

L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato

di Giovanni Tulumello

L'articolo esamina, in un'ottica di teoria generale ma anche con riferimento al diritto positivo (e alle più significative applicazioni giurisprudenziali), il problema del rapporto fra la pretesa dei soggetti disabili all'erogazione di prestazioni che garantiscono l'effettività dei loro diritti fondamentali, e la scarsità delle risorse finanziarie connessa al vincolo di bilancio. Il pluralismo portato dallo Stato sociale non esclude che, in un'ottica di gerarchia fra interessi tutti parimenti tutelati, la tutela e la piena conformazione di tali diritti siano da avvertire come contenuti di un vero e proprio obbligo di risultato: con ogni conseguente ricaduta sul piano dei rimedi (anche in relazione al riparto della giurisdizione).

1. Potere amministrativo e provvista finanziaria

Il limite della copertura finanziaria è un limite strutturale della disciplina dell'attività amministrativa, come la dottrina ha da tempo messo in evidenza¹.

In particolare, posto che fine del potere amministrativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, e fra questi di quelli fondamentali, tale connotato finalistico entra tuttavia in comparazione con l'esigenza di cura di altri interessi di cui pure l'amministrazione è attributaria (o dai quali è comunque condizionata)², come quello al contenimento della spesa pubblica³, che per effetto

strativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, e fra questi di quelli fondamentali, tale connotato finalistico entra tuttavia in comparazione con l'esigenza di cura di altri interessi di cui pure l'amministrazione è attributaria (o dai quali è comunque condizionata)², come quello al contenimento della spesa pubblica³, che per effetto

1. A. Travi, *Il limite della copertura finanziaria*, in *Annuario 2004* dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2005, p. 111.

In giurisprudenza, Tar Sicilia, Palermo, sez. II - sentenza 9 luglio 2007, n. 1774, in www.giustamm.it.

Una indicazione in apparenza difforme sembra potersi ricavare dalla giurisprudenza comunitaria, laddove si afferma, a proposito di un regolamento relativo ad incentivi in agricoltura, che le disposizioni da esso poste «nell'enumerare in modo tassativo le condizioni alle quali è subordinato il sorgere dei diritti soggettivi di cui è causa, non v'includono considerazioni di bilancio» (Corte di giustizia, sentenza 17 maggio 1972, in C 93/71).

L'affermazione, tuttavia, non può essere assolutizzata, in quanto nasce dalla preoccupazione di assicurare effetti diretti al regolamento, senza la necessità di provvedimenti nazionali di integrazione o di esecuzione, e quindi non attiene direttamente alla tematica del rapporto fra funzione amministrativa e vincolo di spesa.

2. «La crescita dei diritti sociali – strettamente legata al maggiore o minore intervento dello Stato nell'economia – incontra naturalmente limiti intrinseci nelle risorse dello Stato o in quelle che esso può mobilitare. Creare nuovi diritti comporta infatti oneri per lo Stato, e indirettamente per i cittadini contribuenti. Ecco allora il manifestarsi di limiti all'azione delle autorità pubbliche particolarmente stringenti nel caso di norme costituzionali che impegnino a rendere effettivo un diritto» (Elia-Busia, *Stato democratico*, voce del *Digesto disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 72).

In generale, sul vincolo di compatibilità derivante dal reperimento delle risorse necessarie a garantire l'esercizio dei diritti, S. Holmes - C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti – perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2000.

3. A. Travi, *Il limite della copertura finanziaria*, cit. Con specifico riferimento ai limiti di natura economico-finanziaria del diritto alla salute, E. Cavasino, *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 99 ss. In relazione ai profili istituzionali del tema, R. Di Maria, *Autonomia finanziaria e decentramento istituzionale. Principi costituzionali, strumenti e limiti*, Giappichelli, Torino, 2013.

del patto di stabilità ha una precisa rilevanza anche sul piano dei parametri sovranazionali di legittimità dell'attività amministrativa⁴.

È del resto ormai acquisita la consapevolezza che molte delle prestazioni previste dalla legge in favore di singoli soggetti, non solo nella materia dei servizi pubblici ma in vasti settori del diritto pubblico dell'economia, sono condizionate dai limiti dell'organizzazione della Pubblica amministrazione che deve erogare quelle prestazioni, tanto che non mancano orientamenti tendenti a qualificare tali diritti, di fronte al potere organizzatorio della Pubblica amministrazione, come veri e propri interessi legittimi⁵.

Comune è però la convinzione per cui, in tali casi, il diritto soggettivo, quand'anche configurabile come tale è, comunque, *finanziariamente condizionato*: sicché il suo pieno soddisfacimento è subordinato alla sussistenza della provvista finanziaria.

Nella materia sanitaria, nella quale con maggior frequenza si è posto il riferito problema, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 2006⁶, ha affermato che «la determinazione da parte dell'Amministrazione del tetto di spesa e la suddivisione di essa tra le attività assistenziali, costituisce esercizio del potere di programmazione sanitaria, a fronte del quale la situazione del privato è di interesse legittimo.».

