



Sous la direction de Laurence Gay, Laura Montanari et Caterina Severino

## Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux Approches de droit franco-italien et européen

---

# Il Consiglio di Stato italiano e il concetto di vulnerabilità

Alessia-Ottavia Cozzi

---

Éditeur : DICE Éditions  
Lieu d'édition : Aix-en-Provence  
Publication sur OpenEdition Books : 9 avril 2026  
Collection : Confluence des droits  
ISBN numérique : 979-10-97578-39-8



<https://books.openedition.org>

## RÉFÉRENCE NUMÉRIQUE

Cozzi, Alessia-Ottavia. « Il Consiglio di Stato italiano e il concetto di vulnerabilità ». *Vulnérabilité et effectivité des droits fondamentaux*, édité par Laurence Gay et al., DICE Éditions, 2026, <https://doi.org/10.4000/161k3>.

---

Ce document a été généré automatiquement le 14 avril 2026.



Le format PDF est diffusé sous licence Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International - CC BY-NC-ND 4.0 sauf mention contraire.

# IL CONSIGLIO DI STATO ITALIANO E IL CONCETTO DI VULNERABILITÀ

Alessia-Ottavia Cozzi<sup>1</sup>

## Sintesi della ricerca sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano in tema di vulnerabilità

Il presente contributo intende esporre i risultati della ricerca attinente all'utilizzo del termine «vulnerabilità», «vulnerabile», al singolare e al plurale, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano nell'arco di tempo considerato dall'indagine, ossia dal gennaio 2010 al maggio 2023. Conviene da subito anticipare i risultati della ricerca. Il primo risultato attiene al fatto che il numero delle sentenze del Consiglio di Stato rilevanti per la presente ricerca nel periodo indicato è significativamente circoscritto. Il termine «vulnerabilità», nel significato oggetto della presente ricerca, ossia quale condizione ontologica o situazionale di persone fisiche, è poco presente nella giurisprudenza amministrativa esaminata. Il secondo risultato consiste nell'individuazione dei settori materiali in cui il termine è utilizzato. I settori sono essenzialmente tre: provvedimenti in materia di immigrazione; provvedimenti connessi alla disciplina dei cosiddetti «giochi e scommesse», in particolare in tema di obblighi di distanziamento da luoghi sensibili e di orari di apertura di esercizi commerciali con *slot machine*; provvedimenti correlati all'obbligo vaccinale, in relazione alle normative adottate per far fronte alla pandemia Covid-19.

Rispetto a questi settori, il risultato forse più significativo della presente indagine consiste nell'individuazione del formante da cui il giudice amministrativo ha tratto il concetto di vulnerabilità. Si tratta di un dato importante per comprendere se e in che misura l'utilizzo del termine corrisponda all'identificazione di una vera e propria categoria giuridica, che comporta diritti o facoltà in capo al soggetto interessato e obblighi od oneri in capo alla pubblica amministrazione o se, al contrario, ne delinea un utilizzo con funzioni narrative, discorsive, descrittive, tali per cui il termine è fungibile con altri, al pari di sinonimi come persone fragili, persone deboli.

Da questo punto di vista, la ricerca ha mostrato che diversi sono i formanti «di origine» del termine, nei diversi settori materiali. Per ciò che attiene al diritto migratorio, il termine «vulnerabile» è tratto, e costituisce puntuale attuazione, di fonti secondarie dell'Unione europea. Per gli obblighi di

---

<sup>1</sup> Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico all'Università di Udine.

distanziamento dei locali con *slot machine*, il formante di origine del termine è dato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, che ha delineato la *ratio* delle normative nazionali e regionali che impongono siffatti obblighi, consistente nella protezione di minori o di soggetti in carico presso i servizi socio-assistenziali. Infine, per gli obblighi vaccinali il termine è riferito ai pazienti, come soggetti considerati complessivamente vulnerabili a prescindere da specifiche patologie, ed è tratto in parte dagli atti di autorità sanitarie, in parte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per ciascuno dei settori indicati, i paragrafi che seguono analizzano nel dettaglio i formanti da cui il termine vulnerabilità proviene.

Nella parte finale del presente studio, si sostiene che l'utilizzo del termine sia più presente laddove previsto da puntuali norme di legge, italiane od europee, assumendo in questi soli casi il significato di categoria giuridica. Il «peso» del formante legislativo non stupisce, attesa la centralità della norma di legge quale norma attributiva del potere e parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Lo scarso utilizzo del termine «vulnerabile», d'altra parte, non costituisce in alcun modo manifestazione di una incapacità strutturale del giudice amministrativo nel garantire l'effettività dei diritti fondamentali delle persone in condizioni di svantaggio. Per dimostrare la centralità del formante legislativo e l'effettività della tutela giurisdizionale avanti al giudice amministrativo, a prescindere dall'utilizzo del termine «vulnerabile», sono stati utilizzati alcuni indici che operano *a contrario*. In primo luogo, sono state analizzate le altre sentenze, non rilevanti per la presente ricerca, in cui compare il termine «vulnerabile». Esse sono riferite alla vulnerabilità dei suoli, delle acque o, in generale, di risorse naturali, anche in questo caso perché il termine è puntualmente presente nelle singole normative di settore, spesso di origine europea. Si conferma, in questo modo, la ricorrenza del termine ove la legge lo prevede. In secondo luogo, molto ricca è, nel periodo di riferimento, la giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di disabilità, ambito in cui, pur senza utilizzare il termine «vulnerabile» il giudice amministrativo è stato in grado di offrire tutela ai più diversi ambiti del vivere comune in cui la persona interessata si sia confrontata con un cattivo esercizio del potere amministrativo. Si dimostra, sotto questo profilo, che lo scarso utilizzo del termine «vulnerabile» non corrisponde ad una debolezza degli strumenti propri del sindacato giurisdizionale amministrativo.

Sebbene la ricerca abbia mostrato che la creazione della categoria giuridica della vulnerabilità, nei casi esaminati, sia determinata dalla legge, e non dal giudice stesso, l'ultima parte del contributo ragiona dell'espansione della funzione giurisdizionale come elemento, da più parti evidenziato, caratterizzante l'evoluzione della forma di Stato. Il Consiglio di Stato italiano ha certamente esercitato da sempre una notevole funzione di integrazione e di ricomposizione del tessuto normativo, spesso estremamente frammentato e scomposto. Solo da una ventina d'anni è invalsa anche in Italia la prassi di adottare Codici, o comunque normative organiche, per settori materiali tipicamente rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, quali l'edilizia, l'espropriazione, l'ambiente, i contratti pubblici, le società partecipate, solo per fare alcuni esempi. In precedenza, la legislazione italiana era essenzialmente settoriale, il che rendeva necessario il ricorso a principi generali del diritto ad integrazione del parametro legislativo. La funzione «creativa» del diritto, dunque, a prescindere dagli intesi dibattiti che da decenni accompagnano l'espressione, non è certamente estranea al giudice

amministrativo. Di qui l'utilità, nella parte finale del presente lavoro, di ragionare della creazione di nuove categorie giuridiche in rapporto allo spazio della funzione giurisdizionale in una Costituzione democratica e pluralista.

## I. Materiali e metodi

Prima di procedere ad una analisi puntuale dei settori materiali interessati dalla giurisprudenza amministrativa esaminata, è utile chiarire le premesse metodologiche e gli strumenti operativi utilizzati nella presente ricerca. La descrizione dei materiali e metodi consente di dare conto dell'esiguo numero di sentenze rilevanti per la ricerca, che ne rappresenta, come detto, il primo risultato.

La ricerca è stata condotta utilizzando un motore di ricerca privato di frequente utilizzo da parte degli operatori del diritto<sup>2</sup>. I risultati ottenuti sono stati posti a confronto con il motore di ricerca pubblico e ad accesso libero della giustizia amministrativa, molto ricco per pronunce raccolte, ma meno raffinato dal punto di vista dei campi di ricerca<sup>3</sup>. I numeri ottenuti attraverso il motore di ricerca privato consistono in diciannove massime e 291 sentenze. Il confronto con i risultati ottenuti con il motore di ricerca pubblico mostra che i dati sono sostanzialmente comparabili, dunque realisticamente affidabili<sup>4</sup>. Ebbene, il numero di sentenze individuate risulta davvero sparuto rispetto al totale delle sentenze del Consiglio di Stato nel periodo di riferimento presenti nel motore di ricerca<sup>5</sup>. Il numero è ancora più ridotto se si considera che non tutte le decisioni, comprendenti sentenze, ordinanze cautelari presidenziali o collegiali e decreti decisori, sono indicizzate nel motore di ricerca, risultando dai dati statistici predisposti per l'inaugurazione dell'anno giudiziario in numero molto maggiore<sup>6</sup>.

