



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO V ANNALI 2017 DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO

PAOLA ROMITO

La controversa questione del riparto
di giurisdizione in materia di diritti fondamentali



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli, Danila Certosino, Laura Costantino,
Nicola Fortunato, Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Domenico Garofalo, Francesco Mastroberti,
Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio,
Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Daniela Caterino, Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato,
Ivan Ingravallo, Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino,
Francesco Moliterni, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi,
Giovanna Reali, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

Contatti:

Prof. Nicola Triggiani
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://edizionidjsge.uniba.it/>

Paola Romito

LA CONTROVERSA QUESTIONE DEL RIPARTO DI GIURISDIZIONE
IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI*

ABSTRACT	
Il saggio si propone dapprima di analizzare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale registratasi in tema di riparto di giurisdizione nell'ordinamento interno - ripercorrendo le varie tappe che hanno caratterizzato tale percorso - per poi analizzare brevemente l'annosa questione inerente ai diritti fondamentali. In particolare si cercherà di evidenziare, attraverso un approccio sistematico e giurisprudenziale, il superamento del tradizionale orientamento volto a ravvisare un'ipotesi di giurisdizione esclusiva ordinaria, a favore del riconoscimento di una giurisdizione amministrativa, garantendo in tal modo la sussistenza di una piena tutela dei diritti soggettivi coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa, finanche costituzionalmente garantiti, anche da parte del giudice amministrativo.	The essay aims first to analyse the legislation and case law evolution of internal jurisdiction - retracing the different stages that have characterized this path - and then analyse the age-old fundamental rights issue. Particularly, through a systematic and precedent-based approach, the essay will seek to highlight the overcoming of the traditional approach aimed at supporting the hypothesis of exclusive ordinary jurisdiction, moving to the acknowledgment of a administrative jurisdiction too, thereby ensuring the existence of a full protection of the individual rights involved in the execution of administrative function, even constitutionally guaranteed by the administrative courts.
Riparto di giurisdizione - diritti fondamentali	Jurisdiction - Fundamental rights

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. Cenni. – 3. Posizioni soggettive tutelabili e nuova concezione di interesse legittimo. – 4. Il riparto di giurisdizione. 5. – Un'ipotesi controversa: i diritti fondamentali. – 6. Casistica giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali. – 7. Conclusione.

1. Il sistema di giurisdizione amministrativa ha subito nel tempo delle notevoli modifiche, plasmandosi e conformandosi alle nuove realtà sociali e normative e contribuendo ad arricchire le essenziali e sporadiche disposizioni che disciplinavano originariamente la materia.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

In tale contesto si inserisce la tematica del riparto di giurisdizione, il cui esame, pur breve nell'economia di questo contributo, risulta imprescindibile per comprendere pienamente l'evoluzione raggiunta in punto di tutela giurisdizionale avverso l'attività¹ perpetrata dalla pubblica amministrazione.

L'analisi delle novità registrate in tema di riparto di giurisdizione - che per ragioni espositive è resa volutamente in termini sintetici e per il cui approfondimento si rimanda a più ampi e mirati contributi - costituisce, infatti, il preludio necessario per affrontare la questione specifica, da anni al centro di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, cui è dedicato questo contributo. A tal fine, pertanto, si procederà dapprima ad una rapida rassegna dei criteri di riparto che hanno caratterizzato storicamente l'evoluzione della giurisdizione amministrativa, per poi affrontare nei successivi paragrafi la controversa *quaestio* del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali.

Nel nostro ordinamento non esiste un'univoca normativa che si occupa di definire esaustivamente le regole di tutela giurisdizionale, al punto da aver permesso nel tempo alla giurisprudenza di imporsi nella previsione di principi finalizzati ad ordinare la materia e da aver sollecitato a più riprese l'intervento del legislatore.

Il progressivo evolversi² delle regole pubblicistiche vigenti hanno, infatti, evidenziato sin dal principio l'esigenza che intervenissero delle norme *ad hoc*, volte ad integrare la scarna ed obsoleta disciplina delineata dalla legge sul contenzioso amministrativo del 1865, principalmente a seguito dell'introduzione della c.d. legge Crispi del 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, avente funzioni giurisdizionali, presieduta da Silvio Spaventa, il quale, con il suo celebre discorso sulla giustizia nell'amministrazione reso nel maggio 1880 davanti all'Associazione costituzionale di Bergamo, evidenziava le «difficoltà che incontrano la giustizia e la legalità nelle pubbliche amministrazioni sotto i governi parlamentari, [...] e dei rimedi che si possono trovare per superarle».

Con l'entrata in vigore della Carta repubblicana si è provveduto a cristallizzare l'attribuzione della funzione giurisdizionale agli organi di giustizia amministrativa negli artt. 103 e 113 Cost. Attualmente la regola dominante in materia di riparto di giurisdizione è prevista nell'art. 7 del codice del processo amministrativo, letto in combinato disposto con il successivo art. 133.

¹ Com'è noto, l'attività amministrativa, protesa al perseguimento dell'interesse pubblico, è retta dai principi di economicità, efficacia, pubblicità, trasparenza ed imparzialità. Quest'ultimo carattere gode, del resto, di copertura costituzionale all'art. 97 co. 2 Cost., contrassegnandone un'autonomia e specifica rilevanza. Come evidenzia Caputi Jambrenghi, 2017a, 19, infatti, «è evidente che imparziale deve essere l'azione specifica, la scelta che caratterizza l'attività dell'organo amministrativo e la modalità mediante cui questo, muovendo da un'istanza privata o dalla proposta di un altro organismo pubblico o ancora da una propria precedente convinzione in ordine alla necessità o opportunità di realizzare uno specifico interesse pubblico, procede verso un fine preordinato».

² Merusi, 2016, 671 ss.

Per comprendere compiutamente il significato dell'evoluzione in materia di riparto di giurisdizione è, però, necessario ripercorrerne assai brevemente le tappe.

2. Originariamente l'unica posizione giuridica soggettiva³ presa in considerazione dall'ordinamento era quella del diritto soggettivo, pieno ed incondizionato e, come tale, tutelabile soltanto dinanzi al giudice ordinario in quanto giudice dei diritti.

La "pietra angolare" del nostro sistema di giustizia amministrativa incardinata dall'Allegato E della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, infatti, fissa il principio della giurisdizione unica sui diritti soggettivi, affidandone la tutela al giudice naturale, l'A.G.O. Si tratta di un principio che assume una duplice valenza: da un lato esso consente all'Autorità giudiziaria di conoscere di lesioni di diritti soggettivi, ancorché siano emanati atti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa e comunque sia interessata la pubblica amministrazione, dall'altro riserva la suddetta conoscenza al giudice ordinario, escludendo dall'offerta di tutela altre autorità.

