versano spesso, in condizioni di estrema vulnerabilità proprio in ragione della situazione di richiedente asilo e dell'impossibilità di regolare autonomamente la propria esistenza».

42. Infatti, in applicazione dei principi affermati delle SU, si può sostenere che qualora nel giudizio di merito si fosse dimostrato che l'unico modo di tutelare la salute dei migranti, *sub specie* di diritto al distanziamento sociale, fosse il trasferimento di una parte di loro in altre strutture, anche l'attività necessaria ad operare il trasferimento (in astratto discrezionale) sarebbe risultata doverosa e suscettibile di formare oggetto di specifica condanna da parte del giudice, sicuramente nell'*an*, ma probabilmente anche nel *quid*. Dato che la legislazione emergenziale imponeva delle misure fisse di distanziamento sociale, sarebbe stato possibile provare in giudizio anche il numero esatto dei migranti da trasferire in altre strutture. A tal fine si sarebbe potuto calcolare quante persone può ospitare la struttura affinché le misure emergenziali anti-Covid fossero correttamente rispettate nei vari ambienti (camerate, zone comuni etc.), ricavando per sottrazione il numero delle persone da trasferire altrove. Non vi sarebbe stata alcuna preclusione per il giudice rispetto a

Com'è evidente, ciò dimostra che – contrariamente a quanto sostenuto dai giudici di merito – il coinvolgimento di un diritto fondamentale è tutt'altro che irrilevante (anche) ai fini della giurisdizione, perché l'applicazione delle norme costituzionali che ne costituiscono il fondamento condiziona in modo decisivo «la puntuale interpretazione del quadro normativo di riferimento» necessaria a stabilire se e quanto potere di mediazione tra interessi sia (*i.e.* possa essere) lasciato alla PA.

6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale

L'analisi della vicenda mostra che non vi è piena consapevolezza, neppure da parte della giurisprudenza ordinaria, delle implicazioni sistematiche che derivano dal coinvolgimento di diritti fondamentali della persona in un giudizio contro la PA. Ne derivano incertezze applicative che danneggiano gli individui coinvolti che non ricevono tutela nei tempi e nei modi che sarebbero doverosi.

In questo quadro la ricostruzione operata dalla Cassazione nell'ordinanza esaminata è significativa perché consente di mettere a fuoco alcuni aspetti rilevanti.

Come si è avuto modo di considerare, la deduzione nella controversia di un diritto fondamentale impone di far uso delle tecniche dell'interpretazione conforme e dell'applicazione diretta della Costituzione nel ricostruire i rapporti tra situazioni soggettive e potere amministrativo⁴³.

Più in particolare rilevano due profili.

Il primo è che nell'operazione di qualificazione giuridica del rapporto, vanno applicate anche le norme costituzionali che costituiscono il fondamento delle pretese soggettive direttamente coinvolte che – in quanto gerarchicamente superiori – condizionano l'interpretazione delle fonti ordinarie di conferimento del potere. Ciò consente di definire profili vincolati (e dunque obblighi di comportamento), anche rispetto a poteri in astratto caratterizzati da margini di discrezionalità⁴⁴.

tal genere di accertamento (cioè non si sarebbe potuto opporre il divieto di “invasione” di profili riservati alla PA) trattandosi di applicare equivalenze numeriche certe e dunque svolgere un accertamento tecnico privo di qualsiasi margine valutativo. Profili di valutazione riservata sarebbero rimasti relativamente alla scelta delle strutture in cui disporre il trasferimento, alle misure con cui acquisirne la disponibilità, ai criteri sulla base dei quali stabilire quali migranti trasferire e quali lasciare nel CAS. Ciò non toglie, tuttavia, che accertati i presupposti di fatto (rischio di lesione della salute e numero di migranti eccedenti la soglia consentita per assicurare il rispetto delle norme Covid), il giudice di merito avrebbe potuto disporre una condanna ad un *facere* specifico (*i.e.* un ordine di trasferimento di *tot* migranti), censurabile in sede di ottemperanza in caso di mancata esecuzione.

43. V.C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, cit., p. 49; E. Scotti, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, cit., p. 207.

44. Significativa in tal senso è la giurisprudenza in materia di divieto di discriminazione rispetto all'accesso a prestazioni sociali per l'erogazione delle quali la PA dispone di potere discrezionale. Si veda Cass., SU, 15.2.2011, n.

Naturalmente, poiché le posizioni giuridiche non sono protette tutte nelle medesime forme, l'esito dell'operazione interpretativa sarà diversa a seconda della disposizione costituzionale che di volta in volta viene in rilievo⁴⁵.

Il secondo profilo riguarda il concetto di «nucleo essenziale», alla cui individuazione ha contribuito anche la Corte costituzionale⁴⁶.