Nella stessa materia la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2005, ha affermato che anche le norme di principio della legislazione statale sono «dirette a garantire ad ogni persona il diritto alla salute come “un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente

protetti”, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (sentenze nn. 304 del 1994, 247 del 1992)».

2. Il potere amministrativo nello Stato sociale, e i diritti fondamentali (un breve inquadramento)

L'indagine sulla possibilità di apporre (ed opporre) limiti di natura finanziaria all'accesso dei disabili alle prestazioni necessarie a garantire i diritti fondamentali si colloca, in un'ottica di teoria generale, nell'ambito della riflessione sul rapporto fra forme di Stato e funzione amministrativa: «l'incremento dei compiti dell'Amministrazione, e dei settori di attività soggetti a regime amministrativo, non incide dunque solo sul piano dell'organizzazione amministrativa, ma aumenta proporzionalmente la possibilità di conflitto fra tali compiti ed attività. In particolare, posto che fine del potere amministrativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, tale connotato finalistico entra tuttavia in comparazione con l'esigenza di cura di altri interessi di cui pure l'amministrazione è attributaria (o dai quali è comunque condizionata), come quello al contenimento della spesa pubblica, che a seguito del patto di stabilità ha una precisa rilevanza anche sul piano dei parametri sovranazionali di legittimità dell'attività amministrativa»⁷.

Nello Stato sociale, il ruolo della Pubblica amministrazione, di redistribuzione di risorse limitate nell'assolvimento degli obblighi e dei doveri di tutela,

4. Sulla compressione della potestà organizzativa dei servizi pubblici per effetto dei vincoli derivanti dal patto di stabilità, si vedano le sentenze nn. 4/2004, 17/2004 e 36/2004 della Corte costituzionale. Per un'ipotesi di scrutinio di ragionevolezza della scelta del legislatore regionale tendente a parametrare (e limitare), nella logica della programmazione, la spesa sanitaria sulla base dei flussi di prestazioni registrati negli anni precedenti, Corte costituzionale, sentenza n. 111 del 18 marzo 2005.

5. Consiglio di Stato, VI, 3 febbraio 2006 n. 388: «*Va in proposito condiviso l'orientamento del giudice amministrativo a tenore del quale il diritto patrimoniale ai contributi di esercizio spettanti alle imprese che gestiscono i servizi di trasporto pubblico locale non nasce direttamente dalla legge, ma da una manifestazione di volontà della regione espressa nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali; pertanto, la posizione delle suddette imprese, che lamentino la insufficiente espansione del proprio diritto, in conseguenza dell'illegittima determinazione del contributo, ha consistenza di interesse legittimo e la relativa azione rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (Tar. Puglia, sez. I, 26-06-1995, n. 664) ora divenuta, nel settore del servizio pubblico dei trasporti, un campo di giurisdizione esclusiva.*

La Corte di cassazione ha confermato indirettamente tale principio quando ha statuito che in materia assegnazione di contributi e di sovvenzioni, previsti da leggi regionali a favore delle imprese concessionarie di servizi pubblici di trasporto, l'Amministrazione regionale diviene titolare di un debito correlato ad un credito in capo alla impresa concessionaria, solo a partire dal momento in cui emana la delibera che determina l'entità del contributo spettante alla impresa medesima; tale credito dell'impresa è azionabile soltanto davanti al giudice ordinario (Cass., sez. un., 26-04-2000, n. 288)».

6. In *Foro It.*, 2007, III, p. 200.

7. G. Tulumello, *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in *Giustamm.it*, 2015, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

per un verso sembrerebbe imporre la qualificazione dei connessi diritti sociali come diritti (formalmente sanciti, ma) finanziariamente condizionati all'effettiva disponibilità delle risorse necessarie per riempirli di effettivo contenuto; e, per altro verso, pone il soggetto pubblico nella dialettica fra astratto disporre e concreto provvedere, vale a dire nella necessità, a fronte dell'incontestabile garanzia di diritti tutti parimenti tutelati e conformati, di ripartire le (inferiori) risorse esistenti.

Il problema si appunta dunque sui limiti che tale potere incontra quando, per ragioni di natura finanziaria, nega o riduce l'accesso alle prestazioni necessarie a garantire l'effettività del diritto.

In questa indagine, la prospettiva della "incomprimibilità" dei diritti fondamentali ad opera del potere amministrativo, elaborata dalla giurisprudenza in materia di riparto della giurisdizione, è antistorica, oltre che elusiva sul piano dogmatico⁸.

Il pluralismo pone infatti la necessità che, a fronte di tali, plurime esigenze potenzialmente antagoniste, si rinvenga, come criterio ordinatore, una "gerarchizzazione degli interessi"⁹.

D'altra parte l'opposta prospettiva egualitaria, oltre ad essere incompatibile con chiare indicazioni sia sistematiche che positivizzate, rischierebbe di condurre il sistema allo stallo e alla paralisi.