Tale affermazione di principio viene poi, temperata dalla limitazione dei poteri concretamente esercitabili dal giudice, ossia fissando i limiti interni alla giurisdizione ex art. 4, che impone il divieto di annullamento e di modifica, bilanciato dal potere di disapplicazione di cui al successivo art. 5. Ne risulta un sistema di garanzie che affida i diritti soggettivi intercettati da un provvedimento amministrativo alla cognizione del giudice ordinario e che consente ai loro titolari di fruire di una tutela risarcitoria, in caso di danno ingiusto o di inadempimento contrattuale imputabili ad un organo amministrativo.

Il principio fissato non viene scalfito dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato competente – come prevede la legge del 1889 e successivamente l'art. 26 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.d. 26 giugno 1924, n. 1054) - sui ricorsi «per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa [...], che abbiano per oggetto un interessi di individui o enti morali o giuridici, quando i ricorsi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria [...]». Esso rimane, altresì, fermo allorché si introducano nella cognizione del giudice amministrativo materie di giurisdizione esclusiva nelle quali il Consiglio di Stato «conosce anche di tutte le questioni relative a diritti», restando «tuttavia sempre riservate all'A.G.O. le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto contro cui si ricorre». Infine, il principio viene confermato dalla norma di cui all'art. 103 Cost. sulla giurisdizione degli

³ Palma, 2016, 5, offre uno spunto di riflessione interessante, idoneo a evidenziare la ragione primordiale posta alla base della differenza sussistente tra le posizioni soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo, sottolineando come mentre la posizione di interesse legittimo abbia sempre rappresentato il punto di confluenza dei valori politici ed ideologici che si sono affermati nella progressiva opera di costruzione dello Stato unificato, riflettendone la sottostante corrispondente filosofia politica; la situazione giuridica di diritto soggettivo veniva, invece, considerata come strumento insostituibile dell'autonomia del cittadino, connotandone il suo *status civitatis*, e come condizione essenziale ed ineliminabile della sistematica istituzionale.

organi di giustizia amministrativa per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate della legge, anche dei diritti soggettivi.

A partire dalla legislazione del 1998/2000 si tocca la “pietra angolare”, disponendo un riparto di giurisdizione per blocchi di materie; l’eliminazione del limite della tutela risarcitoria per il giudice amministrativo; infine l’eliminazione del limite della tutela costitutiva per il giudice ordinario, limitatamente ai rapporti di pubblico impiego. La “pietra angolare” viene scardinata attraverso la concentrazione della tutela del cittadino in capo ad un unico giudice, ripartita in base alla materia, sicché verrebbe rimessa in discussione l’utilità della distinzione tra diritto e interesse e resterebbe superata anche la riserva al giudice ordinario della tutela dei diritti soggettivi. Eppure si tratta senz’altro di un superamento affermato senza adeguata riflessione se è vero che la Corte costituzionale (nella sentenza del 6 luglio 2004, n. 204)⁴ non ha ritenuto conforme alla Costituzione quel sistema caratterizzato dalla scelta legislativa delle materie.

Il problema che è sorto e che ha indotto il legislatore del 1998/2000 a scalfire quella che è stata definita la pietra angolare del sistema di giustizia è stato quello di superare la distinzione diritto–interesse, al fine di consentire al giudice amministrativo di tutelare con il rimedio annullatorio, con tecniche costitutive, situazioni di diritto soggettivo; ossia il problema di giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo su quegli interessi già protetti come diritti soggettivi.

Ma se il problema è questo e nasce dalla vigenza del principio della giurisdizione unica, non è detto che la sua soluzione debba necessariamente portare a rimuovere la “pietra angolare”: non significa, insomma, che la distinzione tra diritto e interesse debba scomparire, ma soltanto che la distinzione viene messa largamente in crisi come criterio di riparto. Ebbene: l’esigenza di non fondare più il riparto sulla *causa petendi* è stata avvertita dal legislatore del 1998/2000, che ha cercato di superare la distinzione rendendo i due giudici fungibili quanto alle tutele somministrabili e diversificandoli in ragione delle materie. Ma il rimedio è stato censurato dalla Corte Costituzionale e, peraltro, si è rivelato empirico perché non risolutivo della distinzione tra diritto e interesse, posto che la giurisdizione esclusiva deve in pratica restare –a Costituzione invariata- un’eccezione che conferma la regola della giurisdizione unica.

Seguendo tali coordinate è intervenuto da ultimo il legislatore con il codice del processo amministrativo, introdotto dal D.Lgs. n. 104/2010.

3. Illustrato brevemente l’*excursus* legislativo relativo agli organi giurisdizionali⁵, è possibile indagare in merito alla questione concernente il riparto di giurisdizione, resasi sempre più attuale a seguito del riconoscimento nel nostro ordinamento della

⁴ Cfr. *infra* nota 13.

⁵ Midiri, 2015, 2, si interroga sulla *ratio* sottesa alla pluralità degli assetti organizzativi della giurisdizione svolgendo, anche in chiave comparata, un’analisi mirata quantomeno ad insinuare il dubbio relativo a se convenga o meno, perseguire *de futuro* la giurisdizione unica.

sussistenza di una molteplicità di posizioni soggettive diverse ed ulteriori rispetto a quella del diritto soggettivo, *in primis* di quella dell'interesse legittimo.

Nello specifico, l'interesse legittimo - ben lontano dalle remote teorie (sebbene indispensabili ai fini della costruzione della figura *juris* dell'istituto), che lo qualificavano come interesse di fatto occasionalmente protetto⁶ o che gli conferivano una mera veste processuale⁷ o, ancora, che lo riconducevano all'interesse al rispetto della legalità dell'azione amministrativa⁸ - è ormai definitivamente approdato ad una concezione sostanziale e normativa⁹. La rivoluzione copernicana in tal senso è stata, come noto, operata dalla celebre sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 22 luglio 1999 n. 500, con la quale si è riconosciuta l'esperibilità dell'azione risarcitoria anche a seguito della lesione dell'interesse legittimo, abbattendo quel vetusto dogma della irrisarcibilità¹⁰ che per decenni aveva ostacolato una vera espansione delle tutele esperibili da parte del privato, rispetto ad attività illegittime perpetrate dalle pubbliche amministrazioni.

