



Anna Romeo

(professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di
Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

Amministrazione pubblica e diritti fondamentali *

SOMMARIO: 1. Libertà e diritti fondamentali - 2. Amministrazione e diritto alla salute - 3. Amministrazione e diritto all'unità familiare, all'istruzione e alle prestazioni sociali - 4. Amministrazione e diritto di proprietà - 5. Per una effettività dei diritti fondamentali attraverso l'amministrazione.

1 - Libertà e diritti fondamentali

Per le implicazioni filosofiche e teorico-generalistiche che presenta, il tema dei diritti fondamentali se, certamente, è tra i più discussi e controversi, è, del pari, per la stessa natura di tali diritti, tema comune a diversi ordinamenti.

Ed è forse utile muovere da una considerazione su cui può ravvisarsi una qualche convergenza, ossia l'idea di "diritti fondamentali" proposta da un illustre studioso italiano di filosofia del diritto, Luigi Ferrajoli, che li individua in "tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di soggetti capaci di agire"¹.

Nell'essere, dunque, espressione che indica quei diritti che dovrebbero essere riconosciuti a ogni individuo in quanto essere umano, l'accezione di "diritti fondamentali" è, altresì, spesso considerata equivalente a quella di "diritti umani", "diritti inviolabili", "diritti costituzionali", ovvero, per usare le parole di un altro grande teorico del diritto Norberto Bobbio, "diritti dell'uomo".

Ed è Bobbio a rilevare che

"i diritti dell'uomo per fondamentali che essi siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la

* Il contributo costituisce la rielaborazione e integrazione, anche nelle note, della relazione tenuta al XXI Congresso Internacional de Direito Constitucional organizzato dall'Instituto Brasiliense de Direito Público sul tema "30 Anos de Constituição: um balanço" (Brasilia/DF, 7, 8 e 9 de novembro de 2018), ed è stato sottoposto a valutazione dall'apposito Comitato scientifico.

¹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2008, p. 5.



difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre"².

In tal modo, se ne mette in evidenza il carattere storico³, ossia il fatto dell'essere tali diritti espressioni di un determinato momento temporale, carattere che, tuttavia, non può essere disgiunto dal riconoscimento agli stessi di un profilo potenziale e dinamico, ovvero dall'integrare essi

"pretese giustificate da ragioni particolarmente forti sotto il profilo morale e sostenute, all'interno di un ordinamento giuridico, da fonti di particolare livello gerarchico: la Costituzione o la legge, nella sua funzione attuativa di norme costituzionali, per quanto riguarda i diritti fondamentali, ed il diritto internazionale per quanto attiene ai diritti umani"⁴.

Proprio muovendo da tale rilievo, la riflessione intorno al rapporto che pare doversi ravvisare tra amministrazione e diritti fondamentali può essere utilmente agevolata da un richiamo, sia pure sommario, delle principali tappe che hanno caratterizzato l'evoluzione del concetto di diritti fondamentali.

Questi, se, pure, tradizionalmente ricondotti alle grandi rivoluzioni borghesi del XVII e XVIII secolo - che, in Inghilterra, nell'America del Nord e in Francia condussero all'affermazione di nuove concezioni dei rapporti tra l'individuo e il potere sovrano - hanno, senza dubbio, origini nel costituzionalismo moderno e nell'ideologia individualistica che pervase i movimenti del rinascimento e della riforma protestante e che sarà approfondita nel corso dei secoli successivi.

Se, invero, nell'epoca medievale non sembra ancora possibile discutere di diritti dell'uomo, è d'uopo, tuttavia, rilevare come, in siffatto momento storico, si fa strada, sia pure in un contesto di privilegi, l'idea del "limite" al potere politico. L'approdo a una diversa fase storica, all'età moderna ovvero "l'età dei diritti"⁵, segue a un'evoluzione sulla quale hanno inciso diverse componenti (economiche, politiche, culturali). Ed è in tale fase che si consolida una nuova classe sociale, la borghesia, di cui i diritti costituzionali sono il risultato.

Nella parabola dei diritti fondamentali hanno certamente rivestito un ruolo importante, da un lato, il mutamento registrato sul piano politico, con la definizione dello Stato quale apparato burocratico dotato

² L. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 13.

³ Si tratta, invero, di diritti "che emergono gradualmente dalle lotte che l'uomo combatte per la propria emancipazione e dalle trasformazioni delle condizioni di vita che queste lotte producono" (L. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 26).

⁴ E. PARIOTTI, *I diritti umani*, Torino, Utet, 2008, pp. 3-4.

⁵ L. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit.



di un potere sovrano e centralizzatore, che, nel rendere i "cittadini - sudditi" sottoposti a tale potere, tendeva a una configurazione delle situazioni soggettive quali situazioni radicate in capo a tutti i soggetti, reputati uguali in quella soggezione al potere statale; dall'altro, l'affermazione di correnti individualiste, razionaliste e naturaliste che hanno determinato sensibili modificazioni culturali. In particolare, è riconducibile alla concezione individualistica l'idea per la quale ogni indagine sui diritti non può che muovere dall'individuo che riveste un valore per se stesso e preesiste allo Stato. E quest'ultimo, dunque, è un apparato funzionale all'individuo.

L'affermazione della priorità dei diritti individuali e i principi della limitazione e della divisione del potere, quale portato del costituzionalismo, hanno costituito il primo passo per l'elaborazione di una cultura delle libertà in cui all'apparato statale, diversamente configurato, viene riconosciuta una funzione differente, data non già dall'apprestare ai diritti una tutela esterna bensì dal definire un insieme di nuovi diritti che si caratterizzano per l'essere dimensionati non più sulle classi sociali bensì sugli individui, prescrivendone il rispetto tanto ai soggetti pubblici che a quelli privati. A tale stregua, dunque, si ridisegna il quadro delle competenze, spettando alla Costituzione il compito di delineare un nuovo corso e un nuovo programma politico⁶, e al legislatore, quale estrinsecazione e interprete della volontà popolare, nonché all'amministrazione il compito di attuare quell'indirizzo e quel programma.

È il superamento dell'ideologia borghese in cui si sono affermate le così dette libertà negative, ovvero "tutti quei diritti che tendono a limitare il potere dello Stato e a riservare all'individuo o a gruppi particolari una sfera di libertà dallo Stato"⁷, quei diritti che, nel sostanziare pretese intimamente connesse alla sfera dell'individuo (diritto alla vita, alla libertà, alla proprietà, al domicilio), valgono a

⁶ Rileva **L. FERRAJOLI**, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, 1, p. 42 che "le costituzioni, e in particolare le norme sui diritti fondamentali, impongono limiti e vincoli alla volontà delle maggioranze e sono perciò, in questo senso, un limite alla democrazia politica. Ma questo non solo non toglie la legittimità democratica della giurisdizione costituzionale sulle loro violazioni pur messe in atto dalla legislazione, ma vale al contrario a rafforzarla. In primo luogo, perché la giurisdizione di costituzionalità non interferisce nella sfera legittima della politica, cioè in quella che ho chiamato la sfera del decidibile, bensì nella sua sfera illegittima, cioè in quella che ho chiamato la sfera del non decidibile. In secondo luogo, perché i limiti e i vincoli imposti dai diritti fondamentali alle contingenti maggioranze sono al tempo stesso una *garanzia*, un *rafforzamento* e un *integrazione* della democrazia, sicché la loro protezione giurisdizionale equivale a una protezione della democrazia".

⁷ **L. BOBBIO**, *L'età dei diritti*, cit., p. 26.



integrare una ben precisa linea di demarcazione rispetto a ogni illegittima interferenza dei poteri pubblici nell'ambito riservato all'autonomia privata.

Alle libertà negative si affiancano, invero, le prime libertà positive, ossia i diritti politici, quei diritti - quali il diritto di voto, il diritto di associarsi in partiti politici, il diritto di riunione, etc. - che consacrano una trasformazione delle libertà, da libertà "dallo" Stato a libertà "nello" Stato, libertà per effetto delle quali l'individuo riceve tutela sia come singolo che come soggetto attivo del corpo sociale.