Il tradursi in atto del potere amministrativo è il veicolo attraverso il quale tale gerarchia degli interessi, fissata a livello normativo, trova concreta attuazione.

Il potere amministrativo gioca dunque nella vicenda non già un ruolo di limite, ma al contrario un ruolo

di necessario meccanismo di attuazione del diritto: «*nello Stato sociale la vuota enunciazione costituzionale o convenzionale del diritto è priva di contenuto se non è riempita dalla prestazione corrispondente, che deve essere resa dall'amministrazione: il potere conformativo, in altre parole, correlato alla funzione di regolazione (volta a ricercare una compatibilità nel potenziale conflitto fra le tante attività oggetto di tutela anche costituzionale e convenzionale), riempie di contenuto un catalogo di diritti dal contenuto altrimenti puramente simbolico*»¹⁰.

La verifica della legittimità dell'esercizio del potere, avuto riguardo al parametro normativo portante la gerarchia fra gli interessi (e la concreta disciplina di questi), è dunque la prospettiva per una coerente ed efficace verifica della effettività della tutela dei diritti fondamentali (conformati): anche in ipotesi di negazione della pienezza della tutela per ragioni legate all'incapienza delle risorse.

3. Un esempio: il sostegno scolastico ai minori affetti da disabilità grave

In materia di accesso dei disabili al sostegno scolastico, ad esempio, si è in proposito affermato che l'indicata attività di ripartizione delle risorse, «che produce nella sfera giuridica del disabile grave gli effetti lesivi lamentati con il ricorso in esame, è all'evidenza (...) improntata a criteri discrezionali: solitamente funzionali ad una ripartizione proporzionale, fra i disabili gravi frequentanti la medesima scuola, delle limitate risorse disponibili»¹¹.

8. «*La configurazione di diritti tutelabili ad oltranza contro ogni potere dell'amministrazione peraltro non convince: opinare nel senso che un diritto rimane diritto anche a fronte di un potere attribuito da una legge significa ritenere che esso sia stato giudicato "vincente" rispetto a qualsiasi altro interesse da una fonte superiore alla legge stessa e, dunque, dalla Costituzione. Seguendo tale ragionamento, tuttavia, in presenza di un potere conferito dalla legge, il giudice non può accordare la preferenza al diritto condannando l'amministrazione e sostanzialmente disapplicando la legge, ma semmai, ove ritenga che questa abbia attribuito all'amministrazione un potere che non le spettava, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge per contrasto con la disposizione costituzionale che configura come intangibile il diritto. In ogni caso, la prospettiva di una Costituzione che irrigidisce il sistema prevedendo diritti individuali (soprattutto in materie che interessano la collettività) non degradabili e sottratti ad ogni potere pare non rispondente alla realtà di diritto positivo, che non vieta il conferimento di poteri pubblici nel settore dell'ambiente e della salute; essa, d'altro canto, non consente di fornire una soluzione all'ipotesi — pur di difficile concreta ipotizzabilità — in cui la collisione sia non già tra interesse individuale tutelato ad oltranza e interessi pubblici, bensì tra due interessi individuali della stessa dignità (ad es. diritto alla salute) e di pari livello costituzionale, allorché cioè la soddisfazione di uno potrebbe comportare il sacrificio di altri» (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 322).*

9. G. Tulumello, *Pianificazione urbanistica e dimensione territoriale degli interessi*, Giuffrè, Milano, 1996, in specie pp. 91 ss.

10. G. Tulumello, *Tutela dei diritti fondamentali o fondamentalismo nella tutela dei diritti?*, in *giustamm.it*. In argomento si veda altresì la ricostruzione di R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, ove (p. 135) il richiamo all'osservazione di N. Bobbio (*L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 73) secondo la quale «mentre i diritti di libertà nascono contro lo strapotere dello Stato, e quindi per limitarne il potere, i diritti sociali richiedono per la loro pratica attuazione, cioè per il passaggio dalla dichiarazione puramente verbale alla loro protezione effettiva, proprio il contrario, cioè l'accrescimento del potere».

11. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 3111/2014; ove l'ulteriore osservazione secondo la quale «È proprio l'esercizio di questo potere discrezionale, espressione dell'autonomia organizzativa e didattica, che riempie di contenuto il diritto, in modo conforme o meno al paradigma normativo. La mancata attribuzione di tutte le ore di sostegno indicate nel p.e.i. non è mai una mera omissione negligente,

Ne consegue, secondo tale impostazione, che «la conformazione del diritto allo studio del disabile non è operata dallo strumento programmatico (che, nella teoria della predeterminazione dell'attività amministrativa, ha una mera funzione di autovincolo al successivo esercizio del potere discrezionale): ma dal provvedimento amministrativo che, in esercizio del potere autoritativo, e sulla base delle norme primarie da ultimo richiamate, assegna l'insegnante di sostegno»¹².