Il risultato delle diverse e preziose elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali - che l'economia di questo contributo non consente di approfondire - approda oggi, alla pacifica riconduzione dell'interesse legittimo ad una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, in relazione ad un bene della vita che il privato aspira ad acquisire (interesse legittimo pretensivo) o a conservare (interesse legittimo oppositivo), connessa all'esercizio del potere della pubblica amministrazione.

La presenza di quella intangibile barriera che separava rigidamente il diritto soggettivo dall'interesse legittimo, influenzando e condizionandone la tutela, in passato

⁶ La prima elaborazione della teoria si deve, come è noto, alle riflessioni di Cannada Bartoli, il quale muoveva dall'assunto secondo cui l'interesse legittimo non è tutelato in sé ma solo nella misura in cui coincide con l'interesse pubblico. Sul tema si veda Cannada Bartoli, 1972, 7.

⁷ Tesi sostenuta da Guicciardi, secondo il quale l'interesse legittimo coincide con l'interesse processuale a ricorrere contro il provvedimento adottato dall'amministrazione. Per un adeguato approfondimento cfr. Guicciardi, 1951, 33.

⁸ Sulle difficoltà di pervenire ad una definizione unitaria di interesse legittimo v. Romano, 1980, 47.

⁹ Il superamento delle criticità a cui erano state sottoposte le precedenti elaborazioni dottrinali - rispetto alle quali, non essendo possibile in questa sede ripercorrere adeguatamente l'intero dibattito dottrinale, ci si è limitati a segnalare soltanto gli approdi cui si è giunti - ha portato all'elaborazione della teoria normativa da parte del Nigro, poi recepita dalla giurisprudenza, in virtù della quale si valorizza la posizione soggettiva qualificata e presa in considerazione dalla norma attributiva del potere e differenziata dall'interesse del *quisque de populo*. Sul punto si rinvia più diffusamente a Nigro, 1987, 469.

¹⁰ Come sostiene De Nictolis, 2006, infatti l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo si fondava sulla tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. che, identificando il danno ingiusto, inteso nel duplice significato di danno prodotto *non iure* e *contra ius*, con la lesione di un diritto soggettivo, necessitava che il fatto dannoso fosse in contrasto con l'ordinamento giuridico e incidesse su di una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto. Al contrario era pacificamente risarcibile il danno derivante dai comportamenti materiali della pubblica amministrazione, secondo le regole della responsabilità aquiliana da far valere dinanzi al giudice ordinario. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione in ordine al riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi cfr. Caringella, 2005.

aveva comportato un'intensa opera di attrazione dell'interesse legittimo nella più confortante categoria del diritto soggettivo, attraverso la teoria dei diritti sospensivamente/risolutivamente condizionati o in quella dei diritti affievoliti¹¹.

Oggi, invece, il riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo ha consentito di superare tutti i precedenti limiti, qui brevemente sintetizzati, influenzando conseguentemente su una moltitudine di aspetti e dando alla luce una nuova concezione dell'attività amministrativa e della tutela avverso la medesima, quand'essa sia illegittima.

Si è, così, passati da un giudizio sull'atto, volto semplicemente ad appurare l'illegittimità della attività della pubblica amministrazione ed a reagire contro di essa con l'annullamento, di per sé sempre retroattivo, ad una nuova concezione di giudizio sul rapporto¹², in cui l'oggetto del giudizio è la fondatezza della pretesa del privato, da riscontrare attraverso l'azione all'uopo ritenuta più adeguata e non necessariamente sfociante nell'annullamento.

A tali cambiamenti si accompagna, poi, una rinnovata visione del processo amministrativo in cui le novità si riverberano principalmente sul piano delle regole, volte a disciplinare un nuovo processo in cui viene meno la insuperabile posizione di supremazia della pubblica amministrazione per far spazio ad una visione di parità tra le parti, in cui al principio acquisitivo si sostituisce un più egualitario principio dispositivo, solo eccezionalmente derogabile, ed in cui la vecchia connotazione di giurisdizione oggettiva, tesa univocabilmente al rispetto della legalità, lascia il posto ad una giurisdizione soggettiva, volta al riscontro della fondatezza della pretesa vantata dal ricorrente e alla fissazione dei poteri del giudice in ordine alla soddisfazione di questa.

4. Nonostante, come evidenziato in premessa, si siano ridimensionate le differenze tra la tutela invocabile dinanzi al giudice ordinario e quella invocabile nei riguardi del giudice amministrativo, permangono alcune differenze che impongono di individuare un criterio alla cui stregua condurre l'indagine, finalizzata a rintracciare l'organo munito di giurisdizione nel caso specifico, in virtù dell'art. 113 Cost.

A tal fine il criterio che continua a riscuotere maggior seguito nella giurisprudenza, recepito dalla unanime dottrina, è quello relativo alla c.d. *causa petendi* ovvero al *petitum* sostanziale: la posizione sostanziale alla cui base è contestata la lesione.

Seguendo tali coordinate, in linea generale la lesione del diritto soggettivo dovrà essere fatta valere in sede di giurisdizione ordinaria mentre quella dell'interesse

¹¹ Chieppa, Giovagnoli, 2017, 116.

¹² Si è, in sostanza, passati da un giudizio sull'atto, ovvero sulla legittimità dell'attività provvedimentoale posta in essere dalla pubblica amministrazione, ad un giudizio sul rapporto, nel quale viene ad assumere un ruolo prioritario la concreta *utilitas* richiesta dal privato cittadino. In realtà già molti anni prima avevano sollevato l'esigenza che l'oggetto del giudizio si spostasse nei predetti termini Caianiello, 1994, 464 e, ancora prima, Giannini, Piras, 1970, 275 ss.

legittimo in sede di giurisdizione amministrativa. A tale regola fanno, però, eccezione le “particolari (e determinate) materie” nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell’esercizio del suo potere ed in cui il legislatore prevede una giurisdizione esclusiva, a fronte delle quali il giudice amministrativo è competente a conoscere tanto in tema di diritti soggettivi quanto in tema di interessi legittimi, anche alla luce delle modifiche intervenute a seguito delle celebri sentenze della Consulta, 6 luglio 2004 n. 204¹³ e 11 maggio 2006 n. 191¹⁴. La giurisprudenza ha, però, nel tempo avvertito l’esigenza di integrare il suddetto criterio avvalendosi di ulteriori regole applicative, delle quali risulta opportuno dar conto.