Su questa strada, poi, il cammino dei diritti fondamentali imbrocca il sentiero delle "libertà attraverso o per mezzo dello stato"⁸, ossia di quei diritti così detti sociali che, frutto dell'idea democratica di uguaglianza, sono funzionali ad assicurare un pieno sviluppo della persona umana. In questa loro essenza, l'effettività dei diritti sociali passa attraverso meccanismi intesi a superare le disparità, soprattutto economiche, tra individui, mirando a realizzare quell'uguaglianza sostanziale quale sintetizzata nell'art. 3, secondo comma, Cost., un'uguaglianza che, a tale stregua configurata, vale a porre un

"nesso indissolubile tra Stato di diritto e Stato sociale, nel senso che solo l'intervento nell'economia da parte degli organi pubblici può realizzare lo Stato di diritto in senso sostanziale, come sintesi di libertà e di uguaglianza"⁹.

In quest'ottica, i diritti sociali appaiono in una prospettiva del diritto diversa da quella sino allora invalsa, ossia come prodotto di una società civile non già mera destinataria di esso ma che concorre a formarlo¹⁰.

⁸ L. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 27.

⁹ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, I, il Mulino, Bologna, 1985, p. 47 ss.

¹⁰ E, come rilevato, i diritti sociali sono "diritti fondamentali, raccolgono pretese differenziate che sono assistite da tecniche di tutela anch'esse differenziate e che - similmente a quel che avviene per tutte le posizioni soggettive attive - si sostanziano nella pretesa diretta al godimento del bene della vita ovvero indiretta, attraverso la pretesa a ricevere prestazioni organizzate da soggetti terzi (non necessariamente pubblici); tuttavia, in quanto diritti fondamentali, le diverse pretese riassunte nella posizione soggettiva richiedono tutte tutela piena (almeno quanto al loro contenuto essenziale) perché partecipano della sovranità e nel suo ambito si collocano. Poiché sono diritti fondamentali che si trattengono nell'area della sovranità individuale, non è l'autorità a crearli o garantirli e, giacché albergano nella dimensione sociale della persona, fondativa dell'ordine costituzionale, sono oggetto di riconoscimento proprio nel momento in cui quell'ordine di costituisce (art. 2 Cost.). In applicazione del principio (costituzionale) di sussidiarietà e per ragione della loro natura, per la parte in cui esprimono pretese che richiedono prestazioni, non si rivolgono nei confronti dell'autorità pubblica se non a fronte del fallimento da parte della società nel darvi



Attualmente, l'emersione di nuove domande di tutela ha condotto al riconoscimento della c.d. "terza generazione di diritti", diritti emergenti dal confronto dei diritti fondamentali nella loro connotazione tradizionale con le nuove tecnologie: il diritto alla *privacy*, il diritto all'ambiente, i diritti dei consumatori, i diritti alla qualità della vita, alla libertà informatica, etc.

Da ultimo, infine, pone delicatissimi problemi un'ulteriore categoria di diritti - talora qualificata come diritti della "quarta generazione" - alla quale si riconducono i diritti inerenti la bioetica e le problematiche alla stessa inerenti.

Nel pensiero giuridico contemporaneo i diritti fondamentali ricomprendono, quindi, i tradizionali diritti di libertà, i diritti della persona e i diritti sociali, secondo un catalogo che, sia pure differente dal punto di vista storico e geografico, ne ha, nondimeno, evidenziato il carattere, nel tempo assunto, di "diritti di rango sopra-ordinato"¹¹.

Ed è, dunque, una nozione che, nella sua ampiezza, appare al tempo stesso teorica - in quanto prescinde da un'eventuale previsione degli stessi nel diritto positivo di un dato ordinamento - e formale - poiché non offre alcuna indicazione circa la natura degli interessi tutelati con il loro riconoscimento, ma si fonda sul carattere universale della loro imputazione. È, infatti, l'universalità il carattere strutturale di tali diritti e per effetto di essa gli interessi sostanziali che ne stanno alla base sono inalienabili e indisponibili.

A dispetto della varietà delle posizioni e aspettative suscettibili di essere incluse nella categoria dei diritti fondamentali, vi sono due dimensioni dalle quali non è possibile prescindere ai fini della loro identificazione: la dimensione etica e la dimensione giuridica. Mentre la prima vale a giustificare il loro carattere inviolabile, la seconda occorre per rendere esigibile la relativa pretesa e individuare le opportune modalità di tutela nei confronti del potere pubblico.

risposta" (L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 120).

¹¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, cit., p. 37, il quale avverte come "esiste un nesso di reciproca implicazione tra diritti fondamentali e democrazia costituzionale. Questo nesso consiste nel fatto che la stipulazione in costituzione rigide di tali diritti - dei diritti politici, dei diritti civili, dei diritti di libertà e dei diritti sociali - ha determinato la loro trasformazione in diritti di rango sopra-ordinato a qualunque altra fonte, e perciò da limiti e vincoli soltanto politici o esterni ai pubblici poteri, a cominciare dal potere legislativo, in limiti e in vincoli giuridici o interni all'ordinamento. Ed ha perciò cambiato la natura sia del diritto che della democrazia".



Se, infatti, il nuovo assetto sociale impone un aumento delle funzioni amministrative al fine di un migliore soddisfacimento delle istanze provenienti da una collettività pluralista esprimente bisogni differenziati, ne deriva una compresenza di diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali che, pertanto, postulano un nuovo rapporto con il potere pubblico.

Un rapporto che da un'iniziale posizione difensiva riconosciuta al titolare di tali diritti come strumento di tutela della propria sfera individuale - tipicamente, proprietà ed espropriazione -, evolve, poi, verso una posizione pretensiva, tesa a reclamare, appunto, il godimento dei diritti sociali, che trovano graduale riconoscimento nelle Costituzioni nazionali e nelle Carte sovranazionali¹².

Nel loro essere diritti spettanti a una pluralità indefinita di soggetti, i diritti fondamentali richiedono, dunque, strumenti e risorse perché la loro affermazione di principio si concretizzi in "prestazioni" che spetta all'amministrazione rendere effettive in un contesto sociale ormai profondamente mutato nel segno della globalizzazione¹³.

¹² Tra queste ultime si consideri, in particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale «esprime il *punto di vista europeo* sui diritti fondamentali universali, quale tentativo di mediazione culturale fra le principali antropologie che storicamente hanno fatto e fanno il "patrimonio spirituale e morale" dell'Europa, i suoi "valori comuni" (*Preambolo*). In pratica, *ciò che accomuna gli europei è molto più di ciò che li divide*: è questo il messaggio di fondo della Carta. Si tratta, quindi, di un documento solenne che ambisce a costituire, di fatto, l'inizio di un "mito di fondazione" squisitamente costituzionale, sostanzialmente federale, dei popoli europei: una non trascurabile "parte" del *nucleo duro* della futura Costituzione europea o, oggi, dell'*assetto costituzionale* del Vecchio continente» (A. SPADARO, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2016, 2, p. 308 ss.).

¹³ Rispetto a tale contesto vale, dunque, chiedersi se «i diritti nell'era della globalizzazione non soffrano fortemente per il fatto che i processi di mondializzazione, da un lato, se hanno ormai prodotto, tra i loro effetti materiali, una erosione delle antiche soggettività e identità storicoculturali, rendendo praticamente inutilizzabili molte delle categorie della politica tradizionale, condannando all'inerzia una molteplicità di soggetti politici "classici", dall'altro, non hanno però (almeno fino a ora) innescato un diverso processo di costruzione entro il quale soggetti politici *emergenti* (diversi dunque da quelli esistenti), non solo possano trovare una loro autonoma legittimazione, ma soprattutto siano in grado di sviluppare una concezione della politica globale che ricostruisca identità, appartenenze, ideologie, visioni del mondo necessarie per permettere l'affermazione di una concezione stabile dei rapporti umani. Per poi, entro una concezione determinata, sviluppare la strategia dei diritti fondamentali necessaria per la sua realizzazione. Questa assenza potrebbe considerarsi la causa principale che spiega la debolezza attuale dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione. Apparirebbe così in tutta la sua difficoltà, ma anche in tutta la sua importanza, il percorso da compiere per l'affermazione di quelle che Rodotà chiama le "istituzioni delle libertà" nel mondo globale» (G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti*



Ecco, dunque, il ruolo "fondamentale" svolto dall'amministrazione nella realizzazione dei diritti "fondamentali".