Il problema, allora, non è negare il ruolo – imprescindibile, nell'attuale forma di Stato – del potere amministrativo nella vicenda dei diritti fondamentali, ma piuttosto individuare il paradigma normativo alla stregua del quale va esercitato detto potere; e, più nello specifico, verificare se in questa opera di conformazione dei diritti fondamentali l'Amministrazione possa qualificare tali diritti come finanziariamente condizionati, ovvero se abbia un obbligo di risultato rispetto alla loro tutela, pur in un contesto di scarsità di risorse.

La risposta è, evidentemente, nel secondo senso.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 80 del 2010, ha affermato la natura incompressibile – rispetto a contingenti esigenze della finanza pubblica – del diritto fondamentale del soggetto disabile a fruire di un percorso scolastico effettivo, ed ha espressamente circoscritto lo spazio della discrezionalità legislativa in materia entro limiti tali da non interferire con la garanzia del richiamato diritto fondamentale, escludendo in tal modo che quest'ultimo possa qualificarsi come diritto finanziariamente condizionato.

In conseguenza di tale arresto del giudice delle leggi, il parametro normativo del potere amministrativo in materia è stato modificato dallo stesso legislatore, che ha emanato il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122), che autorizza il superamento del contingente degli insegnanti di sostegno qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (è appena il caso di osservare, in proposito, che ancorché la disposizione sia strutturata – per superare il precedente ostacolo normativo – in chiave autorizzatoria, l'unico significato costituzionalmente compatibile della stessa è quello che tenga conto della citata sentenza n. 80 del 2010 della Corte costituzionale, nella parte in cui questa ha chiaramente affermato che la soppressione della riserva

che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato «non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave»).

Pertanto, il quadro costituzionale e legislativo è nel senso della necessità per l'Amministrazione di erogare il servizio didattico predisponendo, per l'ipotesi di disabilità grave, le misure di sostegno necessarie per evitare che il soggetto disabile altrimenti fruisca solo nominalmente del percorso di istruzione, essendo impossibilitato ad accedere ai contenuti dello stesso in assenza di adeguate misure compensative.

Il potere amministrativo, alla stregua dei superiori parametri normativi, deve essere quindi esercitato «in un'ottica di risultato, in funzione dell'interesse pubblico a garantire al minore disabile opportune ed adeguate misure di sostegno non già avulse dal riferimento allo specifico contesto formativo, o – il che è lo stesso – ad esso connesse in modo soltanto parziale ed insufficiente (come è avvenuto nel caso di specie), ma piuttosto orientate ad assicurare l'effettività dell'inserimento dell'interessato nel percorso scolastico frequentato»¹³.

Più di recente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 275/2016, ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'articolo 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante: «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)», nella parte in cui prevede, per gli interventi previsti dall'articolo 5-bis della medesima legge e, in particolare, per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti portatori di *handicap* o di situazioni di svantaggio, che la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa»¹⁴.

ma è l'effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa, tendente a minimizzare e a ripartire fra i soggetti aventi diritto le ricadute pregiudizievoli della limitatezza delle risorse disponibili».

12. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 3111/2014, cit.

13. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 474/2011.

14. Su tale sentenza si vedano, tra gli altri, L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalidabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2016, p. 2339; e Blando, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in www.federalismi.it, 10/2017.

4. Ricadute in punto di riparto della giurisdizione

Le richiamate coordinate teoriche della fattispecie non dovrebbero lasciare adito a dubbio alcuno sulla giustiziabilità davanti al giudice amministrativo delle relative pretese¹⁵.

La lamentata lesione dei diritti fondamentali dei soggetti disabili, conseguente ad un mancato o insufficiente accesso alle prestazioni necessarie per una piena ed effettiva garanzia dei diritti medesimi, non può che essere conosciuta dal giudice naturale della funzione pubblica: di quella funzione, cioè, che nell'attuale forma di Stato ha l'imprescindibile ruolo di dare concreta attuazione alla enunciazione altrimenti solo nominalistica del diritto.

Al di là della qualificazione della situazione giuridica dedotta – secondo l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione – come diritto soggettivo o come interesse legittimo, nessun ostacolo si frappone del resto a questa soluzione, una volta introdotta l'ipotesi di giurisdizione esclusiva su diritti, *ex* articolo 133, comma 1, lett. c), del cod. proc. amm.vo.

La natura fondamentale del diritto che si assume lesa non elide, ma anzi rafforza, il legame con il potere e con il suo giudice¹⁶.

La Corte costituzionale, del resto, aveva chiaramente affermato che la lesione di un diritto fondamentale riconducibile ad un provvedimento dell'Amministrazione ben può essere giudicata dal giudice amministrativo: «La richiamata giurisprudenza di

questa Corte esclude, poi, che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (sentenza n. 191 del 2006). Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione, di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa» (Corte costituzionale, sentenza n. 140 del 2007).

