LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE NELLA DIALETTICA TRA G.A. E A.G.O.

di Antonino Masaracchia [1]

(versione provvisoria)

SOMMARIO. – 1. Diritti fondamentali e giurisdizione del giudice amministrativo. – 2. Diritto fondamentale alla salute e giurisdizione del giudice amministrativo. – 3. *(Segue)* La vicenda Englaro ed il suo seguito giurisprudenziale: secondo il Consiglio di Stato la giurisdizione spetta al g.a. indipendentemente dalla natura "fondamentale" del diritto soggettivo azionato. – 4. Il caso particolare dell'impugnazione dell'"atto aziendale" della ASL.

1. – *Diritti fondamentali e giurisdizione del giudice amministrativo.*

Si rinviene spesso, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'affermazione per cui la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica azionata, quand'anche qualificata come "diritto fondamentale", non porta ad escludere la sussistenza della giurisdizione amministrativa: "*La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali*". In tal senso ha statuito la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 12 aprile 2016, n. 7.

Quest'ultima affermazione, nella sentenza citata, si riferisce ad un caso di giurisdizione amministrativa esclusiva (nella specie, quella dei "servizi pubblici" – si trattava dell'annosa questione delle ore di sostegno per gli alunni disabili, nell'ambito della valutazione dell'amministrazione scolastica finalizzata alla redazione del Piano Educativo Individualizzato– P.E.I.). In tale occasione, si è aggiunto, "*il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un'eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva*", precisandosi, altresì, che i confini di quest'ultima non possono di certo "*intendersi ristretti o ridimensionati, in ragione della natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio*", in quanto, "*là dove il diritto azionato postuli, per la sua completa realizzazione, l'espletamento di una potestà pubblica che si risolve nella verifica, sulla base di canoni medici o scientifici, dei presupposti per la sua attuazione, la potestà cognitoria del giudice amministrativo*

[1] Consigliere del TAR Lazio, Roma; componente dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della G.A.

deve intendersi estesa anche allo scrutinio della correttezza del predetto apprezzamento, in quanto implicato dalla disamina della fondatezza della pretesa azionata in giudizio, seppur nei limiti del sindacato relativo alla discrezionalità tecnica".

Sussistono peraltro alcuni indizi (che in questa sede si cercherà di approfondire) dai quali è possibile concludere che la richiamata affermazione di principio – quella, cioè, per cui la natura "fondamentale" del diritto non vale ad escludere, di per sé, la giurisdizione amministrativa – possa risultare valida anche laddove non si versi in un ambito riservato alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ma venga in rilievo il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio.

Per quanto più rileva per il diritto alla salute – il quale, è bene ricordare, è proclamato dalla Costituzione come "*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*" (art. 32, comma 1, Cost.) – vi è, comunque, un altro passaggio significativo che, nella sentenza n. 7 del 2016 dell'Adunanza plenaria, merita di essere ricordato: quello in cui si afferma che, nella gestione di alcuni "pubblici servizi", "*quali, ad esempio, la sanità o la scuola, il cittadino resta titolare di diritti costituzionalmente garantiti (e, in particolare, alla salute e all'istruzione)*"; in tali casi, laddove si acceda all'opzione ermeneutica che esclude dai confini della giurisdizione esclusiva la cognizione dei diritti fondamentali, "*si produce l'effetto di ridurre entro ambiti inconsistenti il perimetro della potestà cognitiva affidata al giudice amministrativo nelle materie considerate*".

Ne deriva – in base a queste importanti affermazioni – che sono almeno due i passaggi logici che potrebbero essere percorsi per affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo anche laddove la situazione soggettiva dedotta in giudizio sia quella del "diritto fondamentale" della salute:

- l'uno, quello di ricondurre la sanità, complessivamente considerata, nel novero dei "pubblici servizi", con conseguente giurisdizione esclusiva *ex* art. 133, comma 1, lett. *c)*, cod. proc. amm., che copre anche i diritti soggettivi pur se "fondamentali"[2]; è appena il caso di ricordare che, in tale evenienza,

[2] Nella giurisprudenza amministrativa si incontrano spesso affermazioni che sostengono la giurisdizione amministrativa esclusiva con riguardo a svariati aspetti della tutela della salute (e dell'organizzazione della sanità pubblica) proprio sulla base del richiamo alla natura di "servizio pubblico" dell'attività svolta: cfr., ad esempio, TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sent. n. 1789 del 2012, secondo cui "*Nel caso in cui siano impugnati i provvedimenti con cui la p.a. preposta alla tutela della salute ha negato la possibilità di fruire del ricovero, a spese del servizio sanitario regionale, presso un istituto straniero, il ricorrente agisce a tutela di un diritto soggettivo (il diritto alla salute), in materia (servizio pubblico sanitario) soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett.* c)*, d.lg. 2 luglio 2010 n. 104,*

l'affermazione dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa non comporterebbe affatto una *deminutio* della tutela giudiziaria per il privato, "*nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte Cost., sentenza 27 aprile 2007, n. 140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario*" (così, ancora, la citata sent. n. 7 del 2016);

- l'altro, quello di ricondurre la situazione soggettiva fatta valere in giudizio al tradizionale meccanismo dell'affievolimento del diritto soggettivo, pur se "fondamentale", in interesse legittimo, a fronte dell'esercizio di un pubblico potere (quale, ad es., quello della programmazione dei servizi sanitari) idoneo, come tale, a determinare quell'affievolimento. Va qui ricordato che, anche nella dottrina costituzionalistica[3], è stata autorevolmente sostenuta la possibilità che, di fronte all'esercizio di un pubblico potere, anche i diritti di libertà ed i diritti fondamentali proclamati nella Costituzione possano assumere le fattezze dell'interesse legittimo anziché del diritto soggettivo, senza per ciò che essi finiscano con il soffrire di una *deminutio* di tutela; del resto, sul versante più propriamente risarcitorio, non può essere dimenticato il ragionamento delle Sezioni unite nella storica sentenza n. 500 del 1999, in cui si è specificato che "*ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno*": ciò, ai sensi dell'art. 2043 c.c. che riconosce il risarcimento in caso di "*danno ingiusto*", laddove l'ingiustizia può indifferentemente derivare dalla lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, purché si tratti di una situazione giuridica comunque protetta dall'ordinamento. Secondo la visione sostanzialistica accolta dalle stesse Sezioni unite, infatti, "*l'interesse legittimo ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui*

---

non spiegando alcun effetto sulla regola di riparto la circostanza che tale diritto sia un diritto costituzionalmente tutelato". L'assunto – come è noto – viene per lo più ribadito con riguardo alle controversie concernenti l'accreditamento di strutture sanitarie (cfr., da ultimo, in tal senso, Cons. Stato, sez. III, sentt. n. 3060 del 2018, n. 436 del 2016 e n. 2269 del 2012), ivi comprese quelle aventi ad oggetto la determinazione del tetto di spesa per le prestazioni erogate dalle strutture private in regime di accreditamento (cfr., da ultimo, TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. n. 2096 del 2018; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1276 del 2018, salvi ovviamente i soli rapporti strettamente patrimoniali: cfr. TAR Basilicata, sent. n. 516 del 2018; TAR Campania, Salerno, sez. II, sent. n. 1301 del 2017) oppure, ancora, alle controversie concernenti la determinazione della capacità operativa massima delle strutture private accreditate o la relativa suddivisione della spesa tra le attività assistenziali ("*in quanto tutte attività inerenti all'esercizio del potere di programmazione sanitaria in cui la questione delle somme dovute diviene meramente consequenziale allo scrutinio sull'esercizio del potere*": così, di recente, la già citata sent. n. 1276 del 2018 del Consiglio di Stato).