2 - Amministrazione e diritto alla salute

Proprio l'esigenza di comporre il rapporto tra situazioni giuridiche soggettive del cittadino e potere pubblico - per effetto del quale nella dinamica della vicenda relazionale tra individuo e potere, sempre più spesso la pretesa del cittadino non può essere soddisfatta senza la mediazione dell'amministrazione - emerge in modo evidente allorché la tutela dei diritti fondamentali richiede l'erogazione di prestazioni e la determinazione di regole di accesso a quelle.

Il riferimento più immediato è al diritto alla salute¹⁴, oggetto non solo di un diritto fondamentale dell'individuo ma anche di un primario interesse della collettività. Come tale, esso si inquadra all'interno della categoria delle libertà positive, libertà che, cioè, lungi dal richiedere una semplice astensione del pubblico potere da indebite ingerenze all'interno della sfera giuridica privata, esigono la predisposizione di prestazioni positive finalizzate a garantire una effettiva soddisfazione dell'interesse sotteso¹⁵. Ed è l'unico tra i diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., a essere

fondamentali nell'era della globalizzazione, in *Pol. dir.*, 2003, 3, p. 341 ss.).

¹⁴ Come rilevato, «la formulazione impiegata, quella appunto di "diritto alla salute", utilizza il termine "salute" come sintesi di una pluralità di elementi il cui insieme non coincide, però, con il tutto. In altre parole, se sicuramente si ha diritto a che la propria salute non venga direttamente compromessa da azioni altrui e si ha diritto a servizi che mettano nelle condizioni di proteggere e recuperare la propria salute nel momento in cui questa è compromessa o è in pericolo, non si ha alcun diritto ad ottenere la salute. Diritto e salute sono infatti due termini che descrivono cose diverse: l'uno una situazione soggettiva a contenuto giuridico; l'altro uno stato, una condizione della persona, la cui pienezza è tutelata e promossa, ma che non può essere del tutto assicurata dal diritto che ad essa si riferisce. Lo stato in cui consiste è oggetto del diritto, ma non è e non può essere prodotto del diritto. Al tempo stesso, tuttavia, il concetto di salute e il suo significato, incidono sul diritto e contribuiscono a definirne i tratti in forma di limiti e pretese» (A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, p. 518 ss.). Sul concetto di diritto alla salute, cfr., altresì, M. LUCIANI, voce *Diritto alla salute (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991; R. BALDUZZI, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, p. 5394.

¹⁵ Cfr. C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 2; C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino,



espressamente qualificato come “fondamentale” dalla Costituzione (art. 32 Cost.).

In quanto, appunto, diritto “fondamentale” *della persona* - e non solo del cittadino -, la salute è, innanzitutto, dunque, espressione di una posizione di libertà¹⁶ e presuppone, pertanto, il connotato e/o attributo della disponibilità. Tale diritto, tuttavia, al pari di qualunque posizione giuridica soggettiva, non assume certo una valenza assoluta ma richiede di essere contemperato con ulteriori (e parimenti rilevanti) interessi.

Da qui, ad esempio, la previsione della sottoposizione, nei casi e modi previsti dalla legge, a trattamenti sanitari obbligatori¹⁷, concepiti,

Giappichelli, 2011; **A. PIOGGIA**, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁶ E invero, come attentamente rilevato, la giurisprudenza, in particolare quella di Strasburgo, ne ha «promosso la tutela in quanto diritto “implicito” nei diritti e nelle libertà di natura civile e politica espressamente protette. Un danno, diretto o collaterale, per la salute della persona si è fatto in quest’ottica discendere dalla violazione del diritto alla vita (art. 2), del divieto di tortura (art. 3) e del lavoro forzato (art. 4), ovvero dalla violazione delle libertà di pensiero, di religione, di coscienza (art. 9), di espressione (art. 10). Il risultato di questo argomentare è una giurisprudenza ricca di implicazioni, in quanto va oltre la semplice garanzia dell’accesso alle cure mediche, per estendersi fino a prendere in considerazione l’effettiva fruibilità dei servizi medico-sanitari, i loro standard di qualità, fino a prendere in considerazione quei determinanti sociali (abitazione, lavoro, istruzione, ecc.), che, è ormai assodato, svolgono un ruolo decisivo nella effettiva realizzazione del diritto alla salute. Questa correlazione tra tutela della salute e interventi di assistenza sociale e, quindi, il ruolo giocato dai determinanti sociali nella definizione della salute delle persone, è stata messa in luce anche da studi recenti sulla salute, come diritto fondamentale e il relativo grado di effettività. Studi che hanno messo in rilievo come non possa più essere revocato in dubbio il fatto che la salute di ogni persona sia anche la risultante di una serie di fattori che caratterizzano il contesto sociale nel quale vive e si svolge la sua personalità. [...] La salute, perciò, non può più essere considerata soltanto come sinonimo di assistenza sanitaria, ma la sua tutela postula, si ribadisce, un’ampia gamma di fattori sociali, fattori sui quali, si è auspicato, dovranno concentrarsi le future politiche di salute, alle quali spetterà catalizzare e coordinare politiche attualmente separate e autonome» (**M. IMMORDINO**, *La salute degli immigrati irregolari tra “certezza” del diritto e “incertezza” della sua effettività*, in *Nuove Autonomie*, 2013, 2/3, pp. 213-214).

¹⁷ Ha rilevato la giurisprudenza che «l’art. 32, comma 2 cost., l’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea e l’art. 1 l. n. 180 del 1978 prevedono tutti che ogni individuo ha il diritto di non essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario (se non per disposizione di legge, secondo la nostra Carta costituzionale). Il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari è fondato sulla disponibilità del bene “salute” da parte del diritto interessato e sfocia nel suo consenso informato ad una determinata prestazione sanitaria. Da tale premessa consegue che i pazienti in stato vegetativo permanente, che non sono in grado di esprimere la propria volontà sulle cure loro praticate o da praticare e non devono, in ogni caso essere discriminati rispetto agli altri pazienti in grado di esprimere il proprio consenso, possano, nel caso in cui la loro volontà sia stata ricostruita, evitare la pratica di determinate cure mediche nei loro



naturalmente, in vista del perseguimento di un interesse generale che, tuttavia, non può giustificare il superamento dei limiti intimamente connessi con il rispetto della dignità dell'individuo¹⁸.

È il caso delle vaccinazioni obbligatorie ovvero di altre prestazioni sanitarie imposte in ragione della salvaguardia dalla pubblica incolumità. In siffatta ipotesi, la tutela dell'integrità del singolo individuo non può essere disgiunta dalla garanzia dell'interesse pubblico: il contemperamento tra i due interessi comporta la compromissione del primo al cospetto di un rifiuto immotivato e irragionevole delle prestazioni.

E nondimeno, il carattere disponibile o meno dell'interesse sotteso al diritto alla salute non è correlato soltanto all'opportunità di apprestare forme dirette e immediate di garanzia alla collettività, come può avvenire a fronte della necessità di impedire un contagio o il diffondersi un'epidemia. La limitazione alla disponibilità del diritto alla salute può, invero, essere utilmente connessa all'esigenza di tutelare l'integrità psicofisica dell'individuo intesa quale bene primario inviolabile anche da parte dello stesso titolare.

Nell'ordinamento italiano, invero, l'art. 5 del codice civile vieta gli atti di disposizione del proprio corpo "quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". Tale disposizione, in altri termini, introduce taluni limiti - quelli, appunto, previsti dalle disposizioni normative vigenti, ovvero imposti in funzione dell'ordine pubblico o del buon costume - nell'ottica di specificare la portata di un diritto considerato indegradabile.

