

**PROCURA GENERALE
PRESSO LA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

Il Pubblico Ministero

letti gli atti relativi al ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione **RG 12292/22**

OSSERVA

XX XX ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione con riguardo al giudizio da egli incardinato insieme ad altri dinanzi al Tribunale di Roma, volto ad ottenere nei confronti del Governo della Repubblica italiana, del Ministero della Salute, nonché del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro della Salute in carica durante le prime fasi dell'emergenza sanitaria da Covid-19, volto ad ottenere il risarcimento dei danni all'integrità psico - fisica subiti a causa della cattiva gestione della pandemia.

Il regolamento è stato sollevato dopo che le parti convenute, costituendosi, avevano eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo. Il XX non ha condiviso tale eccezione ed ha chiesto alle Sezioni Unite di affermare la giurisdizione del giudice ordinario.

Orbene, l'assunto delle parti convenute appare condivisibile.

Va innanzitutto individuata la materia del contendere.

Come emerge dalla lettura dell'atto di citazione (vedi gli 85 punti della premessa in fatto), si contesta in sintesi: - l'inadeguatezza dei posti di terapia intensiva prima dell'insorgenza della pandemia e l'insufficiente incremento ed utilizzazione di tali posti nel corso della pandemia; - l'incapacità di gestire l'emergenza sanitaria, affrontata in ritardo (rispetto ai dati già conosciuti nel dicembre 2019) e in modo caotico (con provvedimenti susseguentesi di giorno in giorno, di segno diverso e sempre più restrittivi, e con una comunicazione mediatica mai consona e rispondente a verità), adottando scelte non in linea con le prescrizioni degli organismi sanitari internazionali e soprattutto rilevatesi inefficaci e dannose (il prolungato ed inutile *lock down* generalizzato).

Il Carletti, nell'invocare l'intervento regolatore delle Sezioni Unite, deduce che le censure attengono a "*meri stretti comportamenti*" che egli ritiene "*negligenti illegittimi*" (vedi ag. 5 del regolamento) e dalla cui attuazione "*sono scaturiti, in diretto nesso causale, i provvedimenti emergenziali che hanno determinato la lesione dei diritti costituzionali che a propria volta ha provocato i danni di cui si chiede il ristoro in questa controversia*" (pag. 6 del regolamento).

Senonché, non è vero che sono dedotti solo meri comportamenti materiali, perché come detto le contestazioni attengono alle scelte del Governo Italiano e del Ministero della Salute nella

organizzazione del servizio sanitario nazionale *pre* pandemia (determinazione dei posti di terapia intensiva) e nell'adozione dei provvedimenti di gestione della crisi pandemica. Il sindacato è, quindi, rivolto a provvedimenti (di natura amministrativa ma anche legislativa) dello Stato italiano in materia di servizio sanitario nazionale. E, comunque, le negligenze contestate ineriscono all'esercizio di un "*pubblico potere*", appunto quelle relative alla gestione del servizio sanitario nazionale e della emergenza pandemica.

Insomma, la censura complessiva mossa alle parti convenute, emergente chiaramente dalla lettura dell'atto di citazione (e sostanzialmente ribadita nel regolamento *ex art.* 41 c.p.c.), è quella di non avere esercitato bene il "potere pubblico" funzionale alla tutela della salute dei cittadini e della collettività. Questa è la *causa petendi* della domanda attorea: una critica, sotto vari profili, alle modalità di esercizio del potere statale in materia di sanità nazionale in occasione della pandemia da Covid-19. L'esercizio di tale potere viene contestato direttamente, e in ogni caso sta sullo sfondo di tutte le censure.

Posto che per principio pacifico la giurisdizione si determina in base al *petitum* sostanziale della domanda, la cui concreta individuazione è data soprattutto dalla *causa petendi*, va da sé che nel caso in esame si è in presenza di una tipica controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo: perché si discute su "come" la salute dei cittadini e della collettività doveva essere tutelata e come ciò non è stato fatto; è la discrezionalità nell'esercizio del potere amministrativo che viene in gioco, laddove il diritto alla salute, pur se bene primario, riceve una tutela mediata dalle modalità di esercizio di tale potere.