2 [www.dejure.it](http://www.dejure.it), banche dati editoriali GLF, [giuffrefrancislefebvre.it](http://giuffrefrancislefebvre.it); il termine ricercato è stato «vulnerabil\*» (proposto così dal motore di ricerca) filtri: «Consiglio di Stato» periodo 1 gennaio 2010-10 maggio 2023. In un primo tentativo di ricerca, si è inserito «vulnerabilità», ma risultavano solo tre decisioni. Si è utilizzato, perciò, il suggerimento del motore di ricerca stesso come «vulnerabil\*». Quanto al periodo temporale, sono state fatte più ricerche. Per esempio, al 1 marzo 2022 risultavano 236 sentenze, di cui quaranta sentenze certamente non rilevanti, tra cui sei adunanze plenarie, la cui massima era riferita sempre a «consumatori particolarmente vulnerabili». L'ultimo aggiornamento di ricerca, qui considerato, è del 10 maggio 2023.

3 [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui è possibile effettuare una ricerca libera testuale, ma le sentenze che ne risultano sono indicate solo per data, senza massima o parola chiave, per cui non è agevole individuare quelle davvero rilevanti.

4 Sul motore di ricerca di [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) si è proceduto con la ricerca per parole «vulnerabil\*», autorità: Consiglio di Stato, tipologia provvedimento: sentenza. Non è stato possibile inserire una data di inizio e fine della ricerca. La ricerca ha dato come esito 355 sentenze dal 2001, anno applicato automaticamente dal motore di ricerca. Il motore, indica, tuttavia, il numero di sentenze per anno e, sommando quelle dal 2010 al 2023, sono 319, un numero ragionevolmente vicino alle 291 trovate con [dejure.it](http://dejure.it).

5 Senza inserire il termine «vulnerabil\*», nel motore di ricerca [dejure.it](http://dejure.it) nel periodo 1 gennaio 2010-10 maggio 2023 il totale delle massime del Consiglio di Stato è di 56.456 e il totale delle sentenze del Consiglio di Stato è di 85.828.

6 Si consideri che c'è uno scarto tra il numero di sentenze presenti nel motore di ricerca e il numero di decisioni realmente pronunciate dal Consiglio di Stato nel periodo di riferimento. Al di là della tipologia di provvedimento decisorio (sentenza, ordinanza cautelare presidenziale o collegiale, decreto decisorio), lo scarto emerge con evidenza se si considerano i dati statistici relativi all'attività del Consiglio di Stato presentati ogni anno in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, in [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato). Si ricava dai dati statistici che il numero dei «ricorsi decisi» dal Consiglio di Stato a partire dal 2017 è il seguente: 9.990 nel 2017; 11.055 nel 2018; 12.151 nel 2019; 11.811 nel 2020; 11.789 nel 2021; 14.718 nel 2022. Negli anni precedenti, per completezza, i dati sono i seguenti: 15.534 nel 2010; 12.616 nel 2011; 11.562 nel 2012; 10.183 nel 2013; 10.309 nel 2014; 9.604 nel 2015; 9.858 nel 2016, in [[https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/52818/nsiga\\_4150149.pdf/bb549c91-7b9a-08a1-f72e-a5f9bd203d29?t=1530095786000](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/52818/nsiga_4150149.pdf/bb549c91-7b9a-08a1-f72e-a5f9bd203d29?t=1530095786000)]. Per quanto la lettura dei dati non sia semplice, può dirsi che nel periodo 1° gennaio 2010 - 31 dicembre 2022 il totale dei

La base di dati su cui la ricerca si è incentrata, perciò, attiene a 291 sentenze. Esse sono state a loro volta scremate, per trattenere soltanto quelle attinenti alla vulnerabilità delle persone fisiche. Ne sono emersi i tre settori materiali già indicati nella sintesi iniziale di questo contributo, ossia quindici decisioni in materia di stranieri; trentatré in materia di giochi e scommesse, in relazione a provvedimenti relativi all'apertura di sale gioco e agli obblighi di distanziamento rispetto a luoghi sensibili, nonché a provvedimenti recanti ordini di chiusura o di contingentamento dell'orario di esercizio; undici sentenze in tema di obblighi vaccinali del personale sanitario. Ulteriori sei sentenze attengono ad atti e provvedimenti di organizzazione del servizio sanitario, per esempio l'estensione dei distretti sanitari, in rapporto alla vulnerabilità della popolazione considerata e ai soggetti potenziali utenti del servizio. Le sentenze pertinenti per la presente ricerca sono, dunque, sessantacinque.

Se si volesse rapportare il dato (sessantacinque sentenze) al totale delle sentenze in cui compare il termine «vulnérabil\*» (291 sentenze), esso corrisponde al 22,33%. Rispetto al totale delle sentenze del Consiglio di Stato indicizzate dal motore di ricerca nel periodo di riferimento, il termine «vulnérabil\*», considerando tutte le 291 sentenze, si attesta al 0,339% mentre, considerando le sole sessantacinque sentenze pertinenti, diventa lo 0,075%<sup>7</sup>. La percentuale si abbassa ancora se si tiene conto che, come detto, non tutte le decisioni del Consiglio di Stato sono indicizzate nel motore di ricerca.

I dati ora indicati, dunque, attestano con chiarezza che il termine «vulnerabil\*» è davvero poco presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano. Può concludersi, dunque, che il vocabolo ha una incidenza assai ridotta nella giurisprudenza amministrativa d'appello. L'analisi che segue mira ad analizzare nel dettaglio le sessantacinque sentenze pertinenti e i relativi settori materiali, con l'obiettivo di individuare l'origine del termine, se normativa o di autonoma e spontanea creazione giudiziale.

## **II. Ambiti materiali in cui è stata rinvenuta la parola «vulnerabil\*», origine e riflessi per la costruzione di una categoria giuridica**

Come anticipato, sono essenzialmente tre gli ambiti materiali in cui si rinvengono sentenze del Consiglio di Stato che si riferiscono alla «vulnerabilità» delle persone fisiche: stranieri; giochi e scommesse, ossia distanziamento da scuole, strutture sanitarie o socio-sanitarie e orari di apertura di esercizi commerciali con *slot machine*; obbligo vaccinale del personale sanitario in epoca Covid-19.

Un risultato importante della ricerca è consistito nell'individuazione del formante da cui questa giurisprudenza ricava il termine «vulnerabile». Dal formante può dipendere anche la connotazione del termine come categoria giuridica dotata di effetti classificatori e conformativi o, al contrario, il suo utilizzo in senso atecnico, discorsivo, narrativo, al pari di sinonimi come «persone fragili», «persone deboli».

---

ricorsi definiti sia di 151.180. Come detto, le cifre indicate si riferiscono ai ricorsi definiti, dunque decisi, e non al numero delle pronunce con efficacia decisoria. La differenza è evidente se si considera che il giudice può decidere contestualmente su più ricorsi riuniti, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., ove il potere di riunione dei ricorsi è ritenuto discrezionale.

<sup>7</sup> Percentuale di sentenze del Consiglio di Stato contenenti il termine «vulnérabil\*» sul totale delle sentenze in dejure.it nel periodo 1 gennaio 2010-10 maggio 2023, ossia 291 sentenze su 85.828: 0,339%; 65 sentenze su 85.828: 0,075%.

In sintesi, il formante normativo, dunque la derivazione da norme di legge, è molto evidente nella giurisprudenza sugli stranieri. Il formante giurisprudenziale, in particolare la derivazione da sentenze della Corte costituzionale, è caratteristico della giurisprudenza in materia di giochi e scommesse. Un formante «misto» si ricava dalla giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, in cui la qualificazione dei pazienti come vulnerabili deriva, insieme, da rapporti di natura tecnico-scientifica ripresi nelle sentenze (European Medicines Agency-EMA; Agenzia Italiana del Farmaco-AIFA) e da una sentenza della Corte di Strasburgo.

## A. La giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di stranieri

L'analisi delle sentenze individuate in materia di stranieri richiede una premessa in ordine alla conformazione duale del sistema italiano di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Il sistema duale rappresenta una eccezione nel contesto occidentale e determina il fatto che la tutela nei confronti dell'amministrazione possa essere ottenuta in alcuni casi davanti al giudice ordinario, in altri davanti al giudice amministrativo<sup>8</sup>. Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si fonda nell'ordinamento italiano sulla posizione giuridica soggettiva protetta, in particolare sulla distinzione, sconosciuta ad altri ordinamenti, tra diritto soggettivo e interesse legittimo, già presente nell'organizzazione della tutela giurisdizionale del Regno d'Italia e mantenuta dalla Costituzione italiana, negli artt. 103, comma 1, e 113 Cost.<sup>9</sup>. La dualità del sistema di tutela comporta che non sia sufficiente che la pubblica amministrazione sia parte del giudizio per identificare la giurisdizione del giudice amministrativo. L'ordinamento si caratterizza, pertanto, per una concorrenza tra giurisdizioni e rispettivi strumenti di tutela, che insistono entro i medesimi ambiti materiali.