Orbene, la considerazione delle norme di rango superiore a quelle di legge ordinaria - quali sono le disposizioni del codice civile -, e, in

confronti. Conseguentemente la verifica circa l'obbligatorietà della prestazione sempre e comunque di trattamenti sanitari anche nell'ipotesi di accertata volontà contraria del paziente attiene al diritto della dignità umana che, ai sensi dell'art. 1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve essere tutelata» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650, in *Ragiusan* 2010, pp. 309-310, 160).

¹⁸ Come attentamente rilevato, invero, "la stella polare, infissa nei firmamenti giuridici di tutte le epoche e di tutte le latitudini" è "costituita dalla dignità propria di ogni singolo essere umano. In questa dignità è da ravvisare un punto di sintesi e di equilibrio, che non può non introdurre ponderati correttivi alle libertà dei soggetti individui, anche a quella che, in ambito bioetico, pretendesse di atteggiarsi nei termini di una indiscriminata autodeterminazione o potestà dominicale sul proprio corpo, anzi che privilegiare una sua declinazione aperta a una - giuridicamente più ragionevole - accezione relazionale nel suo più autentico significato" (S. BERLINGO, *Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato, en juriste, dell'ecclesiasticista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it) n. 25 del 2015, p. 19 ss.).



particolare, le disposizioni costituzionali, mette in evidenza la portata del diritto alla salute secondo un'accezione personalistica come diritto dell'individuo prima che interesse della collettività, e insieme vale a definire la libertà delle cure¹⁹ in una doppia accezione, positiva e negativa. In quest'ottica, infatti, una lettura combinata dell'art. 13 Cost. - inteso a tutelare il singolo da interferenze esterne, non volute, nella propria sfera personale - con l'art. 32 Cost., oltre ad avallare l'idea, ora accennata, del diritto alla salute, ha consentito una configurazione del principio del consenso informato²⁰ quale principio che sostanzia un'idea

¹⁹ Con riferimento al profilo delle scelte terapeutiche, è stato rilevato che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'„essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. C. cost., n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (Corte cost., n. 282 del 2002). Il legislatore deve pertanto rispettare uno spazio normativo riservato a istanze extra-giuridiche - individuate di volta in volta in organismi tecnico-scientifici espressione della comunità di riferimento, in professionisti (medici, ricercatori) coinvolti o soggetti istituzionali dotati di specifica competenza (autorità indipendenti; agenzie; commissioni) - in base a un principio di sussidiarietà della fonte legislativa, il cui intervento è residuale rispetto all'autonomia professionale e soggetto all'inveramento di determinate condizioni. La Corte costituzionale sembra quindi prevedere, e imporre al legislatore, un esercizio scientificamente orientato della discrezionalità legislativa, non solo in tutti quei casi in cui l'intervento abbia a oggetto metodi terapeutici. Questo approccio tende ad assumere portata generale rispetto alla regolazione di attività connesse al fenomeno scientifico-tecnologico. La dottrina si è opportunamente riferita a questa opzione in termini di «decisione “modello”, in quanto conterrebbe “una sorta di guide-line degli interventi legislativi in merito alla pratica medica e terapeutica”» (F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana*, vol. III, *La giuridificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 182-183).

²⁰ Come rilevato dalla Corte di Cassazione, «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il principio del consenso informato - il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico - ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che



della libertà di cura tanto come facoltà di scegliere tra diverse opzioni di trattamento medico quanto come facoltà di rifiutare le proposte terapeutiche o revocare, in qualsiasi momento, l'assenso a trattamenti pure necessari al mantenimento in vita della persona²¹.

tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze. Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (L. 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che "La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana", sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari» (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Rass. dir. farmaceutico* 2008, 2, p. 235).

²¹ Con riferimento a tale aspetto, la Suprema Corte, nel richiamare propria precedenti sul punto (in particolare, Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002 - 11 luglio 2002, n. 3122), ha chiarito che «il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'„alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 Cost., per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente



La problematica non investe tanto il diritto alla salute come diritto di potere accedere alle cure necessarie al fine di salvaguardare la propria integrità psicofisica e, in conseguenza, la connessa questione del diritto al conseguimento di prestazioni sanitarie (a titolo gratuito) alla stregua del principio di effettività di tale diritto, apprezzato nella sua declinazione di libertà positiva. Da tale punto di vista, infatti, la questione più rilevante appare quella di ponderare l'erogazione delle prestazioni sanitarie (a titolo gratuito) con ulteriori specifici interessi - non solo economico-finanziari²² ma anche, *lato sensu*, sociali - in direzione di un giusto temperamento tra questi.

Sembra più interessante una breve riflessione sulla complessa e delicata tematica relativa alla necessità e/o opportunità di garantire il

previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire. Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui» (Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007, n.21748, cit.).

²² Come osservato, «il diritto alla salute, come ci insegna la più attenta dottrina, è un diritto "finanziariamente condizionato", la cui garanzia è mediata da scelte politico-istituzionali, modalità di organizzazione e dinamiche di funzionamento delle p.a. e, soprattutto, dipende dalle risorse disponibili. Gli effetti della crisi economica, in particolare in un'ottica di sostenibilità a lungo termine del sistema di *welfare* italiano, hanno reso necessario un contenimento della spesa pubblica che ha richiesto molti sacrifici alla sanità» (V. MOLASCHI, *La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento*, in *Nuove autonomie*, 2016, 3, p. 462). E invero, «Emblematico della contrazione delle risorse è il ridimensionamento dei servizi, di cui la situazione dei posti letto è uno degli indicatori più significativi. Intervento molto controverso è inoltre la chiusura dei punti nascita con meno di cinquecento parti all'anno. Tra gli aspetti più eclatanti del definanziamento si segnala la questione delle liste d'attesa e dei tempi di erogazione, che pur dovrebbero ritenersi inerenti ai "livelli essenziali", come emerge dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in un'ottica di garanzia dell'appropriatezza delle prestazioni che abbracci anche la dimensione temporale» (ID., *La tutela della salute*, cit., p. 464).



diritto alla salute nella sua declinazione negativa, quale, in particolare, è emersa in Italia nella drammatica situazione di una ragazza che versava in stato vegetativo permanente. In questa lunga e triste vicenda ci si è trovati di fronte al problema - che ha visto l'intervento tanto del giudice civile quanto di quello amministrativo - di riconoscere a un soggetto in quello stato il diritto al rifiuto di trattamenti sanitari.

Nel caso di specie, si trattava, infatti, di garantire in concreto l'attuazione di un diritto fondamentale - il diritto di rifiutare le cure - quale esercizio, in negativo, del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., ossia della libera, informata e incoercibile scelta del paziente di non curarsi, nonché quale ultima affermazione della libertà e della dignità dell'individuo di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost., e 13 Cost., riconosciuto ai soggetti ormai in uno stato di forte incapacità o, addirittura, di inconsapevolezza²³.

Ci si rese conto, infatti, che sarebbe rimasta priva di contenuto l'affermazione di un diritto fondamentale - come, peraltro, ribadito dalla stessa Corte di Cassazione²⁴ - se quel diritto non avesse potuto trovare attuazione nella struttura sanitaria pubblica, quale luogo privilegiato per il suo soddisfacimento, o se addirittura, se fosse stato ostacolato da un'azione amministrativa contraria posta in essere da quella struttura.

E invero, non veniva, qui, in discussione l'indegradabilità o meno del diritto, quanto, piuttosto, al cospetto di una pretesa costituente il contenuto di un diritto fondamentale riconosciuto in sede giudiziale - quello di rifiutare le cure - la legittimità del potere, da parte dell'Amministrazione sanitaria, di qualificare in concreto, in termini organizzativi, una siffatta pretesa come non rientrante o, addirittura,

²³ Connessa e gravida di implicazioni è la questione delle scelte in tema di fine vita per la quale, dopo dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento - come è stato affermato - «il diritto al suicidio assistito, o, se si preferisce, il diritto a morire dignitosamente con l'aiuto di un terzo, avente natura "personalissima" e carattere "fondamentale"» (A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2019, p. 5). E invero, mentre «non dovrebbe considerarsi inerente al "diritto alla vita" alcun risvolto "negativo", al contrario, il "diritto alla salute" - l'unico, nella Carta repubblicana, a vedere accompagnata la sua esplicita proclamazione dall'attributo "fondamentale" - abbinerebbe, come tutti i diritti di libertà, ai contenuti più tipici di carattere positivo, anche il loro rovescio: esso implicherebbe il diritto di curarsi e di perseguire il raggiungimento di una migliore condizione di benessere psico-fisico, ma anche quello di non curarsi, di lasciare peggiorare deliberatamente le proprie condizioni di salute, persino di non intraprendere o interrompere trattamenti terapeutici salvavita, e quindi di lasciarsi morire» (ID., *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 9-10).