[3] Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, vol. I.

lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno": danno che, allora, in nulla appare diverso dall'ipotesi in cui la lesione abbia colpito un diritto soggettivo. Detto altrimenti: la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi descrive solo il diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche dinnanzi all'esercizio di un potere pubblico, ma non è in grado – di per sé – di affievolire l'importanza ed il valore del bene della vita che è sotteso, nemmeno nelle ipotesi in cui quel bene della vita consista nel godimento di un diritto fondamentale come tale proclamato dalla Costituzione.

2. – *Diritto fondamentale alla salute e giurisdizione del giudice amministrativo.*

Dobbiamo allora verificare qual è, attualmente, lo "stato dell'arte", in giurisprudenza, circa il riconoscimento della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allorché venga in discussione il "diritto fondamentale" alla salute.

In proposito, soprattutto in passato, era molto di voga la tesi dei "diritti incomprimibili" o "non affievolibili", tra i quali si faceva per l'appunto rientrare anche quello della tutela della salute proprio perché considerato un "diritto fondamentale". Tale, in particolare, è stato, anche in tempi a noi più prossimi, l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (si vedano, in particolare, tra le tante, le decisioni del 22 febbraio 2012, n. 2570, e del 6 settembre 2013, n. 20577), ritenendosi che:

- ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la lesione di una specifica pretesa, quale quella facente capo al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., è sufficiente, sulla base del criterio del *petitum* sostanziale (che va identificato soprattutto in funzione della *causa petendi* e, cioè, dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio), a far ritenere che la parte, quale assistita dal Servizio Sanitario Regionale, abbia fatto valere un diritto soggettivo, oggetto della tutela garantita dall'art. 32 Cost. in favore di tutti i cittadini, e che, trattandosi di un diritto primario e fondamentale, il pur necessario contemperamento con altri interessi non vale a sottrargli la consistenza del diritto soggettivo perfetto;

- la posizione creditoria correlata al diritto alla salute non è per sua natura suscettibile di essere affievolita dal potere di autorizzazione o, comunque, dall'esercizio di qualsivoglia potere da parte della pubblica amministrazione;

- ci si trova, peraltro, anche al di fuori del perimetro della giurisdizione esclusiva, disegnato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004

relativa all'art. 33, comma 2, lett. *e)*, del d.lgs. n. 80 del 1998 (ora: art. 133, comma 1, lett. *c)*, cod. proc. amm.)[4];

- ad esempio, la controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del g.o., giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo – il diritto alla salute – non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla p.a., senza che rilevi che, in concreto, sia stato chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, il quale implica solo un limite interno alle attribuzioni del g.o., giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4 della legge n. 2248 del 1865, all. E, e non osta alla possibilità per il giudice di interpretare la domanda come comprensiva della richiesta di declaratoria del diritto ad ottenere l'autorizzazione ad effettuare le cure all'estero.

Di conseguenza, anche presso la giurisprudenza amministrativa si è a lungo affermata la giurisdizione del g.o. in tema di tutela della salute *ex* art. 32 Cost., parlando di "diritto fondamentale" non comprimibile in interesse legittimo, e quindi azionabile dinnanzi al giudice come "diritto soggettivo perfetto".

Si prenda, ad esempio, il caso dei danni derivanti da emotrasfusioni, e quindi delle controversie aventi ad oggetto le "*procedure di transazione*" relative alle cause risarcitorie attivate da emofilici, talassemici, vaccinati e trasfusi occasionali a causa di patologie (HIV, HCB, HBV) insorte con l'assunzione di emoderivati, emotrasfusioni, vaccini obbligatori: con diverse pronunce del 2015 (quindi, non così "antiche"), il Consiglio di Stato ha qui ritenuto di declinare la propri giurisdizione, trattandosi di questioni "*strettamente collegate alla fondamentale tutela del diritto alla salute, garantito costituzionalmente come*

---

[4] Così, sul punto, ha motivato la sentenza n. 2570 del 2012 della Corte di cassazione: "*la Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.Lgs. 31 marzo 1998, art. 33, comma 2, lett. e) nel testo di cui alla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, lett. a) in relazione al riconoscimento della giurisdizione esclusiva per le 'attività e prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale ...'. // Pertanto, nella materia dei servizi pubblici, sono rimaste devolute al giudice amministrativo in sede esclusiva solamente le 'controversie relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla P.A. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento disciplinato dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonchè ...'. // Conseguentemente, le controversie relative a tutte le prestazioni erogate nell'ambito del servizio sanitario nazionale – ricorrendo un rapporto obbligatorio tra cittadini e amministrazione, con l'esclusione di un potere autorizzatorio – sono devolute alla competenza del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto delle giurisdizioni definito dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 2, all. E, e presupposto dall'art. 442 c.p.c.*".

diritto soggettivo perfetto", e rispetto alle quali risultano "*immanenti, nelle relative pretese di fronte alla pubblica amministrazione, istituti del nostro ordinamento giuridico, quali la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l'azione di risarcimento, l'eventuale prescrizione opponibile, integranti, nei confronti delle parti coinvolte ed in specie dei danneggiati, posizioni di diritto soggettivo perfetto, non suscettibili di essere degradate o affievolite ad interesse legittimo dalla discrezionalità dell'Amministrazione*" (così Cons. Stato, sez. III, sent. 18 novembre 2015, n. 5276). In tale prospettiva, si è quindi concluso che "*gli atti amministrativi adottati al fine di disciplinare e definire in maniera transattiva le numerose controversie insorte, non risultano tali da poter incidere sui diritti soggettivi degli interessati*": la normativa che ha stabilito i criteri con cui definire le transazioni tra l'amministrazione ed i privati danneggiati[5] non ha pregiudicato i diritti soggettivi in capo agli interessati, non risultando "*tal[e] da poter incidere sui diritti soggettivi degli interessati, restando pur sempre nella disponibilità di questi ultimi, aderire o meno alle procedure transattive ben potendo continuare a coltivare le azioni risarcitorie intraprese in sede civile*" (così, ancora, la sent. n. 5276 del 2015, cit.; nello stesso senso, anche le coeve decisioni del Consiglio di Stato nn. 1501 e 2239 del 2015).

Ma si prenda anche il caso – già da noi accennato, ed oggetto di ancor più recenti decisioni – dei rimborsi per spese sanitarie di alta specialità erogate da strutture non pubbliche. Qui la giurisprudenza della Corte regolatrice, ed a cascata quella maggioritaria dei TAR e del Consiglio di Stato (pur con significative eccezioni, che esamineremo *infra*), è ancora oggi ferma nel riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario adducendo l'argomento del diritto fondamentale incomprimibile. Si veda, ad esempio, la seguente massima: "*La controversia promossa da un privato nei confronti di una A.S.L. per ottenere il rimborso delle spese terapeutiche sostenute presso una struttura privata*

[5] Si tratta, in origine, dell'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 89 del 2003, convertito in legge n. 141 del 2003, e dal relativo regolamento ministeriale di attuazione, approvato con d.m. 3 novembre 2003, recante "*Definizione transattiva delle controversie in atto, promosse da soggetti danneggiati da sangue o emoderivati infetti*"; successivamente, è intervenuto anche il d.m. n. 132 del 2009, recante "*Regolamento di esecuzione dell'articolo 33, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222 e dell'articolo 2, comma 362, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 per la fissazione dei criteri in base ai quali definire le transazioni da stipulare con soggetti talassemici, affetti da altre emoglobinopatie o affetti da anemie ereditarie, emofilici ed emotrasfusi occasionali danneggiati da trasfusione con sangue infetto o da somministrazione di emoderivati infetti e con soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, che abbiano instaurato azioni di risarcimento danni tuttora pendenti*". Con questa normativa, in particolare, si è voluto trovare una soluzione di natura transattiva a tutte quelle controversie, già pendenti, con le quali i soggetti emotrasfusi danneggiati da sangue o emoderivati infetti avevano fatto valere, dinnanzi ai TAR oppure ai Tribunali civili, il proprio diritto di ottenere il risarcimento del danno patito. A tali (originarie) controversie risarcitorie si sono quindi sommate, una volta entrata in vigore la normativa *de qua*, le controversie aventi ad oggetto la corretta applicazione, da parte dell'amministrazione sanitaria, dei criteri così stabiliti per addivenire alle transazioni.