Si è dunque chiarito che «nella misura in cui sia coinvolto il nucleo essenziale, direttamente tutelato dalla Costituzione, l'azione dell'amministrazione (come ancor prima quello del legislatore ordinario) difetta *ab origine* di discrezionalità e l'attività esercitata si prospetta come vincolata. Ciò poiché all'amministrazione (come al legislatore) non può essere riconosciuto il potere di comprimerlo ed anzi questa è tenuta a fare quanto necessario, di volta in volta, per garantirne la tutela». Cosicché la pretesa soggettiva riconducibile al nucleo essenziale si configura *sempre* come una posizione di diritto soggettivo pieno, in quanto direttamente e pienamente tutelata (già) a livello costituzionale⁴⁷.

Questo non significa che l'Amministrazione non possa incidere, limitare o che debba sempre soddisfare le situazioni soggettive costituzionalmente protette, ma che l'azione (di limitazione, di conformazione, di prestazione) trova il limite del contenuto inviolabile e – per quella parte – non può considerarsi espressione di potere discrezionale, ma attività interamente sottoposta al vincolo posto dalla norma costituzionale da cui derivano specifici obblighi di intervento. In altre parole l'Amministrazione «si trova in una posizione che non consente di scegliere, se non per il profilo dell'approntamento dei mezzi per realizzare [o proteggere] il diritto inviolabile, dunque esercitando una mera forma di discrezionalità organizzativa»⁴⁸.

3670; 30.3.2011, n. 7186, cit., su cui v. anche A. Guariso, *Sulla giurisdizione nei giudizi antidiscriminatori: un punto fermo e un punto interrogativo nella pronuncia della Cassazione a sezioni unite n. 3670/2011*, in questa Rivista, n. 1.2011, p. 112 ss.

45. La teoria infatti è stata applicata con riferimento a posizioni giuridiche non patrimoniali che il testo costituzionale protegge in modo particolarmente intenso. Cfr. la giurisprudenza citata *supra* alla nota n. 15.

46. V., in particolare, la giurisprudenza sul diritto all'integrazione scolastica dello studente disabile che – anche in tempi di crisi economica e di vincoli di bilancio – ha confermato che il nucleo essenziale del diritto non ammette compressioni per effetto del bilanciamento con altre istanze di matrice economica o organizzativa: Corte cost., 26.2.2010, n. 80; Corte cost., 4.7.2008, n. 251; 22.6.2000, n. 226, n. 19.10.2016, n. 275. Nello stesso senso Corte cost., 5.4.2013, n. 62; 15.1.2010, n. 10, relative alle disposizioni disciplinanti la c.d. carta acquisiti; Corte cost., 23.5.2008, n. 166, e 21.3.2007, n. 94, sugli interventi per la riduzione del disagio abitativo.

47. Cfr. Cass., SU, 1.8.2006, n. 17461, cit., ove si afferma che «in relazione al bene-salute, come degli altri diritti di rilevanza costituzionale che hanno una stretta inerenza ai valori primari della persona, è individuabile «un nucleo essenziale, che configura un diritto soggettivo assoluto e primario», volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura». Sul punto in dottrina v. anche G. D'Amico, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, cit., pp. 943-947.

48. Così S. Torricelli, *Tra persona e persone, discutendo con Massimo Monteduro su doveri e diritti*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2021, p. 404.

D'altra parte, ammettere la configurabilità di un nucleo essenziale non vuol dire riconoscere che le pretese coinvolte in giudizio siano sempre a questo riconducibili, essendo la loro esistenza subordinata al manifestarsi di presupposti definiti in via interpretativa e da verificare in ogni ipotesi concreta⁴⁹.

Per tali ragioni non pare corretto sostenere che l'indirizzo in esame veicoli un assetto in cui alcune posizioni individuali prevalgono in modo «intransigente» sui diritti degli altri e sugli interessi della collettività affidati alla cura dell'Amministrazione⁵⁰.

Va considerato, infatti, che in virtù del principio di legalità, l'Amministrazione non ha «una generale posizione di supremazia, ma singole posizioni di supremazia» che discendono dal diritto positivo: pertanto, se e con quali limiti abbia il potere di bilanciare e sacrificare diritti e interessi, al fine di far prevalere l'interesse generale, è questione che va risolta alla luce di tutte le norme applicabili alla singola vicenda concreta, *ivi* comprese – in aderenza al principio personalista che informa la Costituzione – le norme sui diritti⁵¹.

Neppure pare sostenibile che la ricostruzione proposta presupponga l'incomunicabilità tra diritti e potere, piuttosto esclude che possa esservi «una riserva di amministrazione» rispetto ad una determinata pretesa soggettiva: per la parte in cui l'azione ha l'effetto di comprometterne il contenuto costituzionalmente necessitato (che non è disponibile per il potere pubblico, né legislativo né amministrativo), i relativi atti o comportamenti non possono essere considerati riservati nel merito e, dunque, sono pienamente conoscibili e conformabili dal giudice⁵².