Un esempio è dato proprio dalla disciplina degli stranieri. Si tratta di un ambito materiale in cui coesistono posizioni soggettive che assumono la conformazione del diritto soggettivo, la cui cognizione è affidata al giudice ordinario, per esempio in fattispecie di rigetto della domanda di protezione internazionale o di protezione umanitaria, e posizioni che hanno la qualità dell'interesse legittimo, ricadendo nella giurisdizione del giudice amministrativo, per esempio in caso di diniego del permesso di soggiorno o di revoca delle misure materiali e giuridiche di protezione internazionale<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Per un inquadramento di sistema, F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, IX ed., 2023; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021; G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2021; inoltre, in prospettiva comparata, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamento dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019; G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2020, in particolare il cap. VI, «Contenzioso amministrativo e tutela giurisdizionale».

<sup>9</sup> Art. 103, comma 1, Cost., per cui: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»; art. 113 Cost., secondo cui: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa». La Costituzione, dunque, fotografa questa dualità: due situazioni giuridiche soggettive, diritto soggettivo e interesse legittimo, e due giurisdizioni, giudice ordinario e giudice amministrativo.

<sup>10</sup> La dottrina sulla condizione giuridica delle persone migranti è amplissima. In relazione al loro statuto costituzionale, ci si limita a F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2022;

Non è agevole spiegare queste distinzioni, che rendono difficile comprendere per il ricorrente a quale giudice rivolgersi, mettendo in discussione la certezza del diritto, il diritto di azione e di difesa e la tutela dei diritti fondamentali. Nella dottrina italiana il dibattito è antico e, proprio in materia di stranieri, si è parlato di «nomadismo giurisdizionale», per indicare che, a fronte di fattispecie che paiono simili, non è chiaro a quale giudice rivolgersi. Ma lo stesso accade in altri settori materiali, per esempio in relazione ai soggetti disabili, per cui alcune controversie ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario, altre in quella del giudice amministrativo.

Il riflesso, ai fini del presente lavoro, è duplice. Per un verso, per misurare il grado di protezione che l'ordinamento offre a determinati soggetti, occorre considerare l'insieme delle giurisprudenze ordinaria e amministrativa, dunque l'effettività offerta dalla concorrenza dei rispettivi rimedi giurisdizionali. Per altro verso, e specularmente, la giurisprudenza amministrativa in materia di stranieri coglie soltanto una frazione delle situazioni giuridiche protette, mentre nella presente ricerca sentenze in materia di stranieri saranno richiamate anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione, sezioni civili.

Fatte queste premesse, è possibile concentrare l'analisi sulle quindici sentenze del Consiglio di Stato relative alla disciplina dello straniero in cui compare il termine «vulnerabile», cercando le origini del termine e le ragioni del suo utilizzo.

In materia di stranieri, il riferimento alla vulnerabilità è presente nella legislazione interna di recepimento di norme del diritto dell'Unione europea, legislazione che costituisce il parametro di legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione. L'origine del termine risiede essenzialmente, dunque, nel diritto dell'Unione. La normativa interna applicata nelle sentenze analizzate è costituita dal d.lgs 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative*

---

P. BONETTI, «L'attuale sistema italiano del diritto degli stranieri e la sua insostenibilità costituzionale. Proposte di riforma per governare l'immigrazione», in M. BONINI, S. LA PORTA (a cura di), *Quale governo per le migrazioni?*, Atti del seminario di studi interdisciplinari 20 novembre 2020 Università degli Studi di Milano Bicocca, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 25-90; P. BONETTI, «Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione», *Diritto costituzionale*, n. 2 del 2020, pp. 13-79 (numero monografico); L. MONTANARI, F. GRISOSTOLO, «I diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale italiano. Il ruolo della questione incidentale nel complesso del sistema di tutela dei diritti», in C. SEVERINO, H. ALCARAZ (dir.), *Système de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé, Confluence des droits [en ligne]*, Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, 2022, pp. 365-381; C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; I. RUGGIU, «I diritti dei migranti: la tutela della libertà personale e le nuove sfide per i diritti umani poste dal fenomeno migratorio», in I. SPIGNO, L. EFREN RIOS VEGA (a cura di), *La crisi dei diritti umani. La visione della giustizia regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 247-264; L. MONTANARI, «La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri», *Federalismi.it*, numero speciale, n. 2 del 2019, p. 63 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2017; G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, Aracne, 2016; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013; L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2012; A. RUGGERI, «Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri», *Rivistaaic.it*, n. 2 del 2011; A.O. COZZI, «Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali», *Quad. cost.*, n. 3 del 2010, pp. 551-570; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, CEDAM, 2007; AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti di XIV convegno annuale AIC, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1997. In chiave comparata, A. TARZIA, *Il giudice e lo straniero. Linguaggi e culture nei percorsi giurisdizionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

*all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*<sup>11</sup>. L'art. 2, comma 1, lett. h) qualifica come «richiedente con esigenze di accoglienza particolari» il «richiedente che rientra nelle categorie vulnerabili indicate nell'articolo 17 e che necessita di forme di assistenza particolari nella prestazione delle misure di accoglienza». L'art. 17 d.lgs n. 142 del 2015 è rubricato *Accoglienza di persone portatrici di esigenze particolari* e al primo comma dà un elenco di persone considerate vulnerabili: «Le misure di accoglienza previste dal presente decreto tengono conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali». Si tratta di una definizione ripresa testualmente dall'art. 21 direttiva 2013/33/UE. L'art. 22 direttiva, peraltro, stabilisce che solo le persone vulnerabili ai sensi dell'articolo 21 della direttiva possano essere considerate come persone con esigenze di accoglienza particolari e possano pertanto beneficiare delle particolari misure di sostegno previste dalla direttiva stessa. L'art. 21 direttiva, e il corrispondente art. 17 d.lgs n. 142 del 2015, non sarebbero perciò suscettibili di applicazione analogica.

La direttiva, e di conseguenza il d.lgs 142 del 2015, collega alla condizione di soggetto vulnerabile specifici obblighi in capo alla pubblica amministrazione, di notevole impatto per la tutela dei diritti delle persone interessate: l'obbligo di un accertamento e di una rivalutazione periodica della condizione di vulnerabilità; il divieto di collocazione nei centri di trattenimento; l'obbligo di apprestare specifici servizi di supporto sanitario e psicologico; la predisposizione di progetti di inserimento individualizzati. Norme specifiche, inoltre, sono poste per i minori, prevedendo per esempio la prevalenza, nella selezione delle misure, del superiore interesse del minore, il diritto del minore ad essere ascoltato, il diritto alla permanenza con i genitori o i fratelli, e particolari cautele per i minori non accompagnati (art. 18 d.lgs n. 142 del 2015, *Disposizioni sui minori*, e art. 19, *Accoglienza dei minori non accompagnati*, che recepiscono l'art. 23, *Minori*, e l'art. 24, *Minori non accompagnati*, direttiva 2013/22/UE). È, dunque, la legislazione europea, e di riflesso quella interna, a identificare e circoscrivere i soggetti vulnerabili e a collegarvi specifiche conseguenze giuridiche, nella forma di obblighi della pubblica amministrazione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato in cui compare il termine «vulnerabil\*» attiene in particolare a provvedimenti di revoca delle misure di accoglienza per coloro cui è stata riconosciuta la protezione internazionale o, in via residuale, la protezione umanitaria, disciplinati dall'art. 23 d. lgs n. 142 del 2015. I provvedimenti di revoca sono provvedimenti discrezionali, in cui spetta all'amministrazione porre in bilanciamento le esigenze di tutela dei diritti delle persone interessate

11 Sulla disciplina unionale e interna in materia di protezione internazionale, per tutti S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, II ed., 2022.

con le esigenze di ordine pubblico e sicurezza, considerando che la revoca comporta il venir meno di condizioni di vita minime, di solito in assenza di altri punti di riferimento. Anche le misure di revoca sono disciplinate dal diritto dell'Unione, in particolare dall'art. 20, par. 5, direttiva 2013/33/UE, in tema di riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza. La disposizione richiede che le misure di revoca siano adottate in modo individuale, obiettivo e imparziale e siano motivate. Per i soggetti vulnerabili, in particolare, la norma pretende che le decisioni siano basate «sulla particolare situazione della persona interessata», tenendo conto del principio di proporzionalità.