²⁴ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.



contraria al servizio sanitario nazionale e al catalogo delle sue prestazioni, tradizionalmente concepite quali attività rese in favore del paziente e non, invece, quali inedite attività “sfavorevoli” allo stesso in quanto attività di interruzione delle cure e conseguente causa del decesso.

E così, di fronte al rifiuto, da parte dell’Amministrazione regionale, di indicare una struttura sanitaria presso la quale effettuare l’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale, questa dolorosa e lunga vicenda, terminata in sede civile, è proseguita nella sede giudiziale amministrativa, cui è stato devoluto il sindacato sulla legittimità di tale potere. La “battaglia” condotta dal padre della ragazza ha visto, invero, due decisioni del giudice amministrativo: nel 2014, una prima statuizione del Consiglio di Stato²⁵ ha annullato il provvedimento di rifiuto dell’indicazione di una struttura ospedaliera pubblica ove ricoverare la ragazza per effettuare il distacco del sondino nasogastrico; una seconda, nel 2017, dello stesso supremo Giudice amministrativo²⁶ con cui l’Amministrazione regionale è stata condannata, a motivo di tale illegittimo rifiuto, al risarcimento altresì del danno non patrimoniale sofferto dalla giovane, per lesione del suo diritto alla salute, e dal genitore, per lesione del suo legame parentale.

In assenza, in quell’epoca, di qualsivoglia disciplina normativa dei casi in cui il soggetto non potesse esprimere il proprio rifiuto perché in stato di assoluta incapacità - disciplina intervenuta sia pure poco dopo la conclusione di quella vicenda con l’emanazione della L. 22 dicembre 2017 n. 219, recante “*Norme in materia di consenso informato e disposizioni*

²⁵ Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014 n.4460, in *Foro amm.*, 2014, 9, p. 2229.

²⁶ Cons. St., sez. III, 21 giugno 2017 n.3058, in *Foro it.*, 2017, III, p. 377, con nota di **A. PALMIERI**, e in *Riv. resp. prev.*, 2017, 5, p. 1661, con nota di **A. BERTI SUMAN**, *La responsabilità della p.a. per danno derivante da lesione del diritto all’autodeterminazione terapeutica nel caso “Englaro”*. In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “deve essere annullato il provvedimento con cui la Regione, nonostante l’autorizzazione della Corte d’appello, ha respinto la richiesta di mettere a disposizione una struttura sanitaria per il distacco del sondino-nasogastrico di un paziente in coma vegetativo permanente, dal momento che il diritto di rifiutare le cure costituisce un diritto di libertà assoluto, efficace *erga omnes*, in presenza di una idonea e valida manifestazione di volontà in tal senso, accertata dal giudice civile con decisione passata in giudicato”. Ha, altresì, precisato, che “il diritto di ogni soggetto di rifiutare le cure è un diritto di libertà assoluto, efficace *erga omnes*, quindi una posizione giuridica che può essere fatta valere nei confronti di chiunque intrattenga il rapporto di cura con la persona, nell’ambito sia di strutture sanitarie pubbliche che di soggetti privati; la sospensione del trattamento di sostegno vitale costituisce la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia fino alla morte e l’accettazione, presso la struttura sanitaria pubblica, non può essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale”.



anticipate di trattamento”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 16 gennaio ed entrata in vigore il 31 gennaio 2018 -, si è compiuto così un passo significativo sulla strada della tutela dei diritti fondamentali²⁷, riconoscendo la dimensione del diritto alla salute nella sua portata di libertà negativa.

Ed è una vicenda significativa anche perché è stato riconosciuto con forza il correlativo compito dello Stato-apparato di predisporre adeguate misure legislative e i conseguenti puntuali provvedimenti applicativi²⁸ necessari per soddisfare le richieste di prestazioni sanitarie non solo nella declinazione del diritto alla salute quale libertà positiva ma anche nell'accezione negativa ora detta.

Certo, in base all'assunto che anche il diritto alla salute non è un diritto assoluto, ossia privo di limiti, ma può essere inciso nella misura in cui non ne venga intaccato il nucleo irriducibile senza il

²⁷ Con riferimento al principio del consenso informato, la Suprema Corte aveva, invero, affermato che «il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona - bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile - o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento "absque pactis" sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale deficit di informazione, il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica» (Cass. civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ.* 2013, 5-6, I, p. 1169).

²⁸ Occorre tener presente come, in materia di assistenza sanitaria, la legislazione nazionale deve rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali. Come osservato, "l'effettività della tutela dovrà essere garantita tanto nell'elaborazione e nell'interpretazione del diritto derivato (sent. 06.09.2012, causa 544/10), quanto nell'attuazione delle misure nazionali sull'allocazione e l'utilizzo delle risorse economiche necessarie a garantire l'osservanza dei principi di universalità, elevata qualità dei servizi sanitari, equità e solidarietà, valori profondamente radicati nelle Costituzioni degli Stati membri (vedi *Dichiarazione sui valori e sui principi comuni* del 2 giugno 2006). L'assistenza medica transfrontaliera, dunque, si pone al centro di un'importante crocevia assiologico: per un verso, occorre assicurare il primato e il rispetto dei diritti fondamentali, in quanto valori fondanti dell'Unione (art. 2 TUE); per l'altro, l'azione dell'Unione deve risultare conforme al principio di attribuzione (art. 5, par. 1, TUE) e rispettare le identità nazionali insite nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, degli Stati membri (art. 4, par. 2, TUE)" (G. DI FEDERICO, *L'accesso alle cure mediche nell'Unione europea tra diritti fondamentali e sovranità nazionali*, in *Quad. cost.*, 2013, 3, p. 679 ss.).



disconoscimento del limite della salvaguardia di interessi pubblici preminenti.

3 - Amministrazione e diritto all'unità familiare, all'istruzione e alle prestazioni sociali

Se la vicenda appena descritta evidenzia in modo plastico - e, per quanto detto, anche drammatico - la stretta connessione tra diritti fondamentali e amministrazione pubblica cui è affidata un'opera di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, in ipotesi, anche solo occasionalmente, confliggenti, non mancano fattispecie differenti, analogamente rilevanti nella loro portata garantistica della "libertà" dell'individuo.

Si pensi al diritto all'unità familiare di cui all'art. 29 Cost. e al permesso di soggiorno per motivi familiari di cui all'art. 30, primo comma, lett. b), del D. Lgs. n. 286 del 1998 (Testo unico in materia di immigrazione - T.U.I.), da rilasciare allo straniero.

Ebbene, dopo l'entrata in vigore della L. n. 76 del 2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto, si è sviluppata un'interpretazione nuova ed evolutiva del concetto di famiglia, comprendente anche le unioni di fatto tra individui (pure dello stesso sesso) e che non è rimasta senza conseguenze anche in ordine al diritto al rilascio di tale permesso.

Sul presupposto del riconoscimento della presenza di rapporti affettivi - di natura eterosessuale od omosessuale - che vietano agli Stati membri di introdurre una legislazione che neghi all'individuo il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia, intesa come vita familiare, la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹ ha, invero, affermato che l'eventuale applicazione di una misura di allontanamento o di diniego di un permesso di soggiorno determinerebbe un sacrificio sproporzionato del diritto alla vita privata e familiare per il soggetto portatore dell'interesse.

In forza di tale assunto, pertanto, la giurisprudenza italiana³⁰ ha annullato il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per

²⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2016, ric. n. 6845/13, *Pajic c. Croazia*, la quale ha affermato che "il divieto di discriminazione per orientamento sessuale, sancito dall'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della convenzione europea dei diritti umani, si applica anche alla disciplina nazionale dell'immigrazione, in particolare alla concessione del ricongiungimento familiare a favore di stranieri che desiderano convivere con un partner dello stesso sesso nel territorio dello Stato".

