

Dipartimento di / Department of

Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in / PhD program Scienze giuridiche Ciclo / Cycle 30

Curriculum in (se presente / if it is) Diritto pubblico

Gli interessi legittimi “fondamentali” Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche di rilievo costituzionale

Cognome / Surname Galli Nome / Name Luca

Matricola / Registration number 798827

Tutore / Tutor: Prof.ssa Margherita Ramajoli

Cotutore / Co-tutor: Prof.ssa Monica Delsignore
(se presente / if there is one)

Supervisor:
(se presente / if there is one)

Coordinatore / Coordinator: Prof.ssa Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2016/2017

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
1. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI “FONDAMENTALI”: L’EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE	8
1.1. La teoria dei diritti soggettivi “inaffievolibili”: le decisioni della Corte di cassazione del 1979	8
1.2. L’affermazione dell’orientamento: gli anni ’80 e i primi anni ’90.....	13
1.3. Le Sezioni unite del 1992: il superamento dei limiti interni al sindacato del giudice ordinario	17
1.4. L’incomprimibilità come principio consolidato	19
1.5. Gli anni 2000	23
1.5.1. La trasformazione del giudice amministrativo.....	23
1.5.2. Gli interventi della Corte costituzionale.....	27
1.6. La giurisprudenza più recente della Corte di cassazione	36
1.7. Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche “fondamentali”: una relazione di lunga data.....	41
1.8. Lo <i>status quo</i> : il giudice amministrativo non è il giudice ordinario delle situazioni giuridiche “fondamentali” incise dai pubblici poteri.....	45
2. I DIRITTI SOGGETTIVI “FONDAMENTALI”	47
2.1. Una nozione dai confini incerti.....	47
2.1.1. L’ambiguità terminologica	49
2.1.2. L’evoluzione storica.....	52
2.1.3. Il fondamento	54
2.1.4. La natura.....	56
2.1.5. I singoli diritti fondamentali.....	58
2.2. I diritti “fondamentali” e la Costituzione.....	61

2.2.1. L'art. 2 Cost.: una previsione a fattispecie aperta o chiusa?	63
2.3. Sul regime giuridico dei diritti inviolabili: il significato di inviolabilità.....	68
2.4. I diritti “fondamentali” come diritti soggettivi	71
3. GLI INTERESSI LEGITTIMI “FONDAMENTALI”	74
3.1. Breve <i>excursus</i> sull'attualità dell'interesse legittimo	75
3.2. Interessi legittimi e diritto sovranazionale: un binomio possibile	82
3.3. La teoria della degradazione: un'ipotesi non più attuale	85
3.4. Le situazioni giuridiche “fondamentali” e i pubblici poteri: il superamento del dogma dei diritti “incomprimibili”	91
3.4.1. Gli spazi di intervento della pubblica amministrazione costituzionalmente previsti.....	94
3.4.2. La riserva di legge e la riserva di giurisdizione	100
3.4.3. Il legittimo bilanciamento degli interessi legittimi “fondamentali”: il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza	107
3.5. Gli interessi legittimi “fondamentali”: la nascita di una nuova figura o la conferma di una già esistente?	112
4. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEGLI INTERESSI LEGITTIMI “FONDAMENTALI”	114
4.1. Il giudice amministrativo e gli interessi legittimi “fondamentali”: la tutela in sede di giurisdizione di legittimità.....	115
4.1.1. (<i>Segue</i>) I profili critici	125
4.2. Il giudice ordinario e gli interessi legittimi “fondamentali”	132
4.2.1. Potere pubblico, diritti “inaffievolibili” e limiti interni alla giurisdizione del g.o.: la tutela esperibile alla luce degli artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865	133
4.2.2. (<i>Segue</i>) L'ipotesi dei poteri pubblici vincolati: l'indebito sacrificio degli ulteriori interessi coinvolti	140
4.3. Prime considerazioni conclusive	144
4.4. (<i>Segue</i>) L'applicazione a un caso concreto: la tutela dei migranti	145

5. UNO SGUARDO COMPARATO: LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI <i>DROITS FONDAMENTAUX</i> NELL'ORDINAMENTO FRANCESE	159
5.1. <i>Libertés et droits fondamentaux</i> nell'ordinamento giuridico francese	159
5.2. Il <i>juge administratif</i>	163
5.3. Il criterio di riparto tra <i>juge administratif</i> e <i>juge judiciaire</i>	168
5.4. <i>Juge administratif</i> e <i>droits fondamentaux</i> : l'istituto della <i>voie de fait</i>	175
5.5. (<i>Segue</i>) L'applicazione al caso concreto: la tutela dei migranti nell'ordinamento francese	188
CONCLUSIONI.....	195
BIBLIOGRAFIA.....	199
GIURISPRUDENZA.....	229
GIURISPRUDENZA FRANCESE.....	238

INTRODUZIONE

“Obiettivo di questo scritto [...] non è quello di introdurre una nuova situazione giuridica soggettiva [...] quanto piuttosto di “eliminarne” un’altra (il diritto “fondamentale”, “inviolabile”, “incomprimibile”) dal panorama teorico delle situazioni giuridiche soggettive [...]”.

Il lettore che avrà la (s)fortuna di superare indenne la prima metà della presente opera di ricerca troverà, al centro della stessa, questa affermazione che ne costituisce il nocciolo duro e irrinunciabile.

In un periodo come quello attuale, di guerre, migrazioni e diversità, in cui si fa particolarmente viva l’esigenza di salvaguardare l’individuo tanto come singolo quanto come componente di una società multiculturale, negare l’esistenza dei diritti “fondamentali” potrebbe suonare come una dichiarazione irriverente, se non scandalosa.

Quanto meno non un esito da perseguire, non una conquista per il nostro (come per qualsiasi) ordinamento.

Sperando che l’insolenza dell’affermazione in questione serva a suscitare interesse, ci si sente subito in dovere di fornire le adeguate giustificazioni che consentano di ricondurla a ortodossia, così da svelare la *ratio* che ha mosso l’autore nella stesura dell’opera.

Quest’ultima, infatti, non è un’opera di etica e morale, ma spera di potersi annoverare tra gli scritti di scienza giuridica.

Pertanto, a essere negati sono i diritti “fondamentali” quale categoria giuridica distinta e autonoma – a livello individuale – dalle (sole) situazioni giuridiche soggettive dotate espressamente di dignità costituzionale nel nostro ordinamento: i diritti soggettivi e gli interessi legittimi.

Il senso di questo scritto, dunque, è quello di interrogarsi sull’utilità attuale di un *tertium genus* di situazione soggettiva, andandone a verificare le ricadute sostanziali e, soprattutto, processuali.

Da più di due secoli, infatti, si sono moltiplicate le Dichiarazioni nazionali e internazionali che affermano l’irrinunciabilità dei diritti “dell’uomo”, “fondamentali”, “inviolabili” all’interno delle società moderne.

Per quanto esse rappresentino un'indiscutibile conquista giuridica e culturale, appare sensato interrogarsi sul significato odierno dei diritti ivi riconosciuti e spesso trasfusi nei testi delle più recenti costituzioni.

Superata l'eccezionalità dei momenti rivoluzionari, quindi, risulta logico chiedersi se sia sopravvissuto – e, nel caso, se sia ancora opportuno – un regime giuridico speciale per queste situazioni, inizialmente naturale conseguenza della loro novità, ma che oggi rientrano nel più vasto novero degli strumenti giuridici a disposizione del singolo per la sua affermazione e sviluppo, che devono tutti essere ugualmente garantiti da un ordinamento democratico.

Che cosa e quali sono i diritti “fondamentali”, dunque?

Cercare una risposta a questa domanda significa, forse, cercarne una alla ben più filosofica questione sul “chi siamo noi?”, quali componenti della nostra società di appartenenza e, dunque, come manifestazione dei relativi valori.

Questo nobile interrogativo sarà solamente – ma necessariamente – scalfito nelle successive pagine, giusto per sottolineare l'incertezza dei confini e la continua espansione di questo universo, chiamato a ricomprendere un numero sempre più ampio di situazioni che possiamo fortunatamente considerare componente normale, e non più eccezionale, della nostra vita quotidiana.

Da ciò l'idea che le tutele per le stesse apprestate non costituiscano più un *quid pluris* rispetto a quelle delle altre situazioni giuridiche, ma un modello – storico, prima ancora che giuridico – attorno a cui costruire le tutele di tutte le situazioni che vengono via via a nascere nella nostra società in continua evoluzione.

Moltiplicazione degli interessi giuridicamente rilevanti che, d'altra parte, sembrerebbe rendere lecita (se non necessaria) la possibilità per i pubblici poteri di coinvolgere, bilanciare e incidere, in conformità con le previsioni di legge e Costituzione, i beni oggetto dei diritti “fondamentali”, così da consentirne la convivenza e l'equo godimento da parte di tutti i consociati.

Da ciò, dunque, gli interessi legittimi “fondamentali” del titolo.

Abbandonate queste tematiche alte, il vero oggetto della presente ricerca sarà più circoscritto, risultando limitato alle conseguenze che la qualifica come “fondamentale” di una situazione giuridica ha sul criterio di riparto tra la giurisdizione amministrativa e ordinaria.

Nel silenzio del legislatore, e nelle incertezze dell'ordinario criterio di distinzione delle competenze dei due ordini giurisdizionali esistenti nel nostro ordinamento, il giudice ordinario ha, a partire dalla fine degli anni '70, elaborato la teoria dei diritti "fondamentali" e "incomprimibili", così da assicurarsi la protezione degli stessi, pur quando materialmente coinvolti nell'azione amministrativa.

Tale teoria, infatti, consentiva (e consente tutt'oggi) di evitare la degradazione a interessi legittimi dei diritti soggettivi "fondamentali", così da sottrarli all'ineffettiva tutela di un giudice amministrativo che, allora, si rivelava incapace di fornire la protezione costituzionalmente necessaria per tutti i beni, fondamentali o meno, di cui sono espressione le situazioni giuridiche private.

In altre parole, questa giurisprudenza si è affermata in un periodo in cui, forse, aveva ancora un senso parlare di "degradazione a interesse legittimo", come se questa situazione fosse un qualcosa meno rispetto al diritto soggettivo, a fronte dei dubbi circa la sua rilevanza sostanziale e le summenzionate lacune di tutela giurisdizionale.

Il riconoscimento giurisprudenziale, normativo e dottrinale della pari dignità dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo, nonché il concreto avanzamento (se non si vuole parlare di compimento) del processo di "civilizzazione" del giudice amministrativo forniscono il giustificativo principe alla presente ricerca.

Se il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, anch'esso "fondamentale", è – come deve – adeguatamente soddisfatto anche innanzi al giudice amministrativo, la soluzione emergenziale di diritti "incomprimibili" perderebbe di significato, diventando un anacronismo non solo inutile, ma anche deleterio.

Deleterio in quanto aggiunge una componente di incertezza, direttamente proporzionale alla difficoltà di delimitare l'insieme dei diritti "fondamentali", al criterio di riparto di giurisdizione.

Se l'intervento del giudice ordinario non è più necessario per soddisfare le esigenze di protezione dell'interesse "fondamentale" del singolo, eliminare questa soluzione giurisprudenziale gioverebbe alla linearità del sistema e, quindi, al miglior soddisfacimento del sopra richiamato diritto "fondamentale" alla tutela giurisdizionale.

È questo il senso secondo cui, quindi, ci si interrogherà sull'opportunità di mantenere la categoria giuridica dei diritti "fondamentali", laddove, invece, il carattere fondamentale continuerà a essere espressione di un peculiare valore riconosciuto dalla

nostra società a un bene tutelato tramite una situazione giuridica, che non verrebbe meno anche quando esso diventi oggetto dell'azione amministrativa e, conseguentemente, della protezione da parte del relativo giudice speciale.

1. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI “FONDAMENTALI”: L’EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

Intraprendere uno studio sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche “fondamentali”, così da individuare chi fra il giudice ordinario e il giudice amministrativo sia quello deputato a difendere – e che meglio possa farlo – tali situazioni a fronte dall’esercizio dei pubblici poteri, comporta la necessità di ripercorrere *in primis* l’evoluzione giurisprudenziale della materia.

L’attuale *status quo*, infatti, non è tanto il frutto di un esplicito e specifico dettato normativo, che disciplini come trattare le situazioni giuridiche “fondamentali” coinvolte nell’azione amministrativa, quanto è piuttosto il risultato di una lunga successione di pronunce della Corte di cassazione, quale giudice del riparto di giurisdizione, nonché della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato.

Primo obiettivo della presente ricerca, dunque, sarà verificare se l’attività dei giudici si sia tradotta in un’effettiva e aderente interpretazione del tessuto normativo fissato, in prima battuta, dalla Costituzione, e non piuttosto in un’attività creativa, che – nel nome della piena tutela delle situazioni giuridiche di rilievo costituzionale – sia giunta a snaturare altri principi e disposizioni della nostra Norma fondamentale.

1.1. La teoria dei diritti soggettivi “inaffievolibili”: le decisioni della Corte di cassazione del 1979

Punto di partenza dell’analisi e momento di origine dell’attuale (dis)equilibrio è dato da un orientamento giurisprudenziale affermatosi quasi quarant’anni fa¹.

La teoria dei c.d. diritti soggettivi “inaffievolibili”, ossia di diritti “fondamentali” incapaci di essere “compressi” e “degradati” a interessi legittimi anche a fronte dell’esercizio del potere pubblico, infatti, trova la sua prima espressione in due celebri sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 1979.

Entrambe hanno ad oggetto la tutela del diritto alla salute, attraverso due delle prime affermazioni della correlazione di tale situazione giuridica soggettiva con la tutela del diritto a un ambiente salubre.

¹ Per uno sguardo sintetico sul quadro giurisprudenziale degli ultimi 40 anni, vedasi L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss..

La prima delle due decisioni² concerne un'azione di danno temuto esercitata nei confronti della Cassa del Mezzogiorno che, facendo uso dei pubblici poteri di cui era titolare, aveva disposto e intrapreso la realizzazione di opere destinate alla depurazione di acque – già inquinate – convogliate nel golfo di Napoli. Gli attori, proprietari e inquilini di immobili prossimi al suddetto depuratore, lamentavano un possibile danno alla propria salute e ai propri beni, conseguente alle esalazioni, ai rumori e, in generale, alla degradazione ambientale cagionata dall'opera, contestata anche sotto gli aspetti della soluzione tecnica adottata, della sua localizzazione e dell'eccessiva spesa prevista.

L'amministrazione, invece, affermava un difetto assoluto di giurisdizione, non essendo in alcun caso configurabile una situazione giuridica soggettiva differenziata, protetta e giurisdizionalmente azionabile in capo agli attori, oppure, ad ogni modo, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, anche considerata la non proponibilità dell'azione nunciatoria nei confronti della pubblica amministrazione.

Diametralmente opposta fu la soluzione adottata dai Supremi giudici che affermarono la piena riconducibilità della situazione giuridica privata al diritto soggettivo alla salute, tutelabile anche nei confronti dell'inquinamento ambientale e qualificabile come diritto costituzionalmente garantito, "fondamentale"³. Ciò, oltre ad assicurargli la piena azionabilità giurisdizionale, ne garantirebbe la protezione in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona umana, in piena corrispondenza con le previsioni degli artt. 32 e – soprattutto – 2 Cost.. Protezione, dunque, che per i diritti "fondamentali" o "inviolabili" deve necessariamente essere piena, garantita al singolo quale membro della comunità, così da sottrarlo a ogni "iniziativa ostile", da chiunque provenga (altri singoli, gruppi e persino l'autorità pubblica), e concretizzantesi nell'attribuzione di poteri di libera fruizione di utilità e di libero svolgimento di attività, senza ostacoli da parte di chicchessia.

Questa garanzia incondizionata, anche nei confronti della pubblica amministrazione, "cui è negato il potere di disporre" della situazione giuridica in questione, ha un duplice fondamento: da un lato, infatti, i diritti "fondamentali" sarebbero "per tradizione dal

² Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 342 ss., con nota di L. ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto dell'ambiente: un passo avanti della Cassazione*, e in *Giust. civ.*, 1980, 357 ss., con nota di F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizionali amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*.

³ Art. 32 Cost.: "La Repubblica tutela la salute come *fondamentale* diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti... [corsivo aggiunto]".

diritto costituzionale garantiti in primo luogo nei confronti dell' "autorità pubblica" e, dall'altro, sarebbero rappresentativi dei valori preminenti dell'ordinamento.

Pertanto, così come la pubblica amministrazione non ha il potere, per qualsiasi motivo di interesse pubblico, di disporre della vita e della salute di un uomo, altrettanto non potrebbe compiere o autorizzare attività tali da rendere l'ambiente insalubre, considerata la sua stretta connessione con la salute dei singoli.

Ma vi è di più, in quanto i Supremi giudici riconobbero come il diritto alla salute del singolo rimarrebbe inattaccabile dai pubblici poteri anche qualora questi siano volti al soddisfacimento e alla tutela della salute quale interesse della collettività cui i singoli appartengono.

In sintesi, negare l'esistenza di qualsivoglia potere pubblico in presenza di un diritto "fondamentale" consentì in prima battuta alla Corte di qualificarlo come "situazione giurisdizionalmente tutelata e tutelabile davanti al giudice ordinario" (dunque, diritto soggettivo), ma non solo. Mancando un pubblico potere, infatti, non sarebbe ravvisabile alcun "atto amministrativo" ai sensi degli artt. 4 e 5, all. E, l. 20 marzo 1865, n. 2248, così da ipotizzare l'esclusione dei limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario. Secondo la Corte, infatti, tali limiti sarebbero stati previsti "soltanto a salvaguardia di un potere di incidenza realmente dato in ordine al tipo di situazione di cui è postulata la tutela", pur rimettendo la scelta in concreto circa l'esperibilità dell'azione nunciatoria nei confronti della pubblica amministrazione ai giudici di merito.

Analoghe posizioni – pur affermate in modo meno netto – si ritrovano anche nell'altra decisione⁴, temporalmente antecedente a quella già citata e concernente una domanda di accertamento tecnico preventivo circa le condizioni ambientali dell'area interessata dalla localizzazione di una centrale nucleare, promossa da proprietari e usufruttuari di terreni siti nella medesima zona.

Anche in questo caso la pubblica amministrazione coinvolta – l'Enel – negava la qualificabilità delle situazioni private come diritti soggettivi, azionabili innanzi al giudice ordinario. Da un lato, affermava il difetto assoluto di giurisdizione, sussistendo un mero interesse diffuso e non qualificato, o, dall'altro, sosteneva il difetto di

⁴ Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939 ss., con nota di C.E. GALLO e *ivi*, I, 2909 ss., con nota critica di G. BERTI, *In una causa dell'ENEL la Cassazione mette in penombra lo stato di diritto*.

giurisdizione del giudice ordinario, risultando la localizzazione delle centrali il frutto di un procedimento amministrativo, concluso con una determinazione della Giunta regionale a fronte della quale possono sorgere esclusivamente interessi legittimi.

Quanto alla posizione dei Giudici di legittimità, essi riconobbero prima di tutto l'esigenza di bilanciamento tra i molteplici interessi, ivi inclusi beni primari come la sanità e il patrimonio ambientale, che caratterizza l'azione amministrativa volta alla realizzazione delle centrali nucleari⁵.

Ciò posto, il Collegio sostenne che, nell'ambito di questi interessi collettivi, siano comunque scorporabili e distinguibili beni individuali, preesistenti alla formazione della stessa collettività.

In relazione a questi beni, dunque, sorgerebbero situazioni giuridiche soggettive qualificate e differenziate, tutelabili in sede giurisdizionale, quali interessi legittimi o diritti soggettivi. Detto questo, "il potere di fruizione individuale si configura certamente come diritto soggettivo quando riguarda il bene della sanità", essendo la salute costituzionalmente garantita come "fondamentale diritto dell'individuo" (art. 32 Cost.), in relazione al quale "non è neppure configurabile un potere ablatorio dello Stato, tale da farlo degradare a interesse legittimo".

Anche in questo caso, dunque, i Giudici, pur riconoscendo la presenza di un "iter procedimentale attraverso cui la pubblica amministrazione perviene alla localizzazione della centrale", ritennero che la fattispecie si ponesse "fuori dall'esercizio" dei pubblici poteri, sicché la menomazione del diritto soggettivo che può derivare dall'esplicazione dell'attività pubblica nel perseguimento dell'interesse collettivo trova immediata tutela nell'ordinamento con azione davanti al giudice ordinario, in base al principio di conservazione dei diritti individuali *ex art. 2043 c.c.*

Guardando alle posizioni espresse in dottrina sulle presenti sentenze, fu sicuramente vista con favore la scelta della Cassazione di riconoscere maggiore protezione al bene

⁵ "Si tratta di interessi pubblici, la cui tutela è affidata all'azione amministrativa, la quale, nella ricerca e nella provvista delle fonti di energia, è chiamata a mediare tra esigenze collettive che possono essere in contrasto tra loro." (Cfr. Sezioni unite, n. 1463/1979).

costituzionalmente rilevante della salute, anche attraverso la tutela di un interesse diffuso quale quello della salubrità ambientale⁶.

Ciò nonostante, fu fin da subito chiaro come l'orientamento in questione rimettesse in discussione il criterio di riparto fra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa fissato dagli artt. 103 e 113 Cost., incentrato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella controversia. Pur di garantire una tutela piena dei diritti fondamentali (alla salute, su tutti), e a fronte di una giustizia amministrativa incapace, nel 1979, di assicurare i medesimi strumenti di protezione operanti nell'ambito della giurisdizione ordinaria (soprattutto in merito ad esigenze di tutela cautelare), i Giudici di legittimità non esitarono a negare la sussistenza di pubblici poteri, di fatto conferiti all'amministrazione dalla legge, in relazione alle fattispecie concrete⁷. Ciò pur mancando un'effettiva analisi del tipo di rapporto che si instaura tra ente pubblico chiamato a realizzare un'opera di pubblica utilità e il privato che si oppone, ma, anzi, giungendo a sovvertire l'adagio classico per cui "dove c'è potere non c'è diritto" e sostenendo aprioristicamente che dove c'è diritto "fondamentale" non ci sarebbe potere⁸, in considerazione del valore preminente di cui tale situazione giuridica inviolabile sarebbe espressione.

Come ulteriormente fatto notare, questo comporterebbe, da un lato, la negazione dell'interesse legittimo quale tecnica di tutela per tutte quelle situazioni giuridiche private, rientranti in un rapporto di diritto pubblico, non qualificabili come diritti soggettivi. Dall'altro, determinerebbe l'equiparazione del sindacato sull'attività amministrativa a quello sull'attività privata, aprendo margini di ingerenza del giudice ordinario sulle scelte della pubblica amministrazione⁹. Questo soprattutto a fronte della

⁶ F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*, cit., 368 e L. ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto dell'ambiente: un passo avanti della Cassazione*, cit., 342.

⁷ F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*, cit., 366.

⁸ "Dove c'è potere non c'è diritto" è una formula attribuita a Mortara e ripresa da altri autori. Vedasi M. NIGRO, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2143 e V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1313.

⁹ F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*, cit., 369.

paaventata non operatività dei limiti interni alla giurisdizione amministrativa, stante la negazione del coinvolgimento di pubblici poteri¹⁰.

Due sono gli ulteriori aspetti che si vogliono, infine, sottolineare delle pronunce che hanno dato il via alla teoria dei diritti “fondamentali indegradabili”.

I Giudici di legittimità hanno affermato la pienezza della giurisdizione dei giudici ordinari in relazione alla tutela delle situazioni giuridiche “fondamentali” coinvolte nell’azione amministrativa, senza in concreto valutare la portata di tale protezione. Le Sezioni unite, infatti, forse proprio per evitare un aperto contrasto con la giurisprudenza che costantemente aveva riconosciuto l’improponibilità innanzi al giudice ordinario di azioni dirette a imporre un *facere* o un *non facere* alla pubblica amministrazione, hanno rinviato al giudice di merito la soluzione del problema circa l’ammissibilità della tutela inibitoria nei confronti di un ente pubblico. In poche parole, si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario senza effettivamente verificare quale fosse il giudice migliore per proteggere le situazioni giuridiche di cui si era lamentata la lesione.

In secondo luogo, per quanto i Giudici abbiano più volte affermato la necessità di tutelare l’individuo quale membro di una comunità, così da dare rilevanza anche a interessi “diffusi”, è evidente la concezione atomistica propugnata dal Collegio: la tutela del bene costituzionalmente rilevante del singolo deve sempre prevalere sull’azione amministrativa volta al perseguimento di interessi generali, anche quando questa miri alla protezione del medesimo bene di rilevanza costituzionale, per quanto imputabile alla collettività stessa.

1.2. L’affermazione dell’orientamento: gli anni ’80 e i primi anni ’90

Come appena visto, le pronunce del 1979 evidenziano già tutti gli interrogativi a cui è chiamata a rispondere una ricerca sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche “fondamentali”, coinvolte nell’esercizio dei pubblici poteri: la natura dei diritti “fondamentali” e la loro “incomprimibilità”, la possibile coesistenza tra essi e il potere pubblico, l’individuazione del giudice più adeguato e, conseguentemente, i presunti limiti strutturali del giudice amministrativo e quelli interni del giudice ordinario.

¹⁰ L. ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto dell’ambiente: un passo avanti della Cassazione*, cit., 342 ss.

Ad ogni modo, l'orientamento favorevole a questa sorta di riserva di giurisdizione del giudice ordinario sui diritti "fondamentali"¹¹ si è ben presto imposto come l'unica soluzione al problema ammessa in giurisprudenza.

Così si è sostenuta la giurisdizione del giudice ordinario a fronte della necessità di tutela del diritto alla salute connesso all'esercizio di impianti industriali ritenuti potenzialmente nocivi¹², all'installazione di discariche comunali in prossimità di abitazioni private¹³, allo scarico di liquami fognari¹⁴, alla costruzione di una centrale elettrica, contestata dalla stessa amministrazione del Comune ove essa sarebbe sorta¹⁵.

Già negli anni '80, poi, è possibile riscontrare le prime ipotesi di estensione della teoria dei diritti "incomprimibili" ad altri diritti costituzionalmente tutelati.

In tal senso, particolarmente interessante è la pronuncia con cui la Pretura di Roma riconobbe la propria giurisdizione, concedendo una misura cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.*, ai fini di tutelare il diritto al "pieno sviluppo della personalità umana", costituzionalmente garantito sotto i molteplici profili del diritto alla libera circolazione, allo svolgimento dell'attività lavorativa, alla salute e alla protezione e tutela dei mutilati e invalidi¹⁶. Nello specifico, infatti, la controversia concerneva la rimozione delle barriere architettoniche che precludevano l'utilizzo della metropolitana di Roma ai mutilati e agli invalidi civili.

È interessante sottolineare come la Pretura abbia ricondotto il diritto al pieno sviluppo della persona umana tra i diritti fondamentali tramite il ricorso all'art. 2 Cost., affermando come i diritti "fondamentali o inviolabili...non costituiscono un numero chiuso", essendo essi destinati a incrementare, seguendo l'evoluzione del concetto di dignità umana all'interno della nostra società.

Ciò posto, anche i Giudici romani sostennero la necessaria qualificazione della situazione giuridica coinvolta come "diritto soggettivo perfetto", postulando i diritti "inviolabili" l'insussistenza di poteri compressivi o ablatori, ovvero escludendo la

¹¹ Quanto a questa particolare riserva di giurisdizione, vedasi P. CARPENTIERI, *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro Amm.-Tar*, 2006, 2760 ss. e A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1167 ss.

¹² Cass., sez. un., 19 luglio 1985, n. 4263.

¹³ Cass., sez. un., 23 giugno 1989, n. 2999; ID., 12 giugno 1990, n. 5714.

¹⁴ Cass., sez. un., 20 novembre 1992, n. 12386.

¹⁵ Cass., sez. un., 17 gennaio 1991, n. 400 e ID., 3 luglio 1991, n. 7318.

¹⁶ Pretura di Roma, ord. 4 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1980, 1990 ss., con nota di A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*.

titolarità da parte dell'amministrazione di margini di discrezionalità preordinati al perseguimento dell'interesse pubblico. Questo per evitare lo svuotamento del carattere "fondamentale" dei diritti in questione, altrimenti rimessi al "sistematico sacrificio da parte di pubblici poteri scarsamente sensibili alle esigenze della dignità umana".

Ancora, appare interessante il punto della sentenza in cui si sottolinea l'importanza delle misure cautelari per le situazioni giuridiche "fondamentali", considerato come sia sempre e automaticamente configurabile un *periculum in mora*. Infatti, trattandosi di diritti attinenti alla personalità umana, la Pretura riconobbe che l'irreparabilità del danno sarebbe *in re ipsa*, non risultando in aggiunta prospettabile, per i diritti "fondamentali", alcuna tutela per equivalente.

Da ultimo, netta è la posizione espressa nella decisione circa la possibilità del giudice ordinario di condannare la pubblica amministrazione a un comportamento positivo, senza che alcun ostacolo possa conseguire dall'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E. Si ribadisce, infatti, la tesi per cui, qualora l'amministrazione leda un diritto "fondamentale", lo farebbe in assoluta carenza di potere, invadendo la sfera dell'intangibilità riconosciuta dall'ordinamento al titolare dell'interesse protetto e alterando il rapporto tra momento di libertà e momento di autorità, come delineato in primo luogo dagli artt. 2 e 3 Cost.. In queste ipotesi, dunque, l'amministrazione opererebbe in assenza della supremazia che caratterizza i rapporti di diritto pubblico, non differenziandosi il suo comportamento da quello posto in essere da un privato, così da escludere limite alcuno ai poteri di decisione del giudice ordinario.

Proprio alla luce di questo ragionamento, la Pretura ritenne congruo disporre l'istituzione di un servizio di trasporto di superficie alternativo alla metropolitana, accessibile ai disabili, escludendo che tale provvedimento potesse ingerirsi nell'esplicazione di attività amministrative, bensì ritenendo di imporre al Comune un mero comportamento materiale fungibile.

Posizioni analoghe vennero adottate, sempre dalla Pretura di Roma, ai fini del riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario e della concessione di una misura cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.* in relazione alla tutela del diritto "fondamentale" alla riservatezza del proprietario di un archivio di notevole interesse

storico, per contrastare le modalità di esecuzione di un provvedimento di deposito coatto emesso dalla pubblica amministrazione¹⁷.

Infine, si segnala anche la decisione con cui la Pretura di Catania, questa volta a tutela del diritto alla salute, ha a sua volta affermato la possibilità di condannare l'amministrazione a un *facere* specifico, senza che si potesse parlare di limiti interni alla sua giurisdizione a fronte di diritti fondamentali, ordinando al Comune di provvedere alla raccolta e alla distruzione dei rifiuti di un mercato pubblico¹⁸.

Vale la pena mettere in evidenza, sin da subito, come queste pronunce sollevarono immediatamente contestazioni sul piano dottrinale.

Non mancò chi, oltre a criticare la lettura “aperta” data all’art. 2 Cost. quale fonte di riconoscimento di un numero illimitato di diritti “fondamentali”, colse la mancanza di un’effettiva giustificazione dell’affermata “incomprimibilità” di tali situazioni giuridiche, riconoscendo come il rilievo costituzionale non attribuisca loro uno *status* differente da quello dei diritti soggettivi previsti dal legislatore ordinario¹⁹. Allo stesso modo, l’Autore criticò la scarsa attenzione alla natura pubblicista del rapporto giuridico in questione, che tale rimane anche in presenza di poteri vincolati, così da contestare la condanna dell’amministrazione ad un *facere*, in aperto contrasto con la normativa vigente, con l’orientamento espresso sino ad allora dalla Corte di cassazione²⁰, nonché con la corretta divisione dei poteri, essendosi il giudice riconosciuto la capacità, propria invece del Comune di Roma, di istituire una linea di trasporti alternativa alla metropolitana.

La scelta della giurisdizione ordinaria, dunque, sembrava trovare il proprio fondamento esclusivamente in una ragione pratica, data dalla necessità di garantire alle situazioni giuridiche costituzionalmente protette forme di tutela cautelare non previste nel giudizio amministrativo.

Infine, nel mare magno di decisioni basate sul principio dell’incomprimibilità, è opportuno dare atto di un’altra pronuncia della Cassazione che, pur senza allontanarsi esplicitamente dal solco tracciato dalla giurisprudenza maggioritaria, non escluse in

¹⁷ Pretura di Roma, ord. 27 luglio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 3454 ss., con nota di G. ALBENZIO.

¹⁸ Pretura di Catania, ord. 16 luglio 1980, in *Giust. civ.*, 1980, 2824 ss., con nota di M. PARADISO, *Tutela della salute, diritto civile e problemi di selezione di interessi*.

¹⁹ A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, cit., 1995 ss..

²⁰ *Ex pluribus*, Cass., sez. un., 9 novembre 1974, n. 3486; ID., 6 febbraio 1978, n. 522; ID., 18 maggio 1978, n. 2395.

ogni caso la possibilità di qualificare la situazione giuridica preposta alla tutela della salute anche come interesse legittimo²¹. Ciò in recepimento della distinzione formulata dal Giudice delle leggi²² tra diritto alla salute come libertà negativa, ossia come difesa dell'integrità psico-fisica della persona umana a fronte di condotte lesive di terzi, sempre riconducibile a un diritto soggettivo, e il diritto alla salute quale libertà positiva, ossia pretesa a trattamenti sanitari. In relazione a quest'ultimo aspetto, per quanto si riconobbe come la pretesa alle prestazioni previste dall'ordinamento sanitario fosse un diritto soggettivo, si ammisero anche margini di discrezionalità del legislatore, prima, e dell'amministrazione, poi, chiamati a bilanciare la pretesa del singolo con quella degli altri consociati, oltre che ad armonizzarla con le risorse organizzative e finanziarie a disposizione.

Di talché, a fronte di scelte delle pubbliche amministrazioni concernenti la qualità e la quantità delle prestazioni erogate, nel rispetto dei limiti qualitativi e quantitativi fissati dalla normativa, “alle posizioni soggettive correlate alle prestazioni socio-assistenziali...va normalmente riconosciuto carattere di interesse legittimo”²³.

1.3. Le Sezioni unite del 1992: il superamento dei limiti interni al sindacato del giudice ordinario

Altro momento di particolare rilievo per la tutela giurisdizionale dei diritti “fondamentali” è dato dall'esplicita ammissione, da parte delle Sezioni unite, della possibilità del giudice ordinario di condannare la pubblica amministrazione ad un *facere* in caso di offesa arrecata da quest'ultima a tali situazioni giuridiche²⁴.

La controversia riguardava pur sempre l'installazione di un depuratore, costruito in violazione delle norme sulle distanze minime, ritenuta tale da comportare un'indebita lesione del diritto alla salute dei proprietari dei fondi limitrofi. Si consideri che la lite in

²¹ Cass., sez. un., 10 aprile 1992, n. 4411.

²² *Ex pluribus*, C. cost., 10 novembre 1982, n. 175; ID., 18 luglio 1983, n. 212; ID., 3 novembre 1988, n. 1011; ID., 16 ottobre 1990, n. 455.

²³ Cfr. Sezioni unite, n. 4411/1992, cit..

²⁴ Cass. sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, in *Corr. giur.*, 1992, 515 ss., con nota di P. VIRGA, *Ammesse le condanne ad un “facere” della p.a.*; in *Giur. it.*, 1993, 3 ss., con nota di A. GUSSAGO, *Sull'ammissibilità delle condanne della Pubblica Amministrazione ad un «facere» specifico: nuove prospettive in materia di limiti ai poteri decisorii del giudice ordinario*; *ivi*, 1334 ss., con nota di R. CARANTA, *Alti e bassi del diritto alla salute nella giurisprudenza del giudice ordinario*; in *Giust. civ.*, 1993, 749 ss., con nota di S. SALVAGO, *Inammissibilità delle sentenze di condanna della p.a. ad un facere specifico: un lungo cammino per il superamento del privilegio*.

questione giunse innanzi ai Giudici di legittimità non nell'ambito di un regolamento preventivo di giurisdizione, come nelle già citate ipotesi in cui i supremi Giudici avevano solamente ipotizzato il superamento dei limiti interni, rimettendo la questione alle corti di merito, ma di un ricorso per cassazione, consentendo loro una piena presa di posizione in materia.

Pertanto, le Sezioni unite cassarono la soluzione adottata dalla Corte di appello di Potenza²⁵ che, nel rispetto dell'interpretazione fino ad allora data dalla giurisprudenza maggioritaria all'art. 4, l. n. 2248/1865, aveva negato la possibilità di disporre la rimozione dell'opera pubblica, non potendo il giudice ordinario intervenire nell'esercizio di potestà pubbliche con revoca, modifica o sospensione dei provvedimenti amministrativi, in concreto emanati per autorizzare la realizzazione del depuratore.

Le Sezioni unite, quindi, ebbero l'occasione di consolidare l'orientamento espresso in relazione a diritti "incomprimibili", ampliando i poteri del giudice ordinario e così effettivamente assicurando la "piena" tutela di tali diritti "fondamentali", ragione per cui la stessa Corte, più di dieci anni prima, aveva escluso la giurisdizione del giudice amministrativo.

L'ammissibilità delle condanne ad un *facere*, a ben vedere, non si basò su una nuova interpretazione dell'art. 4, l. n. 2248/1865, ma sempre sulla (aprioristica) negazione del potere della pubblica amministrazione a fronte di diritti "inviolabili". Infatti, secondo quanto sostenuto dai supremi Giudici, l'articolo ultimo richiamato continuerebbe a operare come protezione dell'autorità amministrativa. Autorità però insussistente a fronte di un diritto definito come "fondamentale" per natura costituzionale, sovrastante l'Amministrazione, "primario" e "assoluto", oltre che inaffievolibile e non pregiudicabile dalla pubblica amministrazione neanche nel fatto, indirettamente²⁶.

Ancora una volta, dunque, la materiale presenza di provvedimenti amministrativi non escluse che l'amministrazione avesse meramente "agito nel fatto", esplicando soltanto attività materiale illecita. Negata la sussistenza di atti amministrativi da revocare o modificare, "semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare di segno opposto al

²⁵ Corte d'Appello di Potenza, 26 settembre 1989, n. 149.

²⁶ In tal senso vedasi anche R. CARANTA, *Alti e bassi del diritto alla salute nella giurisprudenza del giudice ordinario*, cit., 1334.

fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo, e tale pronuncia compete al giudice ordinario”.

Ciò non toglie che la dottrina valutò positivamente il risultato raggiunto²⁷, a piena garanzia di un bene giuridico costituzionalmente protetto, pur ravvisando che tale soluzione fosse una chiara risposta alla mancanza, nei primi anni '90, di un'azione di adempimento nei confronti della pubblica amministrazione innanzi al giudice amministrativo, laddove essa si dimostrasse indispensabile per un'effettiva soddisfazione delle legittime pretese del privato²⁸.

1.4. L'incomprimibilità come principio consolidato

Giunti alla seconda metà degli anni '90, pressoché alcun dubbio veniva oramai sollevato, quanto meno in giurisprudenza, sulla legittima spettanza al giudice ordinario delle controversie concernenti i diritti “fondamentali”, con annessa la possibilità di condannare a un fare o a un non fare – anche preventivo – la pubblica amministrazione²⁹.

Da qui l'estensione dell'orientamento al di là del solo diritto alla salute, così da ricomprendere la pluralità dei diritti ritenuti “inviolabili”.

Oltre alle già citate decisioni relative al diritto alla riservatezza³⁰ e al diritto al pieno sviluppo della persona umana³¹, l'orientamento ottenne conferme di particolare interesse in relazione al diritto all'istruzione³², all'immagine³³ e alla libertà religiosa³⁴.

²⁷ A. GUSSAGO, *Sull'ammissibilità delle condanne della Pubblica Amministrazione ad un «facere» specifico: nuove prospettive in materia di limiti ai poteri decisori del giudice ordinario*, cit., 3 ss..

²⁸ P. VIRGA, *Ammesse le condanne ad un “facere” della p.a.*, cit., 517. Sulla sentita esigenza di un'azione di adempimento, negli anni '80 e '90, nell'ambito del processo amministrativo, vedasi M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 66 ss..