Si tenga presente, in punto di effettività della tutela, che il novero delle azioni esperibili davanti al giudice amministrativo si connota per una gamma più ampia, e per la previsione di più penetranti poteri decisori, rispetto alle soluzioni offerte dal giudizio civile: si pensi, ad esempio, all'effetto conformativo del giudicato amministrativo, che estende la portata della pronuncia – per rimanere nell'esempio del sostegno scolastico ai disabili gravi – anche ad anni scolastici successivi a quello per cui si agisce¹⁷.

Nondimeno, un tralaticio ricorso a categorie ormai antistoriche, come quella – in precedenza richiamata – dell'incomprimibilità dei diritti fondamentali, nonché – più di recente – un malinteso richiamo alla normativa in materia di protezione contro gli atti discriminatori, hanno portato a pronunzie

15. In argomento, per una riflessione condotta anche alla luce del diritto convenzionale e sovranazionale, sia consentito il rinvio a G. Tulumello, *Sicurezza sociale e libertà individuali nell'area del Mediterraneo: fenomenologia del potere amministrativo, fisionomia del suo giudice e condizionamenti identitari*, in *Giustamm.it*, 2010.

16. Per l'analisi del ruolo del giudice amministrativo nella vicenda della tutela dell'istruzione dei disabili gravi e dei relativi rimedi, si veda F. Zammartino, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2017.

17. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 1947/2013: «Nel caso all'esame del Collegio la parte ricorrente ha proposto, in materia di giurisdizione esclusiva, una domanda di accertamento di un diritto soggettivo: id est, la domanda di vedere riconosciuto il diritto del minore ad essere assistito durante le ore di frequenza scolastica).

Il dato fattuale – la cui sussistenza è stata documentalmente accertata in capo all'odierno ricorrente nel presente giudizio – che, in base alle disposizioni primarie che regolano la fattispecie, costituisce elemento costitutivo di tale diritto, è di natura sanitaria, e precisamente il documentato stato di disabilità grave e la connessa necessità di assistenza nell'ambiente scolastico.

La domanda tendente all'accertamento di tale diritto poggia su di un interesse che non è in alcun modo limitato dall'efficacia temporale del provvedimento amministrativo – emanato in relazione al singolo anno scolastico – che, non assegnando l'assistenza, ha negato il riconoscimento; ovvero dal comportamento inerte che ha prodotto lo stesso risultato.

L'accertamento del diritto è infatti propedeutico alla prestazione richiesta, ma – anche per tale relazione di propedeuticità – è cosa diversa da essa, sicché il venir meno dell'interesse alla singola prestazione non determina il venir meno all'interesse a che il diritto venga affermato e riconosciuto in sede giurisdizionale: anche in relazione all'effetto conformativo di tale riconoscimento sulle future condotte dell'amministrazione, qualora non mutino i citati elementi di fatto su cui il riconoscimento medesimo si fonda.

La domanda di accertamento della illegittimità della condotta dell'amministrazione, consistita nel non aver assegnato l'assistenza necessaria, deve essere pertanto accolta, con conseguentemente riconoscimento del diritto del minore ricorrente ad essere assistito, durante le ore di frequenza scolastica, da un assistente, almeno fino a quando non risulti documentalmente modificata la richiamata condizione – ad oggi riscontrata in positivo – su cui si fonda l'affermazione di tale diritto (stato di disabilità grave, e connessa necessità dell'assistenza per cui è causa)».

di segno diverso del giudice del riparto¹⁸, cui hanno fatto seguito una decisione dell'Adunanza plenaria resa nell'ottica di un "concordato giurisprudenziale" (ma con articolate motivazioni maggiormente consapevoli dei principi, e di fatto – come subito si dirà *infra* – costituenti le premesse per una riaffermazione della giurisdizione amministrativa)¹⁹, nonché anche pronunce espressamente declinatorie di una parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado²⁰.

La maggior parte della giurisprudenza amministrativa ha, nondimeno, continuato a riaffermare, proprio nell'ottica di garanzia dell'effettività di diritti che necessitano (non della negazione, ma) dell'esercizio del potere, e soprattutto sulla base di una lettura sistematica e garante dei principi delle norme sul riparto, la propria giurisdizione²¹.

La dialettica sembra essersi ricomposta con la chiara affermazione, anche da parte del giudice amministrativo d'appello (con espressi richiami alla citata decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2016), della giurisdizione amministrativa, indipendentemente dal fatto che la lite si collochi a monte o a valle dell'adozione, da parte dell'Amministrazione, del documento programmatico concernente l'assegnazione della misura di tutela richiesta²².

Rimangono tuttavia, anche in un'ottica di politica del diritto e della giurisdizione, tutte le perplessità legate all'incertezza circa l'individuazione del giudice da adire, prodotta dalle richiamate oscillazioni giurisprudenziali, in uno dei settori di tutela più delicati e sensibili, anche in relazione alle esigenze di celerità della risposta giurisdizionale alla limitazione all'ac-

cesso, per ragioni legate al vincolo di bilancio, alle prestazioni di tutela.