³⁰ Così Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5040 in *Guida al diritto* 2017, 47, p. 89, che ha ritenuto illegittimo il decreto questorile che, pur correttamente rilevando l'insussistenza dei presupposti reddituali per il rilascio del permesso di soggiorno per



motivi di lavoro subordinato richiesto dalla straniera convivente e ha rimesso all'Amministrazione di valutare, ai sensi dell'art. 5, nono comma, T.U.I, se sussistano o meno i presupposti, formali e sostanziali, per rilasciare un permesso a diverso titolo e, in particolare, per i motivi familiari di cui all'art. 30, primo comma, lett. b) T.U.I., disposizione da applicarsi necessariamente, in via analogica³¹, anche alla convivenza di fatto della straniera, cittadina di Stato non appartenente alla UE, con il cittadino italiano.

E invero, la circostanza che l'attuale legislazione in materia di permessi di soggiorno non fosse stata ancora adeguata o comunque ben coordinata, sul punto, alle riforme introdotte dalla l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili e di fatto, consentendo il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari (di cui all'art. 30, primo comma, lett. b), D. Lgs. n. 286 del 1998), anche al convivente straniero di cittadino italiano, purché ne ricorrano le condizioni, formali e sostanziali, ora previste dalla stessa L. n. 76 del 2016 (e, in particolare, dall'art. 1, commi 36° e 37°), non poteva rappresentare un ostacolo all'applicazione mediata, anche in via analogica, degli istituti previsti dalla legislazione in materia di immigrazione per le unioni matrimoniali e, quindi, dello stesso art. 30. Ciò in ragione dell'applicazione immediata e cogente, di principî costituzionali ed europei, la cui forza vincolante prescinde dalla

motivi di lavoro subordinato, non ha però valutato, a fronte della situazione di fatto rappresentata in sede procedimentale, se sussistessero o meno i presupposti, formali e sostanziali, per rilasciare un permesso a diverso titolo e, in particolare, per i motivi familiari di cui all'art. 30, primo comma, lett. b), d. lg. n. 286 del 1998, disposizione da applicarsi necessariamente, in via analogica, anche nel caso, come quello in analisi, in cui sussista una convivenza di fatto dello straniero con il cittadino italiano.

³¹ Cfr. altresì, Cons. St., sez. III, 20 febbraio 2017, n. 764, in *Red. amm. Giuffrè*, 2017, secondo cui "ai sensi dell'art. 5, comma 5, d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dalla l. 30 luglio 2002 n. 189 e, successivamente, dal d.l. 8 gennaio 2007 n. 5, nei confronti dell'extracomunitario, che ha esercitato il ricongiungimento familiare o è familiare ricongiunto, l'eventuale diniego del permesso di soggiorno o del suo rinnovo non discende automaticamente dalla presenza di una causa ostativa (ad es. le condanne penali), ma deve essere sempre preceduto da una valutazione discrezionale dell'Amministrazione pubblica, che tenga conto dell'interesse dello straniero e della sua famiglia alla conservazione dell'unità familiare, mettendo tale interesse in comparazione con quello della comunità nazionale ad allontanare un soggetto socialmente pericoloso; tale disciplina di maggior favore per lo straniero, benché riferita dalla succitata normativa al soggetto che abbia usufruito di una procedura di ricongiungimento familiare, deve - sulla scorta degli indirizzi della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti umani - essere applicata per necessità logico-giuridica in tutti i casi in cui vi sia un nucleo familiare la cui composizione corrisponda a quella che, ove necessario, darebbe titolo ad una procedura di ricongiungimento, non rilevando in contrario che tale procedura in effetti non vi sia stata, essendosi il nucleo familiare costituito o ricostituito senza aver dovuto ricorrervi".



normativa sopravvenuta della medesima L. n. 76 del 2016 e dalle conseguenti disposizioni di attuazione e/o coordinamento.

Si tratta di un orientamento³² che, pur riconoscendo la particolare valenza del diritto all'unità familiare, ne riconosce il carattere non assoluto, muovendosi nel segno dell'affermazione di un suo necessario contemperamento con altri interessi³³.

Nella medesima prospettiva, ancora, un interessante banco di prova dell'amministrazione nella tutela di diritti fondamentali può ravvisarsi con riferimento al diritto all'istruzione, rispetto al quale viene, in particolare, qui in evidenza la complessa problematica relativa agli alunni disabili.

³² Cfr., altresì, Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2019, n. 781, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, ove è affermato che "In tema di espulsione del cittadino straniero, l'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica - con valutazione caso per caso ed in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte Cost. Tuttavia il giudice del merito è tenuto, onde pervenire all'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato art. 13, comma 2 bis, a dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di detti legami (rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni etc.) oltre che delle difficoltà conseguenti all'espulsione, senza che sia possibile, fuori dalla valorizzazione in concreto di questi elementi, fare riferimento ai criteri suppletivi relativi alla durata del soggiorno, all'integrazione sociale nel territorio nazionale, ovvero ai legami culturali o sociali con il Paese di origine". Cfr., altresì, nel medesimo senso, Cass. civ., sez. I, 2 ottobre 2018, n. 23957.

³³ E invero, come rilevato in giurisprudenza, "in tema di immigrazione, il diritto all'unità familiare di cui agli artt. 28 del d.lgs. n. 286 del 1998, 8 della CEDU e 3, 7, 9 e 10 della Convenzione di New York, ratificata con la l. n. 176 del 1991, nel nostro ordinamento non ha carattere assoluto atteso che il legislatore, nel contemperamento dell'interesse dello straniero al mantenimento del nucleo familiare con gli altri valori costituzionali sottesi dalle norme in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri, può prevedere delle limitazioni, sicché è legittimo il mancato accoglimento dell'istanza di autorizzazione alla permanenza sul territorio italiano di un genitore straniero per la ritenuta insussistenza dei gravi motivi di cui all'art. 31, comma 3, del citato d.lgs. n. 286 del 1998, costituendo il relativo giudizio di bilanciamento valutazione di merito, non censurabile in cassazione ove legittimamente operato" (Cass. civ., sez. VI, 10 settembre 2015, n. 17942, in *Giust. civ. Mass.*, 2015). Cfr., altresì, Cass. civ., sez. I, 2 maggio 2007, n. 10136; Cass. civ., sez. I, 24 novembre 2004, n. 22206, in *Giust. civ. Mass.* 2004, p. 11; Cass. 20 agosto 2003 n. 12226.



Al riguardo, si tratta di armonizzare le disposizioni di principio contenute nella legge n. 104 del 1992 - che riconosce a tali soggetti un insieme di diritti, qualificati dalla Corte costituzionale, come diritti fondamentali - con le disposizioni sull'organizzazione scolastica e sulla assegnazione degli insegnanti di sostegno, le quali sono, invece, basate sull'esigenza di contenere la spesa.

E invero, le istituzioni scolastiche vengono inquadrare entro la nozione di autonomia funzionale³⁴ e qualificate come istituzioni sociali e comunitarie, rispondendo esse a un modello organizzativo idoneo a soddisfare l'esigenza fondamentale di consentire una partecipazione diretta di determinate comunità di persone, coinvolte nello svolgimento di funzioni pubbliche particolarmente rilevanti - come, appunto, l'istruzione - all'amministrazione di queste ultime e alla cura dei correlati interessi pubblici, con conseguente assunzione di responsabilità.

Al fine di assicurare quello che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, è il nucleo irriducibile anche del diritto fondamentale all'istruzione, occorre realizzare un difficile bilanciamento tra la concreta soddisfazione di tale diritto e le misure organizzative dell'Amministrazione come rese effettive dai sempre più stringenti vincoli della spesa pubblica: in altri termini, con quel limite che è stato efficacemente definito la "riserva del possibile".

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al diritto alle prestazioni sociali che presuppone la determinazione dei requisiti di accesso a siffatte prestazioni e il livello di partecipazione al loro costo da parte degli utenti, così determinandosi il livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. m).