Originariamente si è adottato un criterio basato sullo scopo della norma violata, in virtù del quale la norma di relazione corrispondeva alla lesione di un interesse privato, a differenza della norma di azione volta a perseguire precipuamente l’interesse pubblico, attraverso l’imposizione di regole di esercizio dell’attività amministrativa; successivamente si è invece preferito dare priorità al criterio dell’apparenza del potere, in base al quale in relazione ad un provvedimento formalmente pubblicistico si riteneva sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, mentre nelle altre ipotesi quella del giudice ordinario. In seguito, per lungo tempo, l’elemento di discriminazione fondante l’una o l’altra giurisdizione è stato individuato nella dicotomia attività discrezionale-attività vincolata, in virtù della quale in presenza di un’attività discrezionale si verteva in materia di interesse legittimo, a differenza delle attività vincolate che presupponevano inevitabilmente un diritto soggettivo.

¹³Sulla sentenza n. 204/2004 della Corte cost. si veda, *ex multis*, M. Clarich, A. Police, B.G. Mattarella, A. Pajno, 2004, 969 ss. Secondo tale pronuncia: «Il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. [...]. Il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo».

¹⁴In conformità ai principi già enunciati in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la sentenza n. 204 del 2004 (*sub* nota 13), la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 191/2006, *Foro it.*, I, 1625, ha rimarcato la necessaria subordinazione della previsione di una giurisdizione esclusiva in tema di controversie relative a "comportamenti", alla sussistenza di un collegamento con l’esercizio di un pubblico potere, in assenza del quale deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

Plurime sono state le critiche mosse a tutte le precedenti teorie, non ritenute adeguate a costituire il presupposto applicativo in base al quale incentrare il riparto di giurisdizione.

La giurisprudenza ha, pertanto, individuato un ulteriore criterio, oggi applicato prevalentemente, fondato sul binomio cattivo uso-carezza di potere: in sostanza, secondo i fautori della teoria in questione, laddove la pubblica amministrazione abbia esercitato non correttamente un potere che le era comunque stato attribuito dalla legge, si discuterebbe di interessi legittimi; al contrario, nelle ipotesi di carezza di potere, rinvenibili ogniqualevolta la pubblica amministrazione abbia agito senza una norma che legittimasse il suo operato, si tratterebbe di diritti soggettivi, ricadendo nell'ipotesi di atto nullo, piuttosto che illegittimo, come nel primo caso prospettato.

In realtà anche questa tesi, sebbene preferibile alle precedenti, non è stata esente da critiche. Nello specifico si assiste da anni ad una diatriba, ancora attuale, tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e quella del Consiglio di Stato. La prima propende per allargare le maglie delle ipotesi di carezza di potere, includendo tra le medesime sia quelle di assenza *ab origine* della norma attributiva di potere, sia quelle ipotesi caratterizzate dalla violazione di presupposti di condizione di esistenza del potere, c.d. carezza in concreto; dal canto suo, invece, il Consiglio di Stato tende a restringere il campo di applicazione della carezza di potere, ritenendo che i casi di carezza di potere c.d. in concreto, in realtà confluiscono nel cattivo uso del potere, producendo un mero vizio di illegittimità sindacabile dinanzi al giudice amministrativo. Nel far ciò i giudici amministrativi allegano una serie di motivazioni a sostegno tra le quali, ad esempio, l'inesistenza nel diritto amministrativo di una categoria analoga alla nullità virtuale ex art. 1418 co.1 c.c., che consenta di attrarre nell'orbita sanzionatoria più grave anche ipotesi non connotate da nullità testuale; la mancata specificazione nell'art. 21 *septies* della legge n. 241/90 della categoria della carezza di potere, avendo il legislatore fatto esclusivo riferimento alle ipotesi di difetto assoluto di attribuzione (sul punto si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali relativi al significato da attribuire all'aggettivo utilizzato dal legislatore); la previsione di cui all'art. 7 CPA, regola portante dell'intero sistema processuale, in cui il legislatore sembrerebbe aver recepito la concezione normativa del potere basata sulla dicotomia esistenza/non esistenza del medesimo ai fini dell'attribuzione della giurisdizione amministrativa.

5. In definitiva, può dirsi che la nuova concezione di interesse legittimo abbia consentito di estendere le tutele originariamente attribuite avverso provvedimenti illegittimi delle pubbliche amministrazioni, facendo venir meno anche la necessità di ricondurre quanto più possibile l'interesse legittimo al diritto soggettivo, come si è stati indotti a fare in passato mediante l'elaborazione della teoria dell'affievolimento o dell'interesse in attesa di espansione.

Tuttavia, con particolare riguardo ad una specifica categoria, la giurisprudenza ha continuato ad opporre resistenza, ostacolando una piena parificazione tra le due posizioni soggettive e, conseguentemente, tra le due giurisdizioni. Nello specifico, si fa riferimento ai diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti e ritenuti colonna portante dell'intero ordinamento giuridico.

Originariamente questi ultimi erano, infatti, ritenuti indegradabili e invocabili unicamente dinanzi al giudice ordinario. Qualunque provvedimento amministrativo che avesse inciso su questi diritti era considerato *inutiliter datum* poiché si riteneva che il potere non potesse intaccare in alcun modo la supremazia di tali intangibili diritti. Allo stesso tempo, del resto, al legislatore era precluso prevedere ipotesi di giurisdizione esclusiva con riguardo a materie coinvolgenti diritti fondamentali, che legittimassero il giudice amministrativo¹⁵ a conoscere tanto di diritti soggettivi quanto di interessi legittimi.

Recependo parzialmente gli studi effettuati dalla dottrina tedesca della *Drittwirkung*¹⁶ la giurisprudenza aveva, infatti, individuato un nucleo di diritti intangibili, in virtù della loro collocazione all'interno della Carta Costituzionale e della loro inerenza a situazioni giuridiche strettamente personali.

La questione ha assunto un significativo peso a partire dalle storiche pronunce¹⁷ della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 9 marzo 1979 n. 1436 e 6 ottobre 1979 n. 5172, nelle quali per la prima volta si fa riferimento alla categoria dei diritti inaffievolibili per individuare quelle posizioni giuridiche soggettive rafforzate, inidonee ad essere comprese dall'esercizio del potere amministrativo e, pertanto, sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario. In conseguenza di tale impostazione, l'eventuale esercizio di un potere amministrativo mediante atti illegittimi non avrebbe in nessun caso consentito di degradare il diritto soggettivo in interesse legittimo, lasciando inalterata l'ordinaria regola di riparto di giurisdizione della *causa petendi* e la conseguente attrazione nell'ambito della giurisdizione¹⁸ del giudice ordinario con riguardo a tali questioni.