Conclusioni: amministrazione di risultato e tutela della disabilità

Si è dato conto, in altra sede, del fenomeno della necessità di una riconsiderazione problematica, da più parti avvertita, della stessa nozione di interesse pubblico, e quella di interesse pubblico primario, per effetto «del pluralismo sociale che informa di sé la società e la forma di Stato, e della conseguente tendenza, da parte della legge, alla tutela di interessi particolari spesso in conflitto fra loro»²³.

Si è altresì rilevata, poco sopra, l'ineludibile esigenza di individuare una gerarchia degli interessi quale criterio ordinante di fronte alla complicazione – quantitativa e qualitativa – dei compiti dell'Amministrazione conseguente al pluralismo portato dallo Stato sociale pluriclasse.

Il passaggio ulteriore è relativo alle modalità della verifica di conformità al paradigma normativo di riferimento dell'assetto d'interessi portato dal provvedimento.

Se il nuovo modello di relazione fra legge e potere amministrativo porta, come pure si è già osservato, ad una rivisitazione della nozione di interesse pubblico, ciò induce allora a ritenere che l'esercizio del potere discrezionale debba essere parametrato non al formale rispetto di una regola, ma al raggiungimento del risultato voluto dalla norma attributiva²⁴.

18. Corte di cassazione, Sez. un., n. 25011 del 25 novembre 2014.

19. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 7/2016.

20. Tar Sicilia, Palermo, III sentenze nn. 1940/2017, 2653/2017, 1772/2018.

21. Tar Sicilia, Palermo, I Sezione, sentenza n. 3111/2014. Su tale sentenza, e in generale sulla risposta della giurisprudenza amministrativa all'arresto del giudice del riparto richiamato nel testo, si veda l'analisi di A. Plaia, *Il Tar Sicilia e il Tar Toscana smentiscono il "revirement" delle Sezioni unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile*, in *Dir. civ. cont.*, 17 dicembre 2014. In senso analogo, successivamente, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, sentenza n. 16 del 14 gennaio 2015; e Tar Lombardia, Milano, sez. III, ordinanza n. 73 del 16 gennaio 2015.

22. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, sentenza n. 234/2016: «dal che, a giudizio di questo collegio, consegue allora inevitabilmente la irrilevanza – sotto il profilo della giurisdizione – del fatto che la determinazione lesiva sia intervenuta in concreto "prima" o "dopo" la conformazione del diritto del disabile da parte del Pei: in discussione ne è infatti la sua "astratta" valutazione, quale presupposto sia del provvedimento impugnato, sia di quello ancora solo paventato. Entrambe le domande dunque si situano nel perimetro della giurisdizione amministrativa, non attenendo in alcun modo ad una ipotetica fase di "attuazione" di un provvedimento definitivamente cristallizzato (non essendolo nemmeno il Pei), ma riguardando sempre piuttosto la determinazione dell'attività di sostegno appropriata (secondo le risultanze diagnostiche acquisite). Giurisdizione amministrativa che non subisce, oltretutto, limitazione neanche sotto i due ulteriori aspetti della natura assoluta del diritto in discussione e della natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio». Nello stesso senso le successive sentenze nn. 49/2018, 258/2018 e 303/2018 del medesimo Consiglio.

23. G. Tulumello, *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, cit.

24. Secondo Giacchetti (*Processo amministrativo e interesse generale*, in *Consiglio di Stato*, 10/2002, II, p. 1625), la rilettura dell'art. 97 Cost. conseguente alla portata innovativa dell'art. 1 della l. 241/1990, comporta una nuova formulazione del principio di legalità, per effetto

In questo senso, nella giurisprudenza comunitaria l'affermazione della tendenziale preminenza dell'interesse alla tutela ambientale rispetto agli interessi concorrenti, e la conseguente qualificazione come obbligo di risultato per le amministrazioni dell'obiettivo della salubrità ambientale, si rinvengono in significative decisioni sia della Corte di giustizia, che della Corte Edu²⁵.

La riflessione dogmatica porta così ad affermare che «il principio di legalità non si esaurisce nel rispetto del diritto, ma implica anche l'obbligo di agire nel rispetto del diritto, sicché sempre più all'inerzia – tipizzata come momento di disfunzione della attività – si ricollegano molteplici effetti giuridici, segnatamente sul piano della responsabilità»²⁶.

Il problema, tuttavia, presenta una dimensione ancor più complessa, non limitata al profilo della mera inerzia, alla quale non è estraneo il nuovo rapporto venutosi a instaurare fra interesse pubblico, esercizio del potere e responsabilità della Pubblica amministrazione nei confronti dei privati: «(...) la nuova Amministrazione per risultati tende a soppiantare sempre più la tradizionale Amministrazione per atti e conseguentemente il canone della correttezza dell'agire dell'Amministrazione, e specialmente quello della verifica giustiziale, tende a spostarsi – sotto la spinta di molteplici fattori – dalla legittimità formale alla bontà sostanziale, cioè all'effettiva idoneità dell'attività a conseguire finalità marcate dal pubblico interesse»²⁷.