4 - Amministrazione e diritto di proprietà

³⁴ Rileva, sul punto, F. DI CRISTINA, *La parabola dell'autonomia scolastica*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI, *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana*, vol. VI, *Unità e pluralismo culturale*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 67 che "È generalmente accettata l'idea per cui, se di vera autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche si tratta, il centro deve limitarsi a quanto necessario per indirizzare e le scuole hanno il diritto-dovere di organizzare ed erogare autonomamente il servizio. Occorre tuttavia interrogarsi sul significato, oggi, di tale forma di autonomia e dell'ideal-tipo che ne costituisce il presupposto logico. L'evidenza empirica, d'altronde, sembra suggerirne tutte le virtù. L'OCSE, ad esempio, ha identificato una relazione concausale tra autonomia scolastica (prevalentemente didattica) e risultati nell'apprendimento degli studenti. Tanto basterebbe a confermare il carattere irrinunciabile della libera d'insegnamento e di organizzazione della didattica. Ma tale aspetto non pare oggi in discussione. È sul versante finanziario e del reclutamento, invece, che si pone la nuova frontiera dell'autonomia scolastica".



L'evoluzione dello Stato costituzionale, se ha reso aperto il catalogo dei diritti fondamentali con la connessa individuazione di nuove fattispecie come appena evidenziato, ha determinato il progressivo depotenziamento di alcuni diritti tradizionali, come, ad esempio, il diritto di proprietà e le altre libertà inerenti al settore economico.

A questi, per completezza, occorre riservare un breve cenno.

La proprietà e l'iniziativa economica sono stati concepiti come manifestazione, l'una in senso statico, l'altra dinamico, della libertà individuale e, pertanto, come espressione della personalità umana ovvero come presupposto necessario per lo sviluppo della stessa.

La relazione tra soggetto e oggetto ovvero tra proprietario e cosa e quella tra il medesimo soggetto e i terzi rappresentano, tradizionalmente, le due proiezioni di un unico diritto capace di essere riguardato sotto due differenti e speculari profili. Invero, il carattere assoluto del diritto dominicale quale potere illimitato del privato sul bene, plasticamente riassunto nella formula *usus, fructus et abusus* del diritto comune e poi nella previsione codicistica di facoltà di godimento e di disposizione, valeva a esprimere il contenuto del diritto in relazione a un determinato bene e, insieme, compendeva quell'esclusività del potere che si traduceva nel carattere dell'inviolabilità, ossia in una preclusione assoluta di uso e di disposizione del bene da parte di terzi.

Con il superamento di tale concezione basata sull'identificazione di proprietà e personalità umana³⁵ - essendo la proprietà intesa quale imprescindibile presupposto per lo sviluppo della personalità umana -, si giunge a una radicale trasformazione di quel rapporto che, pur senza disconoscere la peculiare valenza del diritto di proprietà nel sistema dei valori, ne ritiene possibile l'affermazione nei limiti della compatibilità con il nuovo quadro assiologico emergente dalla Costituzione.

³⁵ Cfr. D. IPPOLITO, *Libertà e proprietà nella teoria dei diritti di Luigi Ferrajoli*, in *Ragion pratica*, 2015, 1, p. 133, il quale rileva che «la configurazione archetipica (nonché il più solido punto d'appoggio dottrinale) dell'ideologia liberal-borghese dell'„individualismo possessivo"» giustificava "l'appropriazione privata sulla base della proprietà che ciascuno ha della propria persona. Padrone esclusivo del proprio corpo, l'individuo diventa padrone esclusivo delle cose create o trasformate attraverso l'azione del proprio corpo. Incorporando una parte di sé nelle cose esterne - ovvero incorporandovi il proprio lavoro - egli rende le cose esterne parte di sé. Cos'è il diritto reale di proprietà è dedotto immediatamente dalla natura dell'uomo: da quella naturale proprietà della persona su se medesima, consistente nell'immunità da soggezioni coatte all'altrui arbitrio e nella facoltà di agire secondo la propria volontà; consistente, cioè, nella libertà. Piantata nel giardino privato della personalità o, fuor di metafora, rappresentata quale sfera dell'esercizio della libertà individuale, la proprietà - intesa come dominio sulle cose - è in tal modo consacrata al rango di diritto naturale".



A tale stregua, solo il difetto di contrasto con gli interessi generali della società ha comportato la legittimazione della proprietà e la giustificazione della formula dell'art. 42, secondo comma, Cost. che, nel demandare alla legge il compito di determinare i modi di acquisto e di godimento, ha conferito alla stessa, altresì, l'ulteriore dovere di precisare quei limiti, connaturali al diritto stesso e volti ad assicurare la funzione sociale. Tale funzione, come noto, nel suo multiforme atteggiarsi, si sostanzia nel raggiungimento di un equo temperamento dei conflitti tra gruppi sociali che impiegano il bene, nell'esigenza di efficienza economica e nell'instaurazione di più equi rapporti sociali.

Se prendiamo in considerazione le fonti sovranazionali, d'altronde, ci accorgiamo come l'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, a fronte del contrasto tra un'idea della proprietà come diritto fondamentale e un'idea della stessa permeata della funzione collettiva o sociale, non menziona espressamente il diritto di proprietà ma enuncia il "diritto al rispetto dei beni".

E' proprio alla luce del riconoscimento del diritto al rispetto dei beni e della sollecitazione agli Stati membri nell'emanazione di leggi "da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale" - contenuta, appunto, nell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione - che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha interpretato le disposizioni concernenti la privazione della proprietà³⁶ e le limitazioni per questa previste nonché il potere di regolare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale e alle leggi vigenti.

In altri termini, in un sistema comunque fondato sul valore della proprietà privata e comunque ancorato al rispetto del principio di legalità, la compressione del diritto dominicale è giustificata dalla previsione di un equo temperamento tra interesse pubblico e

³⁶ Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 2005 *JAPye Ltd (Oxford) v. the United Kingdom*, in *Foro Amm.* - *CdS* 2005, 11, p. 3147, secondo cui "in difetto di un atto formale di trasferimento di proprietà, ed in mancanza di un giudizio nazionale che dichiari che un tale trasferimento deve considerarsi realizzato, la perdita di ogni disponibilità del fondo, combinata con l'impossibilità di rimediare alla situazione lesa genera un'espropriazione di fatto incompatibile col loro diritto al rispetto dei beni privati con conseguente violazione dell'articolo 1 del protocollo n. 1". In quest'ottica, invero, "il meccanismo dell'espropriazione indiretta non è atto ad assicurare un grado sufficiente di sicurezza giuridica: infatti, sia che operi in virtù di un principio giurisprudenziale sia che si fondi su di un testo di legge (come ad es. l'art. 43 del t.u. sull'espropriazione per pubblica utilità, d.lg. n. 325 del 2001), esso non può costituire una valida alternativa ad un'espropriazione avvenuta secondo le forme prescritte, in quanto tende a ratificare una situazione di fatto che consegue alle illegittimità commesse dall'amministrazione, e a regolare le conseguenze a favore di questa".



interesse privato quale può essere rappresentato dalla previsione di un ristoro pecuniario.

Senza potere, in questa sede, affrontare la problematica relativa al potere amministrativo nei confronti del diritto "fondamentale" di proprietà³⁷, ci si limita, nondimeno, a evidenziare come l'evoluzione normativa in tema di espropriazione e di occupazione illegittima del bene da parte dell'amministrazione si sia mossa nel segno dell'affermazione dell'indubbio valore da riconoscere al diritto di proprietà - o, meglio, al diritto al rispetto dei beni - che giunge a combinare con la parallela affermazione del principio di legalità.