²⁹ Ad esempio, quanto a tutela preventiva, volta a inibire future attività della pubblica amministrazione ritenute pericolose per il diritto alla salute, vedasi Cass., sez. un., 17 novembre 1992, n. 12307; Cass., sez. III, 27 luglio 2000, n. 9893, in *Dir. giust.*, 2000, n. 37, 48 ss., con nota di M. ROSSETTI, *Alla corte non basta il rispetto dei limiti. Il diritto inviolabile alla salute tutelabile in via preventiva* e in *Corr. giur.*, 2001, 200 ss., con nota di L. MATARESE, *Il danno da onde elettromagnetiche: la svolta della cassazione*. Quanto a condanne a un *facere, ex pluribus*, Cass., sez. un., 7 febbraio 1997, n. 1187, avente ad oggetto la domanda di chiusura di un canale di pubblica utilità, ritenuto focolaio di infezioni; Cass., sez. un., 15 ottobre 1998, n. 10186, concernente a un'azione diretta a far cessare immissioni nocive alla salute, per quanto l'attività che le produceva fosse stata autorizzata dalla pubblica amministrazione; Cass., sez. un., 29 luglio 1995, n. 8300, nell'ipotesi in cui le immissioni provenissero direttamente da un soggetto gestore di un servizio pubblico.

³⁰ Pretura di Roma, ord. 27 luglio 1987, cit..

³¹ Pretura di Roma, ord. 4 giugno 1980, cit..

Quanto all'istruzione, il caso qui di rilievo concerneva il diritto dello studente disabile ad ottenere l'assegnazione di un insegnante di sostegno, per un numero congruo di ore. Anche in questa occasione, il giudice civile esclude la capacità dei provvedimenti amministrativi di incidere sul diritto allo studio (o, quanto meno, sul suo "contenuto essenziale"), sicché, pur ammettendo lo spazio per l'esercizio di pubblici poteri, sarebbero stati questi a doversi modulare a fronte dell'incomprimibilità del diritto "fondamentale", e non viceversa. In altre parole, non vi sarebbe stata – sotto questo profilo – alcuna discrezionalità dell'amministrazione scolastica, vincolata nell'attribuire un numero adeguato di ore di assistenza, anche in sacrificio di altri interessi pubblici (finanziari, *in primis*).

In materia di libertà religiosa, invece, i supremi Giudici si pronunciarono circa il risarcimento dei danni cagionati al diritto di non avvalersi dell'insegnamento scolastico della religione cattolica. Tale situazione giuridica era già stata esplicitamente riconosciuta come diritto soggettivo dalla Corte costituzionale, 11 aprile 1989, n. 203 e 11 gennaio 1991, n. 13. Tuttavia, come correttamente colto in dottrina³⁵, l'individuazione di una situazione originaria di diritto soggettivo, scaturente come tale dalle previsioni costituzionali, non sarebbe stata di per sé sufficiente ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario, potendo detta situazione giuridica essere "ridotta" a interesse legittimo dall'esercizio dei pubblici poteri: da ciò il ricorso alla teoria dell'incomprimibilità. Si noti, ancora, che la controversia concerneva il risarcimento dei danni, in un periodo in cui – antecedentemente alla celebre pronuncia delle Sezioni unite, n. 500/1999 – si escludeva l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. agli interessi legittimi: qualificare la situazione giuridica come diritto soggettivo, dunque, ne avrebbe assicurato la risarcibilità o, ad ogni modo, avrebbe semplificato l'*iter* processuale, non richiedendo il duplice passaggio innanzi al giudice amministrativo – per l'annullamento dell'atto e la "riespansione" del diritto – e innanzi al giudice ordinario – per il risarcimento del danno patito.

³² Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 649, con nota di A. DI MAJO, *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi "non inclusi"*.

³³ Cass. sez. un., 10 agosto 1999, n. 582.

³⁴ Cass., sez. un., 18 novembre 1997, n. 11432 in *Danno e resp.*, 1998, 368 ss., con nota di S. MORELLI, *La lesione dei diritti fondamentali come danno-evento di per sé risarcibile*.

³⁵ S. MORELLI, *La lesione dei diritti fondamentali come danno-evento di per sé risarcibile*, cit., 368 ss..

Tornando al diritto alla salute, ambito privilegiato di applicazione della teoria in analisi, merita menzione l'ampia giurisprudenza in tema di rimborso delle spese ospedaliere, sostenute all'estero o presso una clinica privata, senza la previa autorizzazione degli organi del Servizio sanitario nazionale³⁶, così come delle spese farmaceutiche, sostenute per l'acquisto di farmaci privi dell'autorizzazione al commercio, ma indispensabili per la cura del malato³⁷.

Quanto alla prima tipologia di controversie, due sono gli aspetti di interesse che, pur senza consentire il superamento dell'orientamento in questione, ne evidenziano alcune criticità.

Da un lato, la Cassazione riconobbe che, in via ordinaria, la situazione giuridica del privato sarebbe di interesse legittimo, attesa la sussistenza di un potere autorizzatorio discrezionale dell'autorità amministrativa; potere discrezionale che verrebbe meno solo nelle ipotesi di urgenza, residuando in capo all'amministrazione esclusivamente un margine di apprezzamento tecnico sull'immediata necessità delle cure, così da poter qualificare la situazione giuridica del privato come diritto soggettivo. La prima parte della *ratio decidendi* appena esposta appare, dunque, un'implicita – ma chiara – ammissione della possibile coesistenza tra un potere pubblico e una situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto un bene “fondamentale”, quale quello della salute, così da permettere la sua protezione sotto la forma dell'interesse legittimo.

Dall'altro, i Giudici, per quanto facessero pur sempre richiamo alla natura inviolabile e indegradabile del diritto alla salute, individuarono l'organo giudicante titolare della giurisdizione sulla base di una maggiore attenzione alle caratteristiche del rapporto giuridico e delle situazioni soggettive vantate dal privato e dalla pubblica amministrazione. A ben vedere, infatti, l'attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario dei casi di urgenza non seguì all'aprioristica esclusione di un pubblico potere a fronte di un diritto “fondamentale”, ma fu frutto di una ricognizione – per quanto eventualmente non condivisibile – della natura del potere dell'amministrazione. Come anticipato, secondo la Corte, in caso di immediata necessità delle cure sarebbero venuti

³⁶ *Ex pluribus*, Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5297; ID., 19 febbraio 1999, n. 85; ID., 16 luglio 1999, n. 7537; ID., 29 novembre 1999, n. 837; ID., 8 agosto 2001, n. 10963; ID., 20 agosto 2003, n. 12249; ID., 30 maggio 2005, n. 11334; ID., 28 giugno 2006, n. 14848; ID., 13 luglio 2006, n. 15897; ID., 9 marzo 2007, n. 5402, le ultime due in *Foro it.*, 2008, 1114 ss., con nota di M. D'AURIA.

³⁷ *Ex pluribus*, Cass., sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2034; Cass., sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548; ID., 6 luglio 2005, n. 14197.

meno i margini di discrezionalità, residuando un potere di valutazione tecnica dell'urgenza della prestazione sanitaria, secondo criteri di discrezionalità tecnica, il cui esercizio fu ritenuto inidoneo – non essendo espressione di poteri di supremazia – a determinare “l'affievolimento” del diritto soggettivo, “tanto più di un diritto soggettivo primario fondamentale”³⁸. La scelta lessicale, dunque, suggerisce come la natura “inviolabile” della situazione giuridica sia un *quid pluris* rispetto al criterio effettivamente usato per determinare l'organo dotato di giurisdizione.

Riguardo ai rimborsi relativi alle spese farmaceutiche trovano applicazione le medesime soluzioni. Preme solo sottolineare come, in una delle decisioni citate, i Giudici abbiano esplicitamente affermato che “il principio del necessario contemperamento del diritto alla salute con le esigenze di bilancio del servizio sanitario nazionale consente soltanto al legislatore ordinario ed alla pubblica amministrazione di scegliere – in base al criterio di economicità – con quali strumenti, tra i diversi a disposizione, assicurare un adeguato livello di tutela della salute dei cittadini”. È chiara, ancora una volta, l'ammissione di margini di discrezionalità amministrativa, finalizzata al contemperamento del diritto alla salute di cui, quindi, paiono ammettersi ipotesi di “comprimibilità”³⁹. Quest'ultima – paradossalmente – trova conferma *a contrario* nel passaggio in cui i Giudici ribadiscono l'inviolabilità del diritto alla salute, sostenendo che “quando però si accerti che la salvaguardia di questo bene, in casi di particolare gravità, può essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti sostituibile, allora il diritto del cittadino *riacquista la sua pienezza*, non tollerando limiti e condizionamenti di sorta [corsivo aggiunto]”.

A parte configurare una contrapposizione tra discrezionalità in astratto e discrezionalità in concreto, che forse non varrebbe a escludere la giurisdizione del giudice amministrativo, la Cassazione sembra qui suggerire la sussistenza di un “contenuto essenziale” del diritto fondamentale, questo effettivamente incomprimibile, al di fuori del quale non si potrebbero negare margini di intervento autoritativo della pubblica amministrazione⁴⁰.

³⁸ Cfr. Sezioni unite, n. 11334/2005.

³⁹ Cass., sez. lav., n. 2034/2000.

⁴⁰ Quanto al “contenuto essenziale”, pur rimandando alle successive sezioni per un approfondimento, vedasi anche la già citata Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002.

1.5. Gli anni 2000

Lo *status quo* appena descritto, quindi, si caratterizza per la riconosciuta presenza di alcuni diritti “fondamentali”, “inviolabili”, “incomprimibili”, “dotati di rilievo costituzionale” incapaci di essere degradati a interessi legittimi se coinvolti nell’esercizio di un pubblico potere, in considerazione del loro ruolo di “valori preminenti” dell’ordinamento.

Anzi, a fronte di questi diritti non si potrebbe parlare nemmeno di pubblici poteri, dovendo ritenersi che la pubblica amministrazione ponga in essere esclusivamente condotte di mero fatto.

Due sono le conseguenze: da un lato, l’affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, in apparente conformità con il criterio di riparto fissato dalla Costituzione e, dall’altro, i pieni poteri dello stesso giudice, non dovendo operare i limiti previsti dall’all. E, l. n. 2248/1865 a tutela delle ingerenze sull’esercizio della pubblica autorità.

Questo orientamento, consolidatosi nel corso di vent’anni di giurisprudenza uniforme, venne rimesso in discussione con il passaggio al nuovo millennio.

La fine degli anni ’90 e il primo decennio dei 2000 fu, infatti, caratterizzata da un’ incisiva riforma della giurisdizione del giudice amministrativo e del relativo processo, tanto da parte di interventi legislativi – culminati con l’adozione, nel 2010, del codice del processo amministrativo – quanto giurisprudenziali – sulla scia di importanti pronunce adottate dalla Corte costituzionale.

Tali cambiamenti incisero anche sul riparto di giurisdizione relativo alle situazioni giuridiche “fondamentali”, al punto da incrinare la stabilità dell’orientamento esposto e fino ad allora incontestato.

1.5.1. La trasformazione del giudice amministrativo

Sul piano legislativo, nei quasi trent’anni trascorsi dall’adozione della c.d. legge Tar del 1971⁴¹ alla fine degli anni ’90, non si è assistito che a interventi sporadici ed episodici⁴², lontani da una riforma complessiva del sistema della giustizia

⁴¹ Legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁴² Due sono i principali indirizzi lungo cui si era mosso il legislatore: l’allargamento delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva e la riduzione dei tempi processuali, principalmente mediante l’introduzione di riti speciali. Quanto al primo indirizzo, si richiama l’inclusione delle seguenti materie: edilizia, con l’art. 16 l. 28 gennaio 1977, n. 10; accordi amministrativi, con gli artt. 11 e 15 l. 7 agosto 1990, n. 241; tutela

amministrativa, la cui esigenza era però ampiamente evidenziata tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza.

A ben vedere, infatti, questa necessità traspare chiaramente anche dal solo esame della vicenda attinente ai diritti “fondamentali”: come evidenziato nella precedente ricostruzione, più volte i commenti alla giurisprudenza sottolinearono che l’attribuzione al giudice ordinario del compito di protezione dei beni “costituzionalmente rilevanti”, anche se incisi dall’azione della pubblica amministrazione, non fosse che una risposta alla necessità di piena protezione di detti beni, a fronte dei mezzi inadeguati a disposizione del giudice amministrativo.

L’evoluzione della giurisdizione e del processo amministrativi erano principalmente state, fino ad allora, frutto della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato, chiamato a interpretare la scarsa disciplina esistente in modo da ampliare i propri margini di intervento e garantire una più effettiva tutela alle meritevoli esigenze dei ricorrenti⁴³.

Guardando, invece, alle innovazioni di fine anni ’90, primo intervento degno di menzione è dato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Ciò non tanto in relazione ai suoi contenuti, avendo semplicemente perseverato sull’indirizzo di espansione della giurisdizione esclusiva⁴⁴, quanto come causa scatenante delle successive – e più significative – evoluzioni.

L’art. 33 d.lgs. n. 80/1998, nella parte in cui aveva devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia dei servizi pubblici, infatti, fu oggetto di una pronuncia di incostituzionalità per eccesso di delega⁴⁵. L’esigenza di evitare un vuoto normativo e una conseguente paralisi del giudice amministrativo, rendendo vani i

della concorrenza, con l’art. 33 l. 10 ottobre 1990, n. 287; provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, con l’art. 1, comma 25, l. 14 novembre 1995, n. 481 e con l’art. 1, comma 2, l. 31 luglio 1997, n. 249. Quanto all’accelerazione dei giudizi, i principali interventi riguardano le controversie relative ai lavori pubblici (vedasi art. 5 l. 3 gennaio 1978, n. 1; art. 31-*bis* l. 11 febbraio 1984, n. 109; art. 19 d.l. 25 marzo 1997, n. 67). Per la ricostruzione dell’evoluzione del giudice amministrativo, sia in relazione al trentennio in considerazione che al periodo precedente, si rimanda a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 14 ss.; F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 19 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss..

⁴³ Quanto alle principali pronunce in tema di misure cautelari, giudizio di ottemperanza, tutela avverso il silenzio, azione risarcitoria ecc., sia consentito il rimando a F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 27 ss.

⁴⁴ Il decreto includeva le materie relative ai pubblici servizi nonché all’edilizia e urbanistica, oltre che – novità di maggior interesse – legittimava il giudice amministrativo a decidere sul risarcimento del danno ingiusto cagionato dall’amministrazione, pur sempre nelle materie di giurisdizione esclusiva.

⁴⁵ C. Cost., 17 luglio 2000, n. 292.

ricorsi proposti e le sentenze non passate in giudicato emanate sul presupposto della vigenza del summenzionato art. 33, determinò l'accelerazione dell'*iter* parlamentare di adozione della l. 21 luglio 2000, n. 205, il cui art. 7 intervenne proprio a novellare gli art. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80/1998, in materia di giurisdizione esclusiva.

Per quanto emanata in una condizione di "urgenza", la legge n. 205/2000 ha contenuti più ampi di quelli che ne hanno determinato l'adozione: pur non traducendosi in una riforma organica del processo amministrativo, e pur difettando di ordine principalmente a causa della menzionata impellenza, essa senza dubbio introdusse una serie di innovazioni volte a garantire una maggiore effettività della tutela innanzi ai giudici amministrativi⁴⁶.

Le principali novità comportarono, infatti: l'introduzione di riti speciali e accelerati, *in primis* avverso il silenzio dell'amministrazione; l'arricchimento dei poteri istruttori e di cognizione del giudice amministrativo, con esplicita menzione della consulenza tecnica d'ufficio; l'incremento dei poteri cautelari del giudice amministrativo, anche tramite l'introduzione delle misure monocratiche, adottate dal presidente del tribunale o della sezione ed efficaci fino alla pronuncia del collegio nella prima camera di consiglio utile; la nuova disciplina della giurisdizione esclusiva, in conformità con la decisione della Corte costituzionale, n. 292/2000; la possibilità di risoluzione delle controversie concernenti diritti soggettivi e rientranti nella giurisdizione esclusiva mediante arbitrato rituale di diritto; l'introduzione, anche in sede di legittimità, dell'azione risarcitoria.

Il disegno tracciato, quindi, per quanto incompleto e non privo di contraddizioni⁴⁷, risultava chiaramente volto a garantire nuove incisività ed elasticità al processo amministrativo, velocizzandone i tempi e facilitandone l'integrazione con il

⁴⁶ Per una sintetica disamina dei contenuti della l. n. 205/2005, vedasi A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 44 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 31 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2003, 38 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 91 ss.; M. CLARICH, *La riforma del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 205 ss. Non mancarono autori che giudicarono epocali e rivoluzionari i mutamenti dettati dalla l. n. 205/2000, tra questi: A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.; F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 429 ss.; S. GIACCHETTI, *I nuovi confini della giustizia amministrativa*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1297 ss.. Per una lettura critica, si rimanda, invece, a G. LEONE, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 645 ss. e soprattutto gli incisivi interventi di R. VILLATA, *La prima riforma e Tre anni dopo la prima riforma*, oggi in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss..

⁴⁷ Si rimanda ai profili evidenziati da G. LEONE, *op. ult. cit.* e R. VILLATA., *op. ult. cit.*

procedimento amministrativo⁴⁸. Infatti, questa nuova disciplina sembrava far eco al maggiore equilibrio tra la parte pubblica e la parte privata garantito nel procedimento dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, favorendo anche innanzi al giudice amministrativo detta parità⁴⁹.

L'insieme delle novità, quindi, permise di parlare di una "civilizzazione" del processo e del giudice amministrativo, stante la convergenza delle previsioni contenute nella l. n. 205/2000 con le linee processuali civilistiche⁵⁰.

I nuovi spazi di tutela, ad ogni modo, non sopirono le esigenze di razionalizzazione e di una disciplina organica del processo amministrativo, che ancora risultava regolato da una pluralità di interventi normativi settoriali e non privi di incoerenze.

Così, dieci anni dopo la l. n. 205/2000, venne esercitata la delega conferita al Governo, dando origine al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il c.d. "codice del processo amministrativo", successivamente novellato nel 2011⁵¹ e nel 2012⁵².

Trascende la portata di quest'opera, focalizzata sulla sola tutela delle situazioni giuridiche "fondamentali", procedere a una puntuale disamina della vigente disciplina del processo amministrativo, i cui singoli aspetti di interesse saranno trattati nei successivi capitoli⁵³.

Ciò che qui preme è sottolineare in chiave "storica" come questa riforma organica abbia influenzato (o avrebbe dovuto influenzare) l'evoluzione della giurisprudenza sui diritti "fondamentali" e sul relativo riparto di giurisdizione.

Uno dei criteri direttivi per l'esercizio della delega conferita al governo fu, infatti, quello di disciplinare le azioni e le funzioni del giudice prevedendo pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte

⁴⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 92.

⁴⁹ In tal senso, M. CLARICH, *La riforma del processo amministrativo*, cit., 205 ss.

⁵⁰ "Civilizzazione" del giudice amministrativo è proprio il termine usato da R. VILLATA, *La prima riforma*, cit., 8.

⁵¹ D.lgs. 15 novembre 2011, n. 195.

⁵² D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

⁵³ Pertanto si rimanda alla trattazione manualistica, tra cui C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.; F.G. COCCA, *Giustizia amministrativa*, cit. Per riflessioni più sintetiche, che comunque diano uno sguardo d'insieme delle novità del Codice del processo amministrativo, vedasi AA.VV., *Il codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 205 ss.; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 65 ss..

vittoriosa⁵⁴, fissando chiaramente come obiettivo quello di garantire la pienezza della tutela nei confronti dell'amministrazione.

Pertanto, tra i principi ispiratori del codice, si è fatta chiara menzione della parità delle parti processuali, che trova concretizzazione nella nuova disciplina della tutela cautelare e nelle sue tre forme – collegiale, monocratica e *ante causam* – nonché nell'ampliamento dei mezzi di prova e nella mitigazione del principio dell'onere della prova, stante il ricorso al metodo acquisitivo in conseguenza all'effettiva disponibilità dei mezzi di prova stessi.

Il legislatore, poi, ha confermato il criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla effettiva natura della situazione giuridica oggetto della controversia, come risultante dalla Costituzione e dalle pronunce del Giudice delle leggi.

Ancora, può ritenersi affermata nel codice la regola dell'atipicità delle azioni⁵⁵, stante l'introduzione dell'azione generica di condanna, di quella di adempimento⁵⁶ e la conferma dell'azione specifica di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante da attività amministrativa illegittima (oltre alle azioni avverso il silenzio e quella per la declaratoria di nullità).

Il codice, poi, disciplina i mezzi di impugnazione procedendo a un sostanziale allineamento con quelli previsti dal codice di procedura civile, nonché contiene una serie di riti speciali e accelerati, in relazione a specifiche materie (contratti pubblici, silenzio, accesso agli atti, materia elettorale).

All'esito di questo decennio di trasformazione, dunque, il giudice amministrativo apparve sicuramente rinnovato, "civilizzato" – nel senso, già esposto, di prossimità al giudice civile – dotato di uno strumentario più ampio ai fini di garantire tutela a tutte situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'azione amministrativa.

1.5.2. Gli interventi della Corte costituzionale

Come anticipato, però, non furono solamente gli interventi normativi a incidere sulla giurisdizione e sul processo amministrativi, nel primo decennio degli anni 2000.

⁵⁴ Art. 44, comma 2, lett. b), l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁵⁵ Basti qui il richiamo a F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 38. Per una disamina più approfondita si rimanda alla sezione 4.1. del quarto capitolo.

⁵⁶ Introdotta successivamente, con il menzionato d.lgs. n. 160/2012.

Ruolo centrale fu giocato dalla Corte costituzionale la quale, anzi, influenzò e incise anche direttamente sull'opera del legislatore, sicché un'analisi della più recente giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione sui diritti "fondamentali" perderebbe di significato senza una premessa riflessione sulle pronunce del Giudice delle leggi.

Ad assumere rilievo, in questa sede, sono le celeberrime e ampiamente commentate sentenze della Corte costituzionale nn. 204/2004⁵⁷, 191/2006⁵⁸, 140/2007⁵⁹ e 35/2010⁶⁰.

Considerate la loro rilevanza e risonanza, nonché a fronte dei numerosi e autorevoli commenti che le hanno accompagnate, non avrebbe senso ripercorrerne singolarmente i

⁵⁷ C. cost. 6 luglio 2004, n. 204, con note, *ex pluribus*, di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2004, 832 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, *ivi*, 2005, 214 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, I, 2004, 2598 ss.; F. SAIITA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, 2004, oggi in www.lexitalia.it; F. SAIITA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm.-Cds*, 2004, 1903 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, *ivi*, 2004, 1908 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1230 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubbl. app.*, 2004, 799 ss.; V. CARBONE – C. CONSOLO – A. DI MAJO, *Il "waltzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corriere giur.*, 2004, 1125 ss..

⁵⁸ C. cost., 11 maggio 2006, n. 191, con note di S. MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1041 ss.; M. ALLENA, *La questione della pregiudizialità amministrativa: riparto di giurisdizione o nomofilachia*, *ivi*, 1182 ss.; G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006, 1945 ss.; S. LARICCIA, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, *ivi*, 1935 ss.; A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, I, 1625 ss.; L. MARZANO, *Ancora sui comportamenti: la Corte costituzionale torna sul riparto di giurisdizione*, *ivi*, 2006, 2277 ss.; N. BASSI, *La Consulta interpreta autenticamente se stessa, ma non tutti i problemi sono risolti*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1095 ss.; G. FERRERO, *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali*, in *Foro amm.-CDS*, 2006, 1375 ss..

⁵⁹ C. cost., 27 aprile 2007, n. 140, con note di G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.*, in *Foro it.*, I, 2008, 435 ss.; M.T. SEMPREVIVA, *Diritto alla salute e alla salubrità ambientale e giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2007, 706 ss.; A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, *cit.*, 1167 ss.; M.R. SAN GIORGIO – F. FELICETTI, *Controversie in materia di impianti di generazione elettrica e giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, 866 ss..

⁶⁰ C. cost., 5 febbraio 2010, n. 35, con note di F. SAIITA, *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi) del tutto dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, in *Giur. it.*, 2010, 1931 ss.; F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 439 ss.; R. CROCE, *I confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, *ivi*, 445 ss.; G. RAZZANO, *La "particolare materia" della "gestione dei rifiuti". Considerazioni sugli effetti di una sentenza interpretativa di rigetto sul coordinamento fra le qualificazioni operate dalla Corte (in margine alla sentenza n. 35/2010 della Corte costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2011, 1 ss..

contenuti: ciò che conta è dare un'idea dell'immagine del processo e della giustizia amministrativa come ridisegnati dalle decisioni in questione.

La possibilità di trattarle coralmemente è ulteriormente giustificata dalla stretta connessione di queste pronunce, resa palese dai plurimi richiami contenuti nelle loro motivazioni, tant'è che si è parlato, a seconda dei punti di vista, di continua esegesi⁶¹ o di revisione⁶² dell'orientamento formulato con la decisione del 2004.

L'ambito principale di intervento è dato dalla definizione dei limiti della discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle materie da riservare alla giurisdizione esclusiva, in un'ottica di contenimento della tendenza espansiva del giudice amministrativo, culminata con la d.lgs. n. 80/1998⁶³.

Le decisioni, comunque, contengono anche l'affermazione di principi centrali per la giurisdizione amministrativa in generale⁶⁴. Come fatto notare, la Corte costituzionale si è mossa lungo una triplice direttiva: oltre alla "dequotazione" della giurisdizione esclusiva, i Giudici delle leggi hanno affermato la piena dignità del giudice amministrativo e hanno bilanciato detta "dequotazione" con il riconoscimento di più incisivi poteri di sindacato⁶⁵.

Anche tramite una ricostruzione storica, incentrata sui lavori della Costituente, la Corte ha riaffermato il ruolo del giudice amministrativo il quale, introdotto a colmare il vuoto di tutela lasciato dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, non avrebbe mai indebitamente sottratto competenze al giudice ordinario, costituendo invece

⁶¹ N. BASSI, *La Consulta interpreta autenticamente se stessa, ma non tutti i problemi sono risolti*, cit., 1095 ss., parla di "interpretazione autentica" della sentenza n. 204/2004; G. FERRERO, *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali*, cit., 1379 ss., parla di "integrazione interpretativa" della sentenza n. 204/2004 da parte della n. 191/2006; G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, cit., 1945, parla di "precisazione" e di "conferma (e relativa illustrazione)", sempre da parte della n. 191/2006, della precedente pronuncia;

⁶² F. SAITTA, *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi) del tutto dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, cit., 1931, parla di "graduale azzeramento della sentenza costituzionale n. 204/2004" da parte delle decisioni successive; F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, cit., 441 ss. parla di "nuova lettura" della giurisdizione esclusiva, fornita da C. cost., n. 35/2010.

⁶³ Si rimanda a quanto già detto nella precedente sezione, in particolare vedasi nota n. 42.

⁶⁴ In tal senso, A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 974 ss.

⁶⁵ In tal senso, A. PAJNO, *Giurisdizione amministrativa ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 983 ss..

un ulteriore baluardo a difesa del cittadino, nei confronti della pubblica amministrazione⁶⁶.

Da ciò la piena dignità del giudice amministrativo quale giudice ordinario per la tutela delle situazioni soggettive non contemplate nell'art. 2, l. n. 2248/1865⁶⁷.

Questa affermazione ha comportato, poi, una duplice presa di posizione.

Da un lato, ha determinato il riconoscimento dell'esigenza di piena effettività della protezione offerta dal giudice amministrativo in relazione alle situazioni giuridiche ricadenti nella sua giurisdizione, come manifestato dalla lettera dell'art. 24 Cost.⁶⁸. Questa affermazione di principio ha trovato diretta concretizzazione nell'accertamento della legittimità costituzionale dell'art. 7, l. n. 205/2000 laddove attribuiva al giudice amministrativo, in via generale e non solo nei limiti della giurisdizione esclusiva, il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, quale strumento ulteriore di tutela della situazione giuridica lesa dalla pubblica amministrazione⁶⁹.

⁶⁶ Vedasi C. cost. n. 204/2004, nel passaggio in cui si riportano direttamente le parole di A. BOZZI e di G. LEONE, rispettivamente pronunciate nella seduta pomeridiana della II Sottocommissione, 9 gennaio 1947, e nella seduta pomeridiana dell'Assemblea, 21 novembre 1947, in contrapposizione con quelle di P. CALAMANDREI, sempre della nella seduta pomeridiana della II Sottocommissione, 9 gennaio 1947. CALAMANDREI, infatti, sosteneva la necessità di superare la disciplina dettata dall'all. E, l. n. 2248/1865, con il giudice amministrativo che aveva "esaurito il suo compito", in quanto "l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari": D'altra parte, per BOZZI "il Consiglio di Stato non ha mai tolto nulla al giudice ordinario" e per LEONE la giustizia amministrativa dev'essere concepita "non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

⁶⁷ Profilo della piena dignità e dei necessari "pieni poteri" del giudice amministrativo sottolineato, in dottrina, dalle note di A. PAJNO, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, 2006, in www.astrid-online.it; A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., 974 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, cit., 1231.

⁶⁸ Effettività della protezione che deve caratterizzare tutte le situazioni giuridiche suscettibili di sindacato innanzi al giudice amministrativo, senza che questo comporti automaticamente il venir meno dell'asimmetria nella tutela dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, i quali, pur avvicinandosi, continuano a mantenere i propri tratti distintivi. In tal senso vedansi le riflessioni, incentrate sulla giurisdizione esclusiva come ridisegnata all'esito delle sentenze della Corte costituzionale in commento, di M.C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 934 ss..

⁶⁹ Sulla centralità di questa affermazione, formulata solo in via incidentale della pronuncia n. 204/2004 dalla Corte, si rimanda a V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, cit., 828 ss.; M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 969 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, cit., 805 ss.; F.

Dall'altro, ha sancito la riaffermazione del criterio di riparto tra la giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive oggetto della controversia, attribuendo nuovamente il ruolo di punto di riferimento all'interesse legittimo, categoria che, a detta di parte della dottrina contemporanea alle decisioni in commento, sarebbe stata invece destinata a scomparire, riassorbita nei diritti soggettivi⁷⁰.

Pertanto il giudice amministrativo non è chiamato ad essere il "giudice dell'amministrazione", con l'attribuzione allo stesso di tutte le controversie coinvolgenti soggetti pubblici, ma l'organo chiamato ad assicurare la "giustizia nell'amministrazione", ossia a correggere le ipotesi di cattiva amministrazione, a vantaggio tanto del ricorrente particolare, quanto dell'intera collettività⁷¹.

Ulteriore conseguenza di quest'ultima statuizione è stata la condanna del criterio di riparto c.d. "per blocchi di materie", propugnato tramite l'ampliamento della giurisdizione esclusiva da parte del legislatore ordinario, ritenuto in contrasto con l'art. 103 Cost.. La discrezionalità del legislatore sarebbe dunque limitata dalla norma costituzionale sicché, ai fini dell'ammissibilità della giurisdizione esclusiva, tre

FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, 2004, 2605 ss.; A. PAJNO, *Giurisdizione amministrativa ed "arbitrato" costituzionale*, cit., 983 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, cit., 1230 ss..

⁷⁰ Sulla riaffermazione dell'interesse legittimo e del criterio di riparto tradizionale, vedasi F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in www.giustamm.it, n. 7/2004; M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, cit., 969 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, cit., 805 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., 974 ss.; G.P. ROSSI, *Il vecchio interesse legittimo ringrazia la Corte costituzionale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 3. Sul mancato superamento del criterio di riparto ordinario, a causa del fallimento del progetto di revisione costituzionale relativo anche all'art. 103 Cost., si rimanda a V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, cit., 828 ss. In senso critico, invece, quanto a tale riaffermazione, vedasi B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 979 ss.; S. LARICCIA, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, cit., 1935 ss.; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, cit., 1903 ss..

⁷¹ In tal senso, M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, cit., 969 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, cit., 805 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, cit., 1230 ss..

sarebbero i requisiti da soddisfare⁷²: la sussistenza, in relazione alla materia oggetto di conferimento alla giurisdizione esclusiva, di un “nodo gordiano” tra diritti soggettivi e interessi legittimi⁷³; la particolarità della materia, ovvero il fatto che sia caratterizzata dalla medesima natura di quelle attribuite alla giurisdizione generale di legittimità, ossia dall’agire della pubblica amministrazione come autorità⁷⁴, nonché la determinatezza della materia, non potendo il legislatore assegnare “blocchi di materie” alla giurisdizione esclusiva⁷⁵; la presenza di un potere pubblico, in relazione – questa volta – alla singola controversia⁷⁶.

Quest’ultimo aspetto è stato sicuramente il più criticato, portando per l’appunto a parlare di “morte” della giurisdizione esclusiva⁷⁷. Tradizionalmente, come meglio vedremo nei prossimi capitoli, a una posizione di potere della pubblica amministrazione fa da contraltare quella di interesse legittimo, in capo ai privati. Se, ai fini della sussistenza della giurisdizione esclusiva bisogna verificare la presenza del potere della pubblica amministrazione in relazione alla singola controversia, ben pochi spazi residuerebbero a situazioni di diritto soggettivo, privando di utilità la previsione stessa di una giurisdizione che consenta al giudice amministrativo di sindacare anche su tali situazioni giuridiche⁷⁸. Anzi, uno dei pochi spazi plausibili sarebbe quello dei diritti

⁷² In tal senso, R. CROCE, *I confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit., 445 ss.

⁷³ Condizione apparentemente smentita quando la Corte ha ammesso la giurisdizione esclusiva anche in relazione a materie coinvolgenti solo diritti soggettivi, vedasi C. cost., n. 35/2010, ma successivamente ribadita, vedasi C. cost., 15 luglio 2016, n. 179.

⁷⁴ In senso critico alla lettura del termine “particolari” materie, A. PAJNO, *Giurisdizione amministrativa ed “arbitrato” costituzionale*, cit., 983 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., 974 ss..

⁷⁵ In modo esplicito confermato dalla più recente C. cost., n. 179/2016.

⁷⁶ Tale ultimo requisito, affermato già nella decisione del 2004, troverebbe definitiva conferma nella sentenza n. 191/2006, come specificamente riscontrato da G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, cit., 1945. Quanto agli autori che già dopo la prima delle decisioni in commento avevano sostenuto la riferibilità del potere alla “singola controversia” e non alla “materia”, il tutto non senza critiche, vedasi C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, cit., 1908 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., 974 ss.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2211.

⁷⁷ In tal senso, A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., 974 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, cit., 1231. Per una critica generale del ragionamento seguito dalla Corte, vedasi C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, cit., 1908 ss..

⁷⁸ Su tutti, F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.. Ad ogni modo, l’addio alla giurisdizione esclusiva non è valutato in maniera eccessivamente negativa dall’Autore, considerata l’identità delle tutele conseguibili innanzi al giudice amministrativo, sia che ci si trovi in

“fondamentali e incomprimibili”, purché si ammetta che l’amministrazione non agisca meramente “nel fatto”, bensì conservi i propri poteri anche innanzi a tale categoria di diritti, e sempre che si accolga la teoria della loro “indegradabilità”⁷⁹.

Proprio in reazione a tale lettura non è mancato chi, in una logica di razionalizzazione delle pronunce della Corte che permettesse di preservare il senso della giurisdizione esclusiva, ha interpretato il criterio della presenza del potere non in relazione alla singola controversia ma, piuttosto, all’intera materia oggetto della giurisdizione esclusiva⁸⁰.

Altro tema centrale affrontato dalle decisioni è quello dei “comportamenti” della pubblica amministrazione. La posizione di approdo è stata quella di consentire la ricomprensione nella giurisdizione esclusiva di controversie attinenti condotte materiali, purché siano espressione di pubblici poteri⁸¹.

Al di là della capacità delle decisioni in commento di fare effettiva chiarezza sui limiti della giurisdizione amministrativa e ordinaria, oltre che sui confini “interni” alle giurisdizioni del giudice amministrativo, ciò che risulta da tali pronunce è un nuovo

un’ipotesi di giurisdizione di legittimità che di giurisdizione esclusiva. In senso analogo, ID., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, cit., 442 ss.

⁷⁹ Quanto ad ulteriori ipotesi in cui può prospettarsi la coesistenza tra poteri e diritti, vedasi G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, cit., 1945.

⁸⁰ Secondo quanto sostenuto da F.G. COCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, cit., 439 ss. tale ultima lettura sarebbe proprio quella ricavabile alla luce di C. cost., n. 35/2010. Ancora, nel senso che la presenza del potere debba essere riferibile alla “materia” e non alla “singola controversia”, vedasi F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, cit., 805 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l’ambito*, cit., 32 ss.; G. GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 898 ss.; M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 149 ss..

⁸¹ Sulla complessità dell’individuazione di quali condotte siano espressione, anche, mediata, dei pubblici poteri, vedasi F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, cit., 805 ss.; G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, cit., 1945 ss.; A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell’amministrazione*, cit., 1627 ss. Quanto alle incertezze circa la riconducibilità della responsabilità dell’amministrazione al potere pubblico oppure alla sola e distinta condotta materiale che ne costituisce l’esecuzione, si rimanda a M.C. CAVALLARO, *Comportamenti della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria: la questione della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 749 ss..

equilibrio tra le due giurisdizioni, pur nel quadro di unità complessiva del sistema, riconosciuta dall'art. 102 Cost. e non smentita dalla Corte⁸².

Nuovo equilibrio che, in aggiunta, venne successivamente recepito dal legislatore in sede di redazione del codice del processo amministrativo, tanto sotto il profilo della pienezza della tutela che il giudice amministrativo può offrire⁸³, quanto nell'ottica della definizione dei limiti interni ed esterni della giurisdizione amministrativa. Emblematico, riguardo all'aspetto ultimo citato, è l'art. 7 del c.p.a., ove non solo si conferma il criterio di riparto fondato sulla natura della situazione oggetto della controversia, pur combinandolo – non a scampo di equivoci – con l'esercizio del pubblico potere, ma si riafferma la centralità di quest'ultimo anche in relazione alla giurisdizione esclusiva⁸⁴.

In ogni caso, l'immagine del giudice amministrativo che scaturisce da tali sentenze è quella di un organismo trasformato lungo due direzioni: a un "restringimento" orizzontale, legato a un'interpretazione più rigida degli spazi di giurisdizione esclusiva, si contrappone un "ampliamento" verticale, conseguente al riconoscimento della piena dignità del giudice amministrativo e della necessaria piena effettività dei suoi poteri, a completa protezione di tutte le situazioni giuridiche a lui sottoposte⁸⁵.

⁸² Unità del sistema che non comporta, ad ogni modo, la necessaria sindacabilità delle pronunce del Consiglio di Stato – anche se coinvolgenti diritti soggettivi – innanzi alla Corte di cassazione. La giustificazione di ciò viene ravvisata, dalla Corte, proprio nella "particolarità" delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva, tale permettere di riservare l'intervento ai soli giudici amministrativi. In senso contrario a questa lettura, F. SATTÀ, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, cit., 1903 ss.. Vedasi anche F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2219 ss. che, pur ravvisando l'aderenza di quanto sostenuto dalla Corte all'art. 111, comma 7, Cost., sostiene la necessità di riforma della stessa Norma fondamentale, criticando l'attribuzione di funzioni di nomofilachia a due organi differenti – Corte di cassazione e Consiglio di Stato – anche in relazione a medesime materie. Ad ogni modo, è stabile l'orientamento dei Giudici delle leggi che con una recentissima pronuncia – C. cost., 18 gennaio 2018, n. 6 – hanno ribadito come il controllo di giurisdizione effettuabile dalla Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato riguardi esclusivamente le ipotesi di difetto assoluto o relativo di giurisdizione, senza che mai possa sconfinare in un sindacato sul modo in cui la giurisdizione è esercitata dal giudice amministrativo.

⁸³ Si rimanda alla sintetica esposizione della sezione precedente e, in maniera più approfondita, al quarto capitolo.

⁸⁴ Art. 7 c.p.a.: "Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni". Per un approfondimento, si rimanda, fin da subito, a M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 141 ss. e C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, ivi, 119 ss..