nazionale, senza la preventiva autorizzazione, per prestazioni sanitarie di alta specialità che offrano anche solo l'opportunità di migliorare le proprie condizioni di integrità psico-fisica e, quindi, di vita, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto ha ad oggetto la tutela di un diritto primario e fondamentale della persona — ossia il diritto alla salute — per sua natura incomprimibile e non suscettibile di affievolimento" (Cons. Stato, sez. III, sent. 31 luglio 2018, n. 4731). Ciò si afferma proprio sulla scorta dell'indirizzo, in materia, delle Sezioni Unite, da ultimo ribadito nella decisione 2 agosto 2016, n. 16067[6]; ed in tal senso è la giurisprudenza amministrativa del tutto maggioritaria (cfr., di recente, *ex multis*: TAR Piemonte, sez. II, sent. n. 1579 del 2016; TAR Abruzzo, L'Aquila, sent. n. 68 del 2018; TAR Toscana, sez. II, sent. n. 25 del 2018), anche se – è il caso di rilevare – essa non ha mancato di sollevare incidentalmente qualche dubbio (si veda, ad es., il passaggio finale della stessa sentenza n. 4731 del 2018 del Consiglio di Stato, già cit., in cui si legge: "*Le Sezioni Unite, evidentemente, hanno ritenuto che al riguardo non rilevano le disposizioni sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia del servizio sanitario nazionale*", senza però che un simile e rilevante dubbio sia stato, poi, adeguatamente sviluppato in motivazione).

C'è da aggiungere che entrambi i segnalati profili sono stati oggetto di parziali ripensamenti i quali, tuttavia, non paiono del tutto aver abbandonato la teoria del "diritto fondamentale incomprimibile".

Quanto alle controversie sulle transazioni in tema di danni da emotrasfusioni, la giurisprudenza più recente è effettivamente tornata sui propri passi, giungendo ad affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa. Si prenda, ad es., la seguente massima: "*In tema di danni da emotrasfusione, il rifiuto opposto dalla P.A. all'istanza di transazione del danneggiato*

[6] Nella quale così si legge: "*Il conflitto sollevato dal TAR Lazio va invece risolto in favore dell'Autorità giudiziaria ordinaria, dando continuità ai principi di diritto già affermati da questa Corte in riferimento ai casi in cui, quale quello di specie, la pretesa creditoria dell'assistito dal Servizio sanitario nazionale involga l'erogazione di farmaci indispensabili ed insostituibili (cfr. Cass. n 11713 del 2014; n. 2776 del 2008) e, dunque, si correli al suo diritto alla salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione (Cfr. Cass. SU n. 2570 del 2012: n. 13545 del 2008; in tema cfr anche n. 20577 del 2013; n. 2923 del 2012; n. 2867 del 2009; n. 15897 del 2006); in questi casi si è conclusivamente affermato che le controversie relative a tutte le prestazioni erogate nell'ambito del servizio sanitario nazionale, ricorrendo un rapporto obbligatorio tra cittadini e Amministrazione, con l'esclusione di un potere autorizzatorio, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto delle giurisdizioni definito dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 2, all. E, e presupposto dall'art. 442 c.p.c. // Ne consegue che anche la controversia in esame, involgente la pretesa al rimborso della spesa erogata dall'assistito per l'acquisto di farmaci in tesi indispensabili per la cura della patologia da cui era affetto e solo successivamente ricompresi nel prontuario farmaceutico nazionale, non rientra in alcuna delle previsioni di giurisdizione esclusiva e neppure nella giurisdizione amministrativa di legittimità di cui all'art. 7 del CPA, ma è devoluta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, vertendo su un diritto soggettivo di credito conciato al diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost.*".

o il silenzio serbato su detta istanza non incide sul diritto soggettivo al risarcimento, ma sull'interesse all'osservanza della normativa secondaria concernente la procedura transattiva, sicché l'impugnazione del diniego non rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, ma in quella del giudice amministrativo" (Cons. Stato, sez. III, sent. 11 giugno 2018, n. 3512). Il *revirement* è dovuto ad una virata della stessa Corte regolatrice la quale ha, da ultimo, sostenuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa evidenziando (con le stesse parole poi riprese dalla giurisprudenza amministrativa) che "*in tema di danni da emotrasfusione, il rifiuto opposto dalla P.A. all'istanza di transazione del danneggiato non incide sul diritto soggettivo al risarcimento, ma sull'interesse all'osservanza della normativa secondaria concernente la procedura transattiva, sicché l'impugnazione del diniego non rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, ma in quella del giudice amministrativo*" (così Cass., Sezioni Unite, 3 febbraio 2016, ord. n. 2050, che costituisce la pronuncia capostipite di questo nuovo orientamento; nonché, più di recente, nello stesso senso, Cassazione civ., sez. un., 21 febbraio 2018, ord. n. 4233). Si afferma, quindi, la giurisdizione del g.a., secondo il tradizionale criterio di riparto, perché la situazione giuridica soggettiva fatta valere avrebbe la consistenza dell'interesse legittimo. Ad una più attenta lettura delle pronunce delle Sezioni Unite, tuttavia, si giunge alla conclusione che questo nuovo orientamento non ha affatto rimesso in discussione la teoria del diritto incomprimibile, ma ha solo ritenuto di prescinderne perché non rilevante per la questione da risolvere. La giurisdizione amministrativa, infatti, viene adesso riconosciuta non nella prospettiva che sarebbe affievolito il diritto alla salute, per effetto dell'attivazione della procedura di transazione; ma nella (diversa) prospettiva per cui ad essere azionato in giudizio non è il diritto alla salute (oggetto, invece, del separato e diverso giudizio risarcitorio già pendente), ma è l'interesse a che l'amministrazione conduca correttamente e legittimamente la procedura di transazione per come disciplinata dalle fonti normative più sopra ricordate. Si afferma infatti, da parte delle Sezioni unite, che "*il rifiuto opposto dalla P.A. all'istanza di transazione del danneggiato non incide sul diritto soggettivo al risarcimento, ma sull'interesse all'osservanza della normativa secondaria concernente la procedura transattiva*". Il che equivale a dire che non si sta discutendo del diritto alla salute (oggetto della diversa causa risarcitoria dinnanzi al g.o., per risolvere la quale è stato attivato il procedimento transattivo), ma si sta discutendo unicamente del procedimento transattivo, rispetto al quale si erge solo un interesse legittimo della parte privata. In sostanza, quindi, non si ha una rinnegazione totale dell'orientamento

precedente (il quale, senza effettuare la sottile distinzione adesso operata, andava dritto a ritenere che l'oggetto del contendere fosse il diritto alla salute, ritenendolo però incomprimibile), e quindi non si ha una vera rinnegazione della teoria del diritto incomprimibile; solo, si arriva a sostenere la giurisdizione del g.a. attraverso un'altra (e più contorta) via.