¹⁵ Si era, infatti, radicato un netto scetticismo in merito alla possibilità che il giudice amministrativo potesse garantire un'adeguata tutela a fronte della lesione di posizioni soggettive, a maggior ragione se afferenti a diritti costituzionali vantate dal singolo nei confronti della P.A. Sul tema cfr. Pubusa, Allegretti, 1977, 414 ss; Travi, 2001, 67 ss. Del resto la *ratio* di tale disfavore risiedeva, come opportunamente evidenzia Diotallevi, 2015, nella natura spiccatamente impugnatoria del processo amministrativo, precipuamente volto all'accertamento della conformità dell'*agere publicum* rispetto ai parametri imposti normativamente dal legislatore, prescindendo dalla soddisfazione dell'interesse sostanziale del privato.

¹⁶ Su tale tematica, Mannella, 2010, 15.

¹⁷ Cass. S.U. 9.3.1979 n. 1436, Foro.it, I, 939, in relazione ad una domanda di accertamento tecnico preventivo sulle condizioni ambientali di una zona interessata dalla costruzione di una centrale nucleare e Cass. S.U. 6.10.1979 n. 5172, Foro.it, I, 2302, con riferimento ad un'azione di danno temuto in relazione alla realizzazione di un impianto di depurazione nel Golfo di Napoli. Per un approfondimento si veda Carratta, 2010, 28.

¹⁸ Secondo Caringella, 2016, 81, secondo tale risalente impostazione ciò si tradurrebbe sul piano della dicotomia carenza/cattivo uso del potere, in un'ipotesi di difetto assoluto della potestà pubblicistica di

In seguito, l'ingresso nel nostro ordinamento di fonti di matrice sovranazionale¹⁹ che non consente di circoscrivere con certezza un nucleo rigido dei diritti fondamentali²⁰ (in continua espansione) ed il progresso raggiunto in termini di tutele hanno, però, aperto le porte a nuovi e più flessibili orientamenti giurisprudenziali.

Sebbene, infatti, continui a sussistere una minoritaria corrente dottrina e giurisprudenziale che persiste nel considerare inaffievolibili i diritti fondamentali, radicando la relativa giurisdizione sempre in capo al giudice ordinario, sono oramai prevalenti quelle differenti impostazioni che, in tali casi, ammettono la giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base dei progressi raggiunti in tema di tutele esperibili dinanzi al giudice amministrativo le quali assicurano, oggi, il medesimo standard di protezione un tempo invocabile esclusivamente dinanzi al giudice ordinario.

In quest'ultima direzione si muovono numerose pronunce in materia di diritto alla salute ex art. 32 Cost., in relazione al quale, ad esempio, una parte della giurisprudenza, per individuare l'organo giurisdizionale deputato alla tutela della posizione giuridica soggettiva lesa, ha operato una distinzione a seconda che la pretesa del ricorrente consista in un interesse legittimo pretensivo ovvero oppositivo. Nel primo caso il privato aspirerebbe ad un ampliamento della propria sfera giuridica invocando, in ipotesi, un miglioramento delle cure a cui si sottopone, per le quali risulterebbe necessaria la collaborazione della pubblica amministrazione che eserciti il potere a tal fine predisposto, con conseguente giurisdizione in capo al giudice amministrativo. Diversamente, ogniqualvolta il privato facesse valere il proprio diritto di libertà finalizzato ad impedire lesioni all'integrità fisica, si sarebbe dinanzi ad un diritto soggettivo tutelabile dinanzi al giudice ordinario.

provvedere in presenza degli interessi fondamentali del singolo, con l'ulteriore conseguenza della inoperatività dei limiti di cui agli artt. 4 e 5 LAC, consentendo al giudice ordinario di pronunciare sentenze che incidano su atti (solo formalmente) amministrativi ovvero ordinino un *facere* di stampo pubblicistico.

¹⁹ Come sostiene Ruggeri, 2014,8, sino a poco tempo fa i diritti avevano natura ed ambito di efficacia esclusivamente "costituzional-nazionale", nella ristretta e propria accezione del termine, quale quella di diritti dotati di un riconoscimento normativo e/o giurisprudenziale interamente maturato *intra moenia*. Un decisivo superamento si è avuto a seguito della riscrittura del Titolo V nel 2001 e, successivamente, con il nuovo filone di matrice giurisprudenziale inaugurato dalle famose sentenze "gemelle" del 2007, con le quali si è riconosciuta la natura di fonte interposta della CEDU e, conseguentemente, l'ingresso nel nostro ordinamento dei diritti in essa riconosciuti e tutelati, qualora compatibili con il nostro assetto interno. Ad essi si aggiungono, del resto, i diritti riconosciuti dai Trattati e dalle plurime fonti euro-unitarie ed internazionali, eventualmente all'esito dei meccanismi interni di recepimento all'uopo previsti.

²⁰ A ben vedere neppure in dottrina vi è unanimità circa l'esatta perimetrazione dei c.d. diritti fondamentali. A titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività si evidenzia come se da un lato secondo Pace, 1990, 109 ss., non esisterebbe un nucleo predefinito di diritti fondamentali, dovendosi pertanto ritenere tali tutti quelli previsti dalla Costituzione, in senso difforme si pone Baldassarre, 1976, 295 per il quale assurgerebbero a tale rango esclusivamente i diritti di libertà.

A tale tesi, poi ripresa ed elaborata dalla giurisprudenza successiva, si è affiancata una corrente giurisprudenziale intermedia²¹ secondo la quale, ferma restando la “inaffievolibilità” nelle ipotesi di interesse legittimo oppositivo, non sarebbe automatica la riconduzione alla giurisdizione dell’organo amministrativo da parte di quelle di interesse legittimo pretensivo, dovendo ritenere che, nelle situazioni in cui il diritto alla salute sarebbe compromesso al punto da far rischiare la morte o un’eccessiva sofferenza da parte del ricorrente, permarrrebbe la giurisdizione ordinaria.