Nella giurisprudenza esaminata, relativa ai provvedimenti di revoca, questo apparato normativo si traduce nella pretesa di un onere motivazionale aggravato in capo alla pubblica amministrazione, che deve ponderare le condizioni in concreto del ricorrente, il pregiudizio alla sua situazione soggettiva e le puntuali ragioni di ordine o sicurezza pubblica emerse nel caso di specie. Proprio l'assenza di motivazione in relazione alle condizioni personali della persona interessata è causa di per sé di annullamento del provvedimento impugnato<sup>12</sup>.

In materia di stranieri potremo dire, quindi, che la qualificazione di persona vulnerabile e gli effetti ad essa connessi sono previsti direttamente dalla legge; sul lato della giurisprudenza, questo set di norme comporta in capo alla pubblica amministrazione un onere motivazionale aggravato.

Occorre tenere presente anche un ulteriore aspetto: essendo la definizione di vulnerabilità in questo ambito di derivazione europea, la giurisprudenza amministrativa interna si confronta e si conforma alle sentenze della Corte di giustizia in materia<sup>13</sup>. Inoltre, occorre considerare che la legislazione interna italiana già prevedeva fattispecie, quali il divieto di espulsione o di respingimento, riferite a persone che oggi definiremo vulnerabili e che la qualificazione espressa di «vulnerabile» è stata inserita successivamente, sempre per effetto del recepimento di norme europee. Si vuol dire che,

12 Emblematico è Cons. St., Sez. III, 8 maggio 2019, n. 2994, in merito alla revoca delle misure di accoglienza ex art. 23, c. 2, d.lgs n. 142 del 2015, di un soggetto adulto affetto da cataratta che era stato fermato per spaccio di modiche quantità di hashish, in cui il giudice amministrativo non prende posizione sulla gravità della malattia, né su altri aspetti, perché il provvedimento è privo di motivazione con riferimento alle condizioni personali dello straniero, quindi è di per sé illegittimo.

13 Corte giust., Grande Camera, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin*, C-233/18, sull'art. 20, parr. 4 e 5, direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, letto alla luce dell'art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per effetto di questa sentenza, alcuni tribunali amministrativi regionali hanno disapplicato l'art. 23 d.lgs n. 142 del 2015, di recepimento dell'art. 20 direttiva: così T.A.R. LOMBARDIA, Milano, Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 2378, T.A.R. TOSCANA, Sez. II, 6 maggio 2020, n. 540. Il Consiglio di Stato, Sez. III, con ord. 30 dicembre 2020, n. 8540, ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di giustizia in relazione alla revoca di misure di accoglienza nei confronti di soggetto maggiorenne, non rientrante tra le categorie di soggetti vulnerabili ai sensi della direttiva. In risposta al rinvio pregiudiziale, Corte giust., Sez. X, 1° agosto 2022, *Ministero dell'interno*, C-422/21, ha riaffermato, tra l'altro, che l'art. 20, parr. 4 e 5 direttiva, «osta all'irrogazione, a un richiedente protezione internazionale che abbia posto in essere comportamenti gravemente violenti nei confronti di funzionari pubblici, di una sanzione consistente nel revocare le condizioni materiali di accoglienza, ai sensi dell'articolo 2, lettere f) e g), di tale direttiva, riguardanti l'alloggio, il vitto o il vestiario, qualora ciò abbia l'effetto di privare detto richiedente della possibilità di far fronte ai suoi bisogni più elementari. L'irrogazione di altre sanzioni ai sensi del citato articolo 20, paragrafo 4, deve, in qualsiasi circostanza, rispettare le condizioni di cui al paragrafo 5 di tale articolo, in particolare quelle relative al rispetto del principio di proporzionalità e della dignità umana», confermando che il principio trova applicazione generalizzata e non circoscritta ai soggetti vulnerabili ai sensi della direttiva. Per completezza, l'art. 5-*quater*, *Riduzione o revoca delle condizioni di accoglienza*, d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni nella l. 5 maggio 2023, n. 50, ha modificato l'art. 23 d.lgs n. 142 del 2015, introducendo un sistema graduale di riduzione delle misure di accoglienza in rapporto alla gravità della violazione commessa; si veda la scheda predisposta dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) in [www.asgi.it/wp-content/uploads/2024/10/scheda-pratica-revoca-accoglienza\\_definitiva\\_L\\_50\\_2023.docx.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2024/10/scheda-pratica-revoca-accoglienza_definitiva_L_50_2023.docx.pdf).

in questo modo, il diritto europeo ha sovrapposto una qualificazione normativa a situazioni giuridiche in parte già protette dall'ordinamento interno, pur non essendo qualificate in questo modo<sup>14</sup>.

## B. (Segue) di giochi e scommesse

Il secondo ambito materiale rilevate è quello relativo ai giochi e scommesse, in particolare all'obbligo di distanziamento di esercizi commerciali con *slot machine* da luoghi come scuole, ospedali, centri di accoglienza in cui possono essere presenti soggetti vulnerabili. Per ciò che attiene alla fonte degli obblighi di distanziamento, si tratta di norme di legge statale o regionale o di norme precisate in regolamenti degli enti locali. Obblighi di distanziamento, tuttavia, sono venuti all'attenzione del giudice amministrativo anche nella forma di prescrizioni di necessità e urgenza contenute in ordinanze sindacali. Nel complesso, le disposizioni legislative o regolamentari, come pure le ordinanze contingibili ed urgenti, non fanno tendenzialmente riferimento espresso al concetto di vulnerabilità, ma indicano direttamente le categorie protette, essenzialmente i minori e le persone in carico ai servizi sanitari o socioassistenziali.

La riconduzione di queste categorie al concetto di persone «vulnerabili» è stata operata dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in via principale su leggi regionali. La Corte ha individuato la *ratio* di queste norme nella protezione di soggetti psicologicamente immaturi o fragili<sup>15</sup>. La giurisprudenza amministrativa, pertanto, usa la categoria della vulnerabilità sulla scia

14 Il riferimento è in particolare all'art. 19 T.U. immigrazione, d.lgs n. 286 del 1998, la cui formulazione originaria già prevedeva il divieto di espulsione dello straniero verso uno Stato in cui potesse essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, oppure potesse rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non fosse protetto dalla persecuzione. Inoltre, l'espulsione era tendenzialmente vietata per gli stranieri minorenni, le donne in stato di gravidanza e le donne e gli uomini nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Nel 2011 la rubrica dell'articolo è stata modificata per effetto del recepimento di direttive UE, diventando *Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili*, con l'aggiunta alla disposizione di un comma 2 bis, per cui «Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate» (art. 3, comma 1, lett. g), n. 1), d.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con modificazioni in l. 2 agosto 2011, n. 129, *Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*).

15 Corte cost., 10 novembre 2011, n. 300; la disposizione legislativa impugnata in via principale, artt. 1 e 2, comma 2, legge della Provincia autonoma di Bolzano 22 novembre 2010, n. 13, aveva introdotto nella precedente legge provinciale 13 maggio 1992, n. 13, *Norme in materia di pubblico spettacolo*, un nuovo art. 5-bis, relativo ai giochi leciti, senza fare espresso riferimento al termine «soggetti vulnerabili», riferito a giovani o soggetti esposti a necessità di cura o assistenza socioassistenziale. Tuttavia, nelle sue difese la Provincia di Bolzano riferì la *ratio* della legge non all'ambito della prevenzione dei reati, ma alla necessità di preservare dalle implicazioni negative del gioco determinate categorie di persone, in specie i giovani o comunque «soggetti vulnerabili» (p. 2.2 *Ritenuto in fatto*), con una tesi accolta dalla Corte costituzionale. Si veda F. ANGELINI, «Quando non bastano le “regole del gioco” la Corte fa “ordine”. Note a margine della sentenza n. 300 del 2011», *Rivistaaic.it*, n. 1 del 2012; si veda anche Corte cost., 18 luglio 2014, n. 220, su cui S. ROSSI, «Una pronuncia di rigetto in rito e una posta in gioco ancora da definire: i sindaci *no slot* e i loro poteri», *Le Regioni*, n. 2 del 2015, p. 427 ss.; Corte cost., 11 maggio 2017, n. 108, su cui S. SCAGLIARINI, «Rien ne va plus: la Consulta conferma la competenza regionale sulla ubicazione delle slot machine», *Le Regioni*, n. 5 del 2017, p. 1084 ss.; sempre sulla giurisprudenza costituzionale in materia di gioco d'azzardo, anche in chiave competenziale, E. LONGO, «La “ludopatia” e il contrasto al gioco d'azzardo nell'ultima legislazione regionale: un esame a partire da due recenti leggi toscane», *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2 del 2018; V. SCIARABBA, «Spunti di indagine e di riflessione sulle e dalle misure comunali e regionali di contrasto “totale” al gioco d'azzardo (e alla pandemia) nella prospettiva costituzionale», *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*, Vol. II, *Il diritto pubblico della pandemia*,

della qualificazione operata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Perché sia chiaro, un passaggio della motivazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 300 del 2011 afferma che la prossimità a determinati luoghi e la pubblicità degli esercizi commerciali con *slot machine* avrebbero potuto «indurre al gioco un pubblico costituito da soggetti psicologicamente più vulnerabili od immaturi e, quindi, maggiormente esposti alla capacità suggestiva dell'illusione di conseguire, tramite il gioco, vincite e facili guadagni». Questo passaggio motivazionale è di frequente ripreso nella giurisprudenza amministrativa relativa a provvedimento di diniego di apertura o recanti l'ordine di chiusura anticipata dei locali<sup>16</sup>.