Nell'ordinamento italiano, infatti, in ipotesi di occupazione illegittima del bene è previsto (art.42 *bis* D.p.R. n. 327 del 2001) un atto di acquisizione di questo al patrimonio indisponibile e la corresponsione di un indennizzo per il pregiudizio, patrimoniale e non patrimoniale, subito dal privato, oltre, naturalmente, al risarcimento del danno³⁸. Tale disposizione normativa rappresenta una risposta dell'ordinamento all'esigenza di non lasciare privo di ristoro il possesso del bene da parte dell'amministrazione fino all'atto autoritativo di acquisizione,

³⁷ Rileva L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, in *Dir. e soc.* 2016, 3, p. 436 ss., che «sono stati qualificati beni comuni quei beni che esibiscono l'attitudine a rispondere ai concreti bisogni delle persone che sul terreno costituzionale assumono la "veste" appunto di diritti fondamentali, e che, come emerge dalla stessa locuzione in esame ("beni comuni"), a dispetto del paradigma individualistico, possono essere adeguatamente appagati soltanto all'interno delle reti di relazioni sociali entro le quali si realizza il percorso esistenziale della persona umana ed in forza della condivisa partecipazione ai circuiti di integrazione comunitaria (tanto sociale quanto politica). Il nesso con l'istanza di garanzia dei diritti inviolabili consente non soltanto di cogliere la ragione della matrice squisitamente costituzionale della nozione di beni comuni, ma anche di spiegarne il carattere eterogeneo ed indeterminato. Infatti, si può pienamente convenire con la tesi secondo la quale è precisamente nel nesso di strumentalità all'effettiva garanzia dei diritti inviolabili che è dato ravvisare la ragione ultima (o, mutata la prospettiva, prima [...] dell'impossibilità di individuare, almeno nell'ambito del sistema normativo, sicuri e stabili confini per la nozione di beni comuni. Infatti, appartiene necessariamente ai diritti inviolabili dell'uomo una - potenzialmente inesauribile - vis espansiva, che finisce per attrarre (quantomeno, potenzialmente) all'interno della categoria in esame ogni sorta di bene (o, in generale, di istituto, di fenomeno) giuridicamente rilevante».

³⁸ In ipotesi di illegittima occupazione del fondo e di trasformazione dello stesso non si verifica, infatti, alcun acquisto né alcuna estinzione del diritto di proprietà, che resta in capo al proprietario, il quale può agire per la restituzione. D'altra parte, l'amministrazione ha sempre la possibilità di paralizzare ogni iniziativa tesa alla restituzione, esercitando il potere di cui al nuovo art. 42 *bis* D.p.R. 327 del 2001, a norma del quale l'amministrazione deve disporre la restituzione del terreno ai legittimi titolari, demolendo quanto realizzato e disponendo la restituzione in pristino oppure deve attivarsi perché vi sia un titolo di acquisto dell'area da parte del soggetto possessore.



rappresentando l'indennizzo il giusto ossequio a quel diritto al rispetto dei beni richiesto in sede europea.

E allora, sebbene alla proprietà e all'iniziativa economica non può più essere riconosciuto il carattere di attributi originari e inviolabili della personalità dell'uomo, ossia diritti inviolabili "in senso stretto", essi, nondimeno - in ragione dell'assetto vigente nell'ordinamento costituzionale italiano e dell'incidenza della normativa europea nel sistema nazionale - non possono non considerarsi diritti inviolabili "in senso ampio". Come tali, impongono all'amministrazione il delicato compito di comporre quel difficile equilibrio tra legalità ed efficienza, tra garanzia dei diritti e opportuno perseguimento degli interessi pubblici che ne segna il tratto caratterizzante nel quadro dei pubblici poteri.

5 - Per una effettività dei diritti fondamentali attraverso l'amministrazione

Gli esempi addotti dimostrano quanto forte sia la connessione tra diritti fondamentali e potere amministrativo da considerarsi, come sottolineato dalla Corte costituzionale, come due facce di una stessa medaglia.

I diritti fondamentali, nella loro inviolabilità, non possono, invero, prescindere dal potere, non essendo proprio dei diritti fondamentali il carattere della indegradabilità e impermeabilità, ma quello, invece, della capacità di essere implementati e "conformati" - per usare un'espressione consueta al diritto amministrativo - dai valori costituzionali - in particolare, quelli della solidarietà, della libertà e dell'eguaglianza sostanziale - sì da essere veicolati all'interno di essi dal potere.

L'effettività dei diritti fondamentali non può prescindere dall'esercizio della funzione amministrativa, dalla predisposizione di una compiuta ed efficiente struttura organizzativa e da una idonea erogazione dei servizi³⁹. E, come in precedenza sottolineato, nel garantire

³⁹ Come attentamente rilevato, un aspetto della implementazione complessiva dei diritti fondamentali «è rappresentato dalle politiche rivolte al soddisfacimento degli interessi sottesi ai valori di base dell'ordinamento. L'approvazione di una Carta dei diritti non può diventare un alibi per la mancata previsione di strutture efficaci per la loro concretizzazione e lo stanziamento di fondi adeguati. La ricorrente insufficienza delle politiche, nazionali ed europee, su questo decisivo versante, mette in primo piano l'intervento dei giudici (comuni, costituzionali, nazionali, europei), costretti a supplire alle carenze, all'inerzia e alla scarsa sensibilità dei diversi "legislatori" e "governi". L'incontenibile "espansione globale" del potere giudiziario nell'epoca contemporanea è anche l'effetto della crisi dell'indirizzo politico, considerato unitariamente nei tre momenti costitutivi (individuazione dei fini, predisposizione dei mezzi, attuazione) analizzati dalla dottrina costituzionalistica molti anni addietro» (G. SILVESTRI, *Verso*



l'effettività, l'amministrazione è chiamata a compiere una delicata attività di bilanciamento che costituisce la condizione normale (e costituzionale) di emersione dei diritti. Nell'esercizio di tale attività, al cospetto di un mondo privo di valori⁴⁰ condivisi e spesso confliggenti che ne rende difficile una graduazione, essa deve essere guidata dal faro della libertà dell'individuo non già isolatamente considerato ma come parte della comunità in cui vive e in cui devono trovare spazio i principi di solidarietà e di uguaglianza.

A tale stregua, nella prospettiva di un diritto costituzionale multilivello, in cui l'ordinamento italiano risulta permeato da quello europeo e internazionale, l'amministrazione dismette i panni del potere pubblico tradizionalmente inteso per assumere a pieno quel compito promozionale che la Costituzione italiana impone a tutti i pubblici poteri, quel compito di valorizzazione della persona umana e di tutela dei suoi diritti fondamentali quale prodotto non della natura, bensì della civiltà umana.

uno ius commune europeo dei diritti fondamentali, in *Quad. cost.*, 2006, 1, p. 13 ss.).

⁴⁰ E invero, l'ambito nel quale impostare la complessa problematica dei diritti fondamentali è quello ha riguardo «all'intera tavola dei valori nelle loro astrattamente innumerevoli combinazioni; i valori, poi, a loro volta, rimandano alle norme ed al caso. Nessuno degli elementi suddetti può vantare l'insana pretesa di potersi dire autenticamente autonomo, indipendente dagli altri. Perché - è un dato ormai di comune esperienza - i casi si leggono attraverso le norme ed i valori, le norme attraverso i casi ed i valori, i valori attraverso le norme ed i casi. In un contesto così fluido e mobile, al piano dei valori come a quello delle norme e dei casi, v'è ad ogni buon conto un punto fermo, che dà (deve dare) un senso alla quotidiana fatica degli operatori; ed è, a mia opinione, la dignità della persona umana, un valore "supercostituzionale" - come lo si è altrove chiamato - o, forse meglio, l'unico, vero *Grundwert* dell'ordinamento, che è poi, allo stesso tempo, la *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali: la "bilancia" - come pure s'è detto - che presiede ai bilanciamenti. I principi-valori fondamentali - si è qui pure tentato di mostrare - sono soggetti ad operazioni di bilanciamento, già in sede di *ricognizione semantica prima ancora che negli esiti della stessa*, operazioni aperte ad esiti in partenza imprevedibili ed apprezzabili unicamente ex post, secondo i casi appunto; la dignità, no. È da qui che viene, dunque, la luce per la ricerca del modo migliore, in relazione al caso, per combinare, integrandoli nei fatti interpretativi, tutti i materiali relativi ai diritti, senza alcuna aprioristica esclusione o graduazione» (A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. Dir.*, 2010, 1, p. 38 ss.).