La dottrina del risultato può essere riferita ad una triplice dimensione del diritto amministrativo: la disciplina dell'organizzazione, quella dell'attività (sotto il profilo del modo d'essere della funzione, che si traduce nelle regole che limitano l'esercizio del potere discrezionale), e quella – intermedia fra le prime due – del procedimento amministrativo.

Per quanto riguarda la dimensione della dottrina del risultato relativa all'esercizio del potere discrezionale, si è osservato che il profilo causale del singolo provvedimento va analizzato alla luce del collegamento che lo avvince alla complessa vicenda amministrativa, nell'ottica del risultato della stessa: in sostanza, quell'attenzione che i civilisti – anche sull'onda di precise indicazioni in tal senso fornite dal diritto positivo²⁸ – rivolgono non più al contratto, ma all' "operazione economica" in quanto tale²⁹, sembra essere dagli amministrativisti rivolta ora al risultato dell' "operazione amministrativa", in luogo del (e oltre il) mero contenuto dispositivo del provvedimento³⁰.

In quest'ottica la giurisprudenza ha affermato che è illegittimo il comportamento di un'amministrazione comunale che si limiti a riservare al soggetto disabile un posto per la sosta, gravando piuttosto su di essa una vera e propria "obbligazione di risultato" che le impone di adottare tutte le necessarie misure affinché la fruizione di tale prestazione sia effettiva, con conseguente giustiziabilità delle relative prese davanti al giudice amministrativo, in sede di giudizio di ottemperanza³¹.

della quale la legge sarebbe per l'amministrazione non lo scopo, ma il limite dell'attività, nel senso che l'amministrazione sarebbe tenuta a fare non solo tutto ciò che la legge le impone, ma altresì tutto ciò che risponde all'interesse della collettività, e che la legge non le vieta. L'opinione richiama alla mente la dialettica Zanobini-Ranelletti, e in particolare la posizione del secondo, per il quale l'amministrazione, a differenza del giudice, non ha il compito «di esprimere e realizzare la norma giuridica nei casi concreti; ma l'altro, profondamente diverso, di soddisfare i bisogni e interessi collettivi»; per l'Amministrazione, dunque, il diritto «come per l'individuo nella sua vita ed attività, è la norma, secondo e nei limiti della quale deve agire, per raggiungere gli scopi pratici della sua vita, cioè soddisfare i bisogni e gli interessi che sono nei suoi fini» (O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, I., *Introduzione e nozioni fondamentali*, Pièro, Napoli, 1912, p. 269; cit. da F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, aggiornam., vol. VI, Milano, 2002, p. 86, n. 55).

25. Su questa vicenda sia consentito il rinvio, per i necessari riferimenti, a G. Tulumello, *Sviluppo sostenibile, discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di) *Climate change: la risposta del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 133 ss.

26. P. Salvatore, *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, IV, p. 100.

27. P. Salvatore, *La legalità nell'amministrazione*, cit., p. 100/101. In argomento anche F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., p. 91, ove l'indagine intorno alla «predicabilità della (valutazione di) legittimità (oltre che a proposito degli atti e dei provvedimenti, anche) per l'attività amministrativa in quanto tale».

28. Il riferimento è all'art. 34, n. 1, del d.lgs 206 del 2005 (Codice del consumo), relativo all'accertamento della vessatorietà di clausole di contratti collegati, a seguito del quale si è affermato che «Il concetto di operazione economica è dunque ormai tipizzato», F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XII d., E.S.I., Napoli, 2006, p. 822.

29. In argomento E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in www.judicium.it, e negli *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*.

30. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., p. 84: «In relazione al risultato sembra necessario introdurre una nuova nozione, che può essere denominata operazione amministrativa, ad indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto».

31. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, sentenza 18 giugno 2018, n. 356: «Occorre muovere dalla esatta individuazione del bene della vita coltivato dalla ricorrente attraverso l'intera vicenda processuale; bene consistente,

Si tratta di una pronuncia – che fa un’applicazione della dottrina del risultato coerente con un canone di effettività della tutela – conforme a un indirizzo che si avverte nella giurisprudenza amministrativa più recente³².

Si può pertanto concludere rispondendo affermativamente all’interrogativo, posto da un recente contributo, circa il fatto che questa vicenda dimostra in modo particolarmente nitido come il “bene della vita” sia tutto nel diritto amministrativo³³: nel senso

che solo una piena e consapevole adozione da parte dell’Amministrazione delle misure necessarie a garantire il risultato di tutela, e il successivo sindacato sulla legittimità (intesa come conformità sostanziale e non formale al paradigma normativo) di tali misure da parte del giudice amministrativo (con l’eventuale adozione di ogni più idonea misura decisoria), può far ritenere effettiva la garanzia dei diritti riconosciuti ai soggetti disabili.

in estrema sintesi, nella concreta ed effettiva possibilità di fruire del parcheggio auto avuto in concessione dal Comune in quanto persona disabile al 100%.