Opera, quindi, in questo ambito il formante giurisprudenziale. Questo «transito giurisprudenziale» costituisce un esempio di un fenomeno ricorrente, per cui le motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale non soltanto rilevano per il dispositivo e gli effetti che producono direttamente in relazione alla questione decisa, ma hanno un importante effetto indiretto, ossia la ricostruzione sistematica di istituti e l'individuazione della loro *ratio*, con argomenti che entrano nel circuito dell'applicazione giudiziaria di merito e di legittimità e sono ripresi al di là della singola questione di costituzionalità trattata<sup>17</sup>. In questo senso, nelle sentenze amministrative sui giochi e le scommesse il richiamo della giurisprudenza costituzionale, che comprende il concetto di soggetti vulnerabili, serve a far emergere gli interessi pubblici sottostanti all'esercizio dei rispettivi poteri normativi e amministrativi, comprensivi del diritto alla salute. Tali interessi sono stati fotografati dalla Corte costituzionale e come tali, compresa l'espressione linguistica sintetica di «vulnerabili», emergono nella successiva giurisprudenza amministrativa.

### C. (Segue) di obblighi vaccinali

Giudizi amministrativi sugli obblighi vaccinali connessi alla pandemia sono stati decisi a partire dal 2021, in relazione all'introduzione da parte del legislatore di obblighi di vaccinazione cosiddetti selettivi, per particolari categorie di soggetti, inizialmente il personale sanitario<sup>18</sup>. Le sentenze attengono a provvedimenti amministrativi che intimavano l'ordine di vaccinarsi e, in caso di mancato adempimento, disponevano, come previsto dalla legge, l'immediata sospensione dal servizio e dalla

Genova, Consulta *on line*, 2020, anche in *Giurcost.org*, 20 luglio 2020; per un recente inquadramento complessivo, F. SAVASTANO, «Una nuova disciplina per il gioco d'azzardo e le scommesse sportive. Riflessioni a partire dal riordino del comparto online, operato con d.lgs 41 del 2024», *Rivistaaic.it*, n. 3 del 2024; in termini generali, sui plurimi interessi che interseca la normativa dei giochi e la sua evoluzione, G. SIRIANNI, «Il gioco pubblico. Dal monopolio fiscale alla regolamentazione, nella crisi dello Stato sociale», *Diritto pubblico*, n. 3 del 2012, p. 801 ss.

16 Corte cost. n. 300 del 2011, p. 3.2 *Cons. dir.*, ultimo periodo. Il passaggio si ritrova, per esempio, in Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2582; Cons. St., Sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1618; Cons. St., Sez. III, 26 luglio 2018, n. 4592; Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4593; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2542. Per un commento alla giurisprudenza amministrativa sulle misure restrittive in materia di giochi e scommesse e il bilanciamento tra interessi costituzionali quale seguito della giurisprudenza costituzionale, M. ROSPI, «Il nuovo assetto costituzionale della materia di giochi e scommesse tra competenza dello Stato e competenza delle Regioni e degli altri Enti locali alla luce del principio di proporzionalità», *Federalismi.it*, n. 29 del 2020; inoltre, M. TIMO, «La tutela della concorrenza e della salute nella disciplina del gioco lecito», *Diritto amministrativo*, n. 2 del 2019, p. 413 ss.; A.M. CECERE, «Dalla tutela dell'interesse della comunità locale alla tutela dei diritti. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di prevenzione del gioco d'azzardo», *Munus*, n.1 del 2019, p. 313 ss.

17 E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 112 ss.

18 Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, ripreso in Cons. St., Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454, p. 3 *Fatto e diritto*.

retribuzione, pur senza perdita del posto di lavoro<sup>19</sup>. Vulnerabili, nella giurisprudenza amministrativa, sono i pazienti, «con particolare riguardo a quelli affetti da patologie tali da renderli particolarmente vulnerabili al rischio infettivo ed alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla contrazione della malattia respiratoria acuta denominata Covid-19». Quanto al formante da cui origina il termine «vulnerabile», la nozione di persone vulnerabili non era presente nelle norme di legge che hanno imposto l'obbligo vaccinale, ma si rinviene nella giurisprudenza amministrativa<sup>20</sup>.

Poiché si tratta di decisioni più recenti, adottate quando la nozione di soggetti vulnerabili era già oggetto di una più attenta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, queste sentenze consentono di ragionare sulla eventuale emersione di una categoria giuridica che il giudice amministrativo applica a prescindere dall'esistenza di specifiche norme di riferimento, dunque sull'esistenza di una vera e propria categoria di origine pretoria, frutto della creatività giudiziale. Tuttavia, l'esame della giurisprudenza non conferma questa tesi. La qualificazione dei pazienti come vulnerabili, in questa giurisprudenza, non è effettuata direttamente dal giudice amministrativo, ma ha due matrici diverse. In alcuni casi, il termine è tratto da rapporti di carattere tecnico-scientifico degli organi e istituzioni che hanno avuto un ruolo essenziale nella elaborazione delle strategie di prevenzione e contenimento della diffusione del virus, a livello europeo l'EMA, a livello interno l'AIFA, Agenzia Italiana del Farmaco, e l'ISS, Istituto superiore di sanità<sup>21</sup>. In altre sentenze, deriva dal formante giurisprudenziale, questa volta di Strasburgo: di fronte all'asserita violazione, da parte della norma interna sull'obbligo vaccinale selettivo, della CEDU, artt. 1, 2, 5, 8 e 14, il Consiglio di Stato respinge la censura richiamando le statuizioni della Corte di Strasburgo, Grande Camera, nel caso *Vavricka e altri c. Repubblica CECA*, 8 aprile 2021, in cui nove vaccinazioni obbligatorie imposte ai minori sono

19 Il giudice amministrativo ha affermato la propria giurisdizione in quanto l'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo è stato ritenuto esercizio di potere amministrativo; così Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045; Cons. St., Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454, p. 1.3 *Fatto e diritto*; Cons. St., Sez. III, ord. 4 febbraio 2022, n. 583, in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto che il diritto all'autodeterminazione di coloro che abbiano deciso di non vaccinarsi è recessivo rispetto alla tutela della salute pubblica. La prima sentenza richiamata, Cons. St. n. 7045 del 2021, ha avuto notevole eco per aver per prima dichiarato la legittimità dell'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dall'art. 4 d.l. n. 44 del 2021, su cui *infra*; il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso degli operatori sanitari nel merito, laddove in primo grado il TAR per il Friuli Venezia Giulia, con sentenza 10 settembre 2021, n. 263, aveva dichiarato il ricorso inammissibile. In dottrina, V. DE SANTIS, «L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045», *Osservatorioaic.it*, n. 6 del 2021; C.M. ROVATI, «Sulla vaccinazione degli operatori socio-sanitari nei tempi maturi della pandemia da SARS-CoV-2: la pronuncia del Consiglio di Stato (nota a C. STATO 20 ottobre 2021, n. 7045)», *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2 del 2022, p. 620 ss.; sempre sulla sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato, e anche sull'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, G. TORTA, «L'interesse pubblico tra politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia», *Nuove Autonomie*, n. 2 del 2022, p. 529 ss. Sulla connessione tra questa giurisprudenza amministrativa e le successive sentenze della Corte costituzionale, dal punto di vista dell'identificazione degli interessi costituzionalmente coinvolti e del rapporto tra fatto scientifico e discrezionalità, M. MASSA, «Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali», *Corti supreme e salute*, n. 1 del 2023, a partire da Corte cost. nn. 14 e 16 del 2023 e Corte cost. n. 25 del 2023, in relazione agli obblighi vaccinali; inoltre, L. BUSATTA, «Giustizia costituzionale e obblighi vaccinali: alla Corte l'occasione, in cinque tempi, per consolidare il proprio orientamento», *Osservatorioaic.it*, n. 4 del 2023.