Siamo nel pieno campo di operatività dell'art. 133 comma 1 lett. c) d.lgs. 104/10, essendo in gioco le scelte, asseritamente omissive e/o errate, compiute dalla pubblica amministrazione con riguardo al servizio pubblico per antonomasia, il servizio sanitario. Scelte evidentemente di natura discrezionale (se non politica), rispetto alle quali i privati vantano perciò interessi legittimi e non diritti soggettivi. Come noto, è quest'ultimo il *discrimen* generale ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo: il primo conosce le controversie in cui vi è un diritto soggettivo pieno, conformato da norme di legge e/o provvedimenti attuativi, mentre il giudice amministrativo conosce le controversie in cui la posizione del privato deve confrontarsi con la discrezionalità amministrativa (per esempio in materia, vedi per tutte Cass. SU 1781/22 e Cass. SU 20164/20).

Né vale obiettare che nel caso in esame le scelte del governo e della P.A. si scontra(va)no col diritto alla salute dei cittadini, dunque con un diritto primario ed inviolabile consacrato dalla Costituzione, in quanto tale soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti soggettivi. Invero, è stato chiarito da tempo che l'esistenza di diritti primari di rango costituzionale, in particolare del diritto alla salute, non esclude di per sé la giurisdizione del giudice amministrativo

(Corte cost. 140/07; nella giurisprudenza di legittimità, vedi ad esempio Cass. SU 9956/09 e Cass. SU 16391/11). E il d.lgs. 104/00 ha codificato questo principio, come emerge dall'art. 55, che ammette i provvedimenti cautelari del giudice amministrativo “*anche coinvolgenti diritti fondamentali della persona o altri beni di primario rilievo costituzionale*”; e come emerge altresì dall'art. 133 comma 1 lett. p), che devolve alla giurisdizione esclusiva le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, “*quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati*”.

Più precisamente, la giurisdizione del giudice amministrativo può derivare dal fatto che il diritto alla salute non riceve diretta ma mediata, nel senso che la legge riserva alla P.A. il potere di individuare le concrete modalità di salvaguardia ed attuazione di tale diritto, sicché la posizione soggettiva del privato viene tutelata in via indiretta dalla norma attributiva del potere alla P.A.: in questo caso la posizione soggettiva è di interesse legittimo, tipicamente giustiziabile dinanzi al giudice amministrativo.

Ma la norma può anche riservare ai singoli una tutela diretta, finale, e in questo caso si tratta di diritto soggettivo. Cosa che a maggior ragione accade per i diritti primari di rango costituzionale, fra cui quello alla salute, che propria per questa rilevanza costituzionale presentano un “nucleo essenziale” che va salvaguardato anche nei confronti della P.A., appunto quale diritto soggettivo incompressibile ed inviolabile. La diversa qualificazione della posizione soggettiva del privato non è però decisiva ai fini del riparto, in quanto come visto la legge ha stabilito materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le quali possono coinvolgere anche “*diritti costituzionalmente tutelati*”.

Ciò posto, è bene dire che i principi sinora esposti sono stati in concreto declinati dalle Sezioni Unite anche con riguardo alla gestione della pandemia Covid-19. Ci si riferisce in particolare a Cass. SU 4873/22, secondo cui “*Le controversie relative al mancato rispetto delle misure emergenziali previste dal legislatore per il contenimento della pandemia da Covid-19, da parte dei gestori dei centri di accoglienza straordinari per richiedenti asilo, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che nessun potere pubblico può incidere sul diritto soggettivo alla salute degli ospiti (nella specie, sul diritto al distanziamento sociale), fino al punto di degradarlo ad interesse legittimo; ne consegue che, a fronte di una predeterminazione, da parte del legislatore, delle modalità concrete di esercizio del servizio straordinario di accoglienza, volte a tutelare la salute dei richiedenti asilo, il potere amministrativo nella gestione del servizio di accoglienza è circoscritto e vincolato.*”

Come si vede, nella specie viene affermata la giurisdizione del giudice ordinario sul presupposto che il legislatore ha predeterminato le modalità concrete di esercizio del servizio straordinario di

accoglienza (in particolare stabilendo la distanza minima interpersonale di un metro onde ridurre i rischi contagio: vedi la motivazione della pronunzia), sicché ci si trova di fronte ad un potere amministrativo non discrezionale, ma “*circoscritto e vincolato*”. Questo è il dato dirimente che rende il diritto alla salute tutelabile dinanzi al giudice ordinario, in quanto diritto non compresso ma pieno, la cui pienezza anzi trova fondamento proprio nelle norme adottate dal governo per prevenire i rischi da contagio (la misura del distanziamento sociale di un metro, prevista anche nei centri di accoglienza). Insomma, le norme e scelte governative sono richiamate contro la stessa pubblica amministrazione proprio per suggellare che non si è soggetti al potere discrezionale di essa, al contrario vincolata a norme precise, le quali rendono il diritto alla salute tutelabile dinanzi al giudice ordinario secondo la generale regola di riparto delle giurisdizioni.