Quanto alle controversie sui rimborsi per le spese sanitarie di alta specialità – e salva la disamina sul c.d. "caso Englaro" e le ripercussioni che gli argomenti di principio da esso ricavati hanno poi avuto sulla giurisprudenza amministrativa (cfr. *infra*, paragrafo seguente) – si registra in effetti un più recente orientamento che, pur giungendo ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, ciò ha fatto senza prendere posizione sulla natura "incomprimibile" o meno del diritto fondamentale alla salute, non permettendo, pertanto, di concludere che la teoria dei "diritti fondamentali incomprimibili" sia stata definitivamente superata. Ci si riferisce, ad esempio, alla sentenza con la quale il TAR Sicilia, Sezione staccata di Catania, ha trattenuto la giurisdizione su una controversia che vedeva contrapposto un privato – il quale, data l'urgenza dell'intervento salvavita, si era dovuto rivolgere ad una struttura privata per un'operazione di angioplastica coronarica, senza previa autorizzazione – all'amministrazione sanitaria che, ad intervento effettuato, si era rifiutata di rimborsare le relative spese (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, sent. 29 settembre 2016, n. 2348, non appellata). In tale occasione si è affermato che la questione va inquadrata nell'ambito della "*complessità dei rapporti che la esistenza di vincoli finanziari condizionanti determina*": il diritto di cui all'art. 32 Cost. "*non è affatto un diritto soggettivo assoluto, ma, al contrario, un diritto finanziariamente condizionato (cfr. Corte Costituzionale 27 luglio 2011 n. 248): di conseguenza è il giudice naturale del potere amministrativo, ovvero il G.A., che, nell'ipotesi di contenzioso fra cittadino e P.A., deve accertare come quest'ultima, all'interno del procedimento amministrativo di riferimento e pel tramite del provvedimento che lo concluda, abbia verificato la compatibilità della soddisfazione delle esigenza del primo con i vincoli finanziari che disciplinano l'azione della seconda*"; conformemente ad un risalente precedente del Consiglio di Stato, il TAR ha quindi ritenuto quanto segue: "*nel complesso procedimento che disciplina la fruizione di prestazioni assistenziali in forma indiretta presso centri specializzati all'estero sono presenti due distinti interessi pubblici che trovano composizione in detto procedimento, da un lato, ed in primo luogo, la tutela della salute dei cittadini, dall'altro, l'esigenza di contenere la spesa sanitaria in limiti accettabili assicurando il rimborso solo delle spese per prestazioni non conseguibili nel*

territorio nazionale ed assicurando la migliore utilizzazione possibile delle risorse finanziarie a disposizione. Il potere amministrativo che viene esercitato in detto procedimento trova compiuta disciplina in [...] *norme di azione rispetto alle quali, quando non sia in discussione il diritto ad ottenere una determinata prestazione sanitaria in via di urgenza ed immediata ma, invece, di conseguire il rimborso di prestazioni già ricevute, entrano in gioco anche posizioni di interesse legittimo discendenti dalla pretesa al corretto esercizio di poteri amministrativi preordinati alla erogazione di contributi agli assistiti*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1902). Anche in questo caso, allora, a ben vedere, la giurisdizione amministrativa è stata affermata bypassando la questione del "diritto fondamentale incomprimibile": è stato sufficiente ritenere che quello *ex* art. 32 Cost. non sia affatto un diritto fondamentale per concludere che esso, al pari di tutti i diritti soggettivi "non fondamentali", ben può essere affievolito ad interesse legittimo (di fronte all'esercizio del potere organizzatorio dell'amministrazione sanitaria – nella specie, potere di definizione ed allocazione della spesa sanitaria), con conseguente radicamento della giurisdizione generale di legittimità del g.a.

3. – *(Segue) La vicenda Englaro ed il suo seguito giurisprudenziale: secondo il Consiglio di Stato la giurisdizione spetta al g.a. indipendentemente dalla natura "fondamentale" del diritto soggettivo azionato.*

A conclusioni diverse, invece, è possibile giungere se si esamina la famosa vicenda "Englaro", all'esito della quale (nel segmento di controversia che concerneva la domanda di annullamento del provvedimento regionale con cui l'amministrazione aveva rifiutato di disconnettere il sondino naso-gastrico che teneva artificialmente in vita la paziente) il Consiglio di Stato ha affermato la sussistenza della propria giurisdizione sconfessando, questa volta apertamente, la teoria del "diritto fondamentale incomprimibile".

Appare opportuno riportare integralmente i passi più significativi di questa pronuncia (sent. n. 4460 del 2014, della sez. III):

"*25. Deve tuttavia darsi conto, come del resto ha fatto il T.A.R. menzionando la sopra citata sentenza delle Sezioni Unite, 28.12.2007, n. 27187, di un diverso orientamento, seguito appunto dalle Sezioni Unite, secondo cui tale tesi – che si fonda sul presupposto che sui diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, in quanto gli stessi non sono degradabili ad interessi legittimi, la p.a. agirebbe sempre in carenza assoluta di potere e, quindi, i comportamenti posti in essere dalla stessa dovrebbero sempre essere valutati, perché non fondati sull'esercizio di un potere, come attività*

materiali e di mero fatto, riservate alla esclusiva cognizione del giudice ordinario – non può essere condivisa, trattandosi di una tesi sostenibile allorché il riparto di giurisdizione si fondava esclusivamente sulla tradizionale bipartizione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ma non più sostenibile dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 80/1998, come modificato dalla l. 205/2000 e ridisegnato dalle sentenze della Corte costituzionale del 28.4.2004, n. 204, e dell'8.3.2006 n. 191.

25.1. A seguito della entrata in vigore di detta normativa, infatti, in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più, al fine del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche se vengono in considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma la distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere.

25.2. In un recente arresto la Cassazione ha così ribadito il "principio, già affermato da questa Suprema Corte (cfr. Cass. n. 27187 del 2007, resa a sezioni unite), secondo cui anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) – allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio – compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti" (Cass., Sez. Un., 5.3.2010, n. 5290, in Dir. proc. amm., 2010, 4, 1370).

25.3. La dottrina, anche nel prendere spunto da tale pronuncia, non ha mancato di auspicare che si prosegua in questa direzione e che la giurisprudenza prenda il coraggio di compiere l'ultimo passo e, abbandonando la teoria dell'indegradabilità, attribuisca finalmente al g.a. il ruolo che gli è assegnato dalla Costituzione: quello di titolare del potere di attuare nel giudizio l'effettività dell'ordinamento.

25.4. Tale secondo orientamento, che appare preferibile, è del resto avvalorato anche dalla normativa sopravvenuta – pur non applicabile ratione temporis alla

presente controversia, ma recettiva della giurisprudenza costituzionale cristallizzatasi nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 – e, in particolare, dal codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, radica la giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del g.a. nelle controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

25.5. Non ignora nemmeno il Collegio che in una vicenda amministrativa, che pure presenta innegabili e interessanti profili di connessione al presente contenzioso, vicenda concernente l'impugnazione dell'atto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Comunitarie, con il quale sono state dettate ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano disposizioni ed indirizzi volti a garantire che le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino al principio di garantire sempre la nutrizione e l'idratazione artificiale nei confronti di soggetti in stato vegetativo persistente, il T.A.R. Lazio, con la sentenza n. 8650 del 12.9.2009 (in Foro amm., T.A.R., 2009, 2471-2476), ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo proprio richiamandosi alla teoria dei diritti indegradabili.

25.6. Non si è mancato tuttavia di osservare, rispetto a tale pronuncia declinatoria della giurisdizione e, più in generale, in ordine alla teoria dei cc.dd. diritti indegradabili, che l'affermazione secondo cui taluni diritti non sarebbero suscettibili di affievolimento nel contatto con il potere pubblico, in passato formulata, a partire da Cass., Sez. Un., 9.3.1979, n. 1463, proprio per giustificare interventi del giudice ordinario, ha avuto un effetto boomerang contro i titolari di questi diritti, che si troverebbero sprovvisti della tutela demolitoria, somministrata dal giudice amministrativo, proprio di fronte alle violazioni più gravi di diritti costituzionalmente rilevanti.

25.7. E questo stesso Consiglio, nella sentenza della sez. VI, 13.2.2006, n. 556, riguardante la pur complessa vicenda dei crocefissi presenti nelle aule scolastiche, ha ricordato che "la concezione dei diritti "perfetti" o "non degradabili" è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti" e che "di conseguenza da tale concezione non si può desumere alcuna riduzione della legittimazione a ricorrere avanti al giudice amministrativo".