20 All'epoca dei fatti di causa, art. 4 d.l. 1° aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76, *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*.

21 Cons. St., Sez. III, 28 febbraio 2022, n. 1376, p. 8.4 *Fatto e diritto*, Cons. St., Sez. III, 28 febbraio 2022, n.1377, p. 6.2 *Fatto e diritto*, e Cons. St., Sez. III, 28 febbraio 2022, n. 1381, tutte depositate lo stesso giorno, che riprendono un estratto del Rapporto annuale AIFA sulla sicurezza dei vaccini anti-COVID-19 per il periodo 27 dicembre 2020-26 dicembre 2021.

state ritenute una ingerenza legittima nel diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, in quanto previste dalla legge e fondate sull'obiettivo legittimo, in una società democratica, di garantire il principio di solidarietà, ossia l'esigenza di proteggere tutti i membri della società e, in particolare, quelli che sono più vulnerabili, a tutela dei quali si chiede al resto della popolazione di assumersi un «minimo rischio» sotto forma di vaccinazione<sup>22</sup>.

L'origine, dunque, è in parte in rapporti tecnico scientifici, in parte nella giurisprudenza convenzionale. Accanto alla fonte da cui è ricavato, la funzione del termine entro questa giurisprudenza conferma che non si tratta di una vera e propria categoria giuridica cui siano ricondotti puntuali diritti od obblighi in capo ad un circuito di soggetti. Il termine non è utile, in altre parole, a garantire effetti qualificati, per esempio in termini di speciale protezione, ma è utilizzato in maniera atecnica, narrativa, descrittiva, nel senso che nelle medesime decisioni i pazienti sono definiti, in altri passaggi motivazionali, come fragili, utilizzando espressioni come «vulnerabile», «fragile», «susceptibile» come sinonimi, senza che dai diversi termini derivi alcuna variazione nell'argomentazione, né distinti effetti giuridici<sup>23</sup>.

#### **D. L'assenza di una categoria giuridica di origine pretoria relativa ai soggetti vulnerabili**

Possono ora trarsi le prime conclusioni dall'analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato nei tre settori di analisi emersi, ossia stranieri, giochi e scommesse e obblighi vaccinali. Per ciò che attiene ai formanti da cui origina il termine «vulnerabil\*», si è detto che il formante normativo, dunque la derivazione da norme di legge, è molto evidente nella giurisprudenza sugli stranieri. Il formante giurisprudenziale, in particolare la derivazione da sentenze della Corte costituzionale, è caratteristico della giurisprudenza in materia di giochi e scommesse, mentre un formante «misto» si ricava dalla giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, in cui la qualificazione deriva, insieme, da rapporti di natura tecnico-scientifica e da una sentenza della Corte di Strasburgo. Ad uno sguardo complessivo, non constano, dunque, sentenze in cui il termine «vulnerabil\*» sia stato introdotto spontaneamente dal giudice amministrativo per l'identificazione di un particolare regime giuridico.

<sup>22</sup> Così Cons. St. n. 1377 del 2022, p. 7 *Fatto e diritto*, e Cons. St. n. 1381 del 2022, p. 7 *Fatto e diritto*, in termini identici, richiamando Corte EDU, Grande camera, *Vavricka e altri c. Repubblica Ceca*, 8 aprile 2021, ric. n. 47621/13 e a., §§ 279, 306, per concludere che «Dunque, nemmeno nella prospettiva e dall'analisi del c.d. costituzionalismo multilivello, fatta valere dagli odierni appellanti con la censura in esame, emerge la contrarietà della misura ai valori generalmente riconosciuti a livello sopranazionale o internazionale, in ambito europeo ed extraeuropeo».

<sup>23</sup> Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, ripreso da Cons. St., n. 8454 del 2021, cit., p. 10.6 *Fatto e diritto*, e da Cons. St., Sez. III, ord. 4 febbraio 2022, n. 583. Sempre per l'intercambiabilità tra «vulnerabile» e altri sinonimi, si vedano Cons. St. n. 1376 del 2022, cit., p. 8.4 *Fatto e diritto*; in Cons. St. n. 1377 del 2022, p. 6.6 *Fatto e diritto*, e Cons. St. n. 1381 del 2022, p. 6.7 *Fatto e diritto*, il riferimento è ai «pazienti più suscettibili e vulnerabili»; in Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946, di riforma di TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 gennaio 2022, n. 419, che aveva annullato le Linee guida AIFA per la gestione domiciliare dei pazienti Covid-19, p. 19.2 *Fatto e diritto*, è sempre atecnico il riferimento ai «pazienti più vulnerabili» in riferimento alle raccomandazioni sul monitoraggio costate dei parametri clinici come operazioni attive e non di rassegnato immobilismo nell'ambito della cosiddetta «vigile attesa».

Per ciò che attiene alla funzione del termine, l'individuazione di una categoria normativa di soggetto vulnerabile, cui si collegano precisi effetti giuridici, si ha soltanto ove le stesse norme di legge, nella specie di derivazione europea, usano questa qualificazione, dunque, quando è il formante normativo ad agire. Quando, invece, l'utilizzo del termine deriva dal formante giurisprudenziale, nella specie dal richiamo a sentenze della Corte costituzionale o della Corte di Strasburgo, la sua funzione non corrisponde ad un significato tecnico, ma attesta il transito e la ripresa, nella giurisprudenza amministrativa, della ricostruzione sistematica di interi istituti e della corrispondente ponderazione di interessi già effettuata dalla giurisdizione costituzionale o sovranazionale. Il termine ha, nelle decisioni analizzate, una valenza atecnica, descrittiva, narrativa, da cui non derivano specifiche conseguenze giuridiche, tanto da essere fungibile, ossia sostituito, nelle stesse sentenze amministrative, da sinonimi come «fragile».

### III. Quale vulnerabilità (ontologica o situazionale)

Alla base di questa ricerca, si erano distinte due diverse accezioni di vulnerabilità, una vulnerabilità ontologica, intrinseca ad alcune categorie di persone, come i minori o i malati, e una vulnerabilità situazionale, in cui sono le condizioni esterne a indurre una fragilità che non è propria della condizione psico-fisica del soggetto<sup>24</sup>. Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato esaminata conta anche per questo profilo il formante di riferimento. Nelle sentenze sugli stranieri, l'identificazione delle persone vulnerabili è effettuata direttamente dal legislatore, dell'Unione e quindi nazionale, e affianca diverse varianti di vulnerabilità: categorie per cui la vulnerabilità è ontologica (minori, disabili, donne in stato di gravidanza, persone affette da gravi malattie o disturbi mentali), altre in cui la vulnerabilità ha una matrice situazionale (donne vittime della tratta di esseri umani, persone che hanno subito gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale per l'orientamento sessuale o l'identità di genere, dunque soggetti che non erano vulnerabili in origine, ma lo sono diventati per ciò che hanno vissuto), altre categorie ancora per le quali è controversa, in dottrina, l'esistenza di una intrinseca fragilità (genitori singoli con figli minori, anziani). Tutte queste categorie, tuttavia, diventano vulnerabili, nelle norme di riferimento, per la condizione situazionale in cui si trovano, l'essere stranieri richiedenti protezione internazionale (art. 21 direttiva 2013/33/UE e corrispondente art. 17 d.lgs n. 142 del 2015).

Negli altri due ambiti materiali esaminati (giochi e scommesse; obblighi vaccinali) la vulnerabilità ha un carattere essenzialmente ontologico. Per i giochi e le scommesse, vulnerabili sono i minori e le persone che fruiscono di servizi sanitari o socioassistenziali, per l'intrinseca fragilità di una personalità in formazione o di una condizione di instabilità fisica o psichica. Per gli obblighi vaccinali, vulnerabili sono i pazienti, proprio in quanto soggetti in cura. In entrambi i casi si tratta di condizioni di vulnerabilità presunte. Il legislatore stesso ha bilanciato gli interessi in gioco attraverso una presunzione generale di vulnerabilità per questi soggetti, imponendo appunto il distanziamento da scuole e edifici di cura per gli esercizi commerciali con *slot machine* o l'obbligo vaccinale per il

<sup>24</sup> Si rinvia per un approfondimento su queste nozioni al rapporto introduttivo della presente ricerca.

personale sanitario. Questa presunzione, normativamente posta, è molto evidente nella giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, in cui non si distingue l'adeguatezza o proporzionalità dell'obbligo imposto per legge in funzione delle patologie effettive dei pazienti, ma l'applicazione è generalizzata, come la legge vuole, per tutti i dipendenti di strutture sanitarie e socio-assistenziali, chiaramente in relazione alla capacità del virus Sars-covid di circolare rapidamente tra reparti e all'interno delle strutture socio-assistenziali.