Tuttavia, se mancano queste norme precise, se il potere non è “*circoscritto e vincolato*”, la cognizione spetta al giudice amministrativo pur se si discorra di diritto alla salute. Le Sezioni Unite, nella citata pronunzia 4873/22, richiamano il proprio noto precedente relativo alla gestione dell'emergenza rifiuti 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 l'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 all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti*” (Cass. SU 27187/07). E, su questa linea, affermano che è “*.... proprio tale ultima prospettiva, essenzialmente collegata ad una valutazione dei diritti fondamentali sistemica e non isolata o frazionata (cfr. Corte cost. n.264/2012; Corte cost., n.85/2013; Corte cost. n.235/2014; Corte cost. n.254/2020) ed alla verifica in concreto del quadro normativo e delle modalità con le quali è preso in considerazione il diritto fondamentale in gioco, a risultare decisiva ai fini del riparto delle giurisdizioni, dovendosi ritenere che ove il legislatore abbia delineato e predefinito in modo assoluto e cogente un determinato diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico, la giurisdizione vada senza alcun dubbio attribuita al giudice ordinario, a diverse conclusioni dovendosi per contro giungere laddove il diritto fondamentale venga considerato nella sua dimensione solidale e, per ciò stesso, richieda l'intervento del potere pubblico in modo che esso possa eventualmente bilanciarlo con altri interessi e valori parimenti fondamentali.*”. In conclusione, “*... quel che risulta*

decisivo, ai fini del riparto delle giurisdizioni, è la puntuale interpretazione del quadro normativo di riferimento, per comprendere se sia stata effettivamente conferita alla p.a. la facoltà di incidere su un diritto costituzionale, operando una mediazione tra interessi parimenti fondamentali, ovvero se la norma abbia predefinito ex ante l'assetto di interessi e configurato un diritto già pienamente in grado di affermarsi senza alcuna mediazione da parte del potere amministrativo, con un correlativo obbligo in capo all'amministrazione di rispettarlo" (vedi Cass. SU 4873/22 pag. 9).

Appare chiaro come nel caso oggetto del presente ricorso non vi siano norme che abbiano già *"predefinito ex ante l'assetto di interessi e configurato un diritto già pienamente in grado di affermarsi senza alcuna mediazione da parte del potere amministrativo"*. Piuttosto, è l'esercizio di detto potere amministrativo, e prima ancora di quello normativo, quello che consente (e ha consentito) la gestione della pandemia da Covid-19. Solo in questo modo i cittadini possono vedere tutelata la propria salute; la *"mediazione"* del potere statale ed amministrativo in questo caso è necessaria, ineludibile; e l'inefficacia di tale attività di mediazione, rimessa a scelte discrezionali, è sindacabile dinanzi al giudice amministrativo.

Né si può parlare di violazione del *"nucleo essenziale"* del diritto alla salute. L'individuazione del numero dei posti di letto di terapia intensiva, la scelta di incrementarli (e il come e il quando), le decisioni sul *lockdown* generalizzato, e più in generale tutti gli interventi governativi e ministeriali censurati nel presente giudizio si iscrivono nella logica della tutela del diritto alla salute dei cittadini: non vi è uno Stato che agisce contrapponendosi al diritto alla salute, e lo fa violando norme indicanti le specifiche modalità di salvaguardia dello stesso, norme che appunto non ci sono (difetta l'assetto di interessi predefinito *ex ante*); vi è semmai un'azione viziata nelle sue modalità, ma essa è (stata) svolta in funzione del diritto alla salute. Plasticamente manca nella specie quel contrasto tra condotta della P.A. e posizione soggettiva del privato che giustifica l'individuazione di un *"nucleo essenziale"* del diritto alla salute tutelabile anche nei confronti della P.A. e giustiziabile dinanzi al giudice ordinario quale giudice dei diritti soggettivi.