⁸⁵ Vedasi F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, cit., 805 ss., che parla della fine del processo di "espansione esterna ed interna" della giurisdizione amministrativa, sostituito da una "riduzione esterna (dei confini della giurisdizione) e un

Da ultimo, considerato l'oggetto della presente ricerca, non si può non dare atto di come la pronuncia del 2010, ma soprattutto quella del 2007, facciano espressa menzione dei diritti "fondamentali", negando che il loro coinvolgimento valga ad escludere la giurisdizione – esclusiva, si noti bene – del giudice amministrativo. Questo, a detta dei Giudici delle leggi, perché non esiste nel nostro ordinamento "alcun principio o norma [...] che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti"⁸⁶.

Quest'affermazione appare naturale conseguenza della presa di posizione, tramite le precedenti decisioni, circa la piena dignità ed effettività della tutela del giudice amministrativo.

Ciò posto, però, essa non consiste in un reale superamento dell'orientamento fino ad allora consolidatosi della giurisprudenza delle Sezioni unite, come anche dimostrato dal tentativo posto in essere dalla Corte di far salva la correttezza delle pronunce dei Giudici di legittimità⁸⁷.

Certo, per un verso la concezione stessa di giurisdizione esclusiva, come sviluppata dalla Corte, presuppone la presenza di un pubblico potere nella controversia e, dunque, la sua coesistenza con il diritto "fondamentale". L'amministrazione, dunque, anche innanzi a diritti "inviolabili", non opererebbe esclusivamente con condotte di mero fatto, conservando la propria autorità.

Per l'altro verso, però, la pronuncia si limita ad ammettere la tutela dei "diritti fondamentali" innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Sia la scelta lessicale ("diritti"), sia il ricorso a una giurisdizione che permette al giudice amministrativo di pronunciarsi su tutti i tipi di situazioni giuridiche soggettive parrebbero dunque manifestare la decisione di non sconfessare la teoria

consolidamento interno di alcuni poteri giurisdizionali". Dello stesso Autore e nello stesso senso, anche ID., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 2605 ss..

⁸⁶ Cfr. C. cost., n. 140/2007.

⁸⁷ Ci si riferisce al passaggio della sentenza n. 140/2007 per cui "l'orientamento – espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute) risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale questa Corte ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione. Nel caso in esame, invece, si tratta di specifici provvedimenti o procedimenti «tipizzati» normativamente".

dell'“indegradabilità” delle situazioni giuridiche dotate di rilievo costituzionale. Se così fosse – e il Giudice leggi delle rimane silente a riguardo – tali situazioni resterebbero sempre e comunque diritti soggettivi, sicché sarebbero conoscibili dal giudice amministrativo non ogni qual volta si rapportassero con poteri pubblici, ma solamente qualora tale raffronto si verificasse nelle specifiche materie legittimamente ricondotte dal legislatore alla giurisdizione esclusiva.

1.6. La giurisprudenza più recente della Corte di cassazione

All'esito della “trasformazione” sinteticamente riassunta, la figura di giudice amministrativo che si andò a delineare a partire dalla metà degli anni Duemila fu quella di un giudice, quanto meno a un primo sguardo, dotato di strumenti idonei a proteggere le situazioni giuridiche soggettive ricadenti nella sua giurisdizione. Strumenti analoghi, o comunque prossimi, a quelli del giudice ordinario.

Non resta che verificare quale sia stata la risposta dei Giudici di legittimità, nel loro ruolo di giudici del riparto di giurisdizione, a tale trasformazione. In altre parole, si tratterà di verificare se l'orientamento sostenente l'incomprimibilità dei diritti “fondamentali”, sorto come risposta concreta all'inidoneità degli strumenti di tutela a disposizione del giudice amministrativo, sopravvisse alla richiamata “trasformazione”.

Inizialmente, in effetti, non mancarono le pronunce che, nonostante il mutato quadro normativo e della giurisprudenza costituzionale, si mantennero sulla linea tracciata dal precedente filone giurisprudenziale, ravvisandone una piena compatibilità *in primis* con i nuovi indirizzi in materia di giurisdizione esclusiva⁸⁸. Si trattò, infatti, principalmente di pronunce relative alla tutela del diritto alla salute a fronte della realizzazione e messa in esercizio di elettrodotti, ossia di una materia – i pubblici servizi – ricompresi dall'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, prima, e dall'art. 7, l. n. 205/2000, poi, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Questo, ad ogni modo, non consentì di escludere l'attribuzione delle liti al giudice ordinario.

Per un verso, requisito fissato dalla Corte costituzionale affinché una controversia potesse ricadere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo era la sussistenza, in relazione alla singola fattispecie, di un potere autoritativo. Per l'altro

⁸⁸ Cass., sez. un., 8 marzo 2006, n. 4908; ID., 21 marzo 2006, n. 6218; ID., 8 novembre 2006, n. 23735.

verso, l'ordinaria teoria dell'indegradabilità non solo negava che i diritti "fondamentali" potessero essere ridotti a interessi legittimi, ma escludeva *a priori*, solo sulla base della presenza di tali situazioni soggettive, la configurabilità di pubblici poteri, agendo la pubblica amministrazione esclusivamente tramite semplici attività materiali.

Escluso il potere, quindi, si negava anche la giurisdizione esclusiva, mentre la qualifica del diritto "fondamentale" come diritto soggettivo "incomprimibile" garantiva, alla luce del criterio del *petitum sostanziale* riaffermato con la sentenza della Corte costituzionale, n. 204/2004, la giurisdizione del giudice ordinario⁸⁹.

Meritevole di menzione è un'ulteriore pronuncia, sempre del 2006, adottata dalle Sezioni unite sulla base di una differente *ratio decidendi*, pur sempre diretta alla conservazione della giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla tutela del diritto alla salute⁹⁰.

Specificando ulteriormente un orientamento di cui si è già dato cenno⁹¹, i Giudici qualificarono il diritto alla salute come diritto soggettivo "fondamentale e assoluto", in relazione al quale sarebbe ravvisabile un "nocciolo duro del diritto" – sono queste le esatte parole della Corte – "insopprimibile quale che siano le esigenze della collettività – imposto dallo stesso principio di solidarietà sociale che ne permetterebbe, solo a determinate condizioni, la restrizione".

Riconosciuta la configurabilità di tale "nocciolo duro", sarebbe possibile rinvenire, nel nostro ordinamento, situazioni soggettive "a nucleo variabile", in relazione alle quali è sempre ammissibile un potere pubblico discrezionale capace di degradarle a interessi legittimi, e situazioni soggettive "a nucleo rigido", individuabili in presenza dei diritti dotati di rilevanza costituzionale ed espressione dei valori primari della persona.

⁸⁹ In tal senso, Cass., sez. un., ord. 13 luglio 2006, nn. 13659 e 13660, per cui "si ritiene che vada richiamato il principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento. Il che non si verifica quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda. Esemplificando, l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incomprimibili".

⁹⁰ Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461. Nello specifico la controversia concerneva il diritto a parcheggiare in una zona che rendesse agevole, ai malati, l'accesso a un centro medico.

⁹¹ Vedasi la precedente sezione 1.4. e le richiamate pronunce Cass., sez. lav., n. 2034/2000 e Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002.

Per quanto, quindi, si ammetta la “comprimibilità” di tali diritti al di fuori del “nucleo”, la rigidità di quest’ultimo ne escluderebbe il definitivo sacrificio, sicché in presenza di possibili pregiudizi gravi e irreparabili l’azione amministrativa non potrà che risultare vincolata – priva di margini di discrezionalità –, così da assicurarne la salvaguardia e garantire la giurisdizione del giudice ordinario.

È evidente il carattere compromissorio di tale soluzione: da un lato, si cerca di far salva la teoria dell’indegradabilità dei diritti “fondamentali”, di cui si sostiene formalmente ancora la vigenza, ma dall’altro si ammette la comprimibilità di tali situazioni giuridiche, seppur entro i non meglio definiti limiti del c.d. “nocciolo duro”. È forse in questo orientamento che, dunque, potrebbe ritenersi celato un primo timido tentativo di effettivo abbandono della teoria dei diritti “fondamentali incomprimibili”.

Rimandando al proseguo della trattazione le riflessioni sul “nucleo rigido” dei diritti “inviolabili”, in questa sede bisogna dare atto di come, ad ogni modo, non fu questo l’orientamento giurisprudenziale ad affermarsi.

Come anticipato, nel corso del 2007, intervenne la sentenza della Corte costituzionale, n. 140/2007, con cui i Giudici delle leggi affermarono esplicitamente la piena legittimazione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di esclusiva, a conoscere anche di diritti “costituzionalmente protetti”, non essendovi norma alcuna nel nostro ordinamento che ne riservi la protezione al giudice ordinario.

Le Sezioni unite, sfruttando la possibilità introdotta dall’art. 363, comma 3, c.p.c., non tardarono a manifestare la propria adesione a quanto statuito dalla Corte costituzionale, enunciando il seguente principio di diritto: “Anche in materia di *diritti fondamentali* tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un *comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l’illegittimità*, in materie riservate alla *giurisdizione esclusiva* dei Giudici amministrativi, come ad es. in quella di gestione del territorio, *compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie* e circa la sussistenza in concreto dei *diritti vantati* e il *contemperamento* o la *limitazione* dei suddetti *diritti* in rapporto all’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 [corsivo aggiunto]”⁹².

Elemento costante di questo nuovo orientamento, dunque, è la riconducibilità della controversia a una materia oggetto di giurisdizione esclusiva. Questo e la sussistenza in concreto di attività amministrative espressive di pubblici poteri legittimano il ricorso al giudice amministrativo, pur in presenza di situazioni giuridiche “fondamentali” che – alla luce del lessico usato nel principio di diritto appena esposto – continuano a mantenere la consistenza di “diritti” soggettivi, per quanto – lo si noti – si ammettano spazi di “contemperamento” nonché l’operatività di “limiti” in favore degli interessi generali.

Ancora una volta, dunque, la teoria dell’incomprimibilità dei diritti “fondamentali” non sembra potersi dire superata, in quanto gli spazi di intervento del giudice amministrativo – ora ammessi a fronte dei suoi rinnovati e più incisivi poteri, soprattutto in fase cautelare – restano limitati alla giurisdizione esclusiva, ossia a quell’ambito in cui, per previsione legislativa e costituzionale, tale organo può conoscere entrambe le situazioni giuridiche soggettive previste dalla nostra Costituzione.

Dunque, volendo schematizzare il criterio di riparto operante in relazione ai diritti (tuttora) “incomprimibili” incisi dell’azione amministrativa, primo passaggio è quello di verificare se la controversia rientra in una materia oggetto di giurisdizione esclusiva.

In caso di risposta negativa, la giurisdizione apparterrà al giudice ordinario, considerata l’operatività del criterio di riparto generale del *petitum sostanziale* e l’incapacità dei pubblici poteri di “degradare” a interesse legittimo tale situazione.

In caso di risposta positiva, invece, sarà necessario verificare – in relazione al caso concreto – l’agire della pubblica amministrazione quale autorità. Se ciò si esclude, la fattispecie esulerà comunque dalla giurisdizione esclusiva, ricadendo in quella del giudice ordinario, stante la natura – incontestabile in questo caso – di diritto soggettivo

⁹² Cfr., Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giust. civ.*, 2008, 1437 ss., con nota di R. GIORDANO, *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*. Questo orientamento era già presente, pur senza un riconoscimento così esplicito, in Cass., sez. un., 10 luglio 2006, n. 15614, mentre è stato puntualmente seguito, *ex pluribus*, da Cass. sez. un., 29 aprile 2009, n. 9956; ID., 21 maggio 2009, n. 11832; ID., 26 maggio 2009, n. 12115; ID., 28 giugno 2013, n. 16304; ID., 24 ottobre 2014, n. 22612; ID., 3 giugno 2015, n. 11376; ID., 3 febbraio 2016, n. 2052; ID., 7 settembre 2016, n. 17674.

della situazione giuridica vantata dal privato. Se invece si ravvisano pubblici poteri, questo – pur non consentendo la configurazione della situazione “costituzionalmente protetta” come interesse legittimo – legittimerebbe l’attribuzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che comunque agirebbe a tutela sempre di un diritto soggettivo “fondamentale”⁹³.

Tale è l’orientamento ad oggi professato dalle Sezioni unite⁹⁴.

Non resta che dare nota di una voce isolata, ossia la pronuncia Cass., sez. un., n. 25011/2014⁹⁵.

⁹³ Tale criterio è apertamente desumibile da Cass., sez. un., ord. 5 marzo 2010, n. 5290: “a seguito della entrata in vigore di detta normativa, in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più al fine del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche se vengono in considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma (con riferimento a controversie quali quella promossa dai D.P.) la distinzione tra comportamenti riconducibili all’esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui ‘la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere’”. La pronuncia è oggetto di commento da parte di F. GASPARRINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1287 ss.; G. VERCILLO, *Diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1372 ss.; F. GIGLIONI, *La ridotta incidenza dei diritti fondamentali per il riparto di giurisdizione*, in *Giornale dir amm.*, 2010, 1034 ss..

⁹⁴ Vedasi, da ultimo, Cass., sez. un., 08 maggio 2017, n. 11142. E, ancora, Cass., sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5059, ove si afferma che un diritto fondamentale “non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo”. Oppure Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21262, per cui, semplicemente, “il giudice ordinario è il giudice naturale dei diritti fondamentali”. Il tutto senza tacere come la Corte, con sentenza Cass., sez. un., 21 luglio 2015, n. 15207, abbia fatto appello a un suo precedente del 2006 per riaffermare l’incompatibilità – che oramai sembrava superata – tra diritto “fondamentale” e pubblici poteri: “nelle controversie che hanno ad oggetto (come la presente) la tutela del diritto alla salute garantito dall’art. 32 Cost., la P.A. è priva di alcun potere di affievolimento della relativa situazione soggettiva, sicché la domanda di risarcimento del danno proposta dai privati nei confronti della medesima o dei suoi concessionari è devoluta alla cognizione del giudice ordinario (Cass. Sez. Unite (ord.) 8 marzo 2006 n. 4908)”. Ancora, si veda la recentissima Cass., sez. lav., 19 gennaio 2018, n. 1391, in tema di rimborso delle spese mediche sostenute all’estero; i Giudici di legittimità, infatti, pur riconoscendo la sussistenza di margini di bilanciamento del diritto “fondamentale” alla salute con le esigenze dello Stato di natura finanziaria, non hanno negato la propria giurisdizione, ritenendo come tale bilanciamento sia già effettuato *ex ante* dal legislatore, così da non lasciare spazi di intervento al potere autorizzatorio (discrezionale) della pubblica amministrazione.

⁹⁵ Cass., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, in *Foro it.*, 2015, III, 951 ss., con nota di E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*. Si tratta di una controversia concernente il diritto allo studio e, più precisamente, il diritto dello studente disabile ad ottenere l’assegnazione di un insegnante di sostegno, per un numero congruo di ore. Pur ricadendo in una materia ritenuta riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, i Giudici, soffermandosi sulla natura del rapporto concreto intercorrente tra studente e amministrazione scolastica, hanno affermato l’esaurimento dei poteri discrezionali con l’adozione del piano educativo individualizzato, ravvisando un obbligo della pubblica amministrazione – e conseguentemente un diritto soggettivo dell’alunno – di garantire l’attività di sostegno per il numero di ore risultante dal piano, non più modificabile autoritativamente. Essendo già intercorsa, nel caso di specie, la suddetta adozione del piano, la controversia non è potrà che spettare al giudice ordinario, data l’assenza di poteri della pubblica amministrazione.

Nonostante sia stata data applicazione all'orientamento consolidato in tema di diritti "fondamentali" e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le Sezioni unite hanno, con questa pronuncia, esplicitamente ammesso che la natura "fondamentale" di un diritto non è sufficiente a garantire la giurisdizione del giudice ordinario, e ciò non solo in caso di eventuale giurisdizione esclusiva.

Pur senza mai utilizzare il termine "interessi legittimi", la Corte ha riconosciuto come la categoria dei diritti "fondamentali" non costituisca un'area impenetrabile ai pubblici poteri autoritativi, chiamati a fornire loro una tutela sistematica comportante esigenze di bilanciamento per garantire la funzionalità dei servizi pubblici e così da permettere la considerazione, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, delle risorse disponibili.

Conferme della possibile coesistenza tra situazioni giuridiche "fondamentali" e pubblici poteri sarebbero, oggi, chiaramente desumibili tanto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che riconosce la piena tutela offribile a tali situazioni giuridiche dal giudice amministrativo, nonché dalla lettera del codice del processo amministrativo che, in più articoli⁹⁶ richiama la figura dei diritti "costituzionalmente protetti", confermando l'orientamento del Giudice delle leggi.

Così argomentando, la Corte sembrerebbe suggerire un differente criterio di riparto in materia di situazioni giuridiche "fondamentali", corrispondente a quello generalmente operante per tutte le situazioni giuridiche "ordinarie". Ciò che conta sarebbe, in generale, la presenza di un pubblico potere, cui farebbe da contraltare una situazione soggettiva privata di interesse legittimo, riguardante un bene della vita "fondamentale", in relazione alla quale sarebbe sempre ammissibile la giurisdizione del giudice amministrativo, a prescindere dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

1.7. Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche "fondamentali": una relazione di lunga data

Chiarita l'attuale posizione della Corte di cassazione, nel suo ruolo di giudice del riparto di giurisdizione, nonché richiamate le principali decisioni della Corte costituzionale, non resta che prendere brevemente in considerazione quale sia

⁹⁶ Art. 55 in materia di tutela cautelare e art. 133, comma 1, lett. p) in materia di giurisdizione esclusiva.

l'orientamento dei tribunali amministrativi, ossia gli spazi di intervento che gli stessi si sono ritagliati a tutela di situazioni giuridiche "fondamentali".

Come puntualmente colto da alcuni autori, il giudice amministrativo si è occupato di "diritti fondamentali", pur senza necessariamente qualificarli come tali, fin dalla sua istituzione⁹⁷.

Basti il richiamo alle pronunce di fine '800 e dei primi anni del '900⁹⁸, con cui il Consiglio di Stato ha dato attuazione al principio di eguaglianza, nonché tutela al "diritto fondamentale" allo studio, riconoscendo alle donne la possibilità di partecipare alle borse di studio per i corsi universitari. Si ricordi, poi, come fu sempre il Consiglio di Stato a sollevare la questione, accolta dalla Corte costituzionale, circa la legittimità delle norme che escludevano le donne dal concorso di magistratura⁹⁹, così da garantire una piena effettività del diritto costituzionalmente garantito di accesso ai pubblici uffici (art. 51 Cost.).

Ancora, non possono dimenticarsi le decisioni adottate a tutela dei diritti fondamentali in un periodo, quello del ventennio fascista, particolarmente "delicato" anche per ciò che concerne il loro riconoscimento e la loro protezione. Così, si ricorda l'interpretazione restrittiva data all'art. 26 R.D.L. 17 novembre 1938, n. 1728 (c.d. "leggi razziali"), che escludeva l'impugnabilità innanzi ai giudici dei provvedimenti adottati in applicazione del decreto stesso, in modo da assicurare margini più ampi possibili di "ricorso agli organi giurisdizionali [che] costituisce *garanzia fondamentale* concessa dall'ordinamento giuridico a ogni soggetto di diritto [corsivo aggiunto]"¹⁰⁰. Ulteriori interpretazioni restrittive del decreto ultimo citato furono propugnate dal giudice amministrativo anche a tutela della libertà di insegnamento¹⁰¹, del diritto allo studio¹⁰² e del diritto al lavoro e alla libera iniziativa economica¹⁰³.

Venendo alla giurisprudenza più recente, successiva alla formazione dell'orientamento sui c.d. "diritti incompressibili" e sulla loro necessaria attribuzione al

⁹⁷ U. ALLEGRETTI – A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 417 ss. e V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 565 ss..

⁹⁸ Cons. Stato, 8 aprile 1898 e 14 marzo 1902.

⁹⁹ Cons. Stato, sez. IV, ord. 12 giugno 1959, n. 125 e conseguente C. cost., 18 maggio 1960, n. 33.

¹⁰⁰ Cons. Stato, sez. V., 11 luglio 1941, n. 461.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. IV., 17 giugno 1941, nn. 301 e 302.

¹⁰² Cons. Stato, sez. IV, 2 giugno 1943, n. 181.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 1940, n. 401.

giudice ordinario, i giudici amministrativi hanno in concreto continuato ad occuparsi di controversie che incidevano, più o meno direttamente, su situazioni giuridiche “costituzionalmente protette”, spesso senza fare esplicita menzione di tale loro carattere “fondamentale”. Senza tacere – come risulterà dai prossimi capitoli – gli ampi margini di riconducibilità alla Costituzione di numerosissime situazioni giuridiche tutelate innanzi al giudice amministrativo, basti qui richiamare decisioni concernenti: l’attività di docenza, riconosciuta come espressione della più generale libertà di manifestazione del pensiero¹⁰⁴; il diritto alla riservatezza nella vita privata in quanto espressione della libertà di opinione politica, come limite alla sindacabilità delle condotte di un dipendente pubblico¹⁰⁵; la tutela avverso provvedimenti lesivi delle minoranze linguistiche¹⁰⁶; il diritto allo studio, in relazione ai dipendenti pubblici, all’assegnazione di borse di studio e alla prosecuzione negli studi¹⁰⁷; la libertà di insegnamento a fronte di iniziative di sperimentazione didattica¹⁰⁸; la definizione dei limiti all’iniziativa economica privata¹⁰⁹.

A partire dalla seconda metà degli anni Duemila, invece, si poté assistere all’incremento delle decisioni in cui si ammetteva il coinvolgimento, diretto o indiretto, di diritti “fondamentali”, come manifesta espressione della trasformazione del giudice amministrativo, in corso d’opera proprio in quel frangente storico¹¹⁰.

Chiara rivendicazione di tale cambiamento può trovarsi nella pronuncia della Sezione VI, n. 556/2006¹¹¹. Esprimendosi sulla legittimità del provvedimento con cui un consiglio di istituto aveva imposto la collocazione del crocifisso nelle aule scolastiche, il giudice amministrativo ha avuto l’occasione di porsi in aperto contrasto

¹⁰⁴ Tar Trentino-Alto Adige, Trento, sez. II, 26 gennaio 1990, n. 141.

¹⁰⁵ Tar Calabria, Catanzaro, 30 novembre 1990, n. 736.

¹⁰⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 1982, n. 54123.

¹⁰⁷ Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 26; ID., 15 aprile 1999, n. 474; Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 1999, n. 1001.

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 1987, n. 205.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 1991, n. 369; Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 1993, n. 28.

¹¹⁰ *Ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 6546, in materia di servizio radiotelevisivo e diritti “fondamentali”

dei consumatori; Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 183; Cons. Stato, sez. III, 25 dicembre 2015, n. 5539; ID., 4 febbraio 2016, n. 450; ID., 25 marzo 2016, n. 1244, in materia di tutela della salute e di bilanciabilità con ulteriori interessi; Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1437, in materia di bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà di informazione; Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3267, in materia di tutela delle minoranze linguistiche.

¹¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556, in *Foro it.*, 2006, III, 181 ss., con nota di A. TRAVI, *Simboli religiosi e giudice amministrativo*.

con la teoria dell'incomprimibilità dei diritti "fondamentali". Pronunciandosi in tema di libertà religiosa, il Consiglio di Stato ha negato che la presenza di diritti "fondamentali" debba escludere a priori la giurisdizione amministrativa, qualora oggetto della lite sia l'illegittimo esercizio di un pubblico potere, capace di configurare la situazione giuridica del privato come interesse legittimo¹¹².

Ancora, chiaro "malcontento" nei confronti dello *status quo* fissato dalla Corte di cassazione in relazione al riparto delle situazioni giuridiche "fondamentali" è espresso nella decisione dell'Adunanza plenaria, n. 12/2007¹¹³, con cui quest'ultima disapprova l'orientamento della Cassazione volto a riconoscere "posizioni giuridiche a nucleo rigido"¹¹⁴. Tale filone giurisprudenziale venne ritenuto irragionevole a fronte della piena dignità e dei pieni poteri del giudice amministrativo, nonché immotivatamente violativo dell'ordinario criterio di distribuzione delle controversie tra le giurisdizioni.

Più forte è, poi, la critica espressa alla c.d. "incomprimibilità" dei diritti "fondamentali" in occasione della pronuncia sul caso Englaro¹¹⁵. Infatti, pur trattandosi di un'ipotesi comunque spettante al giudice amministrativo, data la sussistenza di giurisdizione esclusiva e l'operatività del principio di diritto – richiamato nella decisione – espresso in Cass., sez. un., n. 27187/2007, il Collegio manifesta il proprio favore a un prospettato abbandono della teoria dell'indegradabilità, ritenuta oramai priva di un "solido e convincente sostegno", anche alla luce delle pronunce della Corte costituzionale. Per i giudici amministrativi, la sola natura "indegradabile" di un diritto non può rendere nullo l'esercizio di un potere pubblico, ossia comportare il mero agire "nel fatto" della pubblica amministrazione, poiché il diritto indegradabile non ha uno statuto ontologico particolare, potendo e dovendo la posizione del privato, seppur "fondamentale", essere bilanciata in relazione al caso concreto con l'interesse pubblico tutelato dall'amministrazione tramite la spendita dei suoi poteri.

¹¹² Per una vicenda analoga – presenza dei crocifissi nelle aule giudiziarie – e una soluzione analoga, vedasi, Cons. Stato, sez. IV, 6 febbraio 2013, n. 5830.

¹¹³ Cons. Stato, ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, 2008, III, 1 ss., con nota di A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra giurisdizioni*. Vedasi anche A. SPEZZATI, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 570 ss..

¹¹⁴ Cass., sez. un., n. 17461/2006, cit..

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

Meno perentoria è, infine, una delle ultime pronunce adottate dal Consiglio di Stato in cui si fa esplicita menzione del riparto in materia di diritti “fondamentali”¹¹⁶. Intervenendo sul delicato tema del diritto allo studio del minore autistico, in relazione al diritto ad un’adeguata assegnazione di ore di sostegno, il Collegio dà applicazione al più volte richiamato principio di diritto affermato in Cass., sez. un., n. 27187/2007, nonché all’orientamento espresso nella già citata Cass., sez. un., n. 25011/2014. Ciò che si ribadisce, dunque, è la conoscibilità dei diritti soggettivi “fondamentali” da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Va comunque segnalata la particolare attenzione correttamente prestata dai giudici amministrativi alla effettiva natura del rapporto tra privato e amministrazione, individuando come spartiacque il momento di formalizzazione del piano educativo individualizzato: prima di tale formalizzazione sussisterebbero poteri pubblici discrezionali, successivamente invece, l’amministrazione scolastica sarebbe vincolata a darvi effettiva attuazione.

Lo si ripete, in questa pronuncia la presenza di un potere della pubblica amministrazione non è stata riconosciuta, nemmeno tramite un *obiter dictum*, quale presupposto per la qualifica della situazione soggettiva privata come interesse legittimo, ma esclusivamente come requisito per la sussistenza della giurisdizione esclusiva, al cui interno la natura delle situazioni giuridiche, quanto meno ai fini del riparto, perde di rilevanza.

1.8. Lo *status quo*: il giudice amministrativo non è il giudice ordinario delle situazioni giuridiche “fondamentali” incise dai pubblici poteri

Esposto il quadro giurisprudenziale, che tiene in considerazione le posizioni di tutti gli “attori” coinvolti (giudici ordinari, amministrativi e Corte costituzionale), una sola sembra essere la certezza che ne risulta: la teoria dell’incomprimibilità dei diritti “fondamentali” viene ancora ritenuta valido punto di partenza per definire la giurisdizione cui attribuire queste situazioni giuridiche.

Ciò non senza dubbi – da parte dei giudici ordinari – e critiche – da parte dei giudici amministrativi – che solo parzialmente sono riusciti a scalfire l’assetto configuratosi a partire dalle decisioni del 1979.

¹¹⁶ Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, con nota di A. TOMMASETTI, *Alla giustizia ordinaria affidata la materia della discriminazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 20, 104 ss..

Alla luce delle pronunce del Giudice delle leggi sembra ormai superato l'assunto per cui l'amministrazione, innanzi a diritti "fondamentali", agirebbe sempre "nel fatto", perdendo automaticamente autorità e poteri.

Ciò non toglie che la presenza di questi pubblici poteri venga tuttora ritenuta inidonea a configurare la situazione giuridica del privato, in caso di coinvolgimento di beni dotati di protezione costituzionale, come interesse legittimo, rimanendo i diritti "fondamentali" sempre e comunque diritti soggettivi.

Da questo derivano due possibilità: o sussiste la giurisdizione del giudice ordinario – e questa sarebbe la situazione "normale" – o sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, ma solo se si ricade in una materia e in una controversia riconducibile alla sua giurisdizione esclusiva.

Alla luce della ricostruzione suesposta, quindi, non vi sarebbero spazi per configurare il giudice amministrativo come il giudice ordinario delle situazioni giuridiche "fondamentali" incise da un pubblico potere.

Sulle corti amministrative, infatti, graverebbe ancora il peccato originale dell'inadeguatezza dei loro mezzi ai fini di una protezione a tutto tondo degli interessi privati, che aveva portato il giudice ordinario a derogare al criterio di riparto elaborando la soluzione emergenziale, per le sole situazioni giuridiche di particolare valore, dei diritti "incomprimibili"¹¹⁷.

Il giudice ordinario, quindi, parrebbe non ritenere tutt'oggi mondata l'anima del giudice amministrativo, nonostante i suggerimenti in tal senso della Corte costituzionale e i significativi interventi normativi in materia di processo amministrativo, così da ribadire la non affievolibilità dei diritti "fondamentali" e, implicitamente, considerare non ancora rientrata l'emergenza dell'ineffettività della tutela offribile dal giudice dell'amministrazione.

¹¹⁷ Quest'idea è condivisa da D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009, *passim*, per cui la "resistenza di ordine teorico ad ammettere una tutela delle libertà [fondamentali] come interesse legittimo nell'ordinamento non è tanto supportata da un'indagine di struttura sulla loro natura giuridica (né, a volte, sulla compatibilità del loro contenuto con la connotazione fondante – del resto anch'essa non pacifica – dell'interesse legittimo); essa discende piuttosto dal convincimento che il giudice amministrativo offra una tutela meno piena di quello ordinario" (p. 4).

2. I DIRITTI SOGGETTIVI “FONDAMENTALI”

2.1. Una nozione dai confini incerti

Verificare la correttezza e la razionalità dell’attuale criterio di riparto in tema di diritti “fondamentali” significa, prima di tutto, chiarire che cosa e quali siano le situazioni giuridiche oggetto del criterio stesso.

Chiarire o quanto meno tentare di farlo.

Infatti, come evidenziato da più autori, la tematica dei diritti “fondamentali” costituisce un terreno incerto¹¹⁸, risultando tale nozione di difficile definizione, così come altrettanto difficile è l’individuazione di un elenco tassativo di situazioni giuridiche univocamente riconducibili a questa categoria¹¹⁹.

Volendo, in primo luogo, muoversi sul piano della teoria generale del diritto, è possibile richiamare differenti definizioni dirette a inquadrare che cosa siano i diritti “fondamentali”.

In base a una prima visione, tali situazioni giuridiche sarebbero formate dall’insieme dei diritti soggettivi ascritti “universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire”¹²⁰. Secondo questo orientamento, i diritti in questione si distinguerebbero dagli altri – quelli patrimoniali “singolari” – perché, dunque, volti a “garantire tutti”, operando come “legge del più debole” a tutela della dignità della persona, e, in ultima battuta, risultando condizioni

¹¹⁸ *Ex pluribus*, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, in ID., *L’età dei diritti*, Torino, 1992, 6 ss.; A. ROMANO, *Il riconoscimento costituzionale dei diritti. Alcune considerazioni sul tema dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 228 ss.; A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, *ivi*, 238; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, XXV; L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 143 ss.; A. QUARANTA, *La tutela dei diritti fondamentali nella costituzione*, Napoli, 2013; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss. (spec. 70).

¹¹⁹ In questo senso anche R. RORDORF, *Il riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa e i diritti fondamentali*, nel convegno *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del processo civile*, Roma, 16-17 marzo 2017.

¹²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 5 ss.; ID., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, *cit.*, 2010, 144; ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011, 946 ss.. In senso critico a tale lettura, vedasi G. PALOMBELLA, *L’autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002, 34 ss.; R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, *cit.*, 43 ss.; D. ZOLO, *Libertà, proprietà e uguaglianza nella teoria dei “diritti fondamentali”*, *ivi*, 49 ss..

necessarie per la preservazione della “pace” sociale¹²¹. Si tratterebbe, poi, di diritti indisponibili, inalienabili, inviolabili, intransigibili e personalissimi¹²².

Ancora, c'è chi li ha qualificati come “pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge”, così da sottolineare il ruolo delle costituzioni contemporanee per il loro riconoscimento¹²³, oppure – a fronte delle difficoltà definitorie – semplicemente come “cose desiderabili, cioè fini meritevoli di essere perseguiti”¹²⁴.

Volendo proseguire nell'elenco, alcune definizioni si sono concentrate sulla dimensione individuale di tali situazioni “fondamentali”, qualificandole come: “le forme essenziali, le strutture necessarie, le condizioni *a priori* della volontà libera dell'uomo, ossia di tutti i possibili comportamenti concreti”¹²⁵; il “complesso di diritti essenziali della persona umana che esigono di essere rispettati in ogni caso”¹²⁶; i diritti chiamati a garantire “un complesso di beni e di valori giuridici (costituzionali) in mancanza dei quali una persona sarebbe priva delle condizioni minime per potere essere riconosciuta come soggetto autonomamente indipendente”¹²⁷ oppure le “esigenze essenziali e ... le sfere intangibili di autonomia personale che la comunità politica deve assicurare e salvaguardare per consentire una libera e completa realizzazione della persona nella sua dignità e nell'integralità delle sue componenti materiali e spirituali”¹²⁸.

Altre definizioni ne hanno evidenziato la rilevanza “sociale”, designandole come “beni” fondanti la società umana e, per questo, sottratti alla negoziazione che dà vita alle regole alla base della convivenza civile¹²⁹, oppure diritti concernenti “dimensioni basiche della vita dell'uomo in società...nel quadro della soddisfazione di necessità fondamentali della condizione umana”¹³⁰.

¹²¹ L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 157 ss..

¹²² L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 15. Nello stesso senso, B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 167 ss..

¹²³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 57.

¹²⁴ N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, cit., 6.

¹²⁵ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 10.

¹²⁶ T. BALLARINO, *I diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1892.

¹²⁷ A. BALDASSARRE, *Libertà (voce)*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 18.

¹²⁸ P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006, 30.

¹²⁹ Vedasi il pensiero di J. Locke, come riassunto da A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, cit., 1989, 4.

¹³⁰ G. PECES BARBA, *Diritti e doveri fondamentali (voce)*, in *Dig. pubbl.*, V, Torino, 1990, 139.

Altri autori hanno sottolineato, invece, la rilevanza del loro recepimento in Norme fondamentali, parlando di diritti che rappresentano il carattere distintivo e fondante di una Costituzione¹³¹ o ancora di “diritti che possono valere come diritti pre e sovrastatali, che lo Stato non concede in ragione delle sue leggi, ma che riconosce e protegge come preesistenti e nei quali esso può intervenire solo in una misura in linea di principio delimitabile e soltanto con un procedimento regolamentato”¹³².

A ben vedere, quindi, esistono tante enunciazioni dei diritti “fondamentali” quanto è ricca e sconfinata la produzione dottrinale in materia, mancando, d’altra parte, una norma che espliciti il contenuto di tale nozione, tanto nel nostro che in altri ordinamenti.

Si tratta, in ogni caso, di definizioni che, in considerazione della loro natura teorica, hanno carattere formale, ovvero pur cercando di dire, in astratto, cosa siano i diritti “fondamentali” sono incapaci di individuare concretamente quali siano o quali dovrebbero essere i diritti qualificabili come tali¹³³.

2.1.1. L’ambiguità terminologica

A ben vedere, le incertezze sui diritti “fondamentali” sorgono ancora prima dell’individuazione di una loro puntuale e univoca definizione, ma coinvolgono direttamente l’aggettivo con cui qualificarli.

In altre parole, spesso non c’è chiarezza su quale terminologia utilizzare per distinguere questa categoria dalle altre e differenti situazioni giuridiche soggettive¹³⁴.

Diritti “fondamentali”, diritti “dell’uomo”, diritti “naturalisti”, diritti “moralisti”, diritti “inviolabili”, diritti “costituzionalmente protetti” sono (alcune delle) espressioni utilizzate in modo promiscuo, venendo oramai concepite come sinonimi tanto nella lingua comune quanto in ambito tecnico-scientifico, come spesso dimostrato dal loro

¹³¹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., XXV.

¹³² C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 221 ss..

¹³³ In tal senso, L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 145.

¹³⁴ In tal senso, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., XXV; A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, cit., 235 e, soprattutto, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 3 ss. Per un’ulteriore riflessione sugli “aggettivi dei diritti”, vedasi M. BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 241ss..

utilizzo sia in dottrina¹³⁵, sia in giurisprudenza¹³⁶, sia dai legislatori nazionali e internazionale¹³⁷.

Il risultato è quello, ormai, di una commistione di nozioni originariamente differenti, per quanto sotto molti aspetti prossime, tale da rendere ancora più vaghi e incerti i confini della categoria oggetto di indagine.

I diritti “umani”, infatti, rappresenterebbero un insieme più ampio dei diritti “fondamentali”, appartenendo all’uomo in qualsiasi contesto e a prescindere da qualsivoglia ulteriore specificazione, ivi incluso il loro riconoscimento nei singoli ordinamenti giuridici. Si tratterebbe, insomma, di una categoria meta-giuridica, risultando l’espressione dei valori consolidatisi negli ordinamenti occidentali nel corso degli ultimi due secoli¹³⁸.

Il termine diritti “naturali”, invece, nasce nell’ottica della contrapposizione con il potere statutale, trattandosi di vere e proprie situazioni giuridiche insite nella natura dell’uomo, che precedono il diritto positivo, sono sovraordinate allo stesso o fungono da limite suo e degli altri pubblici poteri¹³⁹. Analoghe considerazioni, poi, possono muoversi in relazione alla categoria più recente di diritti “moralì”¹⁴⁰.

Particolare, infine, è il caso dei “diritti pubblici soggettivi”, concetto ottocentesco utilizzato meno di frequente in quanto oramai considerato espressione di un pensiero

¹³⁵ Per esempio, lo stesso A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., utilizza in una voce enciclopedica dedicata ai diritti “inviolabili” i termini diritti “fondamentali” e diritti “dell’uomo” per riferirsi alla medesima categoria di situazioni giuridiche.

¹³⁶ Sia sufficiente il richiamo alla giurisprudenza analizzata nel precedente capitolo, dove spesso i termini “diritti inviolabili”, “diritti fondamentali”, “diritti dell’uomo” e “diritti costituzionalmente protetti” sono stati utilizzati come semplici sinonimi.

¹³⁷ Per il diritto internazionale, basti il riferimento alla *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948 che, pur optando esplicitamente per il termine “diritti dell’uomo”, come suggerisce il titolo, in più articoli utilizza l’aggettivo “fondamentali” per descrivere le situazioni giuridiche ivi tutelate (es.: art. 8, in cui si parla di diritti fondamentali conferiti all’individuo dalla Costituzione o dalla legge; art. 26, comma 2, secondo cui l’istruzione deve mirare al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali). Quanto al diritto interno, si pensi alle differenti espressioni utilizzate nelle varie formulazioni dell’art. 2 Cost., prima di giungere alla versione definitiva: “diritti inalienabili e sacri dell’uomo” (cfr. prima Sottocommissione, 11 settembre 1946), “diritti essenziali agli individui ed alle formazioni sociali” (Assemblea costituente, 24 marzo 1947) e “diritti inviolabili dell’uomo” (testo definitivo).

¹³⁸ In tal senso, G. PALOMBELLA, *L’autorità dei diritti*, cit., 11 ss. e G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 3 ss..

¹³⁹ Rimandando alle sezioni successive per una sintetica esposizione del pensiero giusnaturalista, basti qui il rinvio a J. LOCKE, *Saggio sul governo civile*, in ID., *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, 1982, 231 ss..