#### **IV. Elementi che confermano la prevalenza del formante normativo ai fini della costruzione della categoria giuridica della vulnerabilità**

La ricerca ha offerto due elementi che confermano il ruolo preponderante del formante normativo per aversi una categoria giuridicamente qualificata di vulnerabilità, cui siano connesse speciali misure di protezione.

Per un verso, si è effettuata una ricerca sul diverso termine «disabil\*», ricavandone una amplissima giurisprudenza del giudice amministrativo sui soggetti disabili nei più diversi ambiti materiali: concorsi pubblici con riserva di posti per persone disabili; diritto all'istruzione di alunno disabile, sotto diversi profili, come l'illegittimità dell'esame finale in caso di mancata predisposizione di un piano educativo individualizzato richiesto per legge o di mancata assegnazione delle ore di sostegno previste, o composizione delle classi in rapporto al numero di alunni disabili, o diniego o ritardo nel trasporto pubblico di alunno disabile; in materia edilizia e urbanistica, controversie in tema di eliminazione delle barriere architettoniche; in materia di pubblico impiego, disciplina dell'assunzione obbligatoria dei disabili, diniego di trasferimento del pubblico dipendente per assistenza a parente disabile per esigenze di servizio; in materia di appalti pubblici, esclusione del concorrente che non abbia prodotto la dichiarazione di regolarità in merito all'assunzione obbligatoria di persone disabili; in tema di invalidità civile, controversie in tema di riparametrazione degli importi dell'assegno mensile. Tutti questi ambiti sono disciplinati da specifiche norme di legge attributive di poteri amministrativi, ma essi non emergono nella ricerca incentrata sul termine «vulnerabil\*». Questo dimostra che, da un lato, la giurisprudenza amministrativa usa il termine quando è il formante normativo a prevederlo; dall'altro, che il sindacato sull'effettività dei diritti di persone che astrattamente sono qualificabili come ontologicamente vulnerabili, quali le persone disabili, è in ogni caso garantito pur senza ricorrere a questo termine.

In secondo luogo, sempre a conferma del fatto che è il formante normativo, nella giurisprudenza amministrativa, ad originare una nozione giuridicamente qualificata di vulnerabilità, rilevano le sentenze escluse dalla presente ricerca, perché contengono il termine «vulnerabil\*», ma non hanno ad oggetto persone fisiche o attengono ad ambiti di carattere economico, come il diritto dei consumatori. Le sentenze escluse si riferiscono alla disciplina ambientale, paesaggistica o edilizia. Per esempio, numerose sentenze attengono alla «vulnerabilità» di suoli o acque, sulla scorta di specifiche previsioni del d.lgs n. 152 del 2006, *Codice dell'ambiente*, che ha recepito norme dell'Unione europea, per esempio la direttiva nitrati 91/676/CE, in cui l'accertamento della vulnerabilità attiene sia alla pianificazione,

che alla autorizzazione di singoli progetti o impianti, attraverso la valutazione di impatto ambientale (VIA) o in sede di rilascio di autorizzazione integrata ambientale (AIA). Si ritrovano, per queste ragioni, in questa giurisprudenza espressioni come «vulnerabilità da nitrati», «vulnerabilità idrica», «vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità». Per altro verso, numerose sentenze hanno ad oggetto la «vulnerabilità sismica», secondo le condizioni prescritte da norme tecniche in materia edilizia.

Per ciò che attiene ai consumatori, numerose sentenze originano dall'impugnazione di sanzioni amministrative adottate dalle Autorità amministrative indipendenti, per esempio per informazioni ingannevoli o pratiche commerciali scorrette rivolte nei confronti di un «gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto», ai sensi dell'art. 20, comma 3, d.lgs n. 206 del 2005, *Codice del consumo*. Anche qui si tratta di categoria direttamente derivante dal diritto dell'Unione europea.

### **Conclusioni sulla prevalenza del formante normativo**

Volendo riprendere le principali conclusioni cui è giunta la presente ricerca, può dirsi innanzitutto che il termine «vulnerabil\*» è poco presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. In secondo luogo, sulla base delle sentenze esaminate, la giurisprudenza amministrativa non ha autonomamente e spontaneamente creato una categoria normativa di vulnerabilità, e in particolare una categoria di natura funzionale, ossia con lo scopo di offrire un regime speciale di protezione.

I formanti che giustificano la presenza del termine nella giurisprudenza amministrativa sono essenzialmente due: il formante normativo (stranieri) e il formante giurisprudenziale (giurisprudenza della Corte costituzionale e giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rispettivamente per la disciplina di giochi e scommesse e per gli obblighi vaccinali). Tuttavia, quando il formante è giurisprudenziale, il termine «vulnerabil\*» è utilizzato in senso atecnico, narrativo, nel senso che si accompagna a sinonimi e dal suo utilizzo non deriva alcuna conseguenza giuridicamente connotata.

Nell'ambito del formante giurisprudenziale, in particolare, l'utilizzo del termine fa parte della circolazione degli argomenti tra giurisprudenze. In relazione alle sentenze amministrative che richiamano precedenti della Corte costituzionale, l'utilizzo si spiega, come detto, per la funzione delle sentenze della Corte costituzionale di ricostruzione sistematica di istituti e della loro *ratio*, con argomenti che entrano nel circuito dell'applicazione giudiziale. Il riferimento alle sentenze della Corte costituzionale, a cui si deve il termine «vulnerabil\*», serve, dunque, ad inquadrare l'assetto degli interessi sotteso alle norme di legge che costituiscono parametro di legittimità del provvedimento amministrativo e a chiarire le condizioni di esercizio del potere amministrativo. Non implica, però, effetti particolari per i soggetti che il legislatore stesso ha già ritenuto presuntivamente meritevoli di protezione, peraltro senza qualificarli espressamente come vulnerabili.

Invece, il termine «vulnerabil\*» ha rilievo giuridico quando il legislatore lo prevede, condizionando ad esso le norme attributive del potere, ed è la qualificazione operata dal legislatore a dare contenuto

al termine e connettervi puntuali conseguenze giuridiche. I due ambiti di analisi di cui al paragrafo precedente, esclusi dalla ricerca, ma utilizzati come test di conferma, avvalorano questa conclusione. Da un lato, le sentenze sulla disabilità dimostrano che una ricerca condotta con il solo termine «vulnerabil\*» non coglie ampi settori della giurisprudenza amministrativa italiana, in cui il giudice realizza una effettiva protezione dei diritti fondamentali, come in materia di disabilità. Al contrario, la giurisprudenza in materia ambientale, paesaggistica, edilizia e della tutela dei consumatori, anch'essa esclusa dalla presente ricerca, mostra che in questi settori la parola «vulnerabil\*» è presente nella giurisprudenza amministrativa come riferita alla vulnerabilità da nitrati, idrica, sismica, o a gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili, nell'ambito di sanzioni amministrative per informazioni ingannevoli o pratiche commerciali scorrette. Il termine è presente nella giurisprudenza perché le rispettive norme di legge lo prevedono. È in queste fattispecie che opera, così come per gli stranieri, il formante normativo e in esse il termine «vulnerabil\*» individua una categoria giuridica, cui sono connesse conseguenze normativamente qualificate. Ma questa operazione di qualificazione è condotta dallo stesso legislatore, che introduce specifici obblighi in capo all'amministrazione, e non direttamente dal giudice.

### **Conclusioni di carattere generale: categorie giuridiche, espansione della funzione giurisdizionale e Costituzione pluralista**

Il rilievo del formante normativo, emerso dalla ricerca svolta, riflette un principio cardine tipico e proprio del diritto amministrativo sin dallo Stato liberale, da tempo depurato dall'originaria impronta autoritaria e riletto in chiave costituzionale, ossia il principio di legalità, inteso come l'assoggettamento di ogni potere amministrativo alla legge<sup>25</sup>. Sono le norme di legge attributive del potere a conformare i poteri amministrativi e a costituire il parametro per il giudice, che ne valuta il corretto esercizio.