Ugualmente manca la totale assenza di attività amministrativa riconducibile all'esercizio di pubblici poteri, ipotesi sottratta al campo di operatività dell'art. 7 comma 1 d.lgs. 104/10, il quale invero postula, per radicare la giurisdizione amministrativa, sia ordinaria che esclusiva, l'esistenza quantomeno di *"comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"*. La totale assenza di attività amministrativa non è un comportamento materiale, ma è un *non facere*, è una mera inerzia della P.A. che si risolve in una violazione del principio generale del *neminem laedere*" (così pag. 29 di Cass. SU 23436/22).

E proprio in tale prospettiva Cass. SU 23436/22 afferma che in tal caso la giurisdizione è del giudice ordinario qualora si deduca che da tale inattività sia derivato un danno alla salute ai cittadini. Appunto perché in questa ipotesi viene *".... in rilievo, alla stregua del criterio del*

"petitum" sostanziale, un comportamento materiale di pura inerzia delle autorità pubbliche, suscettibile di compromettere il nucleo essenziale del diritto soggettivo inviolabile alla salute" (così la massima) e che *"si risolve in una violazione del principio generale del neminem laedere"* (così pag. 29 di Cass. SU 23436/22; ma vedi anche pag. 25). *"In siffatti casi, alla P.A. è riconosciuta una discrezionalità attiva, attinente cioè alla scelta delle misure più idonee, non anche la discrezionalità nel non agire, perché quest'ultima è incompatibile con la natura inviolabile del diritto fondamentale, soprattutto quando sia a rischio il nucleo essenziale del diritto medesimo."* (pag. 26 di Cass. SU 23436/22). Insomma, nessun potere discrezionale viene in gioco, ma appunto un mero comportamento dell'autorità pubblica posto in essere in violazione del *neminem laedere* rispetto al diritto alla salute dei cittadini (nella specie si discorreva di immissioni nocive ed intollerabili non impedito dalla P.A., assolutamente inerte).

Né, aggiunge Cass. SU 23436/22, si può utilmente invocare la giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133 d.lgs. 104/10.

In particolare, *"Si è al di fuori dall'ambito della giurisdizione esclusiva non perché la posizione fatta valere in giudizio corrisponde ad un diritto costituzionalmente protetto. La giurisdizione esclusiva, infatti, non incontra - come si è visto - il limite del carattere perfetto o costituzionalmente tutelato del diritto fatto valere in giudizio."*

Lo impedisce un'altra ragione: la mancanza del "nodo gordiano" fra interessi e diritti. Nella presente vicenda, infatti, la condotta di mera inerzia addebitata alle amministrazioni convenute rileva come puro fatto.

La portata della regola, per cui la tutela dei diritti fondamentali spetta al giudice amministrativo in ambiti presidiati dalla giurisdizione esclusiva, può estendersi anche ai comportamenti materiali della P.A., solo qualora siano consequenziali ad atti amministrativi o comunque espressivi di un potere autoritativo, fino a che questi comportamenti non degradino a comportamenti di mero fatto. Tale impostazione è coerente sia con la natura tendenzialmente generale della giurisdizione del giudice ordinario, sia con i principi espressi dalla Corte costituzionale." (vedi il par. 22 di Cass. SU 23436/22, che nei paragrafi seguenti riporta la giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul punto).

Come si vede, i casi sono ben diversi da quelli oggetto della controversia in esame, dove si è ben lungi da una totale inerzia della P.A. (Cass. SU 23436/22) o da una condotta della PA contrastante regole specifiche fissate dalla legge a tutela della salute dei cittadini (Cass. SU 4873/22). Nella controversia in esame, si ripete, il *petitum* sostanziale è rappresentato dalla contestazione di scelte sbagliate nella gestione della pandemia. La giurisdizione del giudice amministrativo, sia quella generale per essersi presenza di poteri discrezionali e di interessi legittimi, sia quella esclusiva perché si tratta di controversia in materia di servizio pubblico, appare evidente.

Il rappresentante della Procura Generale

P.Q.M.

Visto l'art. 380 *ter* c.p.c., chiede che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dichiarino la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia in esame.

Roma, 20 settembre 2022

Il sostituto procuratore generale
Alessandro Pepe