¹⁴⁰ Quanto a questa categoria, vedasi, su tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 261 ss..

non più confacente al modello attuale di democrazia occidentale, ma comunque ritenuto l'archetipo degli attuali diritti "fondamentali"¹⁴¹. Nel tentativo di arginare gli assolutismi e di ricondurre lo Stato – ampiamente inteso – “sotto” la legge, tale teoria riconosceva l'ammissibilità in capo ai sudditi, oltre che di posizioni di soggezione, anche di pretese nei confronti dello Stato, se previste dalla legge, configurando i sudditi “diritti pubblici soggettivi”. Il limite di questa teoria stava in una sottoposizione solo parziale dello Stato alla legge, ben potendo esso modificarla e, quindi, eliminare i diritti vantati dai singoli nei suoi confronti.

Il superamento di questo limite, quindi, si è raggiunto con l'introduzione delle costituzioni rigide e la cristallizzazione, al loro interno, dei diritti “fondamentali”, così da farne diritti “costituzionalmente protetti” anche contro gli arbitri dello Stato legislatore¹⁴². Ciò senza scordare le posizioni di chi nega la piena corrispondenza tra diritti “fondamentali” e quelli, più numerosi, riconosciuti nelle varie costituzioni rigide dei differenti ordinamenti¹⁴³.

Concludendo, deve darsi atto di come anche le definizioni di queste ultime categorie siano incerte, opinabili e varino al variare delle correnti giuridico-filosofiche abbracciate dai differenti autori.

Ad ogni modo, la loro breve ricostruzione è servita ad ulteriore conferma dell'incertezza che aleggia attorno alla nozione di diritti “fondamentali”, spesso usata in riferimento a insiemi di situazioni giuridiche soggettive non coincidenti fra loro, così da frastagliare ulteriormente i confini della categoria e rendere ancor più difficile determinare, tanto in astratto quanto in concreto, se una situazione vantata da un singolo possa qualificarsi come fondamentale o meno.

¹⁴¹ Vedasi G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, ma anche, quanto ai suoi sviluppi nel nostro ordinamento, S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 112 ss.. Per uno sguardo di sintesi, E. CASSETTA, *Diritti pubblici soggettivi (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 791 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, cit., 1989, 1 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 65 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 57 ss..

¹⁴² Vedasi A. ROMANO, *Il riconoscimento costituzionale dei diritti. Alcune considerazioni sul tema dei diritti fondamentali*, cit., 229 e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 63.

¹⁴³ *Ex pluribus*, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 219 ss., ma anche P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., come risulta anche solo dall'impianto complessivo dell'opera.

2.1.2. L'evoluzione storica

D'altra parte, ciò su cui la pluralità di autori conviene è l'origine storica dei diritti "fondamentali": essi sarebbero comparsi con il passaggio alla modernità, con la transizione dallo stato assoluto allo stato liberale, affondando questi diritti le proprie radici nelle *Chartae* inglesi del XVII secolo e, soprattutto, nelle Costituzioni americane e nella Dichiarazione universale dell'uomo e del cittadino francese di fine 1700, seppur con le loro diversità¹⁴⁴.

Guardando brevemente al diritto anglosassone, sua caratteristica pregnante è stata l'attestazione dell'antiorità logica dei diritti "fondamentali" rispetto alle *Chartae* che ne facevano menzione e, in generale, rispetto allo stesso potere costituito¹⁴⁵. Infatti, dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215 all'*Act of Settlement* del 1701, passando per la *Petition of rights* (1628), l'*Habeas Corpus Act* (1679) e il *Bill of Rights* (1689), tutti questi testi, pur concepiti nell'intento di "istituire" nuovi diritti, hanno sempre affermato di "riconoscere" o "confermare" le antiche e intangibili libertà proprie dell'identità storica, politica, giuridica e sociale del popolo inglese¹⁴⁶.

Tale tradizione si è in seguito trasfusa nell'ordinamento statunitense, in cui, però, l'antiorità logica dei diritti "fondamentali" non è solo affermata in astratto, ma è accompagnata dal richiamo di alcuni diritti nel testo costituzionale¹⁴⁷, avente natura rigida¹⁴⁸, così da renderli per la prima volta intangibili anche da parte del potere legislativo, quasi a riprova della loro preesistenza e indipendenza dai poteri costituiti¹⁴⁹.

¹⁴⁴ *Ex pluribus*, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 2 ss.; P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1881 ss.; ID., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 8 ss.; A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1990, 189 ss.; P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 34 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA – P. RIDOLA, (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 59 ss.; G. PECES BARBA, *Diritti e doveri fondamentali*, cit., 141.

¹⁴⁵ W. BAGEHOT, *La costituzione inglese*, Bologna, 1995, 255 ss..

¹⁴⁶ Vedasi A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 2 e G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 128 ss.

¹⁴⁷ Vedasi lo *United States Bill of Rights*, introdotto attraverso l'approvazione di emendamenti alla Costituzione del 1787. Esso, pur senza mai parlare di diritti "fondamentali", riconosce diritti come quello alla libertà religiosa, di stampa, di pensiero e opinione, di riunione, ecc., oltre a contenere una disposizione a fattispecie aperta, il IX emendamento, che legittima il riconoscimento di ulteriori diritti rispetto a quelli direttamente previsti nel Testo.

¹⁴⁸ Vedasi l'art. 5 della *U.S. Constitution*, che disciplina un procedimento aggravato di modifica del testo costituzionale.

¹⁴⁹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 8; P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 36.

Quanto al sistema francese, fu la diffusione del pensiero illuminista a consentire una prima affermazione dei diritti “naturali”, concepiti inizialmente solo come libertà “negative”, ossia spazi individuali sottratti a qualsiasi forma di interferenza¹⁵⁰. L’esigenza di pieno riconoscimento e protezione di tali posizioni, però, spinse ben presto al superamento della concezione pre-statuale dei diritti “fondamentali”, richiedendone un espresso riconoscimento all’interno di norme giuridiche. Questa proclamazione, oltre che avvenire tramite Dichiarazioni e altri testi di rango costituzionale, fu rimessa principalmente all’opera del legislatore ordinario, considerata la centralità attribuita al Parlamento in questo ordinamento quale espressione della volontà popolare. Dunque, così come solo il Parlamento avrebbe potuto fissare i limiti a queste situazioni giuridiche, tutti i diritti “naturali” privi di riconoscimento formale in una norma sarebbero rimasti senza protezione alcuna¹⁵¹.

Tralasciando le esperienze totalitarie e socialiste dello scorso secolo, si deve riconoscere come i semi del costituzionalismo francese e statunitense sopravvissero, germogliando nelle costituzioni europee del secondo dopoguerra. In esse, il carattere rigido si combinò con l’espresso riconoscimento di diritti “inviolabili” e con l’affermazione di disposizioni programmatiche. I diritti affermati nelle costituzioni, poi, non si limitarono a concretizzarsi in spazi sottratti all’altrui ingerenza, ma si tradussero anche in diritti “sociali”, ossia in diritti a prestazioni da parte dei pubblici poteri¹⁵².

Il tutto, infine, fu affiancato dal processo di internazionalizzazione dei diritti “fondamentali”, ora riconosciuti in Atti, Dichiarazioni, Carte, Convenzioni e Patti di natura bilaterale, multilaterale, regionale o universale¹⁵³.

¹⁵⁰ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 10 e G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell’esperienza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti fondamentali dell’uomo. Quaderni di Iustitia*, 27, Milano, 1977, 33 ss.

¹⁵¹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 10 ss.; ID., *Diritti fondamentali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1882 ss.; P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 38 ss..

¹⁵² P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 15 ss.; ID., *Diritti fondamentali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1886 ss.; P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 44 ss..

¹⁵³ Sui rapporti tra diritti fondamentali e diritto internazionale e sovranazionale, *ex pluribus*, P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1888 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998; P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004.

2.1.3. Il fondamento

La brevemente esposta evoluzione storica dei diritti “fondamentali”, nonché la pluralità di definizioni riportate, fanno trasparire come non vi sia uniformità anche per ciò che riguarda il possibile fondamento teorico delle situazioni giuridiche in esame.

Due sono, infatti, le principali correnti di pensiero a cui possono essere ricondotte le varie concezioni dei diritti “fondamentali”: la corrente giusnaturalistica e quella giuspositivistica¹⁵⁴.

Nella prima confluiscono generalmente le opinioni degli autori che parlano di diritti “naturalisti”, i quali trovano origine in una dimensione giuridica extra-positiva, assoluta, oggettiva, antecedente a qualsiasi loro riconoscimento da parte degli ordinamenti statuali.

Tali diritti, quindi, sarebbero insiti nel “patrimonio genetico della persona”¹⁵⁵, così da trovare in esso la forza di imporsi nel panorama giuridico, in modo che i singoli ordinamenti possano solamente riconoscerli, dichiararli, individuarli, ma mai crearli *ex novo*¹⁵⁶.

In seno alle principali articolazioni del pensiero giusnaturalista bisogna distinguere tra concezioni di carattere trascendente e concezioni di carattere trascendentale.

Le prime ravvisano l’origine dei diritti “naturalisti” in norme superiori e intangibili, di matrice divina, tali da acquisire rilievo diretto negli ordinamenti giuridici poiché iscritte dal Creatore nella coscienza e nello spirito di ogni essere umano, così da poter parlare di diritti “innati”.

Quanto agli orientamenti di carattere trascendentale, temporalmente più recenti rispetto ai precedenti, essi concepiscono i diritti “fondamentali” più che come diritti “innati”, ossia espressi da norme che trascendono le capacità conoscitive dell’individuo, come diritti “razionali”, ossia elaborati dalle facoltà razionali dell’uomo (inteso come umanità intera) quali condizioni indispensabili per garantire l’ordinata e razionale

¹⁵⁴ Per uno sguardo di sintesi, vedasi A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 4 ss. e P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 59 ss..

¹⁵⁵ A. PAPISCA, *Diritti umani*, in E. BERTI – G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, Roma, 1993, 190.

¹⁵⁶ In tal senso, vedasi la posizione espressa da A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, cit., 259 ss..

convivenza civile. Anche solo per quest'ultima semplice ragione, dunque, essi precedono qualsivoglia potere costituito.

Una terza concezione, ritenuta riconducibile al giusnaturalismo, àncora a sua volta l'origine dei diritti "fondamentali" alla centralità dell'uomo, ma tali diritti, più che essere l'espressione aprioristica della Ragione umana o di norme divine inscritte nella coscienza, sono "valori" frutto dell'evoluzione storica, sociale ed etica dell'umanità stessa.

Passando alle teorie giuspositiviste, esse si caratterizzano per l'idea secondo cui i diritti "fondamentali" non esisterebbero aprioristicamente, ma acquisirebbero valore sul piano giuridico solo se riconosciuti – e, nello specifico, qualificati come "fondamentali" – dal diritto positivo dei singoli ordinamenti. L'esistenza di un fondamento assoluto per queste figure, quindi, viene valutata come un'illusione¹⁵⁷, uscendone i diritti "fondamentali" come relativizzati, potendo questi esserlo per alcuni ordinamenti e non per altri, ciò in base alle rispettive previsioni normative e, prima di tutto, costituzionali¹⁵⁸.

Anche in ambito giuspositivistico è possibile distinguere differenti orientamenti¹⁵⁹.

In base a una prima concezione, il problema del fondamento dei diritti "fondamentali" sarebbe stato definitivamente risolto con il riconoscimento di tali figure nelle Carte di diritto internazionale, su tutte la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁶⁰. In altre parole, sono gli accordi internazionali a gettare le basi e definire i diritti "fondamentali", sicché, qualunque sia il valore formale delle norme di recepimento nei singoli ordinamenti, l'essere universalmente accettati renderebbe tali istituti preminenti, sovraordinati a qualsiasi altra posizione pubblica e privata e, quindi, inviolabili.

Secondo una differente accezione, invece, sarebbero "fondamentali" quei diritti, esplicitamente riconosciuti in un ordinamento, indispensabili per l'affermazione e il mantenimento del relativo sistema costituzionale di democrazia pluralistica (es.: diritti

¹⁵⁷ In tal senso, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, cit., 6.

¹⁵⁸ Vedasi anche L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 371 ss.. Per un'analisi della posizione dell'Autore ultimo citato quanto al fondamento dei diritti "fondamentali", si rimanda a E. VITALE, *Sulla fondazione dei diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 217 ss..

¹⁵⁹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 6 ss.

¹⁶⁰ N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, cit., 16.

civili e politici come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà personale, il diritto di voto, il diritto di associazione e riunione ecc.)¹⁶¹.

Un terzo filone giuspositivista si differenzia dal precedente solo per il contenuto dei diritti che possono ritenersi “fondamentali”, essendo questi concepiti in chiave individualistica più che sociale e politica, e consistendo, pertanto, solo nelle sfere di autonomia individuale, ossia in libertà negative¹⁶².

In conclusione, si noti che abbracciare un orientamento piuttosto che l’altro, in tema di fondamento dei diritti “fondamentali”, non ha riflessi esclusivamente sul piano teorico, influenzando concretamente anche sui limiti apponibili al godimento di tali situazioni giuridiche.

A fronte di una concezione giusnaturalistica, infatti, il diritto positivo può solamente riconoscere le posizioni “fondamentali”, incidendo esclusivamente sulle forme e le modalità di esercizio delle stesse, in modo che gli unici limiti ammissibili siano quelli volti a garantire il coordinamento delle situazioni dei singoli e, quindi, il loro libero godimento da parte di tutti.

In un’ottica giuspositivista, invece, i pubblici poteri (legislativo, *in primis*, ma anche esecutivo) potrebbero non solo fissare i limiti all’esercizio dei diritti “fondamentali”, ma, ancora prima, godrebbero della possibilità di imporre un “limite assoluto” agli stessi, spettando a loro decretarne l’esistenza nei singoli ordinamenti. Ciò senza che quest’ultima lettura si traduca automaticamente in minori garanzie per i consociati poiché, se calata in un contesto democratico, i pubblici poteri presentano una componente consensuale, risultando dunque espressione della volontà sociale, nonché saranno limitati proprio dai diritti “fondamentali”, riconosciuti a tutti ed elevati a rango costituzionale¹⁶³.

2.1.4. La natura

Ulteriore aspetto che si ritiene opportuno affrontare a livello di teoria generale dei diritti “fondamentali” è quello della loro natura giuridica. Questo tema sarà presto

¹⁶¹ Vedasi L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 18 ss..

¹⁶² Si rimanda alla già citata definizione data da A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 18.

¹⁶³ In questo senso, vedasi la lettura data da L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 165.

ripreso e diverrà oggetto di ulteriore e conclusiva riflessione nelle ultime sezioni del presente capitolo, con specifico riferimento, in quella sede, ai diritti “fondamentali” dell’ordinamento italiano.

Fino a questo punto, si è sempre parlato dei diritti “fondamentali” come situazioni giuridiche, ossia come – quanto meno a questo primo livello di riflessione – di diritti soggettivi.

Non è mancato chi ha ravvisato nella riconduzione alla categoria dei diritti soggettivi una lettura limitativa e restrittiva delle “potenzialità” delle figure in questione, specie a seguito del loro recepimento all’interno di norme costituzionali rigide¹⁶⁴.

Di talché, si è sostenuta la natura dei diritti “fondamentali” come valori materiali di livello costituzionale, ossia come fattori d’integrazione culturale e spirituale della collettività politica e statale. Valori della collettività che si caratterizzano per poter essere disposti lungo una scala gerarchica, alla cui sommità si collocano proprio i diritti “fondamentali”, quali principi cardine dell’ordinamento¹⁶⁵.

Tale teoria troverebbe conferma nel loro riconoscimento a livello costituzionale, espressione di assolutezza e universalità, di modo che dette figure possano trascendere dal piano meramente legislativo, proprio dei semplici diritti soggettivi.

Si noti che con questa tesi non si è sostenuta l’alternatività necessaria tra le qualifiche di diritti soggettivi e di valori, potendo entrambe le nature coesistere in relazione alla medesima figura, seppur su due piani diversi: quello costituzionale, in cui i diritti “fondamentali” operano per l’appunto come “valori”, e quello soggettivo, in cui da tali valori costituzionali discende il riconoscimento in capo ai singoli di specifiche situazioni giuridiche¹⁶⁶.

D’altra parte, quest’ultima prospettiva ha consentito ad altri autori di negare la qualifica di “valori” ai diritti “fondamentali” riconducendoli, nella loro totalità, alla natura di semplici situazioni giuridiche: i diritti “fondamentali”, quindi, più che essere

¹⁶⁴ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 23 ss..

¹⁶⁵ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 25 e F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 3 ss..

¹⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 29 ss.

loro stessi i “valori fondamentali”, tornerebbero ad essere strumenti a disposizione dei singoli per il perseguimento di tali valori¹⁶⁷.

Sempre nell’ottica del loro rilievo costituzionale, da ultimo, si dà conto a quella teoria che, pur riconducendo i diritti “fondamentali” alla categoria dei diritti soggettivi, li qualifica anche come “norme sostanziali sulla produzione”¹⁶⁸.

In assenza della previsione in una costituzione rigida dei diritti “fondamentali”, infatti, la validità delle leggi ordinarie discenderebbe solo dal rispetto delle “norme formali sulla produzione”, atte a garantire che le disposizioni normative si formino tramite procedure democratiche, ma che nessun limite fissano quanto ai loro contenuti.

I diritti “fondamentali”, invece, una volta cristallizzati nel testo costituzionale, diventerebbero parametro di validità normativa in relazione ai contenuti delle leggi, non potendo i primi essere eliminati da previsioni contenute in norme sottordinate.

In tal modo, dunque, si verrebbe a configurare una “sfera dell’indecidibile”, sottratta al legittimo intervento dei pubblici poteri.

2.1.5. I singoli diritti fondamentali

Le esposte incertezze riguardo alla definizione dei diritti “fondamentali”, all’individuazione del loro fondamento e alla specificazione della loro natura giuridica hanno come naturale conseguenza quella di sfociare in una mancanza di risposte univoche circa quali dovrebbero essere i diritti “fondamentali”.

L’unica visione certa pare essere quella strettamente giuspositivistica, che consentirebbe di individuare i diritti “fondamentali” in quelli riconosciuti come tali dalla Costituzione o, eventualmente, anche dal legislatore ordinario. Ma essa comporta il riferimento all’essere e non al dover essere, ossia il riferimento a un ordinamento concreto, realizzando un passaggio che, nel presente studio, sarà compiuto solo a partire dalla prossima sezione.

Guardando, in astratto, a quali diritti dovrebbero ricadere nel novero di quelli “fondamentali”, non può che segnalarsi come l’ampiezza della nozione e la pluralità di

¹⁶⁷ G. AMATO, *Libertà (dir. cost.) (voce)*, in *Enc. dir.*, cit., 1974, 272 ss. e P. BELLINI, *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Bologna, 1984, 15 ss..

¹⁶⁸ “...mentre i diritti fondamentali sono norme, i diritti patrimoniali sono predisposti da norme”, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 16. Quanto all’esplicita qualifica come “norme sostanziali sulla produzione”, vedasi ID., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 163.

fondamenti e nature ipotizzati abbiano consentito l’inserimento all’interno di tale *genus* di una pluralità di *species* di diritti, anche fra loro molto differenti.

Pertanto, fra le plurime classificazioni elaborate nell’ambito della categoria dei diritti “fondamentali”, si sono distinti, prima di tutto, i “diritti di libertà”, ossia sfere di autonomia privata sottratte all’altrui ingerenza, e i “diritti sociali”, ossia pretese di intervento dei pubblici poteri, strumentali alla realizzazione dell’uguaglianza sostanziale e alla fruizione di altri diritti¹⁶⁹.

Ulteriore distinzione ipotizzata è quella tra diritti “della persona”, che spettano agli individui in quanto tali, e diritti “del cittadino”, ossia i diritti attribuiti solo a determinati soggetti in considerazione del particolare rapporto (di cittadinanza) che godono con un determinato ordinamento¹⁷⁰.

Ancora, differente catalogazione elaborata è quella che contrappone i diritti “originari”, condizioni logicamente necessarie per la democrazia, e diritti “derivati”, condizioni positivamente necessarie per la realizzazione di uno specifico modello di democrazia¹⁷¹. Pertanto, nel primo gruppo rientrano i diritti riconosciuti all’uomo o al cittadino solo perché tale, a loro volta suddivisi in “libertà personali” (fisica e morale, di domicilio, di comunicazione, di opinione, ecc.), “libertà collettive” (di circolazione, di riunione, di associazione, ecc.) e “libertà politiche” (di voto, di accesso alle cariche pubbliche, di azione politica, ecc.). Nel secondo gruppo, invece, ricadono i diritti “fondamentali” conseguenti al possesso di un particolare *status* – quale può essere quello di genitori, figli, lavoratori, proprietari di beni ecc. – come per esempio il diritto alla retribuzione, il diritto allo sciopero, la libertà di iniziativa economica privata, la proprietà, ecc.

Altre classificazioni, poi, sono state elaborate da differenti autori¹⁷².

Così come si dimostra superfluo, ai nostri fini, considerarle tutte, risulterebbe altrettanto sterile una puntuale indicazione dei differenti elenchi, formulati dai diversi esponenti della dottrina, circa i singoli diritti che dovrebbero essere considerati

¹⁶⁹ In materia di diritti sociali, su tutti, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, cit., 1989. Sulla contrapposizione tra i diritti sociali e i diritti di libertà, *ex pluribus*, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, cit., 6 ss..

¹⁷⁰ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 282 ss..

¹⁷¹ Vedasi A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 23 ss..

¹⁷² Per una loro ricognizione, si rimanda a A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 81 ss..

“fondamentali”¹⁷³. Basti ricordare le antinomie riguardo la possibilità di includerne alcuni piuttosto che altri: su tutti, quelli patrimoniali, il cui carattere fondamentale è negato in radice¹⁷⁴, ammesso¹⁷⁵, oppure ancora ammesso ma ricondotto a quello proprio dei diritti fondamentali “secondari”¹⁷⁶.

In conclusione, elenchi e classificazioni, ipotizzati per cercare di far ordine all’interno dell’insieme dei diritti “fondamentali”, non fanno altro che evidenziare le differenti caratteristiche che possono avere tali figure¹⁷⁷, al punto da insinuare il dubbio sulla rilevanza “scientifica”, ma non etica e assiologica, di questa categoria.

La difficoltà nel determinare che cosa siano i diritti “fondamentali”, dunque, sembra tautologicamente connessa non tanto all’impossibilità di determinare, univocamente, quali dovrebbero essere i diritti “fondamentali”, così da potervi ricavare, in via induttiva, una caratteristica comune, ma proprio dall’assenza di una caratteristica comune a questi diritti¹⁷⁸: l’immagine è quella dell’*uroboro*, il serpente che si morde la coda, non potendo giungere a una soluzione finale da qualsiasi punto si parta.

Se si fa del carattere fondamentale di un diritto un giudizio circa il “valore preminente” di una situazione giuridica (per la tutela della persona, per il suo libero sviluppo, per l’affermazione di un ordinamento democratico, ecc.), ciascuno, nel proprio foro interiore, può individuare dei diritti “fondamentali” i quali possono coincidere, in larga parte, con quelli degli altri membri della comunità di appartenenza, senza che però sia assicurata la necessaria e assoluta identità¹⁷⁹.

In assenza di una definizione normativa (*rectius*, costituzionale) di che cosa siano, quali siano e quale sia il particolare regime giuridico dei diritti “fondamentali”, il rischio è quello di rimettere al singolo giudice o al singolo funzionario l’individuazione di situazioni giuridiche aprioristicamente sovraordinate e dotate di un particolare (seppur non ben definito) regime di intangibilità, idoneo *ex se* a determinare una compressione

¹⁷³ *Ex pluribus*, B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., 189 o P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, 1972, 176 ss..

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 12 ss., considerata la non universalità di tale diritto.

¹⁷⁵ G. PALOMBELLA, *L’autorità dei diritti*, cit., 36 ss., a fronte del ruolo portante che può avere la proprietà privata nel definire i caratteri di un ordinamento.

¹⁷⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 24 ss..

¹⁷⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 77 ss..

¹⁷⁸ In tal senso, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, cit., 6 ss..

¹⁷⁹ Sulla relatività, quanto meno storica, dei diritti fondamentali, vedasi sempre N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, cit., 6 ss..

dell'uguaglianza e dell'autonomia degli altri consociati, ossia di quei medesimi valori alla cui tutela sarebbero preposti i diritti "fondamentali" stessi.

2.2. I diritti "fondamentali" e la Costituzione

La mancanza di riposte a livello di teoria generale spinge dunque alla considerazione del singolo ordinamento concreto, il nostro ordinamento giuridico, così da verificare se il relativo diritto positivo fornisca responsi certi e univoci circa che cosa e quali siano i diritti "fondamentali", nonché quali siano la loro natura e il loro regime giuridico.

Punto focale su cui concentrare l'attenzione è naturalmente, anche alla luce della precedente ricostruzione, il testo costituzionale, così da verificare quali diritti siano dallo stesso configurati e come siano qualificati, in modo da comprendere in che misura si possa parlare nel nostro ordinamento di diritti "fondamentali".

La Costituzione del 1948 presenta le caratteristiche tipiche delle costituzioni post-belliche, già richiamate nella sezione dedicata all'evoluzione storica dei diritti "fondamentali".

Si tratta, quindi, di una Costituzione rigida, che configura in termini analitici e specifici una serie di diritti e doveri individuali e collettivi, oltre a fissare puntuali regole per il funzionamento delle pubbliche istituzioni¹⁸⁰. Con ciò si sono voluti superare i difetti emersi in relazione alle esperienze liberale e totalitaria, ove regole costituzionali flessibili e troppo generiche avevano consentito l'affermazione di poteri illimitati dello Stato e, conseguentemente, gravi violazioni dei diritti e delle libertà individuali.

La rigidità della Costituzione, quindi, permette di configurare vincoli "formali" (norme sulla produzione) e "sostanziali" (gli stessi diritti ivi previsti, "inviolabili" tramite disposizioni gerarchicamente subordinate) al legislatore¹⁸¹ e, conseguentemente, ai poteri della pubblica amministrazione, in ossequio al principio di legalità.

La lunga elencazione di diritti, poi, non costituisce l'unica forma di garanzia disposta in loro favore. Come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, per circoscrivere ulteriormente i margini di intervento del potere esecutivo, vengono configurate riserve di legge e di giurisdizione: con le prime si esclude che determinate materie, *in primis*

¹⁸⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 86 ss.

¹⁸¹ Vedasi L. FERRAIOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 163 e quanto già detto al riguardo nella precedente sezione 2.1.5.

concernenti i diritti costituzionalmente riconosciuti, possano essere oggetto di disciplina tramite atti normativi propri dell'esecutivo; con le seconde, invece, si sottrae alla discrezionalità dell'autorità amministrativa il potere di definire i limiti concreti all'esercizio di specifici diritti, spettando tale potere esclusivamente all'autorità giudiziaria¹⁸².

Guardando ai singoli diritti riconosciuti nella Costituzione italiana, anch'essi possono essere ricondotti a una pluralità di categorie: diritti di libertà, diritti sociali e diritti politici; libertà individuali e collettive; diritti economici; diritti della persona e diritti del cittadino; ecc.

Se, dunque, l'ampio ventaglio dei diritti riconosciuti è espressione del primato della persona quale principio conformante la Costituzione, in superamento di qualsiasi ottica "statocentrica"¹⁸³, esso cagiona la medesima impossibilità di ravvisare caratteristiche comuni – escluso il riconoscimento a livello costituzionale – nonché regime e natura giuridica omogeni fra queste figure¹⁸⁴, come già evidenziato a livello di teoria generale in relazione ai diritti "fondamentali".

Quanto agli aggettivi utilizzati per qualificare i diritti riconosciuti nel testo del 1948, in quest'ultimo non sono presenti diritti "fondamentali", ma un solo diritto qualificato come tale, il diritto alla salute (art. 32 Cost.), e altri quattro descritti invece come "inviolabili": la libertà personale (art. 13); la libertà di domicilio (art. 14); la libertà di comunicazione (art. 15); il diritto alla difesa giurisdizionale (art. 24).

Nella nostra Costituzione è poi assente un'esplicazione del significato e dell'eventuale portata giuridica da attribuire a tali aggettivi.

Ciò che è presente, invece, è una clausola generale di garanzia dei diritti "inviolabili dell'uomo", *sub* art. 2 Cost., ai sensi del quale: "La Repubblica *ricosce* e garantisce i *diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali* ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale [corsivo aggiunto]."

¹⁸² P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 90 ss.

¹⁸³ In tal senso, V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, I, 89 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 77 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 180; E. ROSSI, *Commentario alla Costituzione – Art. 2*, reperibile su www.leggiditalia.it.

¹⁸⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 60 ss..

Oltre a non esserci traccia, anche in questo articolo, di diritti “fondamentali”, il termine oggetto di maggiore dibattito è dato dal verbo utilizzato (“riconosce”), attorno a cui si sono sviluppati i vari ragionamenti circa il fondamento di questi “diritti inviolabili dell’uomo”¹⁸⁵.

Se, per un verso, il dato letterale sembrerebbe suggerire una concezione giusnaturalistica del fondamento dei diritti “umani inviolabili”, dai lavori della Costituente non emerge una visione granitica e uniforme in tal senso, essendosi espressi a favore dell’attuale formulazione anche sostenitori di posizioni giuspositiviste.

Punto di incontro, tra i vari interpreti, è quello che ravvisa in tale termine un’ulteriore conferma del già esposto principio della centralità della persona umana all’interno della nuova Costituzione. Il fatto che lo Stato, in senso ampio, non crei dal nulla o conceda i diritti “inviolabili”, ma sia chiamato a riconoscerli, viene letto come chiara manifestazione del fatto che spetti ai pubblici poteri agire in funzione degli individui e non viceversa¹⁸⁶.

Un ultimo aspetto che si vuole evidenziare fin da subito, nell’ottica di successive riflessioni, e che già traspare dal menzionato art. 2 Cost., è come ai diritti inviolabili dell’uomo non sia attribuito rilievo solo in relazione all’individuo in quanto tale, come soggetto singolo e isolato, ma anche quale membro delle “formazioni sociali”, ossia come parte integrante di una comunità caratterizzata da fitti rapporti reciproci, in cui con i diritti “fondamentali” di uno devono coesistere i diritti “fondamentali” degli altri, ai fini di una pacifica convivenza.

2.2.1. L’art. 2 Cost.: una previsione a fattispecie aperta o chiusa?

Rimandando al prossimo capitolo la trattazione di limiti e spazi di contenimento dei diritti “fondamentali” ai fini della loro stessa coesistenza, si deve qui affrontare un ulteriore interrogativo, a sua volta connesso al menzionato problema circa il fondamento dei diritti “inviolabili”, come riconosciuti nella nostra Costituzione: il carattere di norma di chiusura o di clausola a fattispecie aperta dell’art. 2 Cost..

In sintesi, attorno alla previsione costituzionale in questione, si condensano due differenti letture: una che limita i diritti inviolabili ai soli previsti e qualificati come tali

¹⁸⁵ Vedasi al riguardo E. ROSSI, *Commentario alla Costituzione – Art. 2*, cit.

¹⁸⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, I, 157 ss..

dalla Costituzione, facendo dell'art. 2 un preambolo di carattere riassuntivo delle successive previsioni costituzionali; l'altra che, invece, ammette l'esistenza di ulteriori diritti "inviolabili" rispetto a quelli riconosciuti nel Testo del 1948, facendo dell'art. 2 Cost. una norma di apertura, idonea a ricondurre sotto la garanzia costituzionalmente prevista per i diritti "inviolabili" anche ipotesi non esplicitamente contemplate¹⁸⁷.

Riconoscendo all'elencazione disposta dagli artt. 13 ss. Cost. una funzione meramente esemplificativa, il vantaggio dell'orientamento ultimo citato sarebbe quello di assicurare maggiore duttilità al testo costituzionale, permettendone un costante aggiornamento e adattamento alle mutate condizioni sociali, senza necessitare di modifiche espresse, rese particolarmente complesse dalla sua natura rigida.

Così facendo, dunque, si garantirebbe un'automatica conformazione della Costituzione formale a quella materiale¹⁸⁸.

È evidente come tale lettura faccia corrispondere a una visione dell'art. 2 Cost. quale norma di apertura ai diritti "fondamentali" esterni alla Costituzione una concezione giusnaturalistica del fondamento dei diritti "inviolabili" stessi, nella sua articolazione socio-culturale¹⁸⁹.

Ciò non toglie che la lettura aperta dell'art. 2 Cost. abbia potuto fare da contraltare a un'opinione di stampo giusnaturalistico e trascendente circa il fondamento delle situazioni soggettive in esame, facendo dell'art. 2 una disposizione di rinvio al diritto "naturale", idonea a garantire protezione giuridica a norme elaborate in una realtà metagiuridica, esterna non solo all'ordinamento, ma trascendente la stessa realtà mondana¹⁹⁰.

Quanto all'altro orientamento, quello favorevole a una lettura "chiusa" dell'art. 2 Cost., le posizioni dottrinali si sono oramai attestate non sull'assoluta impossibilità di riconoscere diritti ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti nella Norma costituzionale, ma sulla necessità di sfruttare appieno le potenzialità interpretative

¹⁸⁷ Per uno sguardo di sintesi, E. ROSSI, *Commentario alla Costituzione – Art. 2*, cit..

¹⁸⁸ A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.; A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, cit., 195; A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, 313 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA – P. RIDOLA, (a cura di), *I diritti costituzionali*, cit., 54 ss..

¹⁸⁹ Si rimanda a quanto detto nella sezione 2.1.3.

¹⁹⁰ In tal senso, A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, cit, 481. Vedasi anche C. MORTATI, *La corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69 ss..

offerte dalle singole previsioni della Costituzione, potendo ricondurre ad esse tutti i diritti la cui esigenza di protezione emerga a livello sociale¹⁹¹.

L'art. 2 Cost., quindi, non sarebbe fonte di nuovi diritti, ma garante di quelli già esplicitamente previsti, legittimando l'interpretazione estensiva del numero chiuso di disposizioni che contengono il loro riconoscimento¹⁹².

Le opinioni favorevoli a una concezione "chiusa" dell'art. 2 Cost., d'altra parte, richiamano l'attenzione sulla pluralità di incongruenze che scaturirebbero dalla lettura aperta.

Con essa si rischierebbe di garantire rilievo costituzionale a diritti volontariamente esclusi, da parte del potere costituente, dalla Costituzione e che, invece, potrebbero trovare (oppure già trovano) legittima e adeguata protezione a livello di legge ordinaria. Non solo, ma ad essi si garantirebbe anche la qualifica – e l'eventuale regime giuridico speciale, come vedremo a breve – di diritti "inviolabili", a differenza di altri diritti indicati nella Costituzione¹⁹³.

In secondo luogo, non deve trascurarsi come la lettura aperta consentirebbe l'introduzione nell'ordinamento di diritti inespressi i quali, da un lato, determinano l'insorgere di obblighi non previsti e, dall'altro, possono comportare antinomie, contrapposizioni ed esigenze di bilanciamento con situazioni giuridiche specificamente disciplinate da regole costituzionali¹⁹⁴.

Al di là dei ragionamenti teorici, le differenti correnti dottrinali hanno trovato riscontro nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Le pronunce più risalenti, infatti, hanno abbracciato la lettura restrittiva dell'art. 2 Cost., arrivando esplicitamente ad affermare che detta previsione "si limita a proclamare

¹⁹¹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 19 ss.; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 7 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 22 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 185 ss..

¹⁹² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 53 ss.. In netta contrapposizione, invece, la posizione di A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, cit., 243 ss., favorevole a una lettura aperta dell'art. 2 Cost., per cui "se l'intento dei padri della Carta fosse stato esclusivamente quello di 'rafforzare' le successive dichiarazioni di libertà, esso – a conti fatti – sarebbe suonato pleonastico se non tautologico. Forse l'art. 2 potrebbe invece spiegarsi, allora, come 'strumento' che consente l'estrapolazione, dalle disposizioni vigenti, di nuovi diritti. Ma non si tratterebbe, in questo caso, di una disposizione felice, o comunque felicemente usata, visto che non pochi fra i 'nuovi' diritti nulla o quasi – come si vedrà – hanno a che vedere con la normativa costituzionale esistente".

¹⁹³ P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, cit., 159 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 33 ss..

¹⁹⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 24 ss..

in via generale l'inderogabile valore di quei diritti che formano il patrimonio inalienabile della persona umana, mentre è nelle norme successive che essi sono poi presi in considerazione e, come tali garantiti e tutelati", oppure che "l'art. 2 deve essere necessariamente ricollegato alle altre norme costituzionali per identificare, anche nei loro limiti, tali diritti inviolabili"¹⁹⁵.

Successivamente, si è adottato un approccio intermedio, favorevole all'interpretazione estensiva delle previsioni costituzionali, ossia permettendo, in base all'art. 2 Cost., il riconoscimento di tutti quei diritti "inviolabili" che siano direttamente conseguenti a quelli espressamente menzionati in Costituzione¹⁹⁶.

L'ultima e attuale posizione in materia, però, è quella favorevole a una concezione "aperta" dell'art. 2 Cost., così da permettere di ricondurre al novero dei diritti "inviolabili" anche quelli non espressamente indicati in Costituzione o che non siano direttamente desumibili dagli stessi.

Vero punto di svolta è stata la pronuncia n. 561/1987¹⁹⁷, che ha riconosciuto come "fondamentale"¹⁹⁸ il diritto alla libertà sessuale, non presente in Costituzione, seguita da altre decisioni a conferma, come quelle che hanno ricondotto all'art. 2 Cost. il diritto sociale all'abitazione¹⁹⁹, il diritto alla vita²⁰⁰, il diritto di abbandonare il proprio paese²⁰¹, il diritto all'identità personale²⁰², il diritto al rispetto e alla libera esplicazione della personalità²⁰³, il diritto alla famiglia²⁰⁴, il diritto alla condizione minorile²⁰⁵, ecc.

¹⁹⁵ Cfr., rispettivamente, C. cost., 17 dicembre 1975, n. 238 e ID., 7 maggio 1975, n. 102. In senso conforme, C. cost., 3 luglio 1956, n. 11; ID., 27 marzo 1962, n. 29; ID., 24 gennaio 1969, n. 1; ID., 13 febbraio 1974, n. 33.

¹⁹⁶ In tal senso, C. cost., 1 agosto 1978, n. 98 e ID., 10 febbraio 1981, n. 17.

¹⁹⁷ C. cost., 18 dicembre 1987, n. 561.

¹⁹⁸ Si ripropone, anche in questa sede, il problema circa l'individuazione del corretto aggettivo con cui descrivere i diritti in questione, per cui si rimanda alla precedente sezione 2.1.1. La Corte utilizza "fondamentale" come sinonimo di "inviolabile", come traspare dal richiamo all'art. 2 Cost. e dal riferimento ai "diritti...dalla Costituzione dichiarati fondamentali", quando, come già visto, un solo diritto è qualificato come tale (quello alla salute).

¹⁹⁹ C. cost., 7 aprile 1988, n. 404 e ID., 19 novembre 1991, n. 419.

²⁰⁰ C. cost., 27 giugno 1996, n. 223 e ID., 10 febbraio 1997, n. 35.

²⁰¹ C. cost., 17 giugno 1992, n. 278.

²⁰² C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13; ID., 23 luglio 1996, n. 297; ID., 11 maggio 2001, n. 120; ID., 21 dicembre 2016, n. 286.

²⁰³ C. cost., 30 luglio 1997, n. 283.

²⁰⁴ C. cost., 22 novembre 2013, n. 278.

²⁰⁵ Questo riconosciuto come diritto fondamentale *ex art. 2* dalla Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2008, n. 36757.

Ammesso che, dunque, il numero di diritti “inviolabili” si espanda a diritti non espressamente previsti dalla Costituzione, un ulteriore interrogativo è se tale qualifica, sempre grazie all’art. 2 Cost., possa essere estesa anche a quelli esplicitamente indicati nella Norma fondamentale, ma non qualificati come tali.

Se le risposte sono state generalmente positive, alcuni autori hanno riconosciuto un valore meramente “simbolico” o puramente ridondante all’esplicita qualifica di alcuni diritti come “inviolabili”, dovendosi ritenere “fondamentali”, “inviolabili”, “coperti da una sorta di garanzia supercostituzionale” tutti i diritti espressamente previsti in Costituzione, pur non essendo per tutti uguale “l’inviolabilità in concreto”, dipendendo essa dall’effettiva natura dei singoli diritti (es.: libertà civili e libertà economiche), nonché dal regime prefissato dalle norme costituzionali stesse, tale da consentire limiti più o meno ampi²⁰⁶.