6. Anche la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di affrontare la questione del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali in numerose ipotesi sottoposte al vaglio di costituzionalità. La Corte, a far data dalla celebre pronuncia 27 aprile 2007 n. 140²², ha escluso che sussista una sorta di riserva di giurisdizione²³ in capo al giudice ordinario in tema di diritti fondamentali, assicurando che nelle materie di giurisdizione esclusiva la tutela apprestata dal giudice amministrativo sia altrettanto piena ed incondizionata. A dire della Corte, infatti, nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudizio amministrativo assicura la tutela di ogni diritto:

non soltanto per effetto dell’esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l’intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché

²¹ A tale orientamento si conforma, ad esempio, la sentenza della Cass. S.U 1.08. 2006 n. 17461, Dir. giust., 2006, 39, 18, secondo la quale «In relazione al bene-salute è individuabile un "nucleo essenziale", che configura un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psicofisica delle persone bisognose di cura allorché ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopportabili, a fronte delle quali è configurabile soltanto un potere accertativo della P.A. in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni. In assenza, però, di dette condizioni e allorché non vengano denunciati pregiudizi alla salute - anche in termini di aggravamenti o di non adeguata guarigione - la domanda volta a ottenere le dovute prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità per il paziente di quelle apprestate dalla P.A., ha come presupposto una situazione soggettiva di interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta alla autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili - anche attraverso una opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate - la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario».

²² C. Cost. 27.4.2007 n. 140, *Federalismi.it*, 2007, 9, intervenuta in merito alla legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 552, legge n. 311 del 2004 che attribuiva al giudice amministrativo in sede esclusiva il contenzioso, anche a fini risarcitori, sulle procedure e sui provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica. Nello specifico in tale occasione le censure mosse alla normativa in esame concernevano la natura fondamentale e, come tale, incomprimibile del diritto alla salute ed alla salubrità ambientale in virtù della quale si sarebbe dovuto necessariamente ravvisare una giurisdizione ordinaria. La Corte, tuttavia, ha disatteso le censure sollevate, evidenziando la insussistenza di una riserva di giurisdizione a favore del giudice ordinario in tema di diritti fondamentali, affermando l’idoneità del giudice amministrativo ad offrire tutela ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa, nonché l’esigenza di concentrare davanti ad un unico giudice la tutela del ricorrente.

²³ La dottrina tradizionale si interrogava in merito alla necessità di istituire una riserva di giurisdizione su determinate materie. In tal senso si esprimeva, ad esempio, Cariola, 1991, 202.

quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa. Né osta, alla validità costituzionale del «sistema» in esame la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario, escludendone il giudice amministrativo, la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

Con tale pronuncia la Consulta ha, così, superato i precedenti orientamenti tesi a ostacolare il riconoscimento di una piena tutela da parte del giudice amministrativo evidenziando, del resto, come il diverso orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità delle Sezioni Unite relativo alla sussistenza della giurisdizione ordinaria in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari, risultasse enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione - che non costituiscono espressione di un potere autoritativo - e non provvedimenti o procedimenti «tipizzati» normativamente. In tal modo viene confermato il principio tradizionale, oggi recepito dal codice del processo amministrativo, per cui viene considerato elemento fondamentale per la sussistenza della giurisdizione amministrativa l'esercizio da parte della pubblica amministrazione di un potere pubblico autoritativo.

La stessa Corte Costituzionale, pronunciandosi in materia di tutela della salute e dell'ambiente²⁴ e dei livelli di occupazione in caso di crisi degli stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale con la sentenza 9 maggio 2013, n. 85, c.d. caso Ilva²⁵, ha poi riconosciuto che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e che non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (c.d. diritto “tiranno”), garantendo in tal modo che anche i diritti fondamentali siano bilanciabili e contemperabili con gli altri diritti riconosciuti dall'ordinamento, in ossequio ai principi solidaristici ed alla evoluzione socio culturale che interessa il nostro Paese nonché in un'ottica di concentrazione delle tutele.

²⁴ Caputi Jambrenghi, 2017b, mette in luce la precipua finalità fondamentale delle norme che riguardano l'ambiente e la sua protezione, protese a raggiungere quale “obiettivo primario” dell'ordinamento la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento dell'*environnement*, mediante un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali.

²⁵ Ci si riferisce alla sentenza C. Cost. 9.5.2013 n. 85, *Federalismi.it*, 2013, 10, in tema di inquinamento (caso Ilva di Taranto), con la quale la Consulta ha precisato che: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Anche i diritti fondamentali possono, quindi, essere limitati da norme di legge che introducano poteri atti ad incidere²⁶ su di essi, ad esempio per il tramite di provvedimenti autorizzatori. Può, pertanto, ritenersi non corretta la tesi che li considera diritti inaffievolibili o indegradabili e sarà compito del legislatore individuare i limiti entro i quali consentire l'esercizio dei suddetti poteri amministrativi, rispetto ai quali dovrà esclusivamente verificarsi che siano correttamente esercitati e che rispettino i principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Continuare a sostenere la inaffievolibilità *tout court* dei diritti fondamentali, del resto, si porrebbe in una prospettiva anacronistica rispetto alle plurime e significative evoluzioni che il sistema di giustizia amministrativa ha subito negli ultimi anni. La caduta del sistema che assicurava la risarcibilità del danno solo a fronte della lesione di diritti soggettivi, l'incertezza nell'individuare un nucleo certo di diritti fondamentali e la proliferazione di tecniche di tutela tipiche e atipiche riconosciute in capo al giudice amministrativo dal codice del processo amministrativo, giustificano la scelta (anche legislativa) di riconoscere al giudice amministrativo la capacità di assicurare una piena tutela, estesa anche ai diritti costituzionalmente garantiti, laddove essi siano coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa. Sulla base di questa prospettiva evolutiva ciò che rileva è, in sostanza, unicamente la legittimità ed il corretto esercizio del potere amministrativo, la cui esistenza non può negarsi soltanto perché intacca diritti fondamentali. Qualora vi sia una norma di legge che espressamente preveda il contenimento dei diritti fondamentali con altri interessi, ciò che rileva per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo è unicamente la sussistenza di un potere amministrativo validamente attribuito da una fonte legislativa in conformità ai valori costituzionali e che tale potere sia stato correttamente esercitato²⁷. È tale concreto

²⁶ A tale conclusione giunge anche Patroni Griffi, 2011, 4.