26. Ritiene il Collegio che il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d. lgs. 80/1998, nel testo risultante dalla pronuncia della Corte cost. n. 204 del 2004, abbia giurisdizione esclusiva, in materia di pubblici servizi, allorché

l'amministrazione rifiuti la prestazione sanitaria richiesta dal privato mediante l'esercizio di un potere autoritativo, come è avvenuto nel caso di specie, e all'esito di un procedimento iniziatosi ad istanza di parte.

26.1. Non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incomprimibili, poiché tale categoria, sviluppata trentacinque anni or sono, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 9.3.1979, n. 1463, in ordine alla localizzazione delle centrali nucleari, e successivamente riaffermata dalle Sezioni Unite per la tutela di diritti fondamentali quali quello alla salute e all'ambiente, ha consentito al giudice ordinario di pronunciarsi su domande tese ad ottenere sentenza di condanna nei confronti della pubblica amministrazione nell'ambito di rapporti segnati dall'adozione di provvedimenti amministrativi.

26.2. Il presupposto teorico è che tali diritti, pur nel contatto con il potere pubblico, non siano suscettibili di essere degradati ad interessi legittimi: il provvedimento amministrativo non avrebbe la forza di subordinare interessi così intimamente legati alla realizzazione della persona e a cui l'ordinamento riconosce la protezione più intensa.

26.3. Si è anche detto che l'espansione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si basa sull'idea che il provvedimento che incida sui diritti fondamentali sia il frutto di uno sconfinamento dell'Amministrazione dalla sfera di potere attribuitale dall'ordinamento e delimitata anche dalle garanzie costituzionali delle posizioni soggettive.

26.4. L'Amministrazione che adotti provvedimenti lesivi di tali diritti agisce, secondo tale impostazione, "nel fatto" e non è in grado, appunto, di affievolirne il contenuto inviolabile e incomprimibile, sicché anche il preteso esercizio del potere, da parte dell'Amministrazione, non radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo.

26.5. La dottrina dei diritti incomprimibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia attenta e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 in tema di riparto di giurisdizione.

26.6. Essa non solo presuppone l'ormai obsoleta teoria della degradazione, che non è in grado di descrivere appropriatamente la dinamica delle situazioni giuridiche soggettive nel confronto con il pubblico potere, ma non risponde più nemmeno al tradizionale criterio che regola il riparto della giurisdizione e, cioè, il petitum sostanziale e la natura sostanziale della situazione giuridica soggettiva lesa, criterio

che, a suo volta, necessita di essere letto e compreso alla luce delle coordinate interpretative delineate dalla Corte costituzionale.

26.7. La "consistenza" di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere.

27. L'esercizio del pubblico potere non "degrada" la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di capitis deminutio, così come, per converso, la "forza" della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere.

27.1. Il nucleo sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva lesa, diritto soggettivo o interesse legittimo, resta il medesimo, sul piano dell'ordinamento generale, e non può essere inciso dall'esercizio del potere, se lo stesso ordinamento non riconosce all'Amministrazione, per un superiore fine pubblico, la potestà di conformarlo.

27.2. Laddove l'Amministrazione vulneri tale situazione del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico iure privatorum.

27.3. Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo.

27.4. Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto o diritto inaffievolibile.

28. Diverso è, invece, il modo con il quale l'ordinamento considera e tutela tale situazione a seconda che essa debba misurarsi con un mero comportamento dell'Amministrazione o, invece, con un potere attribuito a questa dalla legge per il perseguimento di una determinata finalità di interesse pubblico.

28.1. L'ordinamento disegna la medesima situazione secondo "geometrie variabili", pur nella garanzia di uno stesso "nucleo" irriducibile, e ciò perché esso, nella sua totalità e nella sua complessità, deve contemperare, su diversi e spesso interferenti livelli, molteplici esigenze e proteggere, in un difficile bilanciamento, gli interessi di

diversi attori, pubblici e privati, sacrificando ora gli uni ora gli altri alla luce di difficili e molteplici valutazioni, anzitutto di rilievo e di impatto costituzionale.

28.2. La variabilità o, se si vuole, la convertibilità di tali situazioni, rispetto alle quali appare improprio e fuorviante predicare l'esistenza di diritti assoluti e "incomprimibili", si rivela proprio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e, in particolare, in quelle materie nelle quali la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, proprio per l'intima compenetrazione e "convertibilità" tra tali situazioni, è così intesa e inestricabile che, per ragioni di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, il legislatore ha ritenuto di doverne affidare la cognizione ad un solo giudice, quello amministrativo, a condizione però, come ha ben chiarito la Corte costituzionale, che tale cognizione si fondi sull'esercizio, seppur in forma mediata, del potere, ragione vera, prima ed ultima, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo chiamato a garantire la legalità nell'azione amministrativa

28.3. In questo quadro, pertanto, è il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del privato e non viceversa.

28.4. La pretesa natura di "diritto indegradabile" non può rendere nullo, tamquam si non esset, l'esercizio del potere, sì da far affermare che l'Amministrazione, a fronte di esso, agisca senza alcuna prerogativa pubblicistica e solo "nel fatto", poiché il diritto indegradabile non ha uno statuto "ontologico", ma implica già un giudizio di valore, un bilanciamento tra gli interessi in gioco, quello, pur fondamentale, fatto valere dal privato e quello tutelato dall'Amministrazione con l'esercizio del potere.

29. Discende da queste considerazioni che il diritto alla salute, di cui il tutore di-OMISSIS- ha inteso far valere l'attuazione con la sua richiesta, volta ad ottenere l'indicazione di una struttura sanitaria ove ricoverare la figlia per la sospensione del trattamento sanitario, ha incontrato nel caso di specie l'esercizio di un potere autoritativo, da parte della Regione, inteso a negare tale pretesa e che, a fronte di tale spendita del pubblico potere, non può che radicarsi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di un pubblico servizio come quello sanitario, ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. 80/1998, indipendentemente dalla natura, pur complessa e variabile per le ragioni sopra dette, della situazione giuridica dedotta.

29.1. A tale conclusione non osta, come si è detto, la natura "inviolabile" o "incomprimibile" di tale diritto, posto che, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 140 del 2007, "non v'è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti", essendo anzi evidente, proprio nell'evoluzione dello stesso ordinamento a partire dal d. lgs. 80/1998, passando dalle riforme della l. 205/2000, sino alla l. 69/2009 e, infine, all'adozione del vigente codice del processo amministrativo, la linea evolutiva

del nostro ordinamento che ha consentito di riconoscere al giudice amministrativo, accanto alla tradizionale, ma pur sempre fondamentale, tutela demolitoria, una pienezza e una varietà di strumenti e di poteri processuali atti a garantire la effettività della tutela giurisdizionale.

29.2. Né giova opporre infine, come fa la Regione, la circostanza che tale controversia atterrebbe comunque ad un rapporto individuale di utenza ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. e), del d. lgs. 80/1998, spettante alla cognizione del giudice ordinario chiamato a verificarne solo se ne sussistano le condizioni previste ex lege, poiché tale giurisdizione si radica e si giustifica appunto nell'ambito di un rapporto di mera prestazione da parte dell'amministrazione in favore dell'utente, ove non venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici, di stampo autoritativo e organizzatorio.

29.3. Anche prescindendo dal rilievo formale che l'art. 33, comma 2, del d. lgs. 80/1998 è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, più volte richiamata, l'Amministrazione sostanzialmente non si presenta qui nella veste privatistica di mera esecutrice di una prestazione dovuta, limitandosi ad adempierla (o a non adempierla) materialmente secondo canoni e parametri predefiniti ex lege, bensì in quella pubblicistica di autorità che esercita un potere organizzatorio che si oppone al reclamato esercizio di un diritto".