Altri ancora hanno circoscritto l’inviolabilità solo a quei diritti, tra quelli previsti in Costituzione, che presentano specifiche caratteristiche come, per esempio, la loro indispensabilità ai fini della realizzazione di un sistema democratico e pluralista²⁰⁷, oppure l’appartenenza al novero dei diritti tradizionalmente ricondotti ai “diritti dell’uomo” e l’essere direttamente inerenti alla persona umana²⁰⁸.

Quello che non si è mai nascosto, tanto in relazione ai diritti costituzionalizzati, quanto a quelli non previsti nella Carta del 1948, è la difficoltà di individuare in maniera univoca quali diritti possano considerarsi “inviolabili”.

Ciò a maggior ragione se si considera un’ulteriore variabile, quale l’inclusione del nostro ordinamento in quello dell’Unione europea. Per quanto il presente scritto sia focalizzato sul diritto interno, non si può infatti trascurare l’affermazione a livello sovranazionale di testi chiaramente volti al riconoscimento dei diritti “dell’uomo”²⁰⁹ e

²⁰⁶ In tal senso, P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 53 e A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 685 ss..

²⁰⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 21 ss. Si richiama la già specificata distinzione proposta da Baldassarre tra diritti “inviolabili originari” e diritti “inviolabili derivati” – vedasi la precedente sezione 2.1.5. L’Autore, quindi, si profonde in una puntuale elencazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti da riportarsi alla prima categoria (artt. 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 24, 48, 50, 51 e, forse, 71, 75, 131, 132 e 138 Cost.) e alla seconda (artt. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 Cost.).

²⁰⁸ P.F. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, cit., 158 ss..

²⁰⁹ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, del 4 settembre 1950, successivamente integrata a più riprese.

dei diritti “fondamentali”²¹⁰. Queste dichiarazioni²¹¹, anche tramite la giurisprudenza delle corti europee chiamate ad applicarle, hanno sicuramente contribuito a rendere ancora più aperto il possibile catalogo dei diritti “inviolabili”, stante la maggiore ricchezza delle elencazioni in essi contenute, al punto da includere diritti “nuovi” come il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, i diritti dei consumatori, la tutela del diritto all’integrità della persona in esplicito rapporto con pratiche eugenetiche e di clonazione, ecc.²¹².

2.3. Sul regime giuridico dei diritti inviolabili: il significato di inviolabilità

Giunti a questo punto, diventa fondamentale capire se dalla qualifica di “inviolabile” derivi uno speciale regime che effettivamente distingua tali situazioni giuridiche dalle altre, previste o meno in Costituzione.

È evidente la centralità di questo passaggio ai fini della presente ricerca perché l’effettiva esistenza di un regime giuridico speciale potrebbe legittimare la particolare “incomprimibilità” di questi diritti, su cui ancora si fonda il criterio di riparto di giurisdizione che li riguarda.

Viceversa, la sua assenza potrebbe aprire la strada al superamento di detto criterio.

In dottrina, tutti gli autori sono pressoché concordi nell’ancorare il significato e gli effetti giuridici dell’inviolabilità al piano costituzionale: ad essere dibattuto è se e in che grado detta qualità escluda la possibilità che questi diritti siano oggetto di revisione costituzionale.

Al riguardo si sono profilate differenti posizioni.

²¹⁰ Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, c.d. Carta di Nizza del 2000.

²¹¹ Oggi esplicitamente richiamate nell’art. 6 del Trattato di Lisbona: “1. L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati [...] 2. L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati.”

²¹² In materia di diritti fondamentali nell’Unione europea si rimanda *ex pluribus* a T. BALLARINO, *I diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1892 ss.; R. BIN – P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Bologna, 2008, 147 ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, in *Dir. un. Europea*, 2009, 646 ss.; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009; S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 158 ss..

C'è chi ha, prima di tutto, effettuato una distinzione tra l'inviolabilità *ex art. 2 Cost.* e quella prevista esplicitamente in relazione ai singoli diritti (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.). Per i primi l'irriducibilità riguarderebbe esclusivamente l'esistenza dei diritti stessi a livello costituzionale, per quanto la loro concreta disciplina sarebbe aperta a modifiche sostanziali. Per gli ultimi, invece, l'inviolabilità opererebbe in maniera più stringente, sottraendo dal rischio di abrogazione anche i precetti costituzionali che ne definiscono il contenuto essenziale. In entrambi i casi, poi, sono sempre ammesse modifiche migliorative, quanto a protezione e garanzie per il privato, sia di carattere formale (sostituzioni di parole, rubriche, titoli, ecc.) sia sostanziale²¹³.

Differente, invece, è la posizione di chi ha affermato che l'irriducibilità concerne solamente il "nucleo essenziale" dei diritti "inviolabili", la cui modifica comporterebbe una rottura dell'attuale regime costituzionale²¹⁴.

È evidente la distanza con il precedente orientamento che, invece, ammette *in toto* questa rivedibilità, fatte salve le menzionate eccezioni. Secondo la teoria in esame, invece, si consentono modifiche alle modalità di esercizio di un diritto "inviolabile", purché non siano sostanziali, poiché altrimenti comporterebbero l'alterazione degli equilibri con gli altri diritti costituzionali e, quindi, il cambiamento dello schema costituzionale stesso²¹⁵.

In ogni caso, entrambe le teorie convergono nel riconoscere limiti ulteriori alla modificabilità della Costituzione rispetto a quello esplicito della forma repubblicana, previsto dall'art. 139 Cost..

Limiti impliciti che, per l'appunto, coincidono con quei principi che caratterizzerebbero il nostro ordinamento, come il principio di sovranità popolare (art. 1 Cost.), il principio di unità e indivisibilità dello stato (art. 5 Cost.), il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e i diritti inviolabili della persona. Tutti elementi, dunque, la cui modifica comporterebbe una rottura costituzionale e, quindi, potrebbe avvenire solo mediante l'esercizio di un nuovo potere costituente²¹⁶.

²¹³ P.F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra i principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 10 ss..

²¹⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 53.

²¹⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1039; U. DE SIERVO, *Origine e significato della rigidità nella nostra Costituzione*, in E. RIPEPE – R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione*, Torino, 1995, 1 ss..

²¹⁶ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 187.

Questo orientamento avrebbe poi trovato conferma anche da parte del Giudice delle leggi che, con la sua sentenza n. 1146/1988, ha affermato l'implicita presenza, nel nostro ordinamento costituzionale, di "principi supremi" sottratti all'eliminazione o la modifica anche da parte di leggi di revisione costituzionale. Tali principi impliciti si identificherebbero proprio con quelli che appartengono "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"²¹⁷.

Ciò, ad ogni modo, non ha precluso la formazione di una differente corrente dottrinale che, a fronte del rifiuto di limiti non espressi alla revisione costituzionale e stante l'impossibilità di determinare in modo certo i margini di un "nucleo essenziale" dei diritti "fondamentali", ha ravvisato nell'inviolabilità solamente l'impossibilità per il legislatore ordinario di derogare ai diritti previsti in costituzione²¹⁸.

Quanto agli ulteriori profili caratteriali ritenuti imputabili ai diritti "inviolabili"²¹⁹, così come ai diritti "fondamentali" in genere²²⁰ (assolutezza, originarietà, indisponibilità, inalienabilità intrasmissibilità, irrinunciabilità e imprescrittibilità), ciò che è stato acutamente osservato è che la loro attribuzione a un diritto non sia legata alla natura "inviolabile" dello stesso, quanto piuttosto alla sua particolare struttura giuridica²²¹. In altre parole, essendo diverse le *species* di diritti sussumibili nei diritti "inviolabili" (diritti civili, politici, economici, sociali ecc.), non tutti avranno le medesime caratteristiche e, quindi, non tutti saranno necessariamente assoluti, originari, intrasmissibili, irrinunciabili, ecc..

Quale altro significato attribuire all'inviolabilità? Nessuno.

Da un lato, si potrebbe sottolineare che, se utilizzato secondo un'accezione "ordinaria", tutte le situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto positivo siano "inviolabili", ossia non possono essere "violate", lese tramite condotte contrarie alla legge, per quanto possano essere "comprese" o "limitate" in conformità alle

²¹⁷ Cfr. C. cost., 29 dicembre 1988, n. 1146. In senso conforme, vedasi anche la più recente C. cost., 22 dicembre 2014, n. 238.

²¹⁸ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 41 ss.. Tale teoria è stata oggetto di critiche da parte di chi – vedasi P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 53 ss. – ha riscontrato nell'irrieducibilità da parte delle leggi ordinarie la conseguenza logica del rango costituzionale delle previsioni concernenti i diritti in questione, oltre che della natura rigida della Costituzione stessa.

²¹⁹ P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 111 ss..

²²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 15.

²²¹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 28 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 60 ss..

previsioni normative, così da permettere l'instaurazione dei rapporti sociali che caratterizzano la vita nella collettività.

Dall'altro, pur ammettendo che, in passato, al termine inviolabilità siano stati attribuiti diversi significati, come l'immodificabilità da parte del legislatore ordinario in presenza di costituzioni flessibili o la loro intangibilità da parte della pubblica amministrazione²²², queste accezioni non sono più ammissibili nell'attuale contesto costituzionale. Tutte le esigenze al cui soddisfacimento miravano queste differenti letture dell'inviolabilità sono, ad oggi, adeguatamente soddisfatte da differenti e specifici istituti (si pensi, per l'appunto, alla rigidità della Costituzione stessa o, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, alla riserva di giurisdizione che sottrae determinati diritti alla discrezionalità amministrativa), così da rendere superflua e ripetitiva una lettura secondo le prospettazioni innanzi indicate²²³.

2.4. I diritti “fondamentali” come diritti soggettivi

Giunti all'esito di questa riflessione, ciò che non si vuole certamente fare è negare *in toto* l'attribuzione di un particolare significato alla qualifica di diritti come “fondamentali”.

Ciò che si reputa logico fare, invece, è discernere i due differenti livelli in cui tale qualifica produce i suoi effetti, giuridici o meno²²⁴.

Da una parte, infatti, l'inviolabilità opera sul piano “costituzionale” dando origine a un regime peculiare per i diritti a cui è riferita: questi, a seconda della differente tesi che si voglia abbracciare, saranno sottoposti a una particolare disciplina in tema di rivedibilità.

Differente, invece, è la sua incisività sul piano “soggettivo”, ossia delle situazioni giuridiche sussistenti in capo ai titolari dei c.d. diritti “inviolabili”.

A questo livello, l'ampio elenco di diritti espressamente indicati nella nostra Costituzione e, soprattutto, l'apertura ad altri diritti operata tramite la lettura estensiva

²²² Vedasi, in questo senso, il significato attribuito al vocabolo “*unverletzlich*” nella Costituzione tedesca del 1919 (c.d. Costituzione di Weimar).

²²³ P.F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit., 9. È interessante sottolineare come anche l'Autore che sostiene la necessità di una lettura più ampia possibile dell'inviolabilità, non limitabile alla sola irriedibilità costituzionale, propenda di fatto per questa lettura, vedasi A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 38.

²²⁴ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 29 ss. Si rimanda a quanto già detto nella precedente sezione 2.1.4.

dell'art. 2 Cost. non solo rendono l'individuazione dei diritti "inviolabili" un'operazione molto spesso difficoltosa e, come visto anche in relazione ai diritti "fondamentali" in astratto, una valutazione frequentemente soggettiva, non univoca. Ma, soprattutto, consentono l'inclusione nella categoria in esame di situazioni giuridiche aventi natura differente, ognuna con il proprio regime giuridico, così da escludere che la qualifica come "inviolabili" garantisca un regime uniforme per tutte.

Alcuni diritti saranno assoluti, altri imprescrittibili, altri ancora intrasmissibili e altri potranno sì essere sottratti ai poteri della pubblica amministrazione, ma non in base alla loro semplice "inviolabilità", quanto piuttosto alla loro specifica disciplina, come dettata nella Costituzione.

In generale, quindi, il regime giuridico dipenderà dalla categoria di diritti soggettivi cui strutturalmente appartiene un diritto "inviolabile" e dalle eventuali ulteriori precisazioni fissate dalle previsioni costituzionali che li riguardano²²⁵.

Che i diritti "inviolabili" fluiscano dalla Costituzione in capo ai singoli e qui assumano la consistenza, quanto meno in prima battuta, di diritti soggettivi sembra oramai fuori dalla portata delle critiche²²⁶. Quanto sopra esposto serve, invece, per dimostrare che, a questo punto, i diritti soggettivi "fondamentali" (*rectius*, i beni giuridici che costituiscono il loro oggetto) possono essere, in linea di principio, sottoposti alle medesime vicende che caratterizzano i diritti soggettivi "ordinari"²²⁷. La loro "inviolabilità", quindi, non è idonea ad escludere che essi si incrocino, nel corso della loro esistenza, con l'esercizio di pubblici poteri.

Infine, escludere che l'inviolabilità dia origine a un particolare regime giuridico a livello "soggettivo" non significa rimanere ciechi di fronte a tale qualifica, direttamente o indirettamente riconosciuta a un diritto dal legislatore costituzionale.

Accogliendo il suggerimento di chi ritiene opportuno attribuire il significato più ampio e la maggiore incisività possibile a tale aggettivo, si conviene sulla portata

²²⁵ A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 78. In senso analogo, D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 73.

²²⁶ *Ex pluribus*, A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 77 ss. e L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., 282. *Contra*, B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, 20, Torino, 132 ss..

²²⁷ A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, cit., 698; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 189; P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, cit., 122.

assiologica di questa qualifica²²⁸. In altre parole, pur senza garantire *ex se* effetti giuridici ulteriori, sul piano individuale il carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva dovrebbe esprimerne il particolare valore all’interno del nostro ordinamento, così da assicurare peculiare cautela da parte di chi proceda a bilanciare, comprimere, limitare – il tutto legittimamente – tale situazione giuridica, senza che però detta “inviolabilità” determini vincoli aprioristici in capo a questo soggetto²²⁹.

Ciò comporta due ulteriori conseguenze vantaggiose: da un lato, considerato come l’inviolabilità di un diritto possa essere frutto di una scelta “soggettiva” dell’interprete, questa lettura limita le conseguenze giuridiche di tale valutazione²³⁰ e, dall’altro, esclude l’introduzione di una sorta di “superdiritto”, quanto meno a livello di regimi giuridici, ultroneo rispetto allo schema costituzionale.

Quest’ultimo, infatti, prevede solo due figure soggettive riconoscibili in capo ai singoli e pienamente tutelabili in sede giurisdizionale: i diritti soggettivi e gli interessi legittimi²³¹.

²²⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 27 ss.; ID., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 656.

²²⁹ Si veda anche D. NOCILLA, *Libertà*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3496 ss., per cui i diritti inviolabili previsti nelle carte costituzionali, più che dar luogo a specifiche figure dogmatiche di diritti soggettivi, individuano valori direttivi rivolti al legislatore e all’interprete.

²³⁰ Posizione che sembra condivisa anche da P. CERBO, *Giudice ordinario e “sostituzione della pubblica amministrazione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 741 ss. L’Autore, analizzando i margini di sostituzione del giudice ordinario alle scelte discrezionali dell’amministrazione conseguenti alla teoria dei diritti “fondamentali indegradabili”, evidenzia che, “sebbene le logiche equitative siano abbastanza intuibili”, tale teoria apre a una violazione dell’equilibrio istituzionale in base a un’operazione interpretativa opinabile, quale quella che consente al singolo giudice la qualifica di una situazione giuridica come “fondamentale”.

²³¹ Si veda anche N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’inviolabilità*, Pisa, 2013, 37, per cui “il diritto inviolabile non è altro che una categoria costituzionale descrittiva di un interesse, il quale, per essere preso sul serio e per essere fatto oggetto di protezione giurisdizionale (art. 24 Cost.), necessita di essere sottoposto [...] ad un processo di qualificazione, che lo porterà verso il diritto soggettivo costituzionale o l’interesse legittimo costituzionale, posto che la riconducibilità *in astratto* di tale interesse nell’alveo di un diritto inviolabile nulla dice sulla sua forma giuridica, essendo semplicemente indice della sua rilevanza assiologica”.

3. GLI INTERESSI LEGITTIMI “FONDAMENTALI”

Dopo avere speso un intero capitolo per dimostrare come l’incertezza della nozione di diritto “fondamentale” costituisca una delle principali ragioni a supporto della negazione di un suo regime giuridico particolare, quanto meno sul piano soggettivo, risulterebbe ipocrita tacere come un’incertezza altrettanto grande abbia caratterizzato e, considerate le multiformi posizioni dottrinali, tuttora caratterizzi l’altro fulcro attorno a cui si snoda il presente ragionamento giuridico: la figura dell’interesse legittimo quale situazione soggettiva del privato innanzi all’esercizio dei pubblici poteri.

Incertezza che, anche nei confronti di questa situazione giuridica, sussiste sin dal piano della teoria generale del diritto: si è a lungo negato, infatti, il rilievo della figura in esame a livello delle nozioni teoriche, supportando la tesi con la pretesa inesistenza di tale figura in ordinamenti diversi dal nostro²³², nel quale, invece, sarebbe un’inutile ed equivoca sovrastruttura.

La materia è naturalmente ben più ampia e complicata di quanto possa essere sviluppata in questa sede, meritando di essere oggetto di trattazioni specifiche ed esclusive, come avvenuto nel corso degli oltre cento anni dalla sua controversa affermazione²³³.

D’altro canto, non ci si può esimere dal prendere posizione al riguardo nell’ambito di una ricerca volta a verificare correttezza e attualità del vigente criterio di riparto in tema di diritti “fondamentali”, laddove quest’ultimo fondi la negazione della giurisdizione del giudice amministrativo proprio sulla non qualificabilità come interessi legittimi delle situazioni giuridiche “inviolabili”.

Anche in questo campo, ad avviso di chi scrive, la nostra Costituzione si rivelerà chiave di volta imprescindibile per l’affermazione della visione a cui si ritiene di aderire.

²³² La tematica della qualificabilità dell’interesse legittimo quale nozione di teoria generale, anche tramite un raffronto con ordinamenti diversi dal nostro, è stata ampiamente affrontata e risolta da A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 761 ss..

²³³ Si rinvia in prima battuta, considerata la sua esaustività, all’ultimo e recente contributo di F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

3.1. Breve *excursus* sull'attualità dell'interesse legittimo

Come noto, il dibattito sull'interesse legittimo è iniziato ben prima dell'entrata in vigore della nostra Norma fondamentale, avendo come presupposto la legge di abolizione del contenzioso amministrativo del 1865 e, come causa scatenante, l'entrata in vigore della legge n. 5992/1889²³⁴, con cui fu istituita la sezione del Consiglio di Stato per la giustizia nell'amministrazione.

Il sistema introdotto nel 1865, vigente in un contesto teorico in cui l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva era considerata indissolubilmente legata alla sua tutela giurisdizionale²³⁵, si reggeva esclusivamente sulla figura dei diritti soggettivi e null'altro necessitava: uno era il giudice, una era la situazione soggettiva giuridicamente rilevante²³⁶. Un sistema sicuramente lineare, ma che condannava all'irrilevanza giuridica tutti gli altri interessi che si contrapponevano all'agire potestativo della pubblica amministrazione²³⁷.

Fu quindi l'art. 3 l. n. 5992/1889 ad attribuire rilievo di diritto positivo, nell'ambito del riparto di giurisdizione ("spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere..."), agli "affari non compresi" fra i diritti civili o politici affidati al giudice ordinario in base all'art. 2, all. E, l. n. 2248/1865, qualificandoli come "interessi di individui o di enti morali", oggetto di "atti o provvedimenti" amministrativi.

Da questo momento, dunque, sorse il dibattito attorno a detti interessi i quali acquisirono fin da subito una rilevanza spiccatamente processuale, quale indice del riparto tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo²³⁸.

Ad essere nata nel 1889, però, è solamente la controversia attorno all'interesse legittimo, in quanto l'archetipo di tale figura esisteva "implicitamente" già nel nostro ordinamento²³⁹, quale situazione soggettiva del privato nei confronti dei pubblici poteri,

²³⁴ L. 21 marzo 1889, n. 5992.

²³⁵ In tal senso, V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 290 ss..

²³⁶ Al riguardo, vedansi B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 33 ss. e A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, n. 635 ss..

²³⁷ In tal senso, E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 46.

²³⁸ In tal senso, F. MERUSI, *Dal 1865...e ritorno...al 1865. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 684.

²³⁹ Si è fatto ricorso al termine "archetipo" di interesse legittimo in quanto, nella seconda metà del 1800, tale situazione era priva delle numerose garanzie procedurali che oggi la caratterizzano quale

e già trovava una propria tutela extra-giurisdizionale nel ricorso gerarchico e nel ricorso straordinario al Re²⁴⁰.

Procedendo con ordine, per lungo tempo hanno prevalso teorie contrarie all'affermazione di una nozione autonoma di interesse legittimo, le quali paiono tutte riconducibili a due filoni: il primo volto a negare la rilevanza giuridica di tale figura, qualificata pertanto come interesse di mero fatto; il secondo diretto ad affermarne la piena inquadrabilità nell'ambito dei diritti soggettivi.

Sono, dunque, espressione della prima corrente tutti quegli orientamenti, più risalenti nel tempo, che, partendo dalla già accennata teoria per cui potevano dirsi situazioni giuridicamente rilevanti esclusivamente quelle dotate di tutela giurisdizionale, continuarono a qualificare gli interessi protetti innanzi al Consiglio di Stato come interessi semplici, a fronte dell'affermata natura amministrativa (e, per l'appunto, non giurisdizionale) della IV sezione²⁴¹.

Venuta meno la praticabilità di questa via, in seguito al riconoscimento della piena dignità di organo giurisdizionale del Consiglio di Stato²⁴², la corrente negazionista della rilevanza giuridica dell'interesse legittimo non si inaridì, trovando ulteriore linfa vitale nelle teorie dell'interesse occasionalmente protetto²⁴³, ossia tutelabile in quanto coincidente nel caso specifico con l'interesse della collettività. Ulteriori orientamenti dottrinali escludevano, invece, la rilevanza giuridica dell'interesse legittimo sostenendone il valore meramente processuale, quale interesse ad agire²⁴⁴ o legittimazione ad agire solo materialmente coincidente con l'interesse del ricorrente, ma

situazione giuridica di diritto sostanziale. Anche in chiave storica, dunque, ha pieno significato parlare di situazione soggettiva a "progressivo rafforzamento", come fatto da E. CASSETTA, *L'interesse legittimo: una situazione soggettiva a "progressivo rafforzamento"*, in *Dir. econ.*, 2008, 7 ss. in relazione all'incremento degli spazi di tutela che si verifica lungo la vicenda dinamica qualificante l'esistenza degli interessi legittimi, nel loro rapporto coi pubblici poteri.

²⁴⁰ In tal senso, F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 11.

²⁴¹ Vedasi V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1907, 727 ss..

²⁴² Come data ultima si può considerare il 1907, anno di entrata in vigore del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, che esplicitamente qualificò come giurisdizionali le sezioni del Consiglio di Stato diverse dalle prime tre, aventi invece funzione consultiva.

²⁴³ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 85, poi ripreso nella sua visione più articolata da O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 427.

²⁴⁴ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1980 (ristampa), 332 ss..

in realtà a garanzia della legittimità dell'azione amministrativa e, quindi, ancora una volta a tutela dell'interesse pubblico²⁴⁵.

Quanto al secondo filone, si possono richiamare gli orientamenti che, negando l'autonomia della figura dell'interesse legittimo, lo riconducevano nell'alveo del diritto soggettivo alla legittimità dei provvedimenti amministrativi²⁴⁶ o che, ritenendo insuperato e insuperabile il principio di azionabilità in giudizio dei soli diritti soggettivi, riportavano gli interessi legittimi nell'ambito di tale categoria, proprio come conseguenza della loro tutelabilità innanzi al giudice amministrativo²⁴⁷.

Non deve stupire, dunque, che la tesi di maggior successo, pressoché incontrastata in dottrina fino agli anni '40 del secolo scorso, fu una sorta di raccordo fra le due correnti appena esposte.

Come meglio si vedrà nella terza sezione del presente capitolo, considerato il ruolo che questo pensiero gioca tuttora, anche e soprattutto in relazione alla materia dei diritti "fondamentali", il Ranelletti introdusse una duplice configurazione dell'interesse legittimo, valevole tanto come interesse occasionalmente protetto, secondo l'accezione già esposta, quanto come diritto "affievolito" (o "affievolibile"), ossia mutato nel contenuto o nella forma a fronte dell'esercizio di potere discrezionale volto al perseguimento dell'interesse pubblico²⁴⁸.

Tutte queste letture vengono però minate alle loro fondamenta dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Come noto, infatti, con la Costituzione del 1948 si ebbe il primo (ma autorevole) esplicito riconoscimento della figura dell'interesse legittimo in un testo normativo²⁴⁹: oltre a ricevere conferma quale "strumento" processuale, rilevante ai fini del riparto tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario, chiara è l'identificazione della sua natura di situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale,

²⁴⁵ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 13 ss..

²⁴⁶ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1910, 53. Pur senza ricondurre l'interesse legittimo al diritto soggettivo, altri autori qualificarono in seguito la figura in esame come interesse strumentale alla legittimità degli atti amministrativi, tra cui E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 266; E. CASSETTA, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 613 ss.; R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, II, Milano, 1966, 539.

²⁴⁷ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 663 ss..

²⁴⁸ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 434 ss..

²⁴⁹ Artt. 24, comma 1; 103, comma 1; 113, commi 1 e 2.

mediante il suo continuo accostamento alla figura del diritto soggettivo. L'obiettivo perseguito dai costituenti è chiaramente quello di configurare un quadro completo volto al riconoscimento e alla esaustiva tutela di tutte le situazioni giuridicamente rilevanti di cui sono titolari i singoli individui²⁵⁰.

L'accostamento al diritto soggettivo non solo dimostra la condivisione, tra le due situazioni giuridiche, di pari rilievo sostanziale, ma, da un lato, segna definitivamente la distinzione fra le due situazioni soggettive e, dall'altro, esplicita anche l'autonomia dell'interesse legittimo dall'interesse pubblico. L'art. 24 Cost., infatti, è sufficientemente chiaro nell'affermare come gli interessi legittimi, allo stesso modo dei diritti soggettivi, siano interessi "propri", ossia riferibili ai singoli individui e, quindi, siano tutelabili come tali, e non in occasione della tutela dell'interesse pubblico²⁵¹.

Volendo dare adeguato rilievo al significato delle previsioni costituzionali, come si è cercato di fare in relazione ai diritti "fondamentali" e "inviolabili", non si può non condividere il pensiero di chi ritiene che, a Costituzione invariata, l'interesse legittimo debba necessariamente essere considerato un'autonoma situazione giuridica propria del diritto positivo del nostro ordinamento. E lo stesso deve dirsi per il criterio di riparto fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive: per quanto criticabile, tale è cristallizzato nel testo costituzionale, così da non poter essere modificato né dal legislatore ordinario, né tanto meno dall'operazione interpretativa di dottrina e giurisprudenza²⁵².

Ma vi è di più.

La particolarità del potere della pubblica amministrazione, quale strumento per il perseguimento del pubblico interesse ma anche situazione contrapposta all'interesse legittimo e dal cui esercizio dipende il soddisfacimento dell'interesse materiale privato²⁵³, garantisce all'interesse legittimo una peculiare natura, diversa da quella di qualsivoglia diritto soggettivo²⁵⁴, così da assicurarne il rilievo come situazione giuridica

²⁵⁰ In tal senso, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 9.

²⁵¹ F.G. COCCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 182.

²⁵² R. VILLATA, *La prima riforma*, cit., 2 e 3.

²⁵³ Vedasi R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 455 ss.

²⁵⁴ Anche di un diritto relativo il cui soddisfacimento richiede l'intervento del soggetto passivo; in tal senso, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 12.

pure sul piano della teoria generale, al di là delle esplicite previsioni dei singoli ordinamenti²⁵⁵.

Limitandosi a un riferimento all'ordinamento oggetto di disamina e comparazione nell'ultimo capitolo del presente contributo²⁵⁶, ossia quello francese, affinità con l'interesse legittimo possono riscontrarsi in relazione all'interesse fatto valere dal privato con il *recours pour excès de pouvoir*²⁵⁷, così come in relazione alle facoltà vantate dal singolo nell'ambito del procedimento di formazione del provvedimento amministrativo²⁵⁸.

Proprio la nuova attenzione all'aspetto procedimentale, che ha trovato piena espressione nella legge 7 agosto 1990, n. 241, ossia alle facoltà del privato di partecipare alla formazione della volontà della pubblica amministrazione così da ottenere un provvedimento a sé favorevole, conferma il carattere sostanziale di tale situazione soggettiva²⁵⁹. Pertanto, l'interesse legittimo nasce fuori e prima del processo, concretizzandosi negli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento al singolo per intervenire nel procedimento e influire sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione e, dunque, sul contenuto provvedimento finale²⁶⁰.

D'altro canto, l'interesse legittimo si distingue tanto dall'interesse pubblico, quanto dall'interesse alla legittimità dell'atto²⁶¹: da un lato, infatti, l'utilità del privato ben può essere diversa e contrapposta a quella della collettività (si pensi, in generale, agli interessi oppositivi), dall'altro, un atto illegittimo può essere pienamente soddisfacente dell'interesse privato²⁶².

²⁵⁵ In tal senso, A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, cit., 761 ss..

²⁵⁶ Per una riflessione sull'ordinamento dell'Unione, su quelli di altri Stati europei e dei sistemi anglosassoni, vedasi A. MASSERA, *op. ult. cit.*.

²⁵⁷ Vedasi C. BROUELLE, *Il ricorso pour "excès de pouvoir" è destinato a tutelare la situazione giuridica del ricorrente?*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 35 ss. e F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2 ss..

²⁵⁸ In materia, J.B. AUBY, *Procédure administrative et garantie des droits des citoyens en droits français*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 31 ss..

²⁵⁹ M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, XIX, cit., 229 ss..

²⁶⁰ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 102 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 233.

²⁶¹ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., *passim*.

²⁶² Diversa è la dimensione processuale dove, invece, l'interesse a ricorrere è ancora necessariamente l'utilità per il privato all'annullamento di un atto illegittimo.

Punto di arrivo, o di partenza per future riflessioni, è quindi la definizione fornita da Mario Nigro, per cui l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, di cui è titolare il singolo che si raffronta con l'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione e che gli conferisce strumenti idonei a influire sull'esercizio del potere stesso così da cercare di conseguire o conservare, per il tramite dell'azione amministrativa, un'utilità materiale²⁶³.

²⁶³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 103, per cui l'interesse legittimo è "la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità". Tale definizione fu apertamente recepita anche in giurisprudenza, come risulta dalla celebre pronuncia delle Sezioni unite, n. 500/1999 e, quanto ai giudici amministrativi, dalla decisione del Consiglio di Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3. Non mancano, tuttavia, teorie recenti che ancora negano l'autonomia dell'interesse legittimo, generalmente affermandone il necessario riassorbimento nel diritto soggettivo. Così, coralmemente, C. MARZUOLI – A. ORSI BATTAGLINI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 ss., per cui l'interesse legittimo ritorna ad essere diritto soggettivo (alla legittimità dell'atto) distinguendosi da esso solo quanto al giudice innanzi a cui ricevere tutela; singolarmente, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 161 ss. e C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 134 ss.. Sulla loro scia, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 166, ove si ribadisce che agli obblighi gravanti in capo all'amministrazione nell'ambito del procedimento farebbe da contraltare una situazione di diritto (di credito) del privato a un comportamento legittimo, e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 351 e ID., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., 132 ss.. Altri autori hanno rinvenuto nell'incremento delle tutele giurisdizionali e nella loro sostanziale analogia con quelle previste per il diritto soggettivo le cause del riassorbimento dell'interesse legittimo in quest'ultima figura: in *primis*, A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss. e ID., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.. Su posizioni analoghe, vedasi anche L.R. PERFETTI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 60 ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo (voce)*, in *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2008, 727; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008, 153 ss. e ID., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, 2009, in *Questione giust.*, n. 2, 34 ss.. Sempre nel senso di una riconduzione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, vedasi F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, 2713 ss. e ID., *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2212 ss.; N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1 ss.. Sull'inutilità dell'interesse legittimo anche ai fini del riparto di giurisdizione, il quale si fonderebbe, a seguito dell'art. 7 c.p.a., esclusivamente sul potere dell'amministrazione, vedasi S. GIACCHETTI, *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 335 ss.. Guardando alle posizioni più recenti, non sono mancate attestazioni favorevoli alla piena attualità e autonomia della figura dell'interesse legittimo, anche e soprattutto alla luce dei rinnovati spazi di tutela: *ex pluribus*, V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 115 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1207 ss.; R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss.; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo rinnovato*, Torino, 2012; G. VERCILLO, *La tutela della*

Senza procedere oltre nella ricostruzione della figura e dei suoi molteplici aspetti caratterizzanti (tipologie di interessi legittimi, ipotesi di potere vincolato, configurabilità dell'interesse legittimo nel diritto privato, ecc.), ciò che qui serve sottolineare è il rapporto di corrispondenza tra interesse legittimo e pubblico potere: in assenza di quest'ultimo, la situazione soggettiva del privato non può caratterizzarsi come interesse legittimo²⁶⁴.

Ciò spinge ad abbracciare un'ulteriore "evoluzione" dell'esposta teoria di Nigro, che si discosta da essa quanto all'oggetto dell'interesse legittimo. Oggetto che, per Nigro, consiste direttamente nel bene della vita, nell'interesse materiale cui mira in ultima battuta il privato, prima intervenendo nel procedimento, poi, eventualmente, agendo in giudizio²⁶⁵ (per esempio, quindi, il terreno oggetto del procedimento/provvedimento espropriativo della pubblica amministrazione). Così facendo, però, l'oggetto potrebbe andare a coincidere con quello del diritto soggettivo, adombrando la particolarità dell'interesse legittimo (ciò succede con gli interessi oppositivi; si pensi sempre al caso del potere espropriativo, al relativo interesse legittimo e al diritto di proprietà).

Più efficace pare l'immagine dell'interesse legittimo avente ad oggetto l'azione amministrativa a sé favorevole, che solo in ultima battuta coinvolge l'interesse materiale, come interesse finale²⁶⁶.

"chance". *Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 32; M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Napoli, 2013, 17 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016, 79 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 129 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 470 ss.; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 190 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 432 ss.. Separata menzione, per l'attenzione, l'approfondimento e l'ampiezza della produzione in materia, merita l'opera di F.G. Scoca, risoluto sostenitore della figura in esame, di cui fino ad ora si è citato il contributo più recente ed esaustivo – F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit. – ma di cui non si possono trascurare altri interventi quali, *ex pluribus*, ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; ID., *La gestazione dell'interesse legittimo*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007, 283 ss.; ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss..

²⁶⁴ Riguardo a questa nozione di "strumentalità" dell'interesse legittimo rispetto al potere, vedasi anche A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in ID., *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., 14.

²⁶⁵ In questa direzione, vedasi l'opera anticipatrice di G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1940, 49 ss. Più di recente, invece, vedasi l'autorevole contributo di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss..

²⁶⁶ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 313 ss., e, in sintesi, ID., *Interessi protetti (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVII, cit., 1989, 7 ss..

In tal modo, infatti, si evidenzia il tratto distintivo dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, ossia la presenza di quel "diaframma", dato dal pubblico potere, tra il titolare della situazione giuridica e l'interesse materiale, sicché l'esercizio della funzione amministrativa è condizione per l'ottenimento o il mantenimento del bene della vita a cui mira in ultima battuta il soggetto privato.

In altre parole, l'ottenimento o il mantenimento dell'utilità finale non conseguono direttamente dalle previsioni di legge, ma dalla valutazione della conformità tra l'interesse individuale e quello pubblico, rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione, ma influenzabile dal singolo con gli strumenti di partecipazione all'azione amministrativa che sono espressione dell'interesse legittimo.

A fronte di ciò, semplice è la lettura del criterio di riparto in materia di situazioni giuridiche "fondamentali" o "inviolabili", che per lungo tempo ha escluso aprioristicamente la sussistenza di pubblici poteri in presenza di tali situazioni. Così facendo, infatti, si qualificavano le condotte della pubblica amministrazione come meramente fattuali, non riconducibili ad alcun provvedimento, così da estromettere qualsivoglia figura di interesse legittimo dalla fattispecie concreta, in modo da poter affermare la giurisdizione del giudice ordinario²⁶⁷.

3.2. Interessi legittimi e diritto sovranazionale: un binomio possibile

Per quanto la presente ricerca sia incentrata sull'ordinamento nazionale, con la finalità ultima di verificare la tutelabilità anche innanzi al giudice amministrativo dei beni oggetto dei diritti "fondamentali", si dimostra opportuno, giunti a questo punto, un brevissimo *excursus* circa la compatibilità della figura dell'interesse legittimo con i sistemi dei diritti affermatasi nell'ordinamento europeo e nella normativa CEDU.

Come già fatto notare nel precedente capitolo, questi due sistemi sovranazionali sono capaci di incidere direttamente negli ordinamenti nazionali anche attraverso la creazione di nuove situazioni giuridiche soggettive, spesso qualificate come "fondamentali", che

²⁶⁷ Si richiama la giurisprudenza costituzionale tracciata a partire dalla sentenza C. cost., n. 191/2006 cit. in materia di comportamenti della pubblica amministrazione, recepita normativamente dall'art. 7, commi 1, 4 e 5, c.p.a., laddove si richiede la connessione, anche mediata, del comportamento della pubblica amministrazione con l'esercizio di un potere per ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo, anche esclusiva.

si vanno ad aggiungere al catalogo di quelle già previste e tutelate dalla normativa dei singoli Stati²⁶⁸.

Situazioni giuridiche che tanto nella CEDU quanto nel diritto europeo sono denominate esclusivamente come “diritti”, senza che in entrambi i sistemi sia ravvisabile la dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo che, come evidenziato nella precedente sezione, costituisce uno dei tratti caratterizzanti il nostro ordinamento, a partire dalle previsioni costituzionali²⁶⁹.

Da qui la piena razionalità degli interrogativi che sono sorti in tema di compatibilità della figura dell’interesse legittimo con i diritti sovranazionali e, conseguentemente, circa la possibilità e l’opportunità di tenere in vita tale figura, trovandosi ora il nostro ordinamento in un contesto più ampio, in cui essa non sembrerebbe avere cittadinanza alcuna²⁷⁰.

Tuttavia, la giurisprudenza di entrambi i sistemi è stabile, ormai da lungo tempo, nell’affermare la possibilità che una situazione giuridica, nata come “diritto” nella CEDU o nelle fonti eurounitarie, possa assumere la natura di interesse legittimo nell’ordinamento nazionale e, viceversa, che una situazione sorta come interesse legittimo nell’ordinamento nazionale possa essere qualificata come “diritto” innanzi ai giudici europei²⁷¹.

In un caso classico, la Corte europea dei diritti dell’uomo si è infatti dimostrata indifferente alla qualifica, nell’ordinamento nazionale, della situazione soggettiva vantata dal privato nei confronti di un’amministrazione, riconducendola in ogni caso fra

²⁶⁸ Si rimanda alla fine della sezione 2.2.1.

²⁶⁹ Secondo alcuni autori, ad ogni modo, pur in mancanza di un loro riconoscimento espresso è ben possibile ravvisare gli interessi legittimi anche negli ordinamenti sovranazionali, sempre sulla base della correlazione o meno della situazione privata con un pubblico potere; vedansi C.E. GALLO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la pubblica amministrazione nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 317 ss. e R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell’ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 848 ss..

²⁷⁰ Sul tema delle situazioni giuridiche europee e della loro compatibilità con le situazioni giuridiche “nazionali”, *in primis* con gli interessi legittimi, si rimanda su tutti a E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, Torino, 2004, 114 ss.; ID., *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Milano, II, 2007, 903 ss. (spec. 925 ss.). Quanto alla compatibilità con la CEDU, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2007, 413 ss..

²⁷¹ Per una sintetica trattazione dell’argomento, N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’inviolabilità*, cit., 115 ss..

i “diritti civili” ai sensi della Convenzione così da assicurare l’applicazione delle garanzie previste dall’art. 6 CEDU²⁷².