Ciò sul rilievo – non contestato in punto di fatto neppure dal Comune e invero piuttosto sconcertante sul piano sociale – che, allo stato, la sola segnaletica apposta in corrispondenza di tale parcheggio, che reca bene impressa la targa della vettura in uso alla ricorrente, non valga da sola ad impedire che altri automobilisti occupino quel medesimo parcheggio.

Ciò premesso, si deve ritenere che gravi sull’Amministrazione comunale un’obbligazione di risultato, il cui oggetto consiste nel fare tutto ciò che sia necessario per assicurare alla titolare della concessione l’effettiva fruizione del parcheggio; rimettendo peraltro alla stessa Amministrazione la scelta delle modalità ritenute più utili e opportune per adempiere a tale obbligazione.

L’odierna appellante ha chiesto, a più riprese, che tale obbligazione fosse adempiuta secondo una modalità precisa, ossia attraverso la collocazione di dissuasori, con una tecnica – all’apparenza efficace e non particolarmente onerosa – che il Comune ha però sinora reputato poco compatibile, tra l’altro, con le esigenze della circolazione e con lo stato dei luoghi, infine prospettando anche che in tal modo (e mediante l’utilizzo di catene, sbarre o barriere) si potrebbe configurare una vera e propria occupazione del suolo pubblico.

A fronte di tale posizione del Comune, osserva il Collegio come vi possano essere altre modalità per assicurare il medesimo obiettivo primario – che rimane, come veduto, la fruizione effettiva e indisturbata del parcheggio in capo all’avente diritto; modalità che ben potrebbero consistere, inter alia, in aggiunta o in sostituzione rispetto a “dissuasori” (la cui tipologia è a scelta del Comune, quali catene, sbarre elettriche, pali retrattili), nel posizionamento di telecamere in chiave deterrente, ovvero nella costante presenza fisica di un vigile urbano che impedisca l’uso del parcheggio da parte di terzi o che, quanto meno, ne sanzioni sul piano amministrativo le condotte contrarie al Codice della strada, nella pronta disponibilità di un servizio di rimozione dei veicoli che occupino abusivamente il posto auto riservato.

Quel che non è dato consentire, di sicuro, è che le infrazione dei singoli si giovino dell’assenza di controlli da parte dell’autorità competente.

In conclusione, deve ritenersi che il Comune con l’attività posta in essere all’indomani della sentenza del Tar del 2015 ne abbia eluso il contenuto di fondo e che sia necessario che a tale sentenza si dia corretta esecuzione assicurando, attraverso una o più (di una) delle modalità sopra indicate, la concreta ed effettiva fruizione del parcheggio.

Per verificare che ciò accada, e che non si rendano necessarie da parte di questo Giudice l’adozione di ulteriori misure, ordinatorie e di ordine patrimoniale (richieste con l’appello), il Comune dovrà alla scadenza di 90 giorni dalla comunicazione della presente sentenza depositare una relazione scritta che illustri le modalità operative con cui ha inteso assicurare tale fruizione del parcheggio, rinviando la causa ad una camera di consiglio successiva per valutare tali risultanze. Durante lo stesso periodo parte ricorrente ben potrà dare conto di eventuali infrazioni di terzi che le impediscano di parcheggiare».

32. In materia (non di sostegno didattico, ma) di assistenza scolastica ai disabili da parte dei Comuni, affermano che si sia in presenza «di obbligo di risultato, e non già di mera iniziativa procedimentale» Tar Sicilia, Palermo, sez. I, sentenze nn. 1947/2013 e 1958/2013. Considera illegittimo il limite finanziario all’assistenza, Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenza n. 697/2017, osservando che «l’art. 38, primo comma, della Costituzione, nello stabilire che lo Stato (da intendersi nel suo più ampio significato, ossia con riferimento ai vari livelli di governo) deve garantire il mantenimento e l’assistenza sociale ai soggetti indigenti ed inabili allo svolgimento di una proficua attività lavorativa, definisce un’obbligazione di risultato e non di mezzi».

Altre pronunce, al contrario, evidenziano la preoccupazione di scongiurare un rischio di “iperprotezione” del disabile: Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, sentenza n. 7826/2016 non ravvisa l’illegittimità costituzionale della normativa che prevede il cd numero chiuso ai fini dell’accesso ai corsi universitari nella parte in cui, nel disciplinare il predetto numero chiuso, non predispone una riserva di posti in favore dei soggetti disabili: «La previsione di un quota di posti riservata ai disabili, alla luce della previsione del cd numero chiuso e della sua riconosciuta legittimità costituzionale, finirebbe sostanzialmente per avvantaggiare nella competizione questi ultimi i quali, indipendentemente dal punteggio conseguito in relazione a quello conseguito da parte degli altri concorrenti, potrebbero fare affidamento comunque su di un certo numero di posti ad essi riservati».

33. V. Neri, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in giustizia-amministrativa.it, 2018.