Queste affermazioni sono state ribadite dalla giurisprudenza amministrativa anche di recente, pur nella consapevolezza della contrapposizione con la tesi dei "diritti fondamentali incomprimibili" fatta propria, in passato, dalle Sezioni Unite. In fattispecie concernenti il diniego dell'amministrazione sanitaria di rilasciare l'autorizzazione per cure all'estero (in vista di porle, *ex post*, a carico del Servizio Sanitario Nazionale), è stata riaffermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto la materia trattata è quella dei "servizi pubblici" (così, ad es., Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5861 del 2018; TAR Umbria, sent. n. 125 del 2019[7]). Il punto da

[7] Così, in particolare, ha motivato la sentenza del TAR Umbria, offrendo una sintesi delle posizioni affermate dalla decisione n. 4460 del 2014 del Consiglio di Stato:

"- la Regione ha esercitato un proprio potere discrezionale, attinente all'organizzazione del servizio sanitario, e l'esercizio di tale potere radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d. lgs. 80/1998 e alla luce di quanto ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza additiva n. 204 del 2004;

- a seguito della entrata in vigore di detta normativa in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più, al fine del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche se vengono in considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma la distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere;

- tale secondo orientamento è del resto avvalorato anche dal codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, radica la giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del g.a. nelle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio

sottolineare, allora, è che, in questo caso – a differenza della tesi portata avanti dalla giurisprudenza esaminata alla fine del paragrafo precedente (ad es, quella della sentenza del TAR Catania, n. 2348 del 2016) – la giurisdizione amministrativa è stata affermata senza rinunciare a qualificare come "fondamentale" il diritto alla salute, in una prospettiva sicuramente più coerente con la proclamazione costituzionale di cui all'art. 32 Cost.

Più di recente, si assiste comunque ad un progressivo abbandono della testi del "diritto fondamentale incomprimibile" anche da parte delle stesse Sezioni Unite, per le materie rimesse dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nella materia dell'urbanistica e dell'organizzazione del territorio, ad esempio, le Sezioni Unite hanno affermato quanto segue (ordinanza 8 novembre 2016, n. 22650): "*Il discrimen ai*

---

del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni;

- il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva, in materia di pubblici servizi, allorché l'amministrazione rifiuti la prestazione sanitaria richiesta dal privato mediante l'esercizio di un potere autoritativo e all'esito di un procedimento iniziatosi ad istanza di parte: e ciò, in quanto la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo;

3.5. - Ritiene il Collegio tale autorevole arresto meritevole di adesione. E' arduo negare nella fattispecie la presenza di un potere discrezionale seppur di tipo tecnico, demandandosi al Centro Regionale di Riferimento ogni valutazione circa l'impossibilità di fruire tempestivamente delle prestazioni richieste ovvero in forma adeguata rispetto alla particolarità del caso clinico, ai sensi dell'art. 4 c. 5 del citato D.M. nonché circa l'idoneità del personale, delle attrezzature e dei protocolli terapeutici a disposizione del SSN.

Nei confronti dell'esercizio del potere discrezionale tecnico, diversamente dal mero accertamento tecnico, la posizione sostanziale del soggetto destinatario dello stesso è d'altronde almeno secondo la giurisprudenza amministrativa di interesse legittimo (ex multis T.A.R. Lazio, Roma, sez. I , 19 novembre 2012 , n. 9534, Consiglio di Stato sez. VI, 31 agosto 2018, n. 5132).

3.6. - Giova poi evidenziare che anche laddove il diritto alle cure non sia ritenuto degradabile e rimanga saldamente ancorato alla dimensione di diritto soggettivo, nondimeno verrebbe necessariamente meno la giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133 c. 1, lett. c) c.p.a.

Infatti è oramai opinione consolidata come la giurisdizione esclusiva del g.a. possa estendersi alla tutela dei diritti fondamentali della persona quali il diritto alla salute se ed in quanto in presenza di atti e comportamenti riconducibili all'esercizio di un potere autoritativo (ex multis Corte Costituzionale 27 aprile 2007, n. 140; id. 27 gennaio 2010, n. 35; Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501; Consiglio di Stato ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7).

Secondo l'organo nomofilattico (seppur in tema di diritto dell'alunno disabile all'insegnamento di sostegno) la natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come "fondamentale", non esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa; per un verso, infatti, la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici comprende anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione codificata all'art. 133 c.p.a., e, per un altro, il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un'eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva; la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze (Consiglio di Stato, Ad. Pl. n. 7/2016).

3.7. - Va pertanto affermata la giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133 c. 1, lett. c) c.p.a. trattandosi di controversia caratterizzata comunque dalla spendita da parte dell'ASL di un potere autoritativo discrezionale tecnico".

fini del riparto di giurisdizione è rappresentato dall'essere o meno il comportamento riconducibile ad un potere amministrativo (quali che siano, legittime o illegittime, le modalità con cui è esercitato), restando, invece, estranei alla giurisdizione esclusiva assegnata in particolari materie al g.a i comportamenti meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa o che trovino solo occasione nell'esercizio di un pubblico potere; pertanto, qualora la parte assuma di essere stata pregiudicata nella propria attività commerciale dall'agire dell'ente comunale che ha escluso «la fermata» sulla pubblica via in assenza (in tesi) di un'attività provvedimentale ad hoc - posto che si contesta, in definitiva, «il come» è stata esercitata la potestà comunale in materia di circolazione stradale - va dichiarata la giurisdizione dell'A.g.a. (in quanto l'oggetto della tutela invocata si risolve nel controllo di legittimità dell'esercizio del potere stesso, costituendo la verifica sulle modalità e forme con cui si è manifestato siffatto potere «il merito» del giudizio amministrativo)". In occasione di una controversia che si riferiva pur sempre alla materia dell'urbanistica ma che toccava, sia pure indirettamente, il diritto alla salute di alcuni cittadini (si faceva questione, nel caso, del danno alla propria salute lamentato dai proprietari frontisti a causa delle immissioni acustiche ed atmosferiche derivanti dall'esecuzione di pubblici lavori di potenziamento del tratto stradale prospiciente le loro abitazioni), le Sezioni Unite hanno, in senso del tutto analogo, affermato quanto segue (ord. 7 settembre 2016, n. 17674): "*Se le posizioni dei proprietari contigui vengono* [...] *fatte valere contro l'attività di esecuzione svolta sui beni sui quali l'opera deve realizzarsi e/o contro l'attività svolta sui beni utilizzati come aree di cantiere per quella realizzazione e si pretenda un risarcimento adducendo che il danno deriva direttamente non dalle modalità di svolgimento dell'attività di realizzazione dell'opera e per i suoi effetti in relazione al bene contiguo ed a prescindere da ogni discussione sul 'se' e sul 'come' di essa, ma in ragione della stessa realizzazione dell'opera e, quindi, della sua realizzazione per come è stata deliberata e progettata, e si postuli che è proprio tale attività che è illegittima, cioè contra ius ai sensi dell'art. 2043 c.c., e si pretenda dunque un risarcimento di tale danno, richiedendo un ristoro per equivalente del pregiudizio che ponga il soggetto nella condizione in cui si sarebbe trovato se l'opera non fosse stata realizzata, allora, poiché il danno che si lamenta è quello da illegittimità del comportamento riconducibile al potere in quanto concretantesi proprio nella realizzazione dell'opera, si configura la giurisdizione amministrativa, in quanto la cognizione che si sollecita comporta che si debba valutare la legittimità dell'esercizio del potere stesso e del comportamento che ne è espressione ed è ad esso riconducibile, perché la previsione del potere riguardava proprio la realizzazione dell'opera. In*

sostanza si lamenta un danno derivante in sé dall'opera e dalla sua insistenza dopo l'esecuzione. [...] Non diversamente dicasi dell'ipotesi in cui i titolari di posizioni contigue e frontiste chiedano una tutela giurisdizionale diretta a bloccare l'esecuzione dell'opera o l'attività sulle aree occupate per l'esecuzione come cantieri: in questo caso è lo stesso petitum sostanziale a postulare una tutela diretta contro il potere dell'amministrazione o di chi per essa".