Allo stesso modo, la Corte di Giustizia ha più volte evidenziato la non interferenza del diritto europeo con la qualificazione delle posizioni giuridiche da parte degli ordinamenti nazionali, facendo trasparire come alla dicitura “diritti” europei non sia necessariamente da far corrispondere il significato di diritti soggettivi, quanto piuttosto quello di situazioni giuridiche soggettive²⁷³. Per sua esplicita ammissione, la Corte non è chiamata a intervenire “nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell’ambito dell’ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario”²⁷⁴.

Ciò posto, dunque, i diritti sovranazionali non sembrano osteggiare la sopravvivenza dell’interesse legittimo all’interno dell’ordinamento italiano, a una condizione però.

Tanto la CEDU quanto il diritto europeo richiedono che gli ordinamenti nazionali, liberi nel qualificare una posizione giuridica avente rilievo anche sul piano sovranazionale, garantiscano alla stessa una tutela piena ed effettiva, senza che tale qualificazione possa comportare alcuna dequotazione, ossia livelli di tutela inferiori a

²⁷² C. eur. Dir. uomo, 5 ottobre 2000, n. 33804 (*Mennitto*), con note di D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur.it.*, 2001, 1335 ss. e M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, 2001, 144 ss. Più recentemente, sul tema si vedano M. ALLENA, *L’art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’interno degli stati membri dell’unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 267 ss. e E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss..

²⁷³ In tal senso, A. TIZZANO, *Diritto comunitario e tutela giurisdizionale nel diritto interno, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in AA.VV., *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L’influenza del diritto comunitario*, 35 ss. (spec. 40).

²⁷⁴ C. giust. CE, 9 luglio 1985, n. 179, ribadita più volte (*ex pluribus*, vedasi la più recente C. giust. UE, 15 aprile 2008, n. 268). Ancora prima vedasi C. giust. CE, 19 dicembre 1968, C-13/68, in cui si era già affermato come “spetta all’ordinamento giuridico nazionale lo stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela e, a tale effetto, il decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata”. Da queste pronunce risulta evidente come l’interesse legittimo sia percepito, a livello europeo, anche e soprattutto come una formula organizzatoria del sistema processuale amministrativo italiano, finalizzata *in primis* all’individuazione del giudice competente; in tal senso, A. BARTOLINI, *L’interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in B. CAVALLO (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, 30 ss.. Sui margini di autonomia degli ordinamenti nazionali rispetto al diritto europeo in tema di disciplina del processo amministrativo vedasi, quindi, M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ’s Case Law in Italy, Germany and England*, Amsterdam, 2009; ID., *The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judge-made Standards in the Field of Administrative Justice*, in *Electronic Journal Of Comparative Law*, vol. 13.3 (September 2009).

quanto previsto in sede europea²⁷⁵. Chiara manifestazione di ciò è stata l'influenza del sistema comunitario per l'affermazione del principio della risarcibilità dell'interesse legittimo, che ne ha garantito – con gli incrementi di tutele successivi – la permanenza nel nostro ordinamento e in quello europeo, tramite un'evoluzione di questa figura, sintomatica dei mutati rapporti tra privato e pubblica amministrazione, così come anche del mutato contesto in cui si colloca l'ordinamento italiano.

Anche il raffronto con il piano sovranazionale, quindi, conferma l'ammissibilità, come figura di diritto sostanziale, dell'interesse legittimo, purché essa sia accompagnata da una tutela processuale appagante²⁷⁶.

Tema, quello dell'adeguatezza del giudice amministrativo a fornire protezione alla posizione del privato, che, come si vedrà nel quarto capitolo, costituisce un punto cardinale anche del ragionamento volto a verificare la possibilità di rendere il giudice amministrativo giudice ordinario delle controversie concernenti i beni “fondamentali” indebitamente lesi dall'esercizio dei pubblici poteri.

3.3. La teoria della degradazione: un'ipotesi non più attuale

È ora possibile focalizzare nuovamente l'attenzione sull'ordinamento italiano.

Ivi, superata l'aprioristica affermazione dell'incompatibilità tra pubblici poteri e diritti “fondamentali”²⁷⁷, ciò che tuttora non consente, fatte salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva, di attribuire al giudice amministrativo le controversie coinvolgenti tali situazioni giuridiche è il predicato principio dell'incomprimibilità dei

²⁷⁵ In tal senso, vedasi la già citata sentenza *Mennitto* della Corte EDU, dove la qualifica di interesse legittimo non ha escluso l'operatività dell'art. 6 CEDU. In ambito europeo, la Corte di giustizia ha più volte affermato il divieto, per gli Stati membri, di riconoscere ai diritti “europei” livelli di tutela inferiori rispetto a quelli operanti sul piano sovranazionale, così come a quelli previsti per analoghe situazioni disciplinate dal diritto nazionale (vedasi, *ex pluribus*, C. giust. UE, 27 febbraio 2003, C-327/00; ID., 3 marzo 2005, C-21/03 e C-34/03; ID., ordinanza del 4 ottobre 2007, C-492/06; ID., 12 marzo 2015, C-538/13).

²⁷⁶ In tal senso, F. PATRONI GRIFFI, *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei paesi membri: quali prospettive?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 367 ss. e M.C. BARUFFI, *Sulla tutela dei “diritti soggettivi comunitari”*, in *Foro it.*, 1995, 230 ss.. Anche gli autori più critici quanto all'opportunità di mantenere il binomio diritto soggettivo-interesse legittimo alla luce delle evoluzioni conseguenti dai sistemi sovranazionali non negano la compatibilità in sé della figura dell'interesse legittimo con la CEDU e l'ordinamento eurounitario, ma si soffermano esclusivamente sul problema dell'effettività della tutela. Si vedano E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, cit., 928 ss. e S. MIRATE, *L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU al processo amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 119 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 419 ss..

²⁷⁷ Come visto nel primo capitolo, nello specifico, vedasi le sezioni 1.6. e successive.

diritti “inviolabili”, incapaci di essere trasformati in interessi legittimi dai pubblici poteri.

In altre parole, la corrispondenza tra interesse legittimo e potere amministrativo non sarebbe biunivoca: se l’interesse legittimo presuppone il potere, non è detto che il potere si confronti necessariamente con un interesse legittimo, potendo scontrarsi con diritti soggettivi che tali rimarrebbero, in considerazione del rango dei beni di cui essi si pongono a tutela²⁷⁸.

Non resta, dunque, che vagliare l’attualità della c.d. teoria dell’affievolimento, su cui il surrichiamato principio dell’“incomprimibilità” – e, quindi, tutto il criterio di riparto in tema di diritti “inviolabili” – si fonda, avendo come presupposto i risultati raggiunti nel precedente capitolo, ossia l’esclusione, sul piano soggettivo, di un regime speciale per i diritti “fondamentali” che li differenzi dagli altri diritti soggettivi.

Il concetto di affievolimento è stato originariamente elaborato dalla dottrina tedesca nell’ambito del diritto privato: con esso si individuano i mutamenti dinamici che riguardano un diritto soggettivo, i quali, pur lasciandone intatta la natura giuridica, ne sminuiscono l’efficacia, determinando uno stato di quiescenza del rapporto giuridico²⁷⁹.

Quanto al suo recepimento nel diritto amministrativo italiano, esso è in primo luogo frutto della già menzionata elaborazione teorica del Ranelletti. L’Autore, al fine di conciliare il postulato per cui solo i diritti soggettivi potevano giovare della tutela giurisdizionale con l’esplicito riconoscimento della natura di organo giudicante del Consiglio di Stato, arrivò ad affermare, già nella sua prima opera, che gli interessi di cui alla legge del 1889 fossero veri e propri diritti soggettivi che, raffrontandosi con l’interesse generale, subivano una “compressione”²⁸⁰. L’aspetto dinamico di questa lettura, con una situazione giuridica privata che si trasforma quando entra in contatto con un potere pubblico, si coglie anche dall’affermazione per cui, quando il potere viene

²⁷⁸ In tal senso, vedasi B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 14 (il numero di pagina, qui e nelle future citazioni, si riferisce alla versione reperibile *on line*). Anche in questa sede, così come nel contributo ultimo citato, si accantona per esigenze di linearità l’altra ipotesi in cui, secondo parte della dottrina, pubblici poteri e diritti soggettivi potrebbero convivere, ossia l’ipotesi dei poteri vincolati.

²⁷⁹ Vedasi, E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento (voce)*, in *Enc. dir.*, I, cit., 1964, 670-671.

²⁸⁰ O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, 77.

meno, gli interessi legittimi “riprendono la loro naturale espansione e sono dei veri diritti subiettivi”²⁸¹.

A questa prima elaborazione fece seguito una più matura teorizzazione, di fatto capace di conciliare le principali correnti di pensiero allora vigenti in materia di interessi legittimi, in cui però l'affievolimento perse il suo carattere dinamico.

Come già indicato, infatti, all'interesse legittimo fu attribuita una natura composita, ramificandosi in due situazioni soggettive che il privato poteva vantare nei confronti della pubblica amministrazione²⁸².

Da un lato, gli interessi legittimi erano interessi occasionalmente protetti, la cui tutela sarebbe stata solo un effetto secondario delle norme poste a presidio dell'interesse generale²⁸³.

Dall'altro, l'interesse legittimo veniva ricondotto a un'ipotesi particolare di diritto soggettivo.

I diritti soggettivi, infatti, nei confronti della pubblica amministrazione potevano a loro volta essere di due tipi: diritti perfetti, la cui condizione è pienamente definita dalla legge e in relazione ai quali non sussiste alcun potere di apprezzamento discrezionale; e diritti affievoliti, che già nascono come tali (è questo, dunque, il profilo statico dell'affievolimento), in quanto compenetrati con l'interesse pubblico, poiché la relativa disciplina normativa ne ammette esplicitamente il sacrificio tramite l'esercizio dei poteri amministrativi discrezionali²⁸⁴.

Sono proprio i diritti affievoliti che, per l'Autore, andavano a integrare la seconda figura di interesse legittimo. Essi valevano come diritti soggettivi nei confronti dei privati, ma come interessi legittimi nei confronti dell'amministrazione.

Diritto soggettivo e interesse legittimo sono le due facce del diritto affievolito che viene alla luce con questa duplice anima senza che nessuna trasformazione consegua dal contatto con i pubblici poteri. Né, d'altra parte, questi ultimi sono idonei a trasformare i diritti perfetti in interessi legittimi.

²⁸¹ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 77.

²⁸² Vedasi la posizione assunta dall'Autore nell'opera, di vent'anni successiva a quella citata nella precedente nota, O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit..

²⁸³ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 430 ss..

²⁸⁴ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 434 ss..

L'affievolimento, come evento dinamico che può caratterizzare la vita di un diritto soggettivo trasformandolo e degradandolo a interesse legittimo, era quindi stato (momentaneamente) abbandonato e, anzi, fu il suo successivo recupero da parte dell'Autore ad alterare l'equilibrio della sua costruzione teorica.

Il Ranelletti, infatti, in un'opera successiva ammise che anche i diritti perfetti avrebbero potuto essere sacrificati in vista dell'interesse pubblico – pur dietro versamento di un'indennità – risultando a loro volta “affievolibili”²⁸⁵. Così facendo, la categoria del diritto “affievolito”, ossia di un diritto che già nasceva “compresso”, divenne superflua, ben potendo tutti i diritti soggettivi, nel corso della loro vita, essere ridotti a interessi legittimi da parte dei pubblici poteri²⁸⁶. Superflua ed esposta a critiche principalmente a causa della sua ambigua natura (interessi legittimi per la pubblica amministrazione, diritti soggettivi innanzi ai privati), sicché i diritti affievoliti vennero in seguito riassorbiti nell'ordine dei diritti soggettivi *tout court*²⁸⁷, lasciando campo libero proprio al fenomeno dell'affievolimento.

Dunque, in base ad esso i diritti soggettivi incisi da un pubblico potere si riducono a un *quod minus*, diventando interessi legittimi²⁸⁸. Così facendo residuano due sole figure soggettive di cui il privato può essere titolare: il diritto soggettivo e la sua evoluzione (*rectius*, involuzione), l'interesse legittimo.

La teoria dell'affievolimento riscontrò immediato successo in giurisprudenza, la quale ha più volte fatto ricorso all'immagine della “degradazione del diritto in interesse legittimo”²⁸⁹.

La ragione di tale successo stava nella capacità del meccanismo in esame di risolvere un problema prettamente processuale fortemente avvertito nella prima metà del secolo scorso: quello di garantire ai diritti soggettivi, che si trovavano innanzi ai poteri

²⁸⁵ O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 166 ss..

²⁸⁶ G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, cit., 57.

²⁸⁷ Su tutti, A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 201.

²⁸⁸ Fra i primi sostenitori dell'interesse legittimo come diritto affievolito o, come indicato dall'Autore, “condizionato”, vedasi G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, 189. Vedasi anche M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 522 ss. e ID., *Atto amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, cit., 1959, 188, in cui l'Autore qualifica la degradazione come uno degli effetti dell'imperatività del provvedimento amministrativo.

²⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 1937, in *Foro. It.*, 1938, III, 1 ss.. Vedasi anche le successive Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, in *Foro. It.*, 1948, III, 120 ss. e ID., 7 febbraio 1948, *ivi*, 150 ss..

pubblici, piena tutela, analoga a quella degli interessi rimessi alla giurisdizione del giudice amministrativo²⁹⁰. Come si vedrà nel prossimo capitolo, se i diritti soggettivi restano tali innanzi al potere pubblico, il giudice ordinario non può annullare o modificare il provvedimento né condannare la pubblica amministrazione a un *facere* provvedimentale, potendo solo disapplicare l'atto e condannare la parte pubblica al risarcimento dei danni. Da ciò l'opportunità di degradare i diritti soggettivi a interessi legittimi, facendoli ricadere nella giurisdizione del giudice amministrativo e aggirando i limiti fissati dall'all. E, l. n. 2248/1865²⁹¹.

Per quanto nei primi decenni del dibattito attorno all'interesse legittimo questa teoria fu indiscutibilmente popolare ed efficace ai fini del riparto di giurisdizione, essa non è ad oggi più sostenibile, come ampiamente argomentato in dottrina.

In primis, la “degradazione” comporta una scorretta rappresentazione della realtà giuridica: il provvedimento non degrada alcun diritto, al massimo lo estingue. Infatti, l'interesse legittimo o già esiste assieme al diritto – è l'ipotesi degli interessi oppositivi – e “rimane da solo” a seguito dell'esercizio del potere²⁹², oppure “nasce già solo”, contestualmente all'avvio dell'azione amministrativa di carattere potestativo – è il caso degli interessi pretensivi, in presenza dei quali il privato non vanta *ex ante* nessun diritto²⁹³.

L'estinzione del diritto è solamente espressione dei possibili effetti del provvedimento²⁹⁴, ma la situazione soggettiva che dialoga direttamente con il potere è l'interesse legittimo. Allo stesso modo, qualora diritto soggettivo e interesse legittimo

²⁹⁰ Tale prospettiva è evidenziata da F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 73; M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 45; G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2014, 70.

²⁹¹ Vedasi anche F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso amministrativo (all.E)*, in *Amministrare*, 2015, fasc. 1 suppl., 225 ss. (spec. 255 ss.) in cui l'Autore riconduce alla degradazione e alla contestuale preferenza per le tutele offerte dal giudice amministrativo un fenomeno di “rarefazione” dei diritti soggettivi a seguito della legge n. 5992/1889.

²⁹² Si pensi al procedimento espropriativo, durante il quale convivono il diritto di proprietà e l'interesse legittimo a un'azione amministrativa che assicuri la conservazione del bene oggetto della procedura. Invece, una volta adottato il provvedimento di esproprio, il diritto viene meno.

²⁹³ Si pensi all'interesse al rilascio di un permesso di soggiorno, in relazione al quale il cittadino straniero non vanta alcun diritto. Nel complesso, questa visione critica della degradazione è riscontrabile anche in M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., 532. Chiara è, quindi, la comprensione della realtà da parte dell'Autore, il quale, pur riconoscendo l'imprecisione di termini come degradazione e affievolimento, ne ammette comunque l'utilizzo, data la loro porta evocativa.

²⁹⁴ F.G. SCOCA, *La teoria sul provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 267.

convivano, è inutile ricorrere all'affievolimento per assicurare la tutela del bene oggetto del diritto soggettivo "leso" dal potere: questa tutela, infatti, sarà una conseguenza della protezione dell'interesse legittimo, ossia della situazione effettivamente incisa dai pubblici poteri²⁹⁵.

Numerosi ed evidenti sono gli indici a riprova dell'inesattezza della teoria dell'affievolimento.

Uno è già stato fornito, ovvero la possibile coesistenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi riconducibili, in ultima battuta, al medesimo bene della vita. Si pensi sempre all'ipotesi di procedimento espropriativo, in cui l'interessato è ancora titolare del diritto di proprietà sul bene, ma allo stesso tempo, a fronte dell'avvio dell'azione amministrativa, gli spetta anche un interesse legittimo a un provvedimento che garantisca la conservazione del bene stesso, che sorge a prescindere da qualsivoglia affievolimento²⁹⁶.

Ancora: parlare di affievolimento, in modo che l'interesse legittimo risulti un diritto soggettivo "mutilato", appare in aperto contrasto con l'attuale Testo costituzionale che, come visto, è chiaro nel porre sullo stesso piano le due situazioni giuridiche soggettive²⁹⁷.

Né sarebbe comprensibile una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, da un lato, presupponga la sussistenza di un potere della pubblica amministrazione e, dall'altro, la presenza congiunta di interessi legittimi e diritti soggettivi "non affievoliti", pur al cospetto del summenzionato potere²⁹⁸.

Né, da ultimo, ha più alcuna utilità tale teoria ai fini del risarcimento degli interessi legittimi, oggi ammesso in via "autonoma" e diretta, senza che sia necessario un previo annullamento del provvedimento amministrativo, un tempo ritenuto indispensabile per

²⁹⁵ Vedasi F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 23 ss., in cui l'Autore qualifica l'affievolimento proprio come teoria "spuria" – perché, come detto, il potere estingue, non affievolisce – e "inutile" – proprio in relazione al riparto di giurisdizione. Posizioni analoghe sono espresse anche da E. CAPACCIOLI, *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1995, 76.

²⁹⁶ In tal senso, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 76.

²⁹⁷ Si rimanda alle posizioni di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.) (voce)*, cit., 9; F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 182; R. VILLATA, *La prima riforma*, cit., 2 e 3 riportate in relazione alle precedenti note nn. 250, 251 e 252.

²⁹⁸ In tal senso, E. CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Foro amm.*, 1963, 73 ss..

la “riespansione” (contrario dell’affievolimento) del diritto soggettivo, unica situazione ritenuta risarcibile²⁹⁹.

A fronte dell’esercizio del potere, quindi, non si affievolisce alcuna situazione giuridica soggettiva del privato, ma ne sorge un’altra, idonea a confrontarsi con l’esercizio della funzione pubblica e volta a offrire ulteriori spazi di tutela al singolo.

3.4. Le situazioni giuridiche “fondamentali” e i pubblici poteri: il superamento del dogma dei diritti “incomprimibili”

Invocare l’incomprimibilità di un diritto al fine di garantire la giurisdizione del giudice ordinario, alla luce di quanto sopra esposto, appare un non senso poiché, innanzi all’esercizio di un pubblico potere, sorge un’ulteriore e autonoma situazione soggettiva di interesse legittimo, indipendentemente da qualsivoglia affievolimento del diritto “fondamentale”.

Sicuramente il bene della vita oggetto di tale diritto potrà essere, legittimamente o meno, inciso dall’esercizio del potere e obiettivo del prossimo capitolo sarà verificare se la disciplina processuale prevista a tutela degli interessi legittimi sia ad oggi in grado di fornirgli idonea – o migliore – protezione, oppure se abbia ancora un senso “occultare” la reale natura della situazione giuridica così da garantirle migliore tutela innanzi al giudice ordinario.

Quello che si vuole fare, nella restante parte del presente capitolo, è invece verificare se l’“incomprimibilità” dei diritti “fondamentali”, smentita a livello teorico, non sia in realtà il frutto concreto della disciplina positiva.

In altre parole, si ha intenzione di appurare se, in base alle previsioni normative vigenti, i beni materiali oggetto dei diritti “fondamentali” possano raffrontarsi con i pubblici poteri.

Premessa alla trattazione, e conseguenza di quanto esposto nel precedente capitolo, è la concezione ampia dei diritti “fondamentali”, non limitata a quelli esplicitamente qualificati come “inviolabili” e “fondamentali” dalla Costituzione. A fronte delle incertezze circa la puntuale individuazione di quali debbano essere, in base alla lettura aperta dell’art. 2 Cost., i diritti implicitamente “inviolabili”, direttamente previsti o

²⁹⁹ Questa ulteriore critica all’affievolimento è esposta in G. VERCILLO, *Diritti fondamentali tutelati dalla costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, cit., 1372 ss..

meno dalla Costituzione, sia consentito anche il più generico riferimento, in questa sede, ai diritti di rilievo costituzionale.

Punto di partenza della riflessione, ancora prima dell'analisi delle disposizioni di diritto positivo, deve essere la configurabilità di eventuali conflitti tra diritti "fondamentali", sia nel senso di diritti diversi appartenenti a soggetti diversi, sia nel senso dello stesso diritto di cui sono titolari due differenti individui³⁰⁰.

Si pensi alla libera circolazione del singolo, ostacolata dal diritto di sciopero di altri soggetti, come espressione del diritto al lavoro, oppure alla manifestazione del pensiero di un soggetto che ostacoli la libera manifestazione del pensiero di altri.

Allo stesso modo, saranno sempre possibili conflitti tra diritti "fondamentali" e diritti che tali non sono, almeno a seconda della scala di valori che si ritiene di abbracciare, ma che sono ugualmente, quanto a natura giuridica, diritti soggettivi.

Si pensi, ancora, alla libera manifestazione del pensiero del singolo e alla posizione del proprietario di un giornale che si rifiuti di diffondere tale pensiero³⁰¹.

Tutto ciò appare come naturale conseguenza del fatto che la previsione di un diritto comporta la nascita di obblighi e può determinare la scomparsa di diritti in capo ad altri³⁰².

A queste ipotesi, poi, si aggiunge anche quella in cui il diritto "fondamentale" del singolo entra in conflitto con un interesse generale, possibile espressione di un diritto "fondamentale" riconducibile alla collettività nel suo complesso³⁰³.

Ad essa può chiaramente ricondursi il caso giurisprudenziale, riportato nel primo capitolo, di contrapposizione tra diritto alla salute del privato, che contesta la realizzazione di un depuratore nelle vicinanze della sua abitazione, e l'interesse collettivo alla salute, soddisfatto dalla realizzazione dell'impianto stesso³⁰⁴.

Pertanto, i beni materiali oggetto, in ultima battuta, di tutela costituzionale possono essere riconducibili a interessi contrapposti, imputabili tanto ai singoli quanto alla collettività in genere.

³⁰⁰ In tal senso, R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 78 ss. e R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, 504 ss..

³⁰¹ B. CELANO, *I diritti nello stato costituzionale*, cit., 89 ss..

³⁰² N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, cit., 6 ss..

³⁰³ R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 505; A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, cit., 210 ss..

³⁰⁴ Sezioni Unite, n. 5172/1979.

Questo è il frutto della dimensione sociale dei beni e delle situazioni giuridiche in questione, ossia della rete di rapporti tra i singoli componenti della collettività, nonché tra gli individui e la collettività stessa, che queste posizioni concorrono a configurare³⁰⁵. Da ciò l'esigenza che ogni bene, ogni situazione soggettiva, ogni valore non sia caratterizzato da una valenza assoluta, ma risulti compatibile e conformabile a quelli che lo circondano³⁰⁶.

Diviene pertanto essenziale la fissazione di limiti ai singoli diritti, inclusi quelli "fondamentali", e la previsione di forme di bilanciamento tra gli stessi, tali da impedire la disgregazione della menzionata coesione sociale³⁰⁷; bilanciamento e limiti che, come si approfondirà a breve, sono cosa ben diversa rispetto alla violazione di una situazione giuridica soggettiva³⁰⁸.

Ad ogni modo, il carattere "fondamentale" o costituzionale di un diritto potrà guidare nella composizione dei conflitti, facendo pendere la scelta a favore della conservazione del bene "fondamentale" qualora questo entri in conflitto con un bene che non lo è³⁰⁹, senza che però questa valutazione possa essere aprioristica, dovendo razionalmente avvenire in considerazione delle circostanze del caso concreto.

Si pensi, ad esempio, alla pretesa al rimborso delle spese ospedaliere in cliniche private o all'estero, in cui la salute del singolo è oggetto del contemperamento con le esigenze di bilancio e, attraverso di esse, con gli interessi della collettività: la prima potrà prevalere su questi ultimi solo in ipotesi di effettiva necessità e urgenza³¹⁰.

Di conseguenza, il carattere fondamentale né può escludere conflitti, né può fornire criterio di univoca e automatica soluzione degli stessi, considerata la necessità di

³⁰⁵ Che i diritti "fondamentali" non possano essere attuati "in solitudine", al di fuori da ogni logica relazionale e funzionale, è sostenuto anche da N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, cit., 17.

³⁰⁶ In tal senso, G. ZAGREBLESKY, *Il diritto mite*, cit., 11 ss.. Vedasi anche A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, cit., 197 ss., che ravvisa una dimensione sociale anche per quei "diritti di libertà che sembrano contrassegnati dalla maggiore chiusura, come la libertà domiciliare, la libertà di circolazione e di soggiorno, ... tesi ad instaurare e a proteggere relazioni sociali di convivenza", ivi incluso il diritto alla libertà personale, considerato premessa indispensabile di qualsiasi relazione umana, impossibilitata da un'eventuale indisponibilità fisica e anche morale.

³⁰⁷ G. ZAGREBLESKY, *Il diritto mite*, cit., 114 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 322 ss.; B. CELANO, *I diritti nello stato costituzionale*, cit., 89 ss.. Contrario all'ammissibilità di limiti, a fronte del principio di "massima espansione" dei diritti costituzionali, A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, cit., 210 ss..

³⁰⁸ Vedasi J. RAWLS, *Teoria della giustizia*, Milano, 1982, 203 ss..

³⁰⁹ P.F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit., 6 ss.

³¹⁰ Si rimanda alla casistica riportata nella sezione 1.4. del primo capitolo.

ricercare, di volta in volta, l'equilibrio corretto, ragionevole e ammissibile tra le varie esigenze.

Non resta che individuare chi siano i soggetti cui attribuire i compiti di fissazione dei limiti e di bilanciamento, concentrandosi sulle ipotesi di rilievo ai fini della presente ricerca, ossia di conflitto tra diritti "fondamentali" dei singoli e interessi generali.

Vero è che, necessariamente, tale bilanciamento deve essere svolto, quanto meno in prima battuta, a livello Costituzionale e legislativo. Ma è altrettanto vero che, salvo esplicita disposizione contraria proprio a livello costituzionale, nulla sembra vietare che questo compito sia affidato alla pubblica amministrazione, uno dei cui campi di *expertise* è proprio la mediazione di interessi confliggenti a fronte di una realtà multiforme e raramente disciplinabile, in tutti i suoi aspetti, a livello normativo³¹¹.

Anzi, non è mancato chi ha sottolineato l'indissolubile legame tra le situazioni giuridiche "fondamentali" e i pubblici poteri, indispensabili per il loro esercizio e godimento. Questo non solo in relazione ai diritti che intuitivamente richiedono una prestazione positiva dell'amministrazione – come i diritti sociali –, ma anche per altri diritti – come i diritti di libertà – che presuppongono comunque l'esistenza di strutture pubbliche di garanzia³¹².

3.4.1. Gli spazi di intervento della pubblica amministrazione costituzionalmente previsti

Passando ora alla disamina del nostro Testo costituzionale, si possono ivi riscontrare tutti gli elementi delineati in astratto nella precedente sezione.

In primis, chiara è la dimensione sociale dei diritti "fondamentali", a fronte proprio del pluralismo sociale elevato a principio costituzionale nella medesima disposizione,

³¹¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 114. Vedasi anche V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 157. L'Autore qualifica l'interesse pubblico, alla cui cura sono preposti i pubblici poteri, già di per sé come una forma di mediazione tra gli interessi individuali, determinato in modo da permettere a una pluralità di soggetti in conflitto, ciascuno aspirante al medesimo bene della vita, di conseguire una soddisfazione uniforme dei propri interessi. Sono i pubblici poteri, dunque, che procedendo al bilanciamento e all'eventuale sacrificio degli interessi individuali consentono un più diffuso e uniforme godimento del bene a livello collettivo.

³¹² A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 7 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, 12 ss.. Vedasi anche M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 7, in cui l'Autore fa riferimento, ad esempio, alla necessità di apprestare mezzi materiali per garantire l'effettiva libertà di manifestazione del pensiero o alla necessità di realizzare una rete statale per garantire la libertà di circolazione.

l'art. 2 Cost., che afferma il necessario riconoscimento e la necessaria garanzia dei diritti "inviolabili". Obiettivo della disposizione ultima citata, infatti, non è solo quello di consentire la tutela dei diritti "inviolabili" del singolo in ogni ipotesi, pure all'interno delle formazioni sociali, ma anche di promuovere il pluralismo stesso quale valore fondativo del sistema costituzionale italiano³¹³.

Accompagnare l'affermazione dei diritti "fondamentali" con la promozione delle formazioni sociali rende palese come i primi non debbano essere considerati *uti singuli*, in un'ottica egoistica e individualista, ma debbano essere collocati in tale contesto sociale pluralista, provocando il necessario raffronto fra di essi³¹⁴.

La tassativa coesistenza fra differenti diritti ha, quindi, comportato l'esplicita affermazione di limiti ai diritti "fondamentali" stessi.

Infatti, pur senza negare il principio della presunzione di massima espansione delle norme costituzionali, volto ad affermare la loro necessaria interpretazione estensiva così da assicurare la massima ampiezza delle sfere di libertà individuali, questi limiti esistono e sono ammissibili, come risulta dalle chiare indicazioni del Testo costituzionale³¹⁵.

Quindi, se i diritti non nascono per loro natura limitati³¹⁶, essi nascono così come disciplinati dal diritto positivo, ossia dalle norme costituzionali e dalle norme di legge adottate nel rispetto della Costituzione stessa³¹⁷.

³¹³ Per una disamina del principio del pluralismo sociale, vedasi E. ROSSI *Commentario alla Costituzione – Art. 2*, cit..

³¹⁴ F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000, 638 ss. e, nello specifico, F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizionali amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*, cit., 368. Anche dai lavori della Costituente risulta il rifiuto di una concezione meramente individualistica dei diritti umani; si vedano le parole di G. DOSSETTI, Prima sottocommissione, 10 settembre 1946, per cui il riconoscimento di "diritti primigeni che lo Stato deve rispettare non significa per nulla limitazione del senso di socialità, perché nell'atto stesso in cui l'esistenza di tali diritti viene riconosciuta si deve logicamente supporre e si suppone una struttura sociale capace, non solo di difenderli in astratto, ma anche di realizzarli in concreto", riportate da S.M. CICCONE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, VI, Roma, 1970, 328, o quelle di A. MORO, Assemblea Costituente, 13 marzo 1947, secondo cui la persona non vive "isolata nel suo egoismo e chiusa nel suo mondo" in una condizione di "splendido isolamento", ma vive in una rete di relazioni che devono a loro volta muoversi "nel reciproco rispetto, nella necessaria socialità", *ivi*, I, 373.

³¹⁵ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 104.

³¹⁶ Vedasi la posizione critica assunta da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 322 ss. in relazione alla pronuncia della C. cost., 14 giugno 1956, n. 1 in cui si era sostenuto che "il concetto di limite è insito nel concetto di diritto". Nello stesso senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 41 e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 104.

³¹⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 41.

Vero è che numerosi diritti sono solo riconosciuti dalla nostra Costituzione, la quale dice ben poco circa le loro concrete modalità di esercizio e gli effettivi margini di compressione: si pensi ai diritti della famiglia (art. 29), allo stesso diritto alla salute (art. 32), al diritto allo sciopero (art. 40), ecc..

D'altro canto, l'affermazione per cui "i limiti ai *diritti di libertà* sono soltanto quelli espressamente previsti dal dettato costituzionale oppure in esso impliciti [corsivo aggiunto]"³¹⁸ deve essere specificamente letta con riferimento ai soli "diritti di libertà"³¹⁹ i quali non esauriscono il catalogo dei diritti "fondamentali".

Se per i diritti di libertà, dunque, i limiti devono essere espressamente previsti in Costituzione e solo essi possono operare nei loro confronti, risulterebbe illogico escludere aprioristicamente la possibilità di condizionamenti per gli altri diritti oggetto di semplice affermazione a livello costituzionale, che certamente non si collocano a un livello assiologico superiore rispetto alle libertà sopra citate. Nei loro confronti, quindi, i limiti potranno essere fissati dalla normativa volta a dare attuazione ai precetti costituzionali³²⁰.

Guardando in concreto ai limiti presenti in Costituzione, essi vengono tradizionalmente suddivisi in limiti particolari, posti nella stessa disposizione che prevede e disciplina una libertà, e limiti generali, ossia ricavabili da altre norme costituzionali, dirette a proteggere interessi diversi rispetto al diritto oggetto di limitazione³²¹.

Partendo dai limiti generali, al di là dello stato di guerra e di necessità, particolare interesse ha suscitato la questione della configurabilità o meno dell'ordine pubblico quale confine per i diritti "fondamentali"³²².

A un Testo costituzionale che non richiama questa espressione, corrispondono una giurisprudenza costituzionale che ne ha fatto uso quale limite ai diritti costituzionali³²³ e

³¹⁸ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 104.

³¹⁹ Tra i quali cui l'Autore in questione ricomprende: la libertà personale; la libertà di domicilio, circolazione e soggiorno; la libertà della corrispondenza; la libertà di manifestazione del pensiero; la libertà di riunione e associazione

³²⁰ In tal senso, chiaro è l'art. 40, che nel riconoscere il diritto allo sciopero ne rimette la disciplina dell'esercizio alle leggi chiamate a regolarlo.

³²¹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 41-42.

³²² In materia, su tutti, G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 299 ss..

³²³ Vedasi C. cost., 8 luglio 1971, n. 168, in cui si parla di "ordine pubblico costituzionale", volto a tutelare la pacifica convivenza sociale e a "consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo". Vedasi, più di recente, C. cost., 29 dicembre 2004, n. 428.

una dottrina che, invece, ne ha contestato l'ammissibilità, stante l'eccessiva ampiezza e indeterminatezza di una nozione capace, nel periodo pre-costituzionale, di fondare le principali limitazione alle libertà dei singoli³²⁴. Secondo quest'ultimo orientamento, quindi, l'ordine pubblico rilevarebbe quale limite particolare, quando di fatto sussumibile nei singoli limiti speciali previsti in Costituzione (es.: nell'obbligo, indicato dall'art. 17 Cost., per cui le riunioni siano pacifiche e senz'armi o nel divieto, fissato dall'art. 18 Cost., che le associazioni perseguano fini politici mediante organizzazioni di carattere militare).

Passando quindi ai limiti particolari, il primo è la sicurezza pubblica, volta a consentire l'esercizio di funzioni pubbliche dirette a prevenire i reati, prevista espressamente quale limite alla libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), alla libertà di riunione (art. 17 Cost.), all'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e, implicitamente, alla libertà personale e di domicilio (artt. 13 e 14 Cost.), considerata la funzione di prevenzione criminale espressa dalle limitazioni loro apponibili.

Il secondo limite è quello della sanità e incolumità pubblica, manifestazione generalizzata del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost.. Esso opera espressamente in relazione agli artt. 14, 16 e 17 Cost., pur trovando implicita affermazione anche nei confronti della libertà personale, come risulta dalle previsioni di legge in materia di trattamenti sanitari e vaccinazioni obbligatori.

Ancora, altri limiti sono quelli del buon costume (previsto in relazione alle varie articolazioni della libertà di manifestazione del pensiero, *ex* artt. 19 e 21 Cost.), della dignità umana (operante espressamente in relazione all'iniziativa economica privata, *ex* art. 41 Cost., mentre in relazione alla libertà personale, *sub* artt. 13 e 32 Cost., essa opera come "limite dei limiti", ossia come margine invalicabile nelle restrizioni di tale libertà) e dell'interesse patrimoniale dello Stato (rinvenibile negli artt. 14, 23, 43 e 53 Cost.)³²⁵.

Si consideri, poi, come tali locuzioni configurino delle clausole generali, la cui specificazione è rimessa in prima battuta al legislatore, ma che, salva diversa previsione

³²⁴ In tal senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 43 e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 115 ss..

³²⁵ Per una disamina dei limiti ai diritti fondamentali, vedasi sempre P. CARETTI, *op. ult.. cit.*, 116 ss. e P. BARILE, *op. ult.. cit.*, 41 ss..

costituzionale, può essere a sua volta conferita dal legislatore ordinario all'autorità amministrativa, nell'esercizio dei suoi poteri.

Che i limiti, dunque, raffigurino esigenze di bilanciamento tra situazioni giuridiche “fondamentali” e interessi pubblici contrastanti è palesato dalla coincidenza dei confini ai diritti costituzionalmente rilevanti con spazi di intervento dei pubblici poteri, volti a garantire l'operatività di tali limiti e, quindi, il rispetto degli interessi generali ad essi sottesi³²⁶.

È, infatti, lo stesso Testo costituzionale che pone le premesse per un intervento dei pubblici poteri limitativo dei beni “fondamentali” garantiti dalla Costituzione (vedasi, ad esempio, gli artt. 17, comma 3 e 21 comma 6 che espressamente rimandano a poteri o provvedimenti amministrativi capaci di circoscrivere rispettivamente la libertà di riunione e di manifestazione del pensiero)³²⁷.

E, salvo le ipotesi di limiti tassativamente indicati nella Norma costituzionale, ben potrà il legislatore chiamato a disciplinare il godimento di tali beni prevederne di ulteriori, accompagnati dai relativi poteri amministrativi, così da permettere, attraverso la tutela dell'interesse generale, l'ordinata coesistenza degli interessi individuali contrapposti³²⁸.

Fino ad ora si è focalizzata l'attenzione sulla possibilità per l'amministrazione di intervenire a detrimento di un bene “fondamentale”, conformemente all'ottica per cui inviolabilità significherebbe anche impossibilità per un diritto “fondamentale” di essere compresso da un potere pubblico.

Se l'approccio sin qui seguito è quello che meglio si adatta alle libertà negative, quali sfere di non ingerenza di terzi (pubblici o privati) sull'autodeterminazione del singolo,

³²⁶ In tal senso anche G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2014, 627, per cui “i diritti di libertà esprimono una verità di fatto paradossale, opposta all'apparenza con cui si presentano. All'apparenza, essi esprimono momenti di libertà, nella realtà essi si convertono nel loro contrario, in diritti dello stato contro la libertà”, così da indicare che la disciplina costituzionale delle libertà comporta l'apposizione di limiti alle stesse, i quali si traducono in spazi di esercizio dei pubblici poteri.

³²⁷ A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, cit., 698. Circa la necessità dell'intervento dei pubblici poteri, a bilanciamento di diritti fondamentali che operano in ambiti caratterizzati da forti interessi di natura sociale e collettiva (sanità, ambiente, istruzione...), vedasi V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, cit., 1321 e F.G. SCOCA, *Riflessione sui criteri di riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549.

³²⁸ L. ELIA, *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 940 ss.; P.F. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili della Costituzione italiana*, cit., 60; A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, cit., 698.

non bisogna dimenticare la presenza nella nostra Costituzione di una seconda generazione di beni “fondamentali”, quelli oggetto dei c.d. diritti sociali³²⁹.

Diretta espressione non solo dell’art. 2 Cost., ma anche e soprattutto dell’art. 3 Cost., tali situazioni giuridiche non sono *self-executing*, ossia il loro godimento non si fonda esclusivamente sulle condotte del titolare³³⁰.

Come suggerito dall’art. 3 Cost., è *in primis* compito dello Stato – in senso ampio – intervenire per garantire l’eguaglianza sostanziale; intervento che si concretizza, in ultima battuta, con l’esercizio di poteri amministrativi³³¹.

Si consideri, per esempio, il diritto allo studio, in relazione al quale l’art. 34 Cost. fa esplicito richiamo a un istituto amministrativistico – il concorso pubblico – per il conferimento delle borse di studio, legittimando la configurazione della relativa situazione soggettiva privata come interesse legittimo³³².