²⁷ In tali termini C. Stato 2.9.2014 n. 4460, *Federalismi.it*, 2014, secondo la quale «la teoria dei diritti incompressibili non solo presuppone l'ormai obsoleta teoria della degradazione, che non è in grado di descrivere appropriatamente la dinamica delle situazioni giuridiche soggettive nel confronto con il pubblico potere, ma non risponde più nemmeno al tradizionale criterio che regola il riparto della giurisdizione e, cioè, il *petitum* sostanziale e la natura sostanziale della situazione giuridica soggettiva lesa, criterio che, a suo volta, necessita di essere letto e compreso alla luce delle coordinate interpretative delineate dalla Corte costituzionale. La "consistenza" della situazione giuridica soggettiva, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del potere pubblico. Laddove l'Amministrazione vulneri la situazione del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico *iure privatorum*. Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo. È il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del

esercizio, seppur in forma mediata, del potere pubblico che consente al provvedimento amministrativo di degradare il diritto soggettivo ad interesse legittimo, radicando la giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

Un altro settore sul quale ha inciso notevolmente l'opera chiarificatrice del giudice delle leggi è quello in materia di rifiuti. Ad esempio, con sentenza 5 febbraio 2010 n. 35²⁸, la Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge 23 maggio 2008, n. 90 (recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile), convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 luglio 2008, n. 123, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati, includendo nella giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

Analogamente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con ordinanza 21 maggio 2009 n. 11832²⁹ ha ritenuto rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo l'azione proposta da alcuni cittadini nei confronti del Comune di residenza e nei confronti del Consorzio intercomunale gestione rifiuti con la quale è stato chiesto il risarcimento di danni di vario genere patiti dagli attori e derivanti dai disagi dell'emergenza rifiuti, nonché dai pericoli ambientali ed igienico sanitari, determinati dalle continue inadempienze degli enti convenuti. La Corte ha, infatti, individuato nella posizione soggettiva dei ricorrenti la presenza di un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri specifici spettanti alla pubblica amministrazione, la cui verifica è rimessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 33 D.Lgs. n. 80 del 1998, a nulla rilevando la dedotta lesione del diritto alla salute che ne sarebbe derivata né tantomeno la richiesta di condanna al risarcimento dei danni.

Nella stessa direzione si muove la pronuncia delle Sezioni Unite 28 dicembre 2007 n. 27187³⁰, in merito a controversie relative alla installazione delle discariche di rifiuti,

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

²⁸ C. Cost. 5.2.2010 n. 35, Foro amm. Cds, 2010, 272.

²⁹ Cass. S.U. 21.05.2009 n. 11832, Foro it., 2009, 132, 2659. Analogamente Cass. S.U. 6.09.2016 n. 17674, Il corriere giuridico, 2016, 11, con nota di Carbone, 2016, 1458, ribadisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto la lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e direttamente incisi dal potere autoritativo, come ad esempio nel caso di atti e comportamenti in violazione di norme che regolano il procedimento e la programmazione, pianificazione e organizzazione del territorio e nell'interesse dell'intera collettività nazionale.

³⁰ In tale occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che «anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la lesione sia dedotta come

con cui la Corte ha avuto modo di chiarire che anche in materia di diritti fondamentali qualora la lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, la giurisdizione sulle relative controversie è del giudice amministrativo.

Da ultimo, giova dar atto della recente pronuncia 12 aprile 2016 n. 7, resa in Adunanza Plenaria dal Consiglio di Stato, in materia di tutela antidiscriminatoria dell'alunno disabile in merito alla composizione delle ore relative al piano educativo individuale scolastico.

In tale pronuncia il Consiglio di Stato, avallando la precedente pronuncia 25 novembre 2014, n. 25011³¹ delle Sezioni Unite, ha confermato la sussistenza di una giurisdizione bifasica, in cui il criterio che separa l'iniziale giurisdizione amministrativa da quella successiva ordinaria è dato dalla formazione del PEI (piano educativo individuale) ed ha ribadito che tutte le controversie attinenti alla formazione del suddetto piano rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche qualora coinvolgano diritti fondamentali.

In tale decisione l'Adunanza Plenaria conferma l'ontologica compatibilità della giurisdizione amministrativa esclusiva con la cognizione dei diritti fondamentali (nella specie quello all'istruzione). Si ribadisce, in sostanza, che la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativo nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva non muta fisionomia sulla base del carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non essendo ammesse «eccezioni innominate al perimetro della giurisdizione esclusiva». La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, del resto, risulta ricompresa nell'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, «nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali»³². Si conferma, inoltre il principio secondo cui l'estensione

effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come ad es. in quelle di gestione del territorio, compete al giudice amministrativo la cognizione esclusiva delle relative controversie circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il temperamento o limitazione dei suddetti diritti con l'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e la emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti». Per un esaustivo commento della suddetta pronuncia Cass. S.U. 28.12.2007 n. 27187, si veda Maddalena, 2008a, 387 ss.

³¹ Cass. S. U. 25.11.2014 n. 25011, Foro it., 2015, 3, I, 951, ribadisce chiaramente in motivazione che «la natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile non è di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale».

³² C. Stato, a.p. 12.4.2016, ildiram.it, 7, 2017, osserva altresì che l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materie implica una cognizione piena delle controversie ad essa riferibili e che l'ampiezza maggiore o minore della giurisdizione esclusiva del G.A.

della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla cognizione dei diritti fondamentali non comporta in alcun modo una diminuzione della relativa tutela giudiziaria, come precisato a più riprese dalla Corte Costituzionale³³.

7. Ricostruita in questi termini l'evoluzione in tema di riparto di giurisdizione dei diritti fondamentali, è agevole desumere che possa considerarsi ormai pacificamente ammessa la piena tutela³⁴ di tali diritti dinanzi al giudice amministrativo nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, rispetto alle quali una conferma pare giungere dal secondo correttivo al codice del processo amministrativo che, modificando l'art. 133 co. 1 lett. p), li ha espressamente ricompresi tra le suddette ipotesi.

Ci si interroga, piuttosto, sul significato da attribuire a tale norma: se, nello specifico, ritenerla esclusivamente circoscritta all'ipotesi in questione e, al più, alle ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva ovvero se consentirne una radicale espansione, abbracciando anche le ipotesi di giurisdizione non esclusiva.

Sul punto non c'è unanimità di vedute: i sostenitori della tesi negativa muovono dal dato letterale della norma che non sembra consentire un'interpretazione estensiva; al contrario, i fautori della tesi positiva si ispirano ad una *ratio* di economia processuale e di semplificazione di tutele, allegando tra l'altro, a sostegno, il dato normativo di cui all'art. 55 co. 2 CPA il quale, precludendo la possibilità di subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, con riguardo alla proposizione di domande cautelari che attengano a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale, sembrerebbe implicitamente ammettere la sussistenza di una giurisdizione del giudice amministrativo sui diritti fondamentali anche a prescindere dalla giurisdizione esclusiva.

non può esser fatta dipendere dal carattere discrezionale o vincolato delle valutazioni affidate alla competenza della p.a. Inoltre si specifica che negando la sussistenza della giurisdizione esclusiva nella fase anteriore alla emanazione del PEI, si finirebbe per praticare una *intepretatio abrogans* della norma che devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie in materia di servizi pubblici, producendo l'effetto di ridurre entro ambiti inconsistenti il perimetro della potestà cognitiva affidata al giudice amministrativo nelle materie considerate. A ciò si aggiunga che verrebbe vanificata irragionevolmente la *ratio* della devoluzione di una certa materia alla giurisdizione esclusiva del G.A., finalizzata alla concentrazione innanzi ad una sola autorità giudiziaria della cognizione piena delle controversie relative ad una materia che, per sua stessa natura, implica un intreccio di diritti ed interessi legittimi, tra le posizioni incise dall'espletamento delle relative potestà pubbliche, al fine di evitare un complicato ed incerto concorso di azioni, dinanzi a diverse autorità giudiziarie.