L'elaborazione giurisprudenziale, anche delle Sezioni Unite, pare dunque indirizzata al definitivo superamento della tesi dei diritti fondamentali incomprimibili, quanto meno nel senso di riconoscere comunque la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allorché si faccia questione di un diritto soggettivo fondamentale (per tale, intendendosi un diritto così proclamato dalla Costituzione) e venga in rilievo un settore di attività della pubblica amministrazione rientrante in una delle materie di giurisdizione esclusiva, purché beninteso sia ravvisabile la spendita del pubblico potere.

4. – *Il caso particolare dell'impugnazione dell'"atto aziendale" della ASL.*

Se, quindi, la riflessione giurisprudenziale pare ormai aprirsi all'idea di ritenere comunque sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo laddove, per la materia della tutela della salute in quanto attratta nell'orbita della giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi, si sia in presenza dell'esercizio di un potere autoritativo, ebbene rimane di fare in conti con una questione che, parimenti, presenta importanti ricadute "di principio".

Ci riferiamo alla questione dell'impugnazione dell'"*atto aziendale*" delle ASL. Come è noto, l'art. 3, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 502 del 1992 (come introdotto dal d.lgs. n. 229 del 1999, e poi modificato dal d.lgs. n. 168 del 2000), nel disciplinare l'organizzazione delle unità sanitarie locali, dispone quanto segue: "*In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica*".

Proprio muovendo dalla natura di "*diritto privato*" di tale "*atto aziendale*", la giurisprudenza ne ha affermato la sottoposizione alla giurisdizione del giudice ordinario. Di recente, ad esempio, così ha statuito il Consiglio di Stato: "*Se, di regola, la cognizione degli atti di macro-organizzazione delle Pubbliche amministrazioni rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo – in quanto*

nell'emanazione di atti organizzativi di carattere generale viene esercitato un potere di natura autoritativa e non gestionale, cosicché non trova applicazione la riserva di giurisdizione del giudice ordinario di cui all'art. 68, d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29, poi trasfuso nell'art. 63, d.lg. 30 marzo 2001, n. 165 – diversa è la disciplina dell'attività organizzativa del Servizio sanitario nazionale atteso che, ai sensi dell'art. 3, d.lg. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dal d.lg. 19 giugno 1999, n. 229, le USL, cui sono succedute con analoga disciplina le Aziende sanitarie locali, si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e 'autonomia imprenditoriale'; ed invero la loro organizzazione e il loro funzionamento sono disciplinati non con provvedimenti aventi natura pubblicistica, ma con atti aziendali di diritto privato; le aziende agiscono mediante atti che il legislatore ha consapevolmente qualificato come di diritto privato; in base all'attuale sistema, il direttore generale emana l'atto aziendale di organizzazione, è responsabile della gestione complessiva e nomina i responsabili delle strutture operative dell'azienda; pertanto, diversamente da quanto avviene per le Amministrazioni pubbliche in genere, gli atti di macro-organizzazione delle aziende sanitarie sono adottati con atti che il legislatore ha inteso qualificare 'di diritto privato', con una disciplina che ha inteso prendere innanzitutto in considerazione il loro carattere 'imprenditoriale strumentale' ***anche se*** *si tratta di attività nelle quali non rileva lo scopo di lucro e* ***nel quale sono coinvolti valori costituzionali, inerenti allo svolgimento di un servizio pubblico, che la Costituzione considera indefettibile***" (enfasi agg.).

In tal senso, peraltro, è a tutt'oggi la giurisprudenza amministrativa maggioritaria (si prenda ad es., tra le tante, di recente: TAR Campania, Napoli, sez. V, sentt. n. 410 del 2019 e n. 5035 del 2018; TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. n. 10 del 2018; TAR Piemonte, sez. I, sent. n. 1375 del 2017; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, sent. n. 1085 del 2017; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 2940 del 2016).

La tesi prende spunto, in particolare, da alcuni arresti delle Sezioni Unite secondo le quali, a fronte della natura "*di diritto privato*" del c.d. atto aziendale, non può sussistere alcun provvedimento amministrativo – e quindi, non può sussistere potere pubblicistico – con conseguente giurisdizione del g.o. Si prendano, ad es., i seguenti passaggi argomentativi (presi dalla decisione delle Sezioni Unite del 30 gennaio 2008, n. 2031): "*L'autonomia imprenditoriale è strumentale al raggiungimento del fine pubblico che caratterizza le Aziende del Servizio sanitario nazionale, e non esclude la giurisdizione amministrativa nelle materie indicate dalla legge (ad es. D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, comma 1, lett. e), che assoggetta alla giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie sulle*

attività e prestazioni rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese dal Servizio sanitario nazionale: Cass. Sez. Un. 1 agosto 2006 n. 17461; Cons. Stato sez. 5^, 4 dicembre 2005 n. 1638). Ma la stessa giurisprudenza precisa che nell'ambito strumentale privatistico rientra la individuazione, con atto aziendale, delle strutture operative. Pertanto, diversamente che dalle amministrazioni pubbliche in genere, gli atti di macro organizzazione delle Aziende sanitarie sono adottate con atto di diritto privato, in coerenza con il carattere imprenditoriale strumentale". Ed ancora: "*Poichè i provvedimenti amministrativi non sono mai di diritto privato ma sono per definizione atti di diritto pubblico (e, di converso, un atto di diritto privato non è mai e non può essere un provvedimento amministrativo) ne consegue che la definizione legislativa di determinati atti come atti di diritto privato esclude la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine ad essi*". Nello stesso senso, più di recente, le Sezioni Unite hanno statuito, ribadendo la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario (cfr. ord. 4 luglio 2014, n. 15304); e di conseguenza si è indirizzato anche il giudice amministrativo, richiamando queste decisioni della Corte regolatrice ed aggiungendo, significativamente, che, "*per una scelta legislativa che il giudice amministrativo non può sindacare*", l'organizzazione ed il funzionamento delle ASL "*sono disciplinati non con provvedimenti aventi natura pubblicistica (come dovrebbe essere sulla base dei principi sottesi all'art. 97 Cost.), ma con 'atti aziendali di diritto privato'*", affermazione, quest'ultima, che il legislatore avrebbe compiuto "*proprio - tra l'altro - per escludere la sussistenza di posizioni tutelabili di interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa*" (così, da ultimo, la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4172 del 2016).

Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, cosa ne è delle tesi che sono state da noi ricordate nel paragrafo precedente, in base alle quali – come visto – si giunge, da un lato, a ricomprendere tutti gli aspetti che afferiscono al Servizio Sanitario Nazionale, anche quelli più prettamente organizzativi, nell'ambito della materia dei "pubblici servizi", e, dall'altro lato e conseguentemente, ad affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche indipendentemente dalla riscontrata natura "fondamentale" del diritto alla salute. Parrebbe che, improvvisamente, solo perché la legge ha (magari atecnicamente) definito "*di diritto privato*" la natura del c.d. atto aziendale, sparisca per ciò solo il pubblico potere di organizzare le strutture sanitarie, pur sempre nel perseguimento della tutela del diritto fondamentale alla salute, e venga in rilievo solo la finalità "aziendalistica" ed "imprenditoriale" del SSN, come se quest'ultimo non fosse stato istituito per adempiere, prioritariamente, ad un'istanza sociale proclamata in Costituzione.