In conclusione, è la semplice lettura della Costituzione a rendere evidente la possibile coesistenza tra i beni “fondamentali” ivi garantiti e i pubblici poteri, che possono condizionarne l’ottenimento o il mantenimento. Ciò viene fatto sia prevedendo espressamente limiti e, quindi i relativi poteri amministrativi, sia rimettendo, senza particolari indicazioni a riguardo, la disciplina dei beni “fondamentali” al legislatore ordinario, il quale potrà conferire e disciplinare i pubblici poteri in conformità con la Costituzione³³³.

³²⁹ Per un esaustivo inquadramento della materia si rimanda a A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. giur.*, cit.. Ancora, soprattutto sulla distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. dir.*, XII, cit., 802 ss. Contrario a tale distinzione, invece, si dimostra L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, cit., 61 ss., favorevole a un avvicinamento di tali categorie di diritti fondamentali, conseguente a una rilettura del ruolo degli enti pubblici, posto in secondo piano rispetto a quello della società civile, nel soddisfacimento dei diritti in analisi.

³³⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. giur.*, cit., 10 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 503 ss.. Quanto all’insostituibilità dell’intervento pubblico rispetto ai diritti sociali, si rimanda anche a M. DELSIGNORE, *Diritti sociali e discrezionalità tecnica: binomio imperfetto?*, in P. BONETTI – A. CARDONE – A. CASSATELLA – F. CORTESE – A. DEFFENU – A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 435 ss.

³³¹ Vedasi, oltre alle opere già citate in materia di diritti sociali, anche P. CARETTI, *I diritti sociali nella Costituzione Italiana e gli strumenti di garanzia*, in F. FACURY SCAFF – R. ROMBOLI – M. REVENGA, *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2009, 56 ss.; A. ROVAGNATI, *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009, *passim*; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2013, I, 12.

³³² Favorevole alla possibilità di ricondurre i diritti sociali a interessi legittimi, e non solo a diritti soggettivi, anche G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss. (spec. 777).

³³³ In senso analogo, D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 81.

Ciò vuol dire che il medesimo bene della vita tutelato costituzionalmente, se ordinariamente nasce come oggetto di un diritto soggettivo³³⁴, può diventare anche utilità finale riferibile a un interesse legittimo. Questo qualora si rapporti con un potere pubblico compatibile con il dettato costituzionale³³⁵.

3.4.2. La riserva di legge e la riserva di giurisdizione

Punto fermo di questa ricerca, dunque, è la Costituzione: la natura della situazione giuridica “fondamentale” dipenderà, infatti, dell’effettiva disciplina fissata direttamente dalla norma costituzionale e non dalla semplice qualifica di “fondamentale” o “inviolabile”, priva di effetti giuridici sul piano soggettivo.

Sicché, laddove la Norma fondamentale preveda l’intervento di pubblici poteri o, nel suo silenzio, renda possibile la loro previsione da parte delle disposizioni di legge chiamate ad attuare i precetti costituzionali, la situazione soggettiva del privato ben potrà essere di interesse legittimo.

³³⁴ Vedasi P. BARILE, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: un’introduzione*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 16, in cui l’Autore sottolinea che, in assenza di intervento legislativo (prima) e amministrativo (poi), si sarà in presenza di diritti soggettivi, essendo la situazione giuridica ordinariamente qualificata come tale in Costituzione.

³³⁵ A questa soluzione è giunta la dottrina costituzionalistica maggioritaria, come P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 43; ID., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: un’introduzione*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 16 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 189; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 35 ss.. Ad analoghe condizioni giunge anche la dottrina amministrativistica, vedasi, *ex pluribus*, M. NIGRO, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., 1981, 2143 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 156 ss. F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 36 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 64; D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., *passim*; N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’inviolabilità*, cit., 86. Analoga posizione si riscontra negli esponenti della magistratura amministrativa, F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, reperibile nella sezione *Studi e contributi* in www.giustizia-amministrativa.it; R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. App.*, 2005, 1159 ss.; L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012. Tra i sostenitori della tesi contraria, vedasi invece E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa) (voce)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1987, 163 ss., per il quale la previsione a livello costituzionale di questi diritti ne escluderebbe la “riducibilità” a interessi legittimi anche qualora si raffrontino con i pubblici poteri; ma anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss..

Diversi, rispetto alla semplice qualifica di “fondamentale” o “inviolabile”, sono gli strumenti capaci di escludere l’intervento dei pubblici poteri e, quindi, la qualifica della situazione privata come interesse legittimo³³⁶.

Pertanto, assumono qui rilievo gli istituti della riserva di legge e della riserva di giurisdizione.

Quanto alla prima, con essa si indicano tutti i casi in cui alla legge venga demandata dalla Costituzione la disciplina di una determinata materia, escludendo, da un lato, l’intervento di altre fonti normative (dimensione negativa della riserva) e imponendo, dall’altro, che essa disciplini compiutamente la materia in questione (aspetto positivo della riserva)³³⁷.

La nostra Costituzione prevede un numero particolarmente ampio di ipotesi di riserva di legge³³⁸ le quali concernono, anche e soprattutto, le disposizioni riguardanti l’affermazione e la tutela dei diritti “fondamentali”; basti qui il richiamo alle riserve di legge disposte negli artt. 13, commi 2, 3, e 5 (in tema di libertà personale); 14, commi 2 e 3 (in tema di libertà del domicilio); 15, comma 2 (sulla libertà della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione); 16, commi 1 e 2 (sulla libertà di circolazione e soggiorno); 18, comma 1 (in materia di libertà di associazione); 21, commi 3, 4 e 5 (in tema di libertà di manifestazione del pensiero); 32, comma 2 (sul diritto alla salute); 33, commi 4 e 6 (in materia di libertà di insegnamento) ecc.

Secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale consolidato, seppur non esente da critiche, queste riserve di legge non sarebbero tutte uguali, potendosi distinguere prima di tutto in riserve relative e riserve assolute³³⁹.

³³⁶ In tal senso, vedasi anche D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 9.

³³⁷ In tal senso, R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, cit., 1964, 1207 ss.. Per quanto gli autori ultimi citati qualificano come “stabile” la nozione in esame, essi stessi ammettono come non manchino profili problematici anche solo riguardo la definizione. In materia, vedasi, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVIII, cit., 1990, 2, che ricollega le incertezze definitorie principalmente alla portata da attribuire alla nozione di “legge” nei cui confronti opera la riserva, sia essa solamente legge in senso “formale”, atti aventi forza di legge, legge regionale ecc.. Tale incertezza è desumibile anche dalla definizione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 55, per cui “si ha riserva di legge quando la Costituzione attribuisce una determinata materia alla sola legge formale (o ad atti equiparati nell’interpretazione affermata in prassi)”.

³³⁸ Per un elenco esaustivo, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 12.

³³⁹ In tal senso, *ex pluribus*, R. GUASTINI, *Legge (riserva di) (voce)*, in *Dig. pubbl.*, X, Torino, 1994, 169 ss..

Queste ultime si configurano qualora la Costituzione pretenda che una materia sia interamente disciplinata dalla legge, inibendo ogni attività normativa dell'esecutivo, mentre le riserve di legge "relative" comportano solamente che le fonti di rango primario disciplinino la materia in modo "sufficiente", senza escluderne l'integrazione tramite atti normativi secondari³⁴⁰.

Le principali critiche a tale classificazione si fondano sulla difficoltà di valutare la "sufficiente completezza" del dettato legislativo³⁴¹, oppure sull'assenza di un fondamento costituzionale esplicito per questa distinzione, basandosi essa sul carattere della formulazione delle singole disposizioni, ossia su un criterio che non appare univoco³⁴².

Ad ogni modo, al di là del generale recepimento in dottrina, la necessità di tener conto di tale classificazione è desumibile dalla sua costante riproposizione da parte della giurisprudenza costituzionale che, come si vedrà a breve, vi ha fatto discendere conseguenze ulteriori rispetto a quelle concernenti i rapporti tra normativa di rango primario e secondario.

Altra distinzione che può assumere rilievo nel campo dei diritti "fondamentali" è quella tra riserve di legge semplici e rinforzate, laddove solo in occasione di queste ultime la Costituzione, oltre a riservare la disciplina di una materia alle norme legislative, fissa prescrizioni contenutistiche circa il modo in cui la materia debba essere disciplinata³⁴³. Si pensi ai menzionati diritti di libertà i cui limiti, per quanto oggetto di possibile puntualizzazione dalla legge, sono già individuati in astratto dalla Costituzione.

³⁴⁰ Vedasi l'orientamento seguito dalla giurisprudenza costituzionale, a partire da C. Cost., 18 marzo 1957, n. 47.

³⁴¹ Quanto ai tentativi dottrinali di definire questa "sufficienza", vedasi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in F. GALGANO, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2012, 81, che attribuisce alla legge il compito di fissare i principi generali e G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, 269, che invece qualifica come sufficiente la disciplina che operi le "scelte caratterizzanti".

³⁴² Vedasi L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 12.

³⁴³ In tal senso, *ex pluribus*, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 343. Per un'esplicita critica a tale distinzione, vedasi R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, *Riserva di legge (voce)*, cit., 1208, in cui gli Autori sostengono che la categoria della riserva rinforzata sia scientificamente inattendibile, dovendosi ritenere tutte le riserve "rinforzate", considerato come la legge debba disciplinare ogni materia in conformità ai limiti e ai principi fissati dal Testo costituzionale, considerato nel suo complesso e non solo limitatamente alla disposizione con cui si introduce la presunta riserva "semplice".

Quanto fin qui esposto ha riguardato esclusivamente la dimensione negativa della riserva di legge, concernente il rapporto tra gli atti normativi di rango primario e quelli di rango secondario, comportante un divieto più o meno assoluto per l'esecutivo/l'amministrazione di ingerirsi nella disciplina generale e astratta di una materia.

La dimensione positiva, invece, imporrebbe che la legge disciplini in maniera completa ed esaustiva la materia a lei affidata, escludendo margini di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, ma anche agli organi giurisdizionali, chiamati a dare attuazione alle previsioni di legge³⁴⁴.

Se ciò fosse sempre vero, la sola presenza di una riserva di legge varrebbe ad escludere poteri amministrativi discrezionali, consentendo al massimo attività vincolata, così da comportare la qualifica della situazione giuridica privata come diritto soggettivo³⁴⁵.

A ben vedere, però, l'affermazione indiscriminata di tale principio si scontrerebbe in primo luogo con le esigenze concrete dell'ordinamento: a fronte delle numerose materie oggetto di riserva di legge, a quest'ultima spetterebbe l'immane (ed inefficiente) compito di regolare nel dettaglio il vasto repertorio di situazioni ad esse ricollegate che si possono verificare nella realtà concreta³⁴⁶, per di più privando l'amministrazione della sua stessa ragion d'essere, che consiste proprio nell'essere "esperta" della cura

³⁴⁴ R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, *Riserva di legge (voce)*, cit., 1214 ss. e L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 5.

³⁴⁵ Sul rapporto potere vincolato-diritto soggettivo, in realtà, non vi è uniformità né in dottrina, né in giurisprudenza, né le disposizioni del legislatore al riguardo possono considerarsi chiaramente univoche. A chi, richiamando lo schema "norma-fatto" in luogo di quello "norma-potere-fatto", fa corrispondere al potere vincolato diritti soggettivi in capo ai privati (su tutti, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 267; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, 1996, 42 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.), si contrappone chi invece ammette la compatibilità del potere vincolato tanto con la figura del diritto soggettivo, quanto con quella di interesse legittimo, sussistendo il primo se la norma attributiva del potere (o meglio, i limiti ivi previsti) è diretta a tutelare l'interesse privato, il secondo se detta norma mira invece alla tutela dell'interesse pubblico (*ex pluribus*, E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., 90 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 520; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 331 ss.). Per una disamina dei differenti orientamenti, si rimanda a R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 62 ss..

³⁴⁶ E. TOSATO, *Prestazioni patrimoniali imposta e riserva di legge*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, 2123.

dell'interesse pubblico innanzi a situazioni di fatto non pienamente prevedibili dal legislatore³⁴⁷.

In secondo luogo, l'esclusione costante di ogni potere discrezionale di attuazione del dettato normativo, soprattutto da parte della pubblica amministrazione, mal si concilierebbe con la summenzionata concezione di riserva di legge relativa, laddove si consente proprio all'amministrazione di implementare il dettato legislativo con le proprie norme secondarie. Sarebbe evidente, dunque, il contrasto tra l'ammissione di atti normativi generali e astratti, volti a specificare le previsioni di legge, e la negazione di provvedimenti puntuali e concreti, diretti a dare attuazione alle medesime disposizioni.

Ed è proprio questo l'orientamento seguito dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale, in presenza di una riserva di legge relativa, è sufficiente che la norma primaria fissi i criteri direttivi di base o le linee generali volti a indirizzare l'esercizio della discrezionalità amministrativa (normativa e provvedimentale), senza però vincolarla *in toto* o, generalmente, escludere margini di intervento dei pubblici poteri³⁴⁸.

Dunque, solo in presenza di una riserva qualificata come assoluta non potrebbero residuare margini di discrezionalità in capo all'amministrazione, né, conseguentemente, interessi legittimi in capo ai privati.

I summenzionati problemi nel distinguere riserve assolute da riserve relative, però, rischiano di rendere incerto questo criterio³⁴⁹.

D'altro canto, ai fini della presente ricerca, ovvero ai fini della verifica di compatibilità dei poteri pubblici e dei beni giuridici "fondamentali", soccorre il secondo degli istituti originariamente menzionati: la riserva di giurisdizione.

³⁴⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 114.

³⁴⁸ Vedasi il costante filone giurisprudenziale relativo all'art. 23 Cost., in materia di discrezionalità relativa all'attività di imposizione fiscale (*ex pluribus*, C. cost., 2 febbraio 1988, n. 127 e ID., 5 maggio 1988, n. 507; sino alle più recenti ID., 7 aprile 2011, n. 115 e ID., 15 maggio 2015, n. 83).

³⁴⁹ Vedansi, ancora, i tentativi di fissare una regola per la distinzione tra i due tipi di riserva compiuti da S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 322 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 341 ss.; E. TOSATO, *Prestazioni patrimoniali imposta e riserva di legge*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, cit., 2123 ss.. A ciò si aggiunga che la stessa Corte costituzionale non è sempre univoca nel qualificare una riserva di legge come assoluta o relativa: un esempio è dato dalla vicenda dell'art. 25 Cost., in relazione al quale si è individuata una riserva relativa quanto alla determinazione della fattispecie criminosa, e una riserva assoluta riguardo la fissazione delle sanzioni penali (*ex pluribus*, vedasi rispettivamente C. cost., 9 giugno 1986, n. 132 e ID., 23 marzo 1966, n. 26).

Infatti, guardando alle ipotesi di riserva di legge previste nelle norme costituzionali concernenti i diritti “fondamentali”, quelle tradizionalmente qualificate come “assolute” si caratterizzano dall’essere accompagnate proprio da una riserva di giurisdizione: nello specifico, tali riserve operano in relazione ai limiti apponibili ai diritti di libertà menzionati nella sezione precedente (artt. 13, 14, 15 e 21)³⁵⁰.

Nell’accezione qui rilevante, con riserva di giurisdizione si intende l’istituto costituzionalmente previsto in base al quale l’adozione dei provvedimenti concreti, volti a dare attuazione alle disposizioni normative, è rimessa direttamente ed esclusivamente all’autorità giudiziaria³⁵¹.

Si estromettono, in linea di principio, margini di intervento della pubblica amministrazione.

Questo sulla base dell’idea, ampiamente rappresentata nell’Assemblea costituente³⁵² e simile a quella che tuttora caratterizza il criterio di riparto in materia di diritti “fondamentali”, per cui la piena protezione delle libertà costituzionali si avrebbe con l’esclusione di qualsivoglia potere di disposizione della pubblica amministrazione a riguardo. Da un lato, spetta solo al legislatore fissarne la disciplina generale e astratta (riserva di legge assoluta), dall’altro, l’attuazione delle disposizioni normative spetterebbe solamente all’autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione) in quanto neutrale, priva di discrezionalità e deputata alla sola applicazione della legge al fatto³⁵³.

Al di là di qualsiasi riflessione sulla correttezza e sull’attualità di questa scelta di natura politica³⁵⁴, ciò che rileva in questa sede è che la riserva di giurisdizione esclude la presenza di poteri amministrativi e, dunque, la sussistenza di interessi legittimi.

³⁵⁰ Vedasi anche la teoria di V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 926 che limita le ipotesi di riserva di legge assoluta a quelle caratterizzate dalla coesistenza con la riserva di giurisdizione.

³⁵¹ V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 10 ss.; ID., *Giurisdizione (riserva di)* (voce), in *Dig. pubbl.*, VII, cit., 1991, 317 ss.; F.G. PIZZETTI, *Giurisdizione (riserva di)* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 2740 ss.. Sull’ulteriore e più ampia nozione di riserva di giurisdizione, come complesso di norme costituzionali volte ad attribuire la funzione giurisdizionale ai giudici ordinari e speciali, vedasi V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 69 ss.; C. MORATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 149 ss..

³⁵² Si vedano le parole di L. BASSO, come riportate da V. ANGIOLINI, *Giurisdizione (riserva di)*, cit., 321, per cui l’intervento dell’autorità giudiziaria sulle libertà sarebbe diretto ad assicurare “il rinvio alla volontà popolare consacrata in norme giuridicamente valide, senza lasciare margini alla discrezionalità del potere esecutivo”.

³⁵³ V. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, 320.

³⁵⁴ Vedasi in materia V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, cit., *passim*, che struttura la parte centrale della propria opera sul carattere discrezionale anche dell’attività del giudice.

D'altro canto, le ipotesi eccezionali di necessità e urgenza in cui è consentita l'adozione di provvedimenti da parte dell'amministrazione³⁵⁵, salva successiva ratifica dell'autorità giudiziaria, non dovrebbero essere ritenute idonee a configurare interessi legittimi in capo ai privati, in considerazione della menzionata assolutezza – oltre che del carattere rafforzato – delle riserve di legge previste congiuntamente a queste ipotesi, così da imporre disciplina puntuale e vincolante, a livello normativo, di tali poteri eccezionali.

Proprio l'assenza di poteri (o, nelle suddette ipotesi eccezionali di necessità e di urgenza, di poteri discrezionali) e, quindi, di interessi legittimi ha come naturale conseguenza quella di escludere la giurisdizione amministrativa: non può dunque ipotizzarsi che i casi costituzionali di riserva di giurisdizione possano operare in favore del giudice amministrativo, invece che di quello ordinario, perché la natura stessa della riserva in questione è incompatibile con la giurisdizione amministrativa, la quale presuppone l'azione pubblicistica della pubblica amministrazione³⁵⁶.

In conclusione, se beni “fondamentali” e pubblici poteri possono coesistere, in astratto e in concreto, così da permettere la configurazione di interessi legittimi, tale coesistenza può essere positivamente esclusa dalla disciplina costituzionale solamente mediante il ricorso agli istituti della riserva di legge assoluta e della riserva di giurisdizione³⁵⁷.

Due importanti notazioni conclusive.

Le ipotesi di riserva di legge assoluta e, soprattutto, di riserva di giurisdizione sono previste nei confronti di buona parte dei diritti qualificati espressamente come “inviolabili”, ma non di tutti (mancando l'art. 24 Cost., così come il “fondamentale” diritto alla salute) e non solo di quelli (essendo ricompreso anche il diritto di manifestazione del pensiero, che inviolabile non è, almeno esplicitamente). Questo ad ulteriore conferma di come ciò che rilevi ai fini della natura di una situazione giuridica non sia l'aggettivo formale che la caratterizzi, quanto piuttosto la sua effettiva disciplina normativa.

³⁵⁵ Vedasi artt. 13, comma 3; 14, comma 2; 21, comma 4, Cost.

³⁵⁶ Vedasi A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 202.

³⁵⁷ In tal senso si richiama quanto affermato da A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 37 e P.F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit., 9. Vedasi anche D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 93.

In secondo luogo, preme sottolineare come la riserva di giurisdizione (così come e quella di legge) non valga a coprire tutti i possibili momenti di contatto tra i diritti di libertà in questione e i pubblici poteri, bensì esclusivamente quelli più restrittivi (detenzioni, ispezioni e perquisizioni personali; ispezioni e perquisizioni presso il domicilio; sequestro della stampa periodica; sequestro di corrispondenza ecc.).

Infatti, come già sottolineato, anche questi diritti richiedono l'esercizio dei pubblici poteri ai fini del loro godimento³⁵⁸. Si pensi, ad esempio, alla libertà di manifestazione del pensiero che, se esplicitata tramite i mezzi di informazione di massa, richiede lo specifico intervento di poteri regolatori e autorizzatori i quali, anche attraverso l'istituzione di un'apposita autorità indipendente, garantiscano il pluralismo nell'informazione e dell'informazione³⁵⁹.

3.4.3. Il legittimo bilanciamento degli interessi legittimi “fondamentali”: il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza

Il quadro teorico appena tracciato dimostra che i beni oggetto dei diritti “fondamentali”, siano essi di libertà o sociali, possono essere coinvolti nell'esercizio dei poteri amministrativi e conseguentemente possono essere qualificati come interessi legittimi, salvo le limitate ipotesi sottoposte a riserva di giurisdizione.

A ben vedere, questa è una naturale conseguenza dell'indefinito numero di beni riconducibili all'art. 2 Cost.³⁶⁰, di cui gli interessi individuali coinvolti nell'azione pubblicistica rischiano di essere sempre espressione più o meno diretta.

Ma al di là di ciò, ne è evidente prova la giurisprudenza – sia del giudice amministrativo sia, di fatto, del giudice ordinario – riportata nel primo capitolo della presente ricerca, che dimostra come sia normale che i beni “fondamentali” si intreccino con l'azione amministrativa, disconosciuta (indebitamente) o meno.

Ed è la stessa giurisprudenza del giudice amministrativo che, sindacando sui poteri pubblici e non negandoli aprioristicamente, indica come l'amministrazione debba

³⁵⁸ Si rimanda alla nota n. 312.

³⁵⁹ In tal senso, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 13. In concreto, si rimanda alla disciplina dettata dal d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, (c.d. Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici) il quale fissa l'attuale sistema autorizzatorio e concessorio in materia di prestazione di servizi di media audiovisivi e radiofonici e i relativi poteri dell'AGCOM.

³⁶⁰ Si rimanda alle pronunce della Corte costituzionale richiamate nella precedente sezione 2.2.1.

comportarsi di fronte a un bene “fondamentale”, in modo che la sua azione non sia qualificabile come un’ingiusta lesione del bene in questione, ma una sua legittima compressione a fronte di interessi pubblici contrapposti³⁶¹.

Soccorrono, in questo senso, i principi di ragionevolezza e proporzionalità, chiamati tanto a guidare l’azione concreta della pubblica amministrazione quanto, di conseguenza, a costituire parametri del sindacato del giudice amministrativo³⁶².

Con il primo principio, si è soliti indicare, in maniera ampia, il rispetto della razionalità, della logicità, della coerenza e della non contraddittorietà dell’azione amministrativa³⁶³, al punto da ritenere irragionevoli tutte le condotte espressive dell’eccesso di potere³⁶⁴.

Il secondo, invece, è il principio per cui il mezzo utilizzato dalla pubblica amministrazione deve essere idoneo al perseguimento dell’interesse pubblico cui è finalizzato (c.d. requisito dell’idoneità), senza però comportare un sacrificio degli altri interessi coinvolti – pubblici e, soprattutto, privati – superiore a quanto assolutamente indispensabile al raggiungimento dell’obiettivo (c.d. requisito della necessità, del mezzo “più mite”)³⁶⁵. Non solo, ma la soluzione adottata dalla pubblica amministrazione non deve oltremodo sacrificare l’interesse dei destinatari del provvedimento, risultando loro

³⁶¹ Tale ruolo del giudice amministrativo, quale giudice del legittimo bilanciamento degli interessi (anche “fondamentali”) contrapposti è evidenziato da A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali e immigrazione*, in www.federalismi.it, 8 novembre 2017.

³⁶² In tal senso, S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1205; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss..

³⁶³ In tal senso, A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell’applicazione della legge*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 45 ss.; G. MORBIDELLI, *I principi del procedimento* in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 561 ss.; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss.. Sull’incertezza di tale nozione, vedansi F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 7 ss. e P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 147.

³⁶⁴ F. LEDDA, *L’attività amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 110; G. MORBIDELLI, *I principi del procedimento* in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 561.

³⁶⁵ Sull’origine tedesca del principio, vedasi F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1912, 354. Quanto al recepimento e sviluppo nel nostro ordinamento, si rimanda a A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998, 136 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 143 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 405 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; ID., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss..

intollerabile (c.d. requisito dell'adeguatezza). Proprio quest'ultimo parametro potrà inibire l'azione amministrativa quando, pur individuato un mezzo idoneo e "più mite", essa comporti un sacrificio inammissibile dell'interesse privato in raffronto all'interesse pubblico perseguito con tale azione.

Questi principi, per quanto apparentemente generici, trovano specifiche applicazioni proprio nei confronti dei diritti "fondamentali", in relazione ai quali essi raggiungono una piena valorizzazione³⁶⁶.

Si pensi alla tutela della salute del singolo che domandi all'amministrazione sanitaria l'autorizzazione per sottoporsi a un intervento altamente specialistico in una clinica all'estero³⁶⁷.

A detta del giudice amministrativo, il diniego di tale autorizzazione deve necessariamente fondarsi su una valutazione razionale della reale capacità delle strutture nazionali di fornire un'analoga, o comunque adeguata, assistenza, dando altrimenti luogo a un irragionevole sacrificio del bene "fondamentale" a indebito vantaggio di altri interessi generali (quali le esigenze di bilancio).

D'altra parte, in presenza di interessi di particolare valore, quali possano essere quelli inerenti beni costituzionalmente rilevanti, il principio di proporzionalità assume specifico rilievo, spettando all'amministrazione, prima, e al giudice, poi, valutare con attenzione se il sacrificio imposto al bene "fondamentale" sia ammissibile e tollerabile, anche alla luce del fine pubblico perseguito³⁶⁸. Solo in quest'ultima ipotesi l'azione amministrativa potrà dirsi legittima e il bene "inviolabile" non potrà considerarsi indebitamente leso³⁶⁹. Qualora il sacrificio sia invece eccessivo, anche e soprattutto in considerazione del valore attribuito dall'ordinamento a un bene "fondamentale", e non esista mezzo più mite, l'amministrazione dovrà astenersi dall'agire in quel modo,

³⁶⁶ Quanto al ricorso a questi principi per il bilanciamento dei diritti "fondamentali" con gli interessi pubblici nell'ordinamento tedesco e europeo, si rimanda a F. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 381 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 42 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 24 ss. e 83 ss..

³⁶⁷ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 35.

³⁶⁸ Sulle specifiche modalità di applicazione del requisito dell'adeguatezza si rimanda al contributo di F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, cit., 391 ss..

³⁶⁹ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 361 ss..

subordinando il perseguimento dell'interesse pubblico all'integrità dell'interesse "inviolabile" del singolo.

Pertanto è lo stesso potere amministrativo che, se legittimamente esercitato, non potrà mai comportare un intollerabile sacrificio di un bene "inviolabile", garantendo la preservazione del suo "nocciolo duro"³⁷⁰.

Tutto ciò traspare sempre dalle pronunce del giudice amministrativo che, in più di un'occasione, ha fatto espresso riferimento alla necessità dell'amministrazione di rispettare il "nucleo irriducibile" della situazione giuridica vantata dal privato.

Si pensi alle pronunce di annullamento dei dinieghi di permesso di soggiorno allo straniero bisognoso di cure³⁷¹.

Se le condotte penalmente rilevanti poste in essere dallo straniero comportano il diniego del permesso, in quanto misura idonea e necessaria per il soddisfacimento del preminente interesse all'ordine e alla sicurezza pubblici, l'azione dell'amministrazione risulterà comunque sproporzionata e illegittima qualora non dia adeguato peso al bene della salute dello straniero, comportandone un sacrificio eccessivo. Infatti, se la sua permanenza in Italia è necessaria per la tutela del "nucleo irrinunciabile" di tale interesse, in quanto ivi sottoposto a cure mediche non fruibili in patria, il provvedimento debitamente proporzionato sarà solo quello che consenta, per il tempo delle cure stesse, la permanenza dello straniero in Italia.

D'altro canto, appare legittimo, in quanto non è da ritenersi lesivo del "nucleo essenziale" degli interessi "fondamentali" della persona, un provvedimento di trasferimento di un militare che non sia fondato su ragioni ideologiche, politiche o vessatorie, dovendo gli interessi individuali bilanciarsi con le ineludibili esigenze di organizzazione, coesione interna e operatività delle Forze Armate³⁷².

Ancora, non appare ragionevole la fissazione di tariffe eccessivamente alte per poter fruire della fecondazione eterologa medicalmente assistita, in quanto anche in questo

³⁷⁰ Vedasi A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32 ss., nello specifico la sezione 4.2.1., intitolata *Il "contenuto essenziale"*, e la dottrina tedesca ivi richiamata.

³⁷¹ *Ex pluribus*, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 settembre 2013, n. 931 e Tar Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 18.

³⁷² Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2005, n. 6048.

caso le esigenze di bilancio non possono determinare una compressione sproporzionata, oltre il “nucleo essenziale”, della salute del privato³⁷³.

Da ciò, risulta evidente la coerenza di un’azione amministrativa così impostata (e del sindacato così esercitato dal giudice amministrativo) con l’orientamento affermatosi innanzi alla Corte di cassazione in relazione al “nocciolo duro” dei diritti “fondamentali”³⁷⁴. Il vantaggio della prospettiva qui esposta, però, sarà quello di riconoscere l’esistenza di un potere effettivamente esercitato, per poi attribuire la giurisdizione non in base ai frastagliati confini del “nocciolo duro” stesso, ma *in toto* al giudice amministrativo che, come si vedrà nel prossimo capitolo, dispone oramai di tutti gli strumenti per un sindacato effettivo.

Rincuora pensare che il quadro appena tracciato sembra conciliarsi con le parole di un Autore mostratosi efficacemente critico quanto alla configurabilità dei diritti “fondamentali” come interessi legittimi³⁷⁵. Nelle riflessioni di chiusura del Suo saggio, consapevole della fase di trasformazione ed evoluzione che il diritto amministrativo stava vivendo, si riconosce che “ora al singolo spetta una *sfera di intangibilità anche quando il suo interesse è sacrificabile dall’esercizio del potere amministrativo*. La risarcibilità trasferisce, infatti, all’interno della tutela dell’interesse legittimo la logica del diritto incompressibile elaborata dalla Cassazione per i diritti fondamentali, consentendo di identificare un nucleo di regole di correttezza al cui rispetto il cittadino ha diritto anche quando il suo interesse è sacrificabile dall’esercizio del potere pubblico. *Questa nuova sfera di intangibilità del cittadino non presuppone l’irrelevanza del potere amministrativo, com’è invece per i diritti incompressibili, ma possiede la stessa absolutezza [corsivo aggiunto]*”³⁷⁶.

³⁷³ Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297. In senso analogo, quanto al diniego di un Comune di farsi parzialmente carico della retta per l’inserimento presso una Residenza sanitaria assistenziale di un anziano, Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2017, n. 46.

³⁷⁴ Ci si riferisce al filone giurisprudenziale di cui è espressione la sentenza delle Sezioni unite, n. 17461/2006, trattata nella sezione 1.6. del primo capitolo

³⁷⁵ B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit..

³⁷⁶ Cfr. B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 29.

In definitiva, dunque, non è l'assenza del potere a garantire l'inviolabilità di un bene costituzionalmente rilevante, ma è lo stesso modo d'essere del potere amministrativo ad assicurarla³⁷⁷.

3.5. Gli interessi legittimi “fondamentali”: la nascita di una nuova figura o la conferma di una già esistente?

Le parole sin qui spese mirano a un unico risultato: dimostrare come poteri e beni “fondamentali” possono coesistere, in modo da permettere l'individuazione di interessi legittimi in relazione a tali beni.

Siamo quindi in presenza di una nuova categoria di situazioni giuridiche soggettive, gli interessi legittimi “fondamentali”³⁷⁸?

No, a meno che non si voglia meramente sottolineare il particolare valore del bene cui è finalizzato, in ultima battuta, l'esercizio dell'interesse legittimo.

Agli interessi legittimi “fondamentali” deve essere riconosciuta la stessa natura degli interessi legittimi “ordinari”, né sarà loro applicabile un regime giuridico differente. Tale qualifica, semmai, potrà rilevare in sede di esercizio del potere, e di suo sindacato giurisdizionale, come sintomo dello speciale valore riconosciuto dall'ordinamento a un bene e, dunque, come segnale della particolare attenzione che l'amministrazione dovrà prestare nel bilanciamento di tale interesse con gli altri³⁷⁹. Una compressione sempre più prossima al nocciolo duro e non ragionevolmente sacrificabile, quindi, dovrà essere compensata da un tanto grande vantaggio per l'interesse pubblico.

³⁷⁷ Vedasi G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, cit., 193, per cui “L'introduzione di diritti fondamentali nella struttura del patto costituzionale e il loro uso come criterio di giudizio delle politiche maggioritarie e delle decisioni giudiziarie, ha assunto la forma apparente della creazione di un'area limite, cornice insuperabile delle decisioni ‘pubbliche’. Ancora una volta, si coglie la situazione se non ci si arresta all'angolo visuale dei diritti come limiti al potere: il potere ha certamente dei limiti, che però ineriscono di volta in volta al suo modo di funzionare, ai suoi imperativi ‘interni’; in una cultura democratica dove la sovranità appartiene al popolo, i diritti sono un bene che scolpisce i lineamenti del sovrano, definisce lo *status* dei suoi membri e articola i rapporti di equità all'interno dei gruppi che lo compongono, consente che all'autonomia individuale sia legato il diritto di partecipazione, a sua volta strettamente funzionale alla creazione di un ‘popolo’ capace di tenere attivi i circuiti stessa della vita democratica. Visti da questa prospettiva i diritti fondamentali sono un diverso *modo d'essere del potere*, o anche la sua propria ‘grammatica’”.

³⁷⁸ L'espressione “interessi legittimi fondamentali” è usata da L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit., per riferirsi ai “diritti alla tutela della salute, all'istruzione, alla casa, al lavoro, [che] sono in realtà interessi legittimi pretensivi, quando si chiedi di ricevere una ‘prestazione’”.

³⁷⁹ In tal senso vedasi anche N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, cit., 42.

Si comprende, a questo punto, la scelta di utilizzare gli aggettivi “fondamentale” e “inviolabile”, in riferimento alle situazioni giuridiche, sempre virgolettandoli.

Obiettivo di questo scritto, infatti, non è quello di introdurre una nuova situazione giuridica soggettiva – superflua, in un ordinamento che, a differenza di altri, già conosce nel proprio diritto positivo una situazione giuridica ulteriore rispetto al diritto soggettivo –, quanto piuttosto di “eliminarne” un’altra (il diritto “fondamentale”, “inviolabile”, “incomprimibile”) dal panorama teorico delle situazioni giuridiche soggettive, quanto meno in relazione al riparto di giurisdizione, così da garantire maggiore semplicità e maggiore aderenza del sistema al dettato Costituzionale.

Con ciò, lo si ribadisce, non si vuole negare la qualificabilità di un diritto o di un interesse come “fondamentale” se questo serve a sottolineare il suo particolare valore, la sua particolare rilevanza e delicatezza nel contesto sociale concreto, a cui tutti, pubblici e privati, devono fare attenzione quando vi entrano in contatto. Né, come dimostrato nell’ultima sezione di questo capitolo, si vuole reintrodurre una concezione dispotica dei pubblici poteri che senza vincolo e controllo alcuno possano disporre delle libertà e delle pretese vitali degli individui.

È proprio il carattere democratico del nostro ordinamento, di cui i pubblici poteri sono espressione, a dover essere tenuto in considerazione, così da caducare qualsiasi remora nel circoscrivere la portata giuridica del carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva privata: la pubblica amministrazione, non meno dei giudici, deve comunque e sempre agire per il perseguimento e la tutela dei “diritti inviolabili dell’uomo”, in quanto manifestazione del volere e dei valori sociali, trovino essi concretizzazione in capo al singolo o alla collettività nel suo complesso.

Pertanto se la portata giuridica del carattere “fondamentale” ne esce circoscritta, quelle evocative e valoriali ne risultano ampliate, potendo anche un interesse legittimo, e non solo un diritto, essere “fondamentale” sotto questo punto di vista.

4. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEGLI INTERESSI LEGITTIMI “FONDAMENTALI”

Affermata la naturale e necessaria coesistenza tra pubblici poteri e situazioni giuridiche dotate di rilievo costituzionale, passo successivo è quello di concentrarsi su un ulteriore problema, ossia verificare quale sia il giudice meglio attrezzato per soddisfare le irrinunciabili esigenze di tutela che caratterizzano gli interessi in questione.

Come più volte ricordato, l'attuale criterio di riparto in materia di diritti fondamentali si fonda su una distorsione della realtà giuridica e materiale, che porta a negare la presenza di pubblici poteri o ad affermarne la loro assoluta vincolatezza, così da assicurare la giurisdizione al giudice ordinario: la giustificazione di ciò si fonda sulla concreta esigenza di riconoscere una tutela piena ed effettiva a tali situazioni giuridiche, che non sarebbe in alcun modo garantita dai poteri del giudice amministrativo e dalla struttura del processo che si celebra innanzi ad esso.

A quasi un decennio dall'introduzione del Codice del processo amministrativo – e a quasi un trentennio dall'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, che ha rafforzato la tutela dell'interesse legittimo sul piano sostanziale – è opportuno riflettere sull'attualità di tale orientamento, tenendo conto degli effettivi margini di tutela giurisdizionale, innanzi al giudice amministrativo e ordinario, che la situazione soggettiva privata può vantare quando si raffronta con i pubblici poteri.

In altre parole, si vuole verificare l'opportunità di tenere in vita questa non scritta “giurisdizione esclusiva” del giudice ordinario in materia di diritti “fondamentali”, piuttosto che superare tale eccezione al criterio di riparto di giurisdizione. Quest'ultima scelta parrebbe certamente opportuna laddove anche innanzi al giudice amministrativo sia rispettato il principio costituzionale della pienezza della tutela delle situazioni private, poiché a sua volta consentirebbe di ripristinare il rispetto di altri principi riconosciuti nella nostra Carta fondamentale, ossia il corretto riparto di giurisdizione e la piena dignità di organo giudicante del giudice amministrativo³⁸⁰.

³⁸⁰ In senso analogo, G. VERCILLO, *Diritti fondamentali tutela di dalla Costituzione, potere amministrativo, situazioni giuridiche soggettive del privato*, cit., 1388 ss..

4.1. Il giudice amministrativo e gli interessi legittimi “fondamentali”: la tutela in sede di giurisdizione di legittimità

Si può quindi riprendere il filo tracciato nel primo capitolo in materia di “civilizzazione” del giudice amministrativo³⁸¹, ossia di quella costante evoluzione della giurisdizione e del processo amministrativi, dettata sia da disposizioni normative che da pronunce giurisdizionali, che ne hanno determinato – e ne stanno tuttora determinando – il graduale avvicinamento alla giurisdizione e al processo ordinari³⁸².

Concentrandosi in questa sede sull’ultimo, in ordine cronologico, e più importante intervento sistematico in materia di giurisdizione amministrativa, è evidente la scelta di strutturare il Codice del processo amministrativo secondo il modello del Codice di procedura civile, come anche espresso dall’esplicito rimando ad esso contenuto nella legge con cui si è delegato al Governo il compito di ridisciplinare la materia³⁸³.

Si è dato luogo, quindi, a un coordinamento tra le disposizioni relative al processo innanzi al giudice amministrativo e quelle del processo innanzi al giudice ordinario, operante tanto sul piano formale (si veda la struttura dei due codici, entrambi suddivisi in libri concernenti i medesimi profili: disposizioni generali, processo di cognizione e impugnazioni, processo di esecuzione, riti speciali), quanto sul piano sostanziale, come si vedrà qui di seguito³⁸⁴.