³³ Cfr. C. Cost. 27.4.2007 n. 140 (*sub* nota 22).

³⁴ Come sottolinea Maddalena, 2008b, 126, la giurisprudenza con fatica è oramai approdata ad una concezione di sostanziale equipollenza tra tutela offerta dal giudice amministrativo e tutela apprestata dal giudice ordinario, sebbene preservandone le differenze ontologiche, così garantendo quel principio di concentrazione di tutele che costituisce la ragione principale che giustifica la devoluzione di determinate materie alla giurisdizione esclusiva.

Nonostante, come evidenziato, negli ultimi tempi la giurisprudenza si stia muovendo in una chiara direzione progressista³⁵, si ritiene che la rilevanza attribuita alla tematica del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali esiga un esplicito e generalizzato intervento legislativo, così da fugare ogni dubbio e porre definitivamente fine a tale perenne dibattito.

Riferimenti bibliografici

Baldassarre A. (1976), *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. Dir.*, p. 295.

Caianiello V. (1994), *Diritto processuale amministrativo*, Torino: Utet.

Cannada Bartoli E. (1972), *Interesse (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, XXII, Milano: Giuffrè, p. 7.

Caputi Jambrenghi M.T.P. (2017), *La funzione amministrativa neutrale*, Bari: Cacucci.

Caputi Jambrenghi M.T.P. (2017), *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, *Giustamm.it.*, 3.

Carbone V. (2016), *Osservatorio – Cassazione Sezioni Unite*, *Corr. Giur.*, 11, p.1458.

Caringella F. (2005), *Le mobili frontiere del danno ingiusto raggiungono anche la responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Aa. Vv., La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (a cura di F. Caringella, M. Protto), Bologna – Roma: Zanichelli.

Caringella F. (2016), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016.

Cariola A. (1991), *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, *Dir. proc. amm.*, 2, p. 202.

Carratta A. (2010), *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, *Riv.dir.proc.*, 1, p. 28.

Chieppa R., Giovagnoli R.(2017), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè.

Clarich M., Police A., Mattarella B.G. e Pajno A. (2004), *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla Corte Costituzionale*, *Giorn. Dir. Amm.*, 9, p. 969 ss.

³⁵ A tal riguardo si richiama Pinotti, 2016, la quale ad esempio commentando le pronunce del Tar Lombardia rese con riferimento al risarcimento del danno richiesto dal padre di Eluana Englaro, a seguito dell'annullamento del provvedimento con il quale la Direzione Generale della Regione Lombardia negava la possibilità di individuare una struttura lombarda nella quale potessero essere interrotte le pratiche di idratazione e nutrizione della figlia, mette in luce come i giudici utilizzino la lesione di un diritto fondamentale come parametro sulla base del quale fondare il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, *id est* di danno esistenziale, confermando in quest'ottica l'apertura da parte della giurisprudenza amministrativa al nuovo modo di concepire il rapporto tra giudice amministrativo e diritti fondamentali. Per una più ampia indagine in merito alla risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito amministrativo si vedano tra gli altri Didonna, 2004, 1170 ss; Micari, 2007, 503 ss.

De Nictolis R. (2006), *Il risarcimento dei danni cagionati dalla pubblica amministrazione*, Roma: Epc.

Didonna M. (2004), Il risarcimento del danno non patrimoniale innanzi al Giudice Amministrativo, *DR*, p. 1170 ss.

Diotallevi L. (2015), La giurisdizione sui “diritti fondamentali” alla luce dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo, in *Giur. Cost.*, 1, p. 292 ss.

Giannini M.S., Piras A. (1970), Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, *Enc. Dir.*, XIX, Milano: Giuffrè, p. 275 ss.

Guicciardi E. (1951), Diritto, interesse e doppia tutela, *Giur. it.*, III, p. 33.

Maddalena M.L. (2008), Comportamenti amministrativi e lesione di diritti fondamentali, *Il Corriere del Merito*, 3, p. 387 ss.

Maddalena M.L. (2008), La giurisdizione esclusiva del g.a. in merito ai comportamenti amministrativi, *Il Corriere del Merito*, 1, p. 126.

Mannella F. (2010), Giudice comune e costituzione: il problema dell’applicazione diretta del testo costituzionale, *Federalismi.it*, 24, p. 15.

Merusi F. (2016), Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione, *Dir. Proc.Amm.*3, p. 671 ss.

Micari G. (2007), I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali, *Dir.proc.amm.*, 5, p. 671 ss.

Midiri M. (2015), Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo, *Riv.AIC.*, 3, p. 2.

Nigro M. (1987), Ma cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione, *Foro it.*, V, p. 469.

Pace A. (1990), La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”, Aa.Vv., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova; Cedam.

Palma G. (2016), Il consolidato orientamento giurisprudenziale invita a ritornare ancora una volta sull’identità strutturale della situazione di interesse legittimo. Una rimediazione, *Federalismi.it*, 21, p.5.

Patroni Griffi F. (2011), L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell’affidamento, *Federalismi.it*, 24, p. 4.

Pinotti G. (2016), Nuovi profili di tutela dei diritti fondamentali da parte del giudice amministrativo alla luce delle sentenze Tar Lombardia, sez. III, n. 214 del 26 gennaio 2009 e Tar Lombardia, sez. III, 6 aprile 2016, n. 650, *GiustAmm.it*, 10.

Pubusa A., Allegretti U. (1977), Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali, in *Garanzie cost. e diritti fondamentali*, *Ist. Enc. Treccani*, Roma.

Romano A. (1980), Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale, *Foro it.*, V, c. 258 ss.

Ruggeri A. (2014), Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali, *Federalismi.it*, 18, p. 8.

Travi A. (2001), Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme, *Foro.it*, 124, p. 67 ss.