Vi è qui da osservare che esiste un orientamento, del tutto minoritario, che sostiene, al contrario, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo pure per questo tipo di controversie, nonostante le parole utilizzate dal legislatore per descrivere la natura del c.d. atto aziendale. Si rinviene, ad esempio, un precedente del TAR Piemonte (sez. II, sent. n. 2105 del 2010) che, muovendo dalla innegabile natura delle ASL come "pubbliche amministrazioni", ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (norma che include espressamente nel novero delle amministrazioni pubbliche anche "*le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale*"), ha ricordato che esse , "*in vista del perseguimento della funzione pubblica che la legge indica loro, sono chiamate preliminarmente a definire, 'secondo i principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici' (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001)*". In tale prospettiva, il TAR Piemonte ha ricordato che l'atto aziendale delle ASL, "*pur qualificato 'di diritto privato' nell'ottica del perseguimento del fine imprenditoriale, sia proprio l'atto organizzativo mediante il quale sono definite le linee fondamentali di organizzazione degli uffici: si tratta, in sostanza, di un vero e proprio atto di macro-organizzazione*", ed ha osservato che, come tutti gli atti di macro-organizzazione delle amministrazioni pubbliche, anche quelli delle ASL "*denotano esercizio di potere pubblico: per quanto diretti alla realizzazione del fine privatistico-imprenditoriale, infatti, tali atti innegabilmente incidono, conformandola, sulla prestazione di un servizio di primaria necessità offerto alla collettività, quale quello sotteso al diritto costituzionale alla salute (art. 32 Cost.)*". Si è pertanto concluso nel senso che "*Non si possono* [...] *intravedere sfumature 'privatistiche' predominanti nell'atto aziendale: se è pur vero che la qualificazione 'di diritto privato' attiene al perseguimento dell'obiettivo imprenditoriale, è anche vero però che tale qualificazione non può ritenersi esclusiva ed assorbente, fino al punto di escludere qualsivoglia connotazione pubblicistica all'interno dell'atto fondamentale di organizzazione. Al contrario, l'anima pubblicistica deve comunque ritenersi prevalente su quella 'privatistica', bensì espressamente nominata dal legislatore, ma solo ai limitati fini di ricondurre ai binari della pariteticità i rapporti di lavoro e quelli prettamente economici che le ASL gestiscono*", con la conseguenza che "*il Direttore Generale della ASL, allorché approva l'atto aziendale (pur 'di diritto privato') della ASL, esercita un pubblico potere, nelle forme e nei modi stabiliti dalla legge statale e regionale (nonché da atti regionali generali, quali le delibere di Giunta), ai fini del più utile perseguimento della funzione pubblica che la fonte normativa primaria attribuisce*

all'Azienda sanitaria", attraendo quindi la giurisdizione del giudice amministrativo per le relative controversie.

A conclusioni non del tutto dissimili è da ultimo pervenuto anche il TAR Campania, sede di Napoli (sez. II, sent. n. 935 del 2017), affermando che "*Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di impugnazione dell'atto aziendale che disciplina l'organizzazione ed il funzionamento dell'azienda ospedaliera universitaria disponendo la soppressione di alcune Unità Operative Complesse in esubero dirette dai ricorrenti (e ciò nonostante la sua espressa qualificazione in termini privatistici), in ragione sia della stretta interconnessione con le funzioni e lo status di professore universitario della parte ricorrente, sia della indubbia caratterizzazione pubblicistica dell'atto stesso, nella parte relativa alla definizione dei dipartimenti ad attività integrata e all'individuazione delle strutture complesse che li compongono, soggetta ad apposita e peculiare disciplina (nella specie, in base all'art. 3 d.lg. n. 517 del 1999, l'atto aziendale è adottato dal direttore generale dell'azienda d'intesa con il rettore dell'Università, sulla base dei principi e dei criteri stabiliti nei protocolli d'intesa tra Regione e Università)*". In motivazione il TAR ha rilevato che "*Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, nonostante l'espressa qualificazione in termini privatistici dell'atto aziendale che disciplina l'organizzazione ed il funzionamento dell'azienda ospedaliera universitaria (cfr. art. 3, comma 1 bis, d.lgs. 502/92; art. 3, comma 1, del protocollo di intesa citato al § 3.4), in ragione sia della stretta interconnessione con le funzioni e lo status di professore universitario dei ricorrenti, sia della indubbia caratterizzazione in senso pubblicistico che, nondimeno, l'atto stesso presenta nella parte relativa alla definizione dei dipartimenti ad attività integrata e all'individuazione (che qui specificamente interessa) delle strutture complesse che li compongono, soggetta ad apposita e peculiare disciplina (supra, § 3.1). Ed in questo senso già si pronunciata, con ampie argomentazioni cui si rinvia, la giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 30 maggio 2012, n. 1038, e, in appello, C.d.S., sez. III, 12 febbraio 2013, n. 839)*". Per la verità, il precedente richiamato (Cons. Stato, sent. n. 839 del 2013) era giunto alle medesime conclusioni mostrando, però, di non voler rinnegare l'affermazione della giurisdizione del g.o. sull'atto aziendale vero e proprio e giustificando, per il caso in esame, l'affermazione della giurisdizione amministrativa solo in quanto venivano nella specie in considerazione contenuti "non tipici" dell'atto aziendale; questa la motivazione di tale decisione: "*detta natura* [privatistica; n.d.r.], *che vale ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo su tali statuti (v. Cass., SS.UU., n. 2031/2008), è da riconoscere al solo atto aziendale nei suoi contenuti tipici previsti dall'art. 3 del decreto*

legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (che in via generale stabilisce, com'è noto, che l'organizzazione ed il funzionamento delle unità sanitarie locali costituite in aziende 'sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato') e non anche alla disciplina, di cui qui si discute, della costituzione, organizzazione e funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata e delle strutture complesse (v. art. 3, commi 1 e 2, del D. Lgs. 21 dicembre 1999, n. 517 in materia di rapporti fra servizio sanitario nazionale ed università); disciplina, questa, di cui il Giudice di primo grado ha individuato la 'natura pubblicistica', con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base di una serie di 'elementi portanti' (funzione attuativa rispetto alle previsioni contenute in protocolli d'intesa tra Regione e Università, obiettivo di garantire la compenetrazione tra gli interessi pubblici di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 517 del 1999, necessità dell'intesa tra il direttore generale dell'azienda e il rettore dell'Università)". Ci si potrebbe comunque chiedere qual è la differenza che intercorre, in punto di organizzazione di un'amministrazione pubblica (quale è sia l'università, sia la ASL), tra la disciplina organizzativa delle strutture sanitarie complesse "integrate" tra ASL e università ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 517 del 1999 – per la quale la sentenza appena richiamata ha riconosciuto la "*natura pubblicistica*" – e la disciplina organizzativa delle semplici ASL (per la quale, invece, permarrebbe la natura non pubblica), tanto più che entrambi i profili sono disciplinati dal medesimo "atto aziendale" della ASL che si interfaccia con la struttura universitaria. L'unica differenza è, a ben vedere, che mentre per la ASL la legge ha qualificato "*di diritto privato*" l'atto aziendale, per le strutture integrate ospedaliero-universitarie tale qualificazione non si rinviene nell'art. 3 del d.lgs. n. 517 del 1999 (il quale, comunque, opera un rinvio all'atto aziendale delle ASL di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 502 del 1992): in sostanza, quindi, rimane confermato che è solo a causa della dizione legislativa che si giunge ad escludere la giurisdizione (anche esclusiva) del giudice amministrativo sull'atto aziendale delle ASL, dovendosi però poi operare una sottile e chirurgica distinzione all'interno dell'unico atto (l'atto aziendale della ASL, emesso dal suo Direttore Generale) il quale, nella parte in cui va a disciplinare (come previsto dalla legge, all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 517 del 1999) "*la costituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata e sono individuate le strutture complesse che li compongono, indicando quelle a direzione universitaria*", mantiene la tipica e tradizionale "*natura pubblicistica*", mentre, per la parte in cui va a disciplinare l'organizzazione della sola ASL, avrebbe natura di "*atto di diritto privato*".

Una “doppia anima” che, a noi pare, non può trovare alcuna razionale giustificazione di sistema e che concorre ad alimentare i dubbi (che più sopra abbiamo cercato di riassumere) in merito all’affermata negazione della giurisdizione del giudice amministrativo.