In definitiva, non si tratta di affermare l'esistenza di «diritti “senza potere”»⁵³, ma di assicurare che i diritti relativi ai beni primari della persona siano – se del caso – limitati e

49. Significativa in tal senso proprio Cass., SU, 1.8.2006, n. 17461, cit. che dopo aver affermato la giurisdizione ordinaria e aver chiarito il concetto di nucleo essenziale, esclude che la posizione soggettiva dedotta nel caso sottoposto al suo esame vi fosse riconducibile. In particolare si trattava della pretesa di pazienti emodializzati di parcheggiare nella zona antistante il Centro di terapia, invece che nel parcheggio appositamente attrezzato, avanzata sul presupposto che la maggiore distanza da percorrere costituisse uno sforzo incompatibile con le loro condizioni di salute.

50. Così N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., pp. 181-185. In termini simili v. anche G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”*, cit., pp. 156-162; S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, cit., p. 590.

51. Così anche C. Cudia, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 23.

52. Riprova ne è il fatto che, sin dall'origine, sia stata utilizzata tanto a protezione della dimensione negativa del diritto alla salute (quale diritto all'integrità psico-fisica, su cui v. Cass., SU, 20.2.1992, n. 2092 in *Giust. it.*, 1993, I, 1, c. 1334, sulla installazione di un impianto di depurazione in violazione delle distanze minime prescritte); quanto della dimensione pretensiva, di diritto a prestazioni essenziali (su cui Cass., SU, 20.2.1985, n. 1504 in *Foro it.* I, c. 672, sul diritto a farmaci essenziali non compresi nel prontuario farmaceutico che il g.o., accertato il diritto, poteva condannare ad erogare, previa disapplicazione del prontuario che illegittimamente non lo prevedeva).

53. Così v. N. Pignatelli, *op. cit.*, p. 181.

bilanciati da un potere pienamente soggetto ai vincoli (*i.e.* obblighi di fare/doveri di astensione) ricavabili anche direttamente dal testo costituzionale.

Per tali ragioni, la convinzione è che tale approccio ricostruttivo meriti di essere valorizzato perché rappresenta una tecnica rimediale che amplia e rende particolarmente incisivo il sindacato esercitabile, da qualsiasi giudice (ordinario e amministrativo), sull'attività amministrativa che incide su diritti fondamentali.

Nondimeno, in casi dubbi, rileva anche come criterio di riparto della giurisdizione, perché – come il caso di specie ha permesso di dimostrare v. § 5.1. – l'applicazione delle norme costituzionali condiziona in modo decisivo l'interpretazione del quadro normativo necessaria a stabilire se effettivamente sussista una sfera di potere, tale da giustificare la giurisdizione amministrativa anche esclusiva.

Del resto che ciò sia causa di «nomadismo giurisdizionale»⁵⁴ che aumenta la frammentazione in danno all'effettività della tutela, non è questione che possa essere addebitata all'indirizzo giurisprudenziale in esame o alla dottrina, bensì al legislatore che per il riparto della giurisdizione utilizza «una pluralità di criteri diversi» non riconducibili a *ratio* unitaria⁵⁵ e sempre meno coerenti con l'assetto delineato dagli artt. 103 e 113 della Costituzione⁵⁶.

54. Cfr. G. Tropea, *op. cit.*, p. 170.

55. In questi termini v. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 4; S. D'Antonio, *op. cit.*, p. 592; G. Tropea, *op. cit.*, p. 147.

56. La materia dell'immigrazione ne è un esempio. In questo ambito vi sono numerose ipotesi di attribuzione espressa della competenza al giudice ordinario, confermate e ampliate dalla giurisprudenza di legittimità – in alcuni casi avallata dalla Corte costituzionale (cfr. ord. 18.12.2001, n. 414; sent. 22.6.2006, n. 240; ord. 8.11.2017, n. 275) – sul presupposto del coinvolgimento di diritti fondamentali della persona straniera, dunque in coerenza con l'art. 103 Cost. Tuttavia, vi sono anche varie ipotesi di giurisdizione amministrativa, previste dal legislatore o affermate dalla giurisprudenza, che suscitano perplessità poiché non sempre sono giustificate dalla presenza di potere amministrativo propriamente discrezionale. Sul punto v. C. Cudia, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, cit., pp. 23-27; e A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 825-826 il quale osserva che «in massima parte la disciplina legale in materia migratoria prevede fattispecie aperte che attribuiscono all'amministrazione il dovere di verificare la sussistenza di presupposti di fatto e di diritto delle decisioni attraverso un'attività di integrazione e completamento della regola formulata dal legislatore con locuzioni vaghe ed elastiche, che non implica un'autonoma ponderazione di interessi retta da criteri di opportunità politico-amministrativa».