25 Nella dottrina italiana, gli studi sul rapporto tra Costituzione e amministrazione hanno seguito linee di indagine diverse e sono oggetto di periodica rivisitazione critica. Una delle linee di fondo, tuttavia, è certamente costituita dalla funzione servente dell'amministrazione rispetto ai diritti costituzionali della persona e non rispetto ad interessi propri dello Stato apparato. La letteratura è sterminata. Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971; ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010; F. BENVENUTI, «Per un diritto amministrativo paritario», in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, p. 807 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994; U. ALLEGRETTI, «Pubblica amministrazione e ordinamento democratico», *Foro it.*, 1984, V, p. 205 ss., ora in ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 100-134; G. PASTORI, «Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali», in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli editore, 1987, II, p. 805 ss.; ID., «La pubblica amministrazione», in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 1997, Bologna, il Mulino, 289 ss.; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 455 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Saggi*, Torino, Giappichelli, 2022. Inoltre, G. CORSO, «La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo», *Riv. dir. cost.*, 1999, pp. 120-146; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, in *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; di recente, F. CORTESE, «Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo», *Diritto amministrativo*, n. 2 del 2020, 329 ss. Sul legame funzionale tra amministrazione e persone, si vedano anche le proposte di riforma costituzionale elaborate da un gruppo di studiosi nel 1993 e confluite nei lavori della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, rimasti senza esito, raccolte e commentate da autorevoli voci in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, il Mulino, 1993. Sulla trasformazione della nozione di interesse pubblico dal monolite astratto dello Stato liberale al pluralismo degli Stati costituzionali democratici, F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, «Nozioni introduttive», in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2015, p. 15 ss.

Il giudice amministrativo, quindi, pur essendo un giudice abituato, anche nell'ordinamento italiano, a ragionare per principi, ad estrarre dalle norme la loro *ratio*, a operare ricostruzioni sistematiche di una legislazione spesso frammentaria e contraddittoria, mostra, nella giurisprudenza esaminata, il suo legame primario e inscindibile con la legge, cui è chiamato a fare applicazione<sup>26</sup>.

Occorre, tuttavia, evitare fraintendimenti. Il principio di legalità, anche nelle sentenze esaminate, non testimonia in alcun modo una deferenza cieca del giudice nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, ma testimonia come nel giudizio amministrativo abbia ancora centralità la norma di legge. Per lungo tempo nell'ordinamento italiano era invalsa l'opinione per cui il giudice "naturale" dei diritti fondamentali fosse il giudice civile, competente a conoscere dei diritti soggettivi, mentre il giudice amministrativo avrebbe offerto sempre una tutela dimidiata e debole delle situazioni giuridiche soggettive, svilite in interessi legittimi per il fatto stesso di aver incontrato la pubblica amministrazione e strutturalmente piegate dai poteri amministrativi espressivi di interessi generali prevalenti su quelli individuali. Questa concezione del sistema di tutela dei diritti italiano è ampiamente superata. La tutela avanti al giudice ordinario e la tutela avanti al giudice amministrativo si caratterizzano per la diversità di strumenti, ma non per l'effettività, dunque per il grado di protezione che sono in grado di offrire, ed effettivamente offrono, ai diritti fondamentali. Il punto è stato affermato con estrema chiarezza dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 140 del 2007, secondo cui il giudice amministrativo è idoneo ad offrire una tutela piena ai diritti, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa<sup>27</sup>. Una concezione che ritenga la giurisdizione amministrativa piegata alla legge e strutturalmente incapace di tutelare i diritti fondamentali è, perciò, errata e non corrispondente alla realtà attuale dell'ordinamento italiano<sup>28</sup>.

Una ultima riflessione può essere tentata. In linea generale, ci si può chiedere se sia un elemento positivo o un elemento negativo per la effettività dei diritti fondamentali il fatto che un giudice, per noi il giudice amministrativo, non crei autonomamente nuove categorie giuridiche che vorrebbero essere funzionali, appunto, a questa effettività. La domanda è complessa e richiama un dibattito molto intenso, anche nella dottrina italiana, sul rapporto tra giudice e legislatore<sup>29</sup>.

26 Per un inquadramento, M. D'ALBERTI, «Diritto amministrativo e principi generali», in M. D'ALBERTI, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 67 ss.; in relazione ai principi generali dell'azione amministrativa, i saggi in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006.

27 Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, e già Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191 e Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; per una traccia di questo dibattito, F. PATRONI GRIFFI, «Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa», *Questione giustizia*, n. 1 del 2021, p. 19 ss.

28 Si vedano, anche qui senza pretesa di completezza, G. SILVESTRI, «Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana», in *Scritti in onore di M.S. GIANNINI*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 707 ss.; ID., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, *Rivistaaic.it*, n. 4 del 2014; M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, *Rivistaaic.it*, n. 3 del 2015.

29 Sia consentito rinviare a A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, spec. Capitolo VIII, e la bibliografia ivi citata.

È comune in dottrina il rilievo, per vero sin dagli anni Sessanta, di una espansione strutturale e irreversibile della funzione giurisdizionale. Nell'esperienza giuridica contemporanea, e nell'attuale fase di sviluppo dello Stato costituzionale, il legislatore avrebbe perso il monopolio dell'attuazione della Costituzione e i giudici farebbero valere il contenuto normativo della Costituzione per disciplinare il caso concreto anche senza l'interposizione della legge<sup>30</sup>. Questo fenomeno è derivato da numerosi fattori, alcuni apparentemente contraddittori: da un lato, l'aumento stesso della legislazione tipica dello Stato sociale, che ha accresciuto le posizioni giuridiche soggettive azionabili derivanti da un apparato normativo complesso, frammentato e a volte contraddittorio; per altro verso, in altri settori e al contrario, per l'inerzia del legislatore, che rifiuta di offrire risposte a domande sociali emergenti, con la conseguenza per cui esse si riversano inevitabilmente sui giudici, che non possono sottrarsi all'obbligo di decidere. Inoltre, hanno certamente contribuito alla fine del monismo della sovranità statale incentrata sugli organi rappresentativi la stessa Corte costituzionale, che ha rotto la linea di confine tra giurisdizione e legislazione; la progressiva commistione di modelli giuridici di *civil law* e di *common law*; la crescente quantità e pervasività del diritto dell'Unione europea; l'affermarsi di fonti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti. Nel dibattito dottrinale, per alcuni autori l'espansione della giurisdizione è una «trasformazione costituzionale» di carattere fisiologico<sup>31</sup>, mentre per altri si tratta di un fenomeno patologico, che pregiudica il ruolo essenziale della politica, dunque della legge, per plasmare gli interessi della comunità, in ossequio al carattere democratico della Costituzione<sup>32</sup>.

È questo, a nostro avviso, il contesto in cui rispondere alla domanda se sia utile o meno per la tutela dei diritti la creazione di una nuova categoria giuridica di origine pretoria. La domanda, ovviamente, di per sé non ha molto senso, perché dipende dalla natura e dagli effetti della categoria. Alcune brevi considerazioni, tuttavia, possono essere tentate. Numerosi sono i casi di categorie nuove nate ad opera della giurisprudenza, e questo corrisponde alla creatività fisiologica connessa all'esercizio della funzione giurisdizionale, nell'interpretazione e applicazione della legge. La costruzione di una «categoria», dunque di una forma giuridica, di un istituto, che ha una sua costanza e persistenza nella giurisprudenza ha il pregio di garantire la parità di trattamento e la certezza del diritto. Due, però, sono i *caveat*: in primo luogo, la creazione di una nuova forma di tutela non è mai «gratuita» per l'ordinamento, ma avviene, attesa la limitatezza delle risorse economiche e organizzative disponibili, a discapito o a svantaggio di altre tutele già previste o di altri potenziali beneficiari<sup>33</sup>. Infine, la creazione di una categoria giuridica, come sempre nel diritto, ha una capacità includente, per coloro che ne sono compresi, ma anche, inevitabilmente,

30 M. FIORAVANTI, «Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione», *Quad. cost.*, n. 1 del 2006, pp. 7-20.

31 I contributi in A. CARDONE, F. DONATI, M. C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, specie P. CARETTI, «Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio», *ivi*, pp. 9-41, spec. 11, 30.

32 M. LUCIANI, «Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana», *Rivistaaic.it*, n. 1 del 2013, ora in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, Vol. II, pp. 775-811.

33 Per tutti, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

escludente, per coloro che ne restano esclusi<sup>34</sup>. Il punto è assicurarsi che la costruzione della categoria non determini una visione meramente assistenziale e caritatevole delle persone coinvolte, relegandole in una gabbia di strutturale svantaggio e definitiva emarginazione, invece che metterle nella condizione di fuoriuscire dalla contingente situazione di difficoltà, realizzando così quella finalità di emancipazione e di pieno sviluppo della personalità di ciascuno delineata dagli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana.

---

34 Sulla funzione inevitabilmente classificatoria del diritto e, in particolare, sulla capacità inclusiva e insieme escludente della cittadinanza, per esempio, P. RIDOLA, «Cittadinanza, identità, diritti», *Osservatorioaic.it*, n. 1 del 2022, 4 gennaio 2022, contributo nell'ambito del ciclo di Seminari «Persona e diritti fondamentali» organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti. Nella dottrina civilistica, un ricco dibattito sulla soggettività giuridica come dinamica di visibilità e inclusione o, al contrario, di invisibilità ed esclusione è in F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2020.