Disposizione di chiusura è, poi, contenuta nell’art. 39 c.p.a. che, con il suo rinvio esterno alle previsioni del Codice di procedura civile, segna espressamente l’imprescindibile rapporto con le norme sulla giurisdizione ordinaria e, allo stesso tempo, definisce i margini di autonomia della tutela giurisdizionale amministrativa.

³⁸¹ Si rimanda alla sezione 1.5.

³⁸² Quanto al ricorso del termine “civilizzazione”, oltre al già citato R. VILLATA, *La prima riforma*, cit., 8, vedasi anche M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civilizzazione”*, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss..

³⁸³ Vedasi art. 44, comma 1, l. n. 69/2009: “Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di *coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali* e di assicurare la concentrazione delle tutele [corsivo aggiunto].”

³⁸⁴ Sul coordinamento tra c.p.a. e c.p.c. vedasi A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo e il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 100 ss..

L'esclusione della diretta e automatica applicabilità del diritto processuale civile al processo amministrativo, stanti i requisiti della compatibilità e dell'essere espressione di principi generali, svolge infatti il ruolo di garante della particolarità di tale processo, che riflette le peculiarità dell'interesse legittimo quale situazione giuridica di diritto sostanziale tutelata in via ordinaria innanzi al giudice amministrativo.

Particolarità che, quindi, sono espressione del rapporto di diritto pubblico oggetto della controversia, che tengono conto del principio di separazione dei poteri e che scontano il fatto che il processo amministrativo, a differenza del processo innanzi al giudice ordinario, è preceduto da procedimento anch'esso di natura pubblicistica, operante sul piano del diritto sostanziale, ma comunque volto alla ricerca di una soluzione che sia espressione di giustizia³⁸⁵.

Da qui, forse, l'opportunità di parlare di "costituzionalizzazione" del processo amministrativo³⁸⁶, più che di "civilizzazione", con conseguente mutazione degli istituti del processo civile in quanto compatibili con il processo amministrativo nonché indispensabili a garantire la pienezza e l'effettività della tutela delle differenti situazioni soggettive private, come richiesto dagli artt. 24, 111 e 113 Cost..

È proprio l'effettività che oggi trova espresso riconoscimento nei principi generali che governano il processo amministrativo, ma, a ben vedere, essa da sempre ha caratterizzato l'operare dello stesso giudice il quale, a fronte di un dettato normativo lacunoso, ha per lungo tempo interpretato (e tuttora interpreta) le disposizioni vigenti in modo da ritagliare sempre maggiori spazi di tutela per il privato che agisca a salvaguardia delle proprie situazioni soggettive incise dai pubblici poteri³⁸⁷.

³⁸⁵ Sulle ragioni che differenziano il processo amministrativo da quello civile, così da escludere l'applicabilità del c.p.c. alle controversie attinenti l'esercizio del potere pubblico, vedasi G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211 ss.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, cit., 443 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit., 1230 ss..

³⁸⁶ In tal senso, A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà. Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005, 286. Anche N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, cit., 107, parla di "attuazione costituzionale del processo amministrativo".

³⁸⁷ Si rimanda sempre a quanto già detto nella sezione 1.5.1. circa il ruolo creativo giocato dalla giurisprudenza amministrativa ai fini dell'introduzione di misure (in tema di silenzio, tutela cautelare, ottemperanza ecc.) solo successivamente recepite dalle disposizioni legislative. In questo senso, vedasi anche L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in A. CAVALLARI – G. DE GIORGI CEZZI – G.L. PELLEGRINO – P.L. PORTALURI – E. STICCHI DAMIANI – A. VANTAGGIO (cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, 2011, 19 ss..

Se, quindi, la giurisdizione amministrativa deve assicurare “una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”³⁸⁸, il principio di effettività diviene chiave di lettura centrale dell’intero Codice del processo amministrativo, in modo che il ricorrente che abbia ragione possa ottenere “praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”³⁸⁹. Tocca al giudice amministrativo, quindi, valutare l’effettiva consistenza della pretesa sostanziale del privato, così da assicurargli, in caso di lesione illegittima, la soluzione più soddisfacente tra quelle disponibili³⁹⁰.

Principio di effettività che, come espressamente indicato nell’art. 7, comma 7, c.p.a. viene realizzato mediante la concentrazione innanzi al giudice amministrativo di ogni forma di tutela per le situazioni giuridiche, siano esse interessi legittimi o diritti soggettivi, di cui si richiede protezione, intendendo l’espressione “ogni forma di tutela” comprensiva di tutto lo strumentario processuale riconosciuto nel nostro ordinamento giuridico per i processi a contenuto soggettivo in generale e per il processo civile in particolare³⁹¹, pur sempre nei limiti di compatibilità con la natura pubblicistica delle controversie.

Prima di passare all’analisi delle azioni esperibili nel giudizio amministrativo, fulcro del fenomeno della concentrazione delle tutele³⁹², vale la pena ricordare come la pienezza della protezione giurisdizionale passi attraverso anche alla disciplina dell’istruttoria, della tutela cautelare, del regime delle impugnazioni e del giudizio di ottemperanza, come modificate e ampliate sempre dal Codice del processo amministrativo³⁹³.

³⁸⁸ In questo senso si esprime l’art. 1 c.p.a., rubricato proprio *Effettività*.

³⁸⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, 41.

³⁹⁰ Così L. TORCHIA, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1118 ss. e M. RAMAJOLI, *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2013, 357 ss. (spec. 379).

³⁹¹ In tal senso, M. PROTTO – M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 166 e V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa a pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss..

³⁹² In tal senso, A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo e il superamento del sistema della giustizia amministrativa*, cit., 100 ss..

³⁹³ Per i singoli aspetti, si rimanda alle specifiche sezioni ad essi dedicate in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit.; in A. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit.; in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013; oltre alla già citata manualistica,

Basti in questa sede ricordare l'introduzione della tutela cautelare *ante causam*, che si affianca come *tertium genus* di tutela cautelare a quelle collegiale e monocratica, così da assicurare la possibilità per il privato di paralizzare tempestivamente gli effetti del provvedimento (o di ottenere altre forme di tutela atipica), ancor prima della presentazione del ricorso³⁹⁴. Si segnala, poi, come proprio in materia di tutela provvisoria il Codice contenga una previsione che, esplicitamente, riconosce la tutelabilità dei diritti "fondamentali" anche da parte del giudice amministrativo, consentendo che la misura cautelare sia subordinata a cauzione quanto la domanda "attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale"³⁹⁵.

Ancora, si richiama la nuova e più incisiva disciplina dell'istruttoria, comune a tutti i tipi di giurisdizione amministrativa (di legittimità, esclusiva e di merito), che, per esplicita previsione di legge, consente il ricorso a tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile³⁹⁶, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. Per via pretoria, poi, si è espressamente confermata l'ammissibilità di mezzi quali l'interrogatorio libero³⁹⁷, l'accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 c.p.c.*³⁹⁸ e la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'*art. 696-bis c.p.c.*³⁹⁹. Senza dimenticare che, in modo da colmare la disparità sul piano del rapporto sostanziale e garantire la parità processuale delle parti, l'onere della prova nel processo amministrativo risulta attenuato dalla possibilità per il giudice di chiedere anche d'ufficio chiarimenti o documenti, di disporre ispezioni o di ordinare, anche a terzi, l'esibizione in giudizio di documenti e disporre l'acquisizione di informazioni e documentazione utili ai fini della decisione, che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione⁴⁰⁰.

C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.; F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, cit..

³⁹⁴ Art. 61 c.p.a..

³⁹⁵ Art. 55, comma 2, c.p.a..

³⁹⁶ Art. 63, comma 5, c.p.a..

³⁹⁷ Vedansi Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069 e Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 6 aprile 2011, n. 904.

³⁹⁸ Vedansi Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5769; Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 aprile 2013, n. 4005; ID., sez. II-*bis*, 2 ottobre 2013, n. 8558; ID., sez. II, 29 marzo 2016, n. 3846.

³⁹⁹ Vedasi Tar Lazio, Roma, sez. II, 12 aprile 2013, n. 3753.

⁴⁰⁰ Artt. 63 e 64, c.p.a..

Inoltre, ulteriore garanzia di tutela effettiva può essere riscontrata nell'anticipazione in sede di cognizione di strumenti prima esperibili solo in sede di esecuzione, potendo il giudice amministrativo disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi inclusa la nomina di un commissario *ad acta*⁴⁰¹.

Guardando ora alle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo a tutela degli interessi legittimi, è possibile osservare come già l'art. 44, comma 2, l. n. 69/2009 orientasse verso un ulteriore avvicinamento dei poteri del giudice amministrativo a quelli del giudice ordinario, delegando al Governo, nell'ambito della riforma del processo amministrativo, il compito di disciplinare "le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa". In altre parole, da un lato si confermava il superamento del modello "classico" del processo amministrativo, incentrato sulla sola azione di annullamento, e dall'altro tale superamento sarebbe dovuto avvenire con il recepimento del trittico di azioni – dichiarative, costitutive e di condanna – caratterizzanti il giudizio innanzi al giudice ordinario⁴⁰².

Per quanto il risultato finale si sia discostato dall'elaborato della Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, prevedendo esplicitamente un numero di tutele giurisdizionali più limitato di quelle originariamente proposte, nel Codice del processo amministrativo è stata inserita una specifica disciplina delle azioni, pur non essendo questa presente nel Codice di procedura civile, che, letta congiuntamente alla disciplina delle pronunce giurisdizionali e ad altre parti del codice (in particolare quelle attinenti i riti speciali e le misure cautelari), sembrerebbe tipizzare le tutele esperibili nel giudizio amministrativo⁴⁰³.

Sicché, ad oggi, anche a seguito dei correttivi al Codice apportati nei due anni successivi alla sua entrata in vigore, sono espressamente esercitabili nel processo amministrativo: la classica azione di annullamento (artt. 29 e 34, comma 1, lett. a) c.p.a.); l'azione di condanna risarcitoria, sia per equivalente, sia in forma specifica (artt. 30 e 34, comma 1, lett. c) c.p.a.); l'azione di condanna a un *facere* specifico, potendo il

⁴⁰¹ Art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a..

⁴⁰² In tal senso, M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 573 ss. Ancora, sulle azioni proponibili nel processo amministrativo, vedasi R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, 2010, reperibile su <https://www.giustizia-amministrativa.it>; M. CLARICH, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss..

⁴⁰³ A favore della tipizzazione, B. SASSANI, *op. ult. cit.*, 1360 ss..

giudice amministrativo condannare la parte soccombente “all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio” (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.); la distinta azione di adempimento, ossia di condanna della pubblica amministrazione, nelle ipotesi di potere vincolato in astratto o in concreto, all’adozione del provvedimento richiesto dal privato (artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), c.p.a.); l’azione avverso il silenzio, volta all’accertamento dell’inerzia della pubblica amministrazione e alla sua condanna a provvedere, in generale, o, sempre in caso di attività vincolata, all’emanazione del provvedimento richiesto (artt. 31, commi 1, 2 e 3, 34, comma 1, lett. b) e 117 c.p.a.); l’azione di accertamento e dichiarazione di nullità del provvedimento amministrativo (art. 31, comma 4, c.p.a.).

Non è mancato chi, anche solo alla luce delle azioni tipiche configurate dal Codice amministrativo, abbia affermato l’idoneità del sistema ad assicurare tutela piena ed effettiva a tutte le particolare tipologie di interesse legittimo configurabili nell’ambito dei differenti rapporti di diritto pubblico: un interesse oppositivo risulterebbe pienamente tutelato, infatti, dalle azioni di annullamento e di nullità; un interesse pretensivo, invece, verrebbe protetto tramite l’azione di condanna a un *facere* della pubblica amministrazione che, come anche dimostrato in giurisprudenza⁴⁰⁴, sarebbe stata idonea a donare cittadinanza, nel nostro ordinamento, all’azione specifica di adempimento, indipendentemente dalla sua esplicita previsione avvenuta solo con il correttivo del 2012; lo stesso interesse pretensivo, poi, sarebbe pienamente tutelato anche innanzi all’inerzia dell’amministrazione, tramite l’azione avverso il silenzio; mentre tutti gli interessi riceverebbero ulteriore tutela per i danni prodotti dall’esercizio o dal mancato esercizio dei pubblici poteri tramite l’azione risarcitoria⁴⁰⁵.

Ciò non toglie che, a ulteriore conferma dell’avvicinamento delle tutele esperibili innanzi ai differenti organi giurisdizionali, amministrativi o ordinari, e soprattutto a ulteriore conferma della necessaria pienezza ed effettività della tutela offribile dal giudice amministrativo, giurisprudenza⁴⁰⁶ e dottrina⁴⁰⁷ maggioritarie hanno riconosciuto

⁴⁰⁴ Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁴⁰⁵ Vedasi V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa a pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, cit., 436 ss..

⁴⁰⁶ *Ex pluribus*, Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2011 e Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in tema di ammissibilità dell’azione di adempimento; Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, ID., 15 aprile 2010, n. 2139 e ID., ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, sull’ammissibilità dell’azione generale

l'operatività del principio di atipicità delle azioni, così come nel processo civile anche in quello amministrativo. Solo in questo modo, infatti, troverebbe compiuto svolgimento quanto disposto dall'art. 7, comma 7, c.p.a., garantendo "ogni forma di tutela" piena, completa e soddisfattiva a tutte le situazioni giuridiche soggettive controverse, ivi inclusi gli interessi legittimi.

Banco di prova dell'atipicità delle azioni amministrative è dato dall'azione (generica) di adempimento, l'unica tra le azioni previste nel progetto di Codice elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato che, anche a seguito dei correttivi, non ha trovato esplicito riconoscimento nell'attuale sistema normativo. All'ampio dibattito dottrinale in materia⁴⁰⁸ ha fatto seguito una giurisprudenza sufficientemente chiara e consolidata nell'ammettere l'azione generale di accertamento, se forma di tutela necessaria per la soddisfazione completa della pretesa sostanziale del ricorrente⁴⁰⁹.

di accertamento; Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2012, n. 28, in tema di ammissibilità di un'azione *ex art.* 2932 c.c.

⁴⁰⁷ M. CLARICH, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. Le azioni*, cit., 1123 ss.; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913 ss.; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 582; L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187 ss.; M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, cit., 79 ss..

⁴⁰⁸ *Ex pluribus*, A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, *passim*; E. CASSETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1952, 146 ss.; A. LUGO, *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del giudizio amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1964, 80 ss.; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 563 ss.; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e ottemperanza*, in *AA.VV., Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 31 ss.; P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, *ivi*, 853 ss.; G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481 ss.; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, *ivi*, 2002, 593 ss..

⁴⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 717/2009, cit., con note di E. SCODITTI, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 488 ss. e S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1260 ss.; Adunanza plenaria, n. 15/2011, cit., con note di A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, 2011, III, 517 ss.; M.A. SANDULLI, *Brevi considerazioni a prima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, in *Giustamm.it*, 2011; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss.; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, *ivi*, 215 ss.; F. MERUSI, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giur. it.*, 2012, 435 ss. Entrambe le pronunce, seppur con soluzioni differenti, hanno consentito l'esercizio dell'azione di accertamento da parte del terzo, avente ad oggetto l'insussistenza dei presupposti per lo svolgimento dell'attività oggetto di DIA/SCIA. Ancora, vedasi Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, con nota di A. CARBONE,

Questo, comunque, non ha sopito tutti i dubbi in dottrina, specialmente circa una concreta esperibilità di tale azione in relazione agli interessi legittimi, autonoma rispetto ad altre azioni di annullamento o di condanna⁴¹⁰.

Nonostante le opinioni sul sistema delineato al Codice del processo amministrativo non siano sempre pienamente ottimistiche, specie in seguito all'impoverimento delle tutele disposto con il testo definitivo rispetto al progetto di Codice⁴¹¹, non può negarsi come esso abbia comportato un sostanziale avvicinamento della tutela degli interessi legittimi a quella dei diritti soggettivi, conformemente al principio ad oggi informante entrambe le giurisdizioni, ossia quello di effettività della tutela. Stesso principio che, come visto, ha guidato (e tuttora guida) il giudice amministrativo nell'esercizio della propria funzione pretoria, che da sempre lo ha contraddistinto e che gli consente di colmare le lacune normative tramite la sua attività interpretativa, diretta alla valorizzazione della pretesa sostanziale del privato e, quindi, alla piena protezione della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio.

Sicuramente la giurisdizione amministrativa non è esente da ogni critica: ai miglioramenti sotto il profilo dinamico dell'efficacia delle tutele dallo stesso offribili fanno da contraltare persistenti lacune sotto il profilo statico dell'organizzazione,

Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 864 ss., con cui si è ammessa l'azione di accertamento dell'illegittima inerzia della pubblica amministrazione (Regione Lazio), per consentire l'esperimento della consequenziale azione di condanna a un *facere* specifico (indire nuove elezioni). Sempre a favore dell'ammissibilità dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo, vedasi *ex pluribus* Cons. Stato, sez. IV, 09 maggio 2013, n. 2518 (in materia di arresto procedimentale); ID., 04 marzo 2014, n. 1009 e ID., 29 febbraio 2016, n. 839 (sempre in materia di DIA); Cgars, 17 febbraio 2017, n. 48 (in materia di concessioni di suolo demaniale marittimo). Non sono mancate, comunque, decisioni che si sono discostate dall'orientamento tracciato dalla Plenaria e, qualificata la situazione soggettiva del privato come interesse legittimo, hanno negato l'esperibilità dell'azione di accertamento; ciò principalmente in materia di inquadramento nel pubblico impiego: Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2010, n. 1580; ID., 3 febbraio 2011, n. 793; ID., 13 marzo 2014, n. 1258; ID., sez. IV, 27 giugno 2014, n. 3241, ID., sez. III, 29 luglio 2015, n. 3751.

⁴¹⁰ Guardando ai contributi più recenti, successivi al Codice del processo amministrativo, vedasi A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, cit., 864 ss. e S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 146 ss., i quali, pur riconoscendo i limitati spazi in cui un'autonoma azione di accertamento potrebbe rilevarsi utile *ex se* ai fini della tutela dell'interesse legittimo, ne confermano l'ammissibilità a fronte del principio di effettività della tutela, e di quello strettamente correlato di atipicità dell'azione, più volte ribaditi dalla giurisprudenza amministrativa (vedasi le pronunce indicate nella nota precedente). Più scettico, invece, circa l'effettiva e autonoma esperibilità di un'azione di mero accertamento, A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 12 ss..

⁴¹¹ *Ex pluribus*, F. MERUSI, *In viaggio con Laband...*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 658 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, 2010, in www.giustamm.it; N. SAIITA, *Il codice che poteva essere*, 2010, *ivi*; A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un "codice" del processo amministrativo*, *ivi*.

soprattutto quanto a imparzialità dei giudici amministrativi e indipendenza dall'esecutivo⁴¹².

Proprio in ragioni di tali carenze non è mancato chi si è espresso in favore di un superamento della magistratura amministrativa, così da ritornare, dopo la parentesi del 1865-1889⁴¹³, a un sistema di unicità della giurisdizione⁴¹⁴.

Tale ritorno al passato richiederebbe *in primis* una revisione della Costituzione quando, invece, una differente soluzione praticabile sarebbe quella di procedere a modifiche legislative⁴¹⁵ che assicurino l'effettivo rispetto dei principi di imparzialità e indipendenza costituzionalmente previsti per tutti i giudici, non solo per quelli ordinari⁴¹⁶.

A ben vedere, poi, la soppressione del giudice amministrativo non sarebbe automatica garanzia della migliore tutela per il privato⁴¹⁷, laddove invece tale eliminazione comporterebbe il venir meno di un corpo che, anche grazie al patrimonio

⁴¹² Si considerino le criticità (come la duplice funzione consultiva e giurisdizionale del Consiglio di Stato, le nomine governative di un quarto dei Consiglieri di Stato e del Presidente del Consiglio di Stato stesso, nonché gli incarichi extragiurisdizionali che possono essere affidata a tali soggetti) sottolineate da ultimo in M. D'AMICO – I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 7 ss.. Così anche M. RAMAJOLI, *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, cit., 365 ss., in cui l'Autrice sottolinea ulteriori aspetti critici, ostativi a una piena realizzazione del giusto processo amministrativo, legati *in primis* alle carenze circa la piena parità delle parti nell'ambito del contraddittorio processuale.

⁴¹³ Vedasi M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347 ss., ove l'Autrice qualifica come "falsa partenza" l'all. E, l. n. 2248/1865 che, non adeguatamente supportato da dottrina e giurisprudenza, si è rivelato incapace di dare luogo al modello di diritto e di giustizia amministrativi ivi profilato.

⁴¹⁴ Così, su tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 79 ss.. Vedasi anche F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso amministrativo (all.E)*, cit., 226 ss., che procede a una ricostruzione storica dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo per evidenziare come l'introduzione di un sistema dualistico sia imputabile a ragioni altre rispetto all'incapacità del giudice ordinario, ai sensi della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, di tutelare il privato innanzi all'amministrazione. Ancora, E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità di giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss. che si concentra soprattutto sulla problematica della certezza del diritto, incrinata dal venir meno delle funzioni nomofilattiche della Cassazione nei confronti del giudice amministrativo, e F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 498 ss. che, sempre ai fini dell'imparzialità dei giudici amministrativi, propone un loro riassorbimento in sezioni specializzate dei tribunali ordinari.

⁴¹⁵ Su tutte, una modifica della l. 27 aprile 1982, n. 186 sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa

⁴¹⁶ Così S. BACCARINI, *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in www.giustamm.it, 8.

⁴¹⁷ Anche solo da un punto di vista pratico, si pensi ai tempi più brevi per giungere a una decisione da parte del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario. Vedasi la A. PAJNO, *Relazione del Presidente*, reperibile www.giustizia-amministrativa.it, 11 ss., pronunciata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017.

di competenze ed esperienze formatosi nel corso di oltre un secolo di attività, si è più volte dimostrato capace di porre in risalto le esigenze del singolo, anche a fronte di un carenze normative, facendo della propria specialità uno strumento per garantire la libertà dal potere piuttosto che la libertà del potere⁴¹⁸.

Un'ultima considerazione merita di essere svolta in questa sede.

La precedente riflessione riguarda i poteri del giudice e gli strumenti processuali operanti a protezione degli interessi legittimi in sede di giurisdizione di legittimità, a riprova della pienezza di tale tutela. Come però osservato⁴¹⁹, il Codice del processo amministrativo, ponendosi sul solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale⁴²⁰, riconosce la medesima natura alla giurisdizione di legittimità e a quella esclusiva, nell'ottica di una giurisdizione amministrativa unitaria caratterizzata dall'esperibilità delle medesime azioni e da un'analogia struttura processuale, superando così le differenze esistenti in base alla disciplina previgente⁴²¹.

Se, dunque, sia in sede di giurisdizione esclusiva, sia in sede di giurisdizione di legittimità è sempre esperibile ogni forma di tutela (atipica) volta al pieno soddisfacimento della pretesa sostanziale (espressione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo) fatta valere in giudizio, e se analoga sarà la struttura processuale (quanto a misure cautelari, mezzi probatori, tutela esecutiva, ecc.), il criterio di riparto ad oggi vigente in materia di tutela delle situazioni giuridiche "fondamentali" mostra chiaramente le sue debolezze. Non sembrerebbe comprensibile, infatti, come il giudice amministrativo possa essere considerato idoneo a tutelare i diritti soggettivi "fondamentali" in sede di giurisdizione esclusiva⁴²², ma incapace di proteggere

⁴¹⁸ Così M. D'AMICO – I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 17 ss..

⁴¹⁹ F.G. COCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, cit., 439 ss.; ID., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.; M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 143 ss. e 161 ss.; M. PROTTO – M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 168 ss..

⁴²⁰ Vedasi quanto detto nel primo capitolo in relazione alle sentenze C. cost., nn. 204/2004 e 191/2006.

⁴²¹ Si pensi, per esempio, che in base all'art. 26, comma 2, l. n. 1034/1971 il giudice amministrativo disponeva del potere di condanna dell'amministrazione al pagamento delle somme di cui era debitrice solo in sede di giurisdizione esclusiva, così come solo in tale sede poteva pronunciarsi in materia di condanna a titolo di risarcimento dei danni (art. 35, d.lgs. n. 80/1998).

⁴²² Come esplicitamente riconosciuto dalla Corte costituzionale, nella più volte menzionata sentenza n. 140/2007, e confermato dal codice del processo amministrativo, che attribuisce alla giurisdizione

adeguatamente gli interessi legittimi “fondamentali” in sede di giurisdizione di legittimità, non comportando questo “cambiamento di sede” un mutamento dei poteri del giudice e dello strumentario processuale a disposizione delle parti.

4.1.1. (Segue) I profili critici

Argomentata la pienezza della tutela per gli interessi legittimi innanzi al giudice amministrativo è ora possibile verificare se le mancanze contestate alla giurisdizione amministrativa – generalmente prima dell’entrata in vigore del nuovo Codice –, tali da renderla incapace di tutelare adeguatamente situazioni soggettive di particolare valore, quali quelle dotate di rilievo costituzionale, siano ancora attuali.

Tra le suddette lacune si sono indicate: la mancanza della tutela inibitoria, indispensabile a prevenire la lesione di un diritto “fondamentale” prima ancora che si sia verificata; la mancanza di una tutela cautelare *ante causam*; l’inadeguatezza dei mezzi istruttori; il problema della pregiudiziale amministrativa e quello dei termini di decadenza per l’esperienza delle azioni nel processo amministrativo; l’impossibilità di ricorrere in Cassazione per violazione di legge⁴²³.

Quanto ai mezzi istruttori, si è già fatto presente come il Codice e le successive pronunce del giudice amministrativo determinino, ad oggi, una sostanziale coincidenza degli strumenti di prova a disposizione nel processo amministrativo e nel giudizio ordinario. Ciò che permane è l’assenza nel processo amministrativo di una fase istruttoria, scandita dalle norme processuali, stante l’operatività del canone della concentrazione dell’istruzione nella decisione. Se ciò è stato oggetto di critiche, in quanto escluderebbe la certezza assoluta che, giunto in decisione, il giudice amministrativo abbia a disposizione tutte le informazioni necessarie per dirimere la controversia⁴²⁴, tale maggiore elasticità consente di ridurre i tempi del giudizio, senza

esclusiva del giudice amministrativo controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti capaci di incidere su diritti costituzionalmente tutelati (vedasi, in materia di rifiuti, l’art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a., ma anche le lettere r) e s) del medesimo comma, in materia di salute e integrità dell’ambiente).

⁴²³ Vedasi F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, 2008, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it; S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 758 ss.; A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 27 ss. (spec. p. 42 ss.); F.G. SCOCA, *Cenni sulla (nuova) disciplina della giurisdizione*, in G. ALPA – M. SALAZAR (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Napoli, 2013, 31 ss. (spec. p. 38 ss.); A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 187 ss..

⁴²⁴ In tal senso, C.E. GALLO, *L’istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4406; F. MERUSI, *Relazione tenuta al seminario “La sistematica delle*

una necessaria diminuzione della tutela delle parti a fronte dell'istruzione primaria rimessa alle stesse⁴²⁵, soddisfacendo l'esigenza di celerità che, come si vedrà a breve, caratterizza fortemente la tutela dei beni "fondamentali".

Nulla questio, alla luce di quanto sopra esposto riguardo l'attuale disciplina, circa la precedente carenza in tema di tutela cautelare *ante causam*, ora colmata.

D'altra parte, qualora si volesse intendere con azione inibitoria uno strumento processuale volto a paralizzare l'esercizio del potere pubblico prima ancora dell'adozione del provvedimento, essa difficilmente potrebbe trovare cittadinanza nel processo amministrativo stante, da un lato, l'esplicita previsione di legge per cui "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati⁴²⁶" e, dall'altro, l'imprescindibile rispetto del principio di separazione dei poteri che rimette al giudice amministrativo la valutazione della legittimità delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione, e non il compimento delle stesse in suo luogo⁴²⁷.

Diversamente, se si attribuisce all'inibitoria il significato di azione rivolta a impedire la ripetizione o la continuazione di un'attività lesiva⁴²⁸, allora certamente l'azione di

*azioni nel nuovo processo amministrativo", organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Staffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, 2010, in www.giustamm.it; R. VILLATA, Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'università degli studi di Messina, 2010, *ivi*.*

⁴²⁵ In tal senso, G. BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 214 ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in A. CAVALLARI – G. DE GIORGI CEZZI – G.L. PELLEGRINO – P.L. PORTALURI – E. STICCHI DAMIANI – A. VANTAGGIO (cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, cit., 59; M. PROTTO – M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 159.

⁴²⁶ Art. 34, comma 2, c.p.a..

⁴²⁷ Chiaro nell'escludere l'ammissibilità di un'azione inibitoria nel processo amministrativo, anche celata sotto le vesti di azione di adempimento, P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss. (spec. p. 18). Di diverso avviso è L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, cit., 29 ss., per cui la portata dell'art. 34, comma 2, c.p.a. dovrebbe essere sempre limitata dall'esigenza di dare piena applicazione al principio di effettività, così da ammettere, se necessaria, l'azione inibitoria (l'esempio fatto è quello del provvedimento di chiusura di un ristorante nel periodo estivo, periodo di punta, tale da legittimare il privato, a fronte della prospettata gravità del danno, ad agire innanzi al giudice amministrativo pur in pendenza del procedimento, così da poter ottenere una misura inibitoria in sede cautelare, che impedisca la futura adozione del provvedimento stesso qualora già vi siano elementi idonei a dimostrazione dell'erroneità della posizione dell'amministrazione che si concretizzerà nel futuro provvedimento).

⁴²⁸ Come risulta dagli artt. 949 e 1170 c.c., che consentono l'esercizio di tale azione a fronte di molestie già in atto, di modo che ad essere futuro sia solo il danno da prevenire. Vedasi al riguardo C. RAPISARDA SASSOON, *Inibitoria (voce)*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1994, 475 ss. (spec. p. 480). Ancora, sull'inibitoria,

annullamento, in via finale, e la tutela cautelare, in via provvisoria⁴²⁹, risultano idonee a prevenire la lesione futura, con la pronuncia di annullamento che, tramite il proprio effetto conformativo, impedirà inoltre la ripetizione della medesima scelta illegittima da parte della pubblica amministrazione, nel momento in cui quest'ultima dovrà nuovamente esercitare il proprio potere.

È indiscusso che una tutela inibitoria, atta a prevenire condotte lesive, possa giocare un ruolo centrale ai fini della protezione delle situazioni giuridiche “fondamentali”, anche e soprattutto considerata l'inadeguatezza della tutela risarcitoria nei loro confronti. Alla luce del particolare valore attribuito ai beni correlati alle situazioni soggettive in questione, oltre che della loro natura non patrimoniale (si pensi a salute, istruzione, libertà religiosa ecc.), il tipo di protezione più confacente è quello che prevenga ed eviti il verificarsi dell'evento dannoso, piuttosto che quello che permetta una reintegrazione *ex post* (in forma specifica o, qualora sia impossibile, per equivalente)⁴³⁰.

Guardando però agli stessi casi che hanno determinato la nascita dell'orientamento sui diritti “incomprimibili” (realizzazione di discariche, depuratori, elettrodotti, centrali elettriche ecc.) l'efficacia del provvedimento che dispone la realizzazione delle opere in questione non risulta *ex se* dannosa del bene fondamentale (la salute), il quale verrà danneggiato solo a fronte della effettiva esecuzione del provvedimento stesso. A ben vedere, dunque, una tempestiva azione cautelare, come consentita dall'attuale sistema di misure provvisorie previste dal Codice del processo amministrativo, permetterebbe di inibire la realizzazione del danno futuro. Risultati non dissimili, quanto alla prevenzione del danno, possono ottenersi sempre mediante un'immediata tutela cautelare anche per quei provvedimenti che non necessitino di ulteriori attività di tipo esecutivo⁴³¹.

A. FRIGNANI, *Inibitoria (azione) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXI, cit., 1971, 559 ss.; ID., *Inibitoria (azione) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVII, cit., 1989; C. RAPIARDA – M. TARUFFO, *Inibitoria (azione) (voce)*, *ivi*, XVI, cit., 1997.

⁴²⁹ Sull'inibitoria finale e provvisoria vedasi A. FRIGNANI, *Inibitoria (azione) (voce)*, cit., 1989, 560 ss..

⁴³⁰ Vedasi C. RAPIARDA SASSOON, *Inibitoria (voce)*, cit., 481 ss., in tema di inibitoria e “nuovi diritti”, e F. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit., 377 ss. (spec. p. 388 ss.).

⁴³¹ Si pensi al caso della rimozione di un'autorizzazione, come ipotizzato nella precedente nota n. 427, i cui effetti giuridici potrebbero essere tempestivamente inibiti da una misura cautelare monocratica o, addirittura, *ante causam*.

L'assenza di una tutela inibitoria nel processo amministrativo pare poi bilanciata dalla presenza di una precedente "fase pubblicistica", il procedimento amministrativo, volta a garantire l'adozione di un provvedimento legittimo, anche tramite il contraddittorio con il privato, assente nei rapporti di carattere civilistico. Pertanto, grazie alla partecipazione al procedimento e ai vari istituti che ad oggi lo caratterizzano, il privato è a conoscenza in anticipo del plausibile contenuto del futuro provvedimento (si pensi all'istituto del preavviso di rigetto), così da potersi attivare tempestivamente a fronte di un atto indebitamente lesivo; ma è proprio in questa sede procedimentale che il singolo può svolgere le proprie "difese anticipate" così da orientare l'operato della pubblica amministrazione verso un fine a sé favorevole, "inibendo" invece soluzioni dannose.

In altre parole, è la stessa natura dell'interesse legittimo a consentire di anticipare sul piano sostanziale forme di protezione "inibitoria", ottenibili per i diritti soggettivi solo in sede processuale.

Quanto al termine decadenziale operante per l'azione di annullamento, esso è espressione del bilanciamento tra le esigenze di giustizia – sicché la sua previsione deve comunque consentire il soddisfacente esercizio del diritto "fondamentale" di azione giurisdizionale⁴³² – e di certezza, a fronte di un'azione pubblicistica rivolta al perseguimento di una pluralità di interessi, collettivi e individuali, che deve necessariamente poter raggiungere uno stadio di stabilità dei propri effetti⁴³³.

⁴³² In questo senso, C. cost., 16 gennaio 1970, n. 10 e ID., 9 luglio 1974, 234. Quanto alla legittimità costituzionale del termine decadenziale di 60 giorni per l'esercizio dell'azione di annullamento, vedasi la pronuncia C. cost., 4 luglio 1979, n. 56, in cui si è ritenuto tale termine "ragionevole e congruo per apprestare un'adeguata impugnazione, attesa l'ampiezza di esso e l'interesse generale alla sollecita definizione dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione".

⁴³³ Per uno sguardo complessivo e successivo al Codice del processo amministrativo sul tema dei termini decadenziali, vedasi A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., (spec. p. 123 ss. quanto il bilanciamento tra giustizia e celerità). Vedasi anche G. FALCON – D. DE PRETIS, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 1 ss., mentre il resto del volume affronta la tematica secondo una prospettiva comparata con altri ordinamenti, quali quello francese, comunitario, inglese, americano, cinese, ecc.. Ancora, quanto ai margini di compatibilità della disciplina nazionale sui termini decadenziali con il diritto europeo, vedasi M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, cit., 83 ss. e ID., *The Influence of the ECJ's Case Law on Time Limits in the Italian, German and English Administrative Legal Systems: a Comparative Analysis*, in *European Public Law* 15, n. 4 (2009), 615 ss. (spec. 617 ss.).

Difficilmente giustificabile⁴³⁴, invece, è l'operatività del termine decadenziale di 120 giorni in relazione all'azione di risarcimento del danno patito dagli interessi legittimi a seguito di un provvedimento illegittimo⁴³⁵. Nessuna esigenza di stabilità entra in gioco in questa ipotesi, considerato come l'eventuale accoglimento della domanda risarcitoria non incida sull'efficacia del provvedimento lesivo, il quale non verrà espunto dall'ordinamento e comunque continuerà a produrre i propri effetti. Pertanto, la compressione dell'esigenza di giustizia (operata con l'introduzione di un termine decadenziale in luogo dell'ordinario termine di prescrizione) appare priva di qualsivoglia giustificazione dettata dall'opportunità di salvaguardare altre necessità⁴³⁶.

A parziale giustificazione può solo rammentarsi come la tutela risarcitoria non sia la forma di protezione più adeguata e da privilegiarsi in relazione alle situazioni giuridiche "fondamentali", come anche dimostrato dai casi pratici esaminati nel primo capitolo⁴³⁷, in relazione ai quali i privati hanno agito al fine di ottenere la condanna a un fare o a un non fare della pubblica amministrazione (bloccare la realizzazione di una centrale elettrica, ottenere la rimozione di rifiuti o di barriere architettoniche limitative della mobilità delle persone invalide, ottenere un numero adeguato di ore di sostegno per uno studente, ecc.). Tutti risultati conseguibili anche innanzi al giudice amministrativo, sia tramite l'azione di annullamento, accompagnata da quella di adempimento, sia tramite

⁴³⁴ Anche se giustificato dal Giudice delle leggi, vedasi C. cost., 4 maggio 2017, n. 94. La questione della legittimità costituzionale del termine di decadenza fissato dall'art. 30, comma 3, c.p.a. era già stata sollevata tramite l'ordinanza del Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628, che però aveva condotto solamente a una pronuncia di inammissibilità da parte della Corte, data l'assenza di rilevanza dell'articolo censurato ai fini della risoluzione della lite pendente innanzi al giudice rimettente (C. cost., 12 dicembre 2012, n. 180). Quanto alla pronuncia del 2017, la Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole l'esercizio della discrezionalità da parte del legislatore nella fissazione di tale termine decadenziale, il quale risulterebbe "espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria".

⁴³⁵ In tal senso si è espressa la dottrina maggioritaria, tra cui, C.E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.*, 2010, 1013 ss.; F. MERUSI, *In viaggio con Laband...*, cit., 659; ID., *Dal 1865...e ritorno...al 1865. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, cit., 693. Spunti critici quanto al rischio dell'applicazione di tale termine decadenziale anche a diritti soggettivi, in relazione a controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva, sono rinvenibili in M.C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1365 ss.

⁴³⁶ Vedasi A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 140 ss..

⁴³⁷ Su tutti, vedasi quanto detto in relazione Pretura di Roma, ord. 4 giugno 1980, in cui l'organo giudicante è chiaro nell'affermare la scarsa utilità di una reintegrazione per equivalente di un diritto "fondamentale".

l'azione avverso il silenzio, sia, in presenza di un'inerzia non riconducibile ad un silenzio ma a un mancato rispetto di ulteriori obblighi giuridici gravanti in capo alla pubblica amministrazione, tramite l'accertamento (atipico) di tale inerzia e la conseguente condanna della parte pubblica a un *facere* o un non *facere* specifici⁴³⁸.

In ogni caso, il valore particolarmente elevato del bene leso dall'azione amministrativa dovrebbe spingere il privato ad agire tempestivamente, così da limitare le conseguenze negative del termine decadenziale di 120 giorni⁴³⁹. D'altro canto, il superamento della pregiudizialità amministrativa dovrebbe poi consentire di non escludere la risarcibilità di danni verificatisi anche dopo anni dall'adozione del provvedimento amministrativo, non debitamente preventivabili *ab origine* dal privato ed esulanti dallo spettro della sua "ordinaria diligenza"⁴⁴⁰, soprattutto alla luce delle sue normali conoscenze e competenze⁴⁴¹: si pensi, per esempio, ai danni cagionati dalle emissioni di un'opera pubblica, la cui nocività sia oggetto di scoperte scientifiche avvenute solo molto tempo dopo la realizzazione della stessa. Il privato potrebbe non avere avuto alcun interesse a richiedere l'annullamento dei provvedimenti che disponevano la realizzazione di un'opera che, almeno originariamente, non appariva lesiva della sua salute. Da ciò la possibilità di escludere che l'impugnazione dei provvedimenti (per di più divenuti inoppugnabili al momento della conoscenza del

⁴³⁸ Quanto a quest'ultima ipotesi, vedansi le sentenze citate nella precedente sezione, Cons. Stato, sez. V, n. 6002/2012 e Cgars, n. 48/2017.

⁴³⁹ La cui congruità è stata comunque affermata dal Giudice delle leggi sempre nella citata C. cost., n. 94/2017, in cui si è ritenuto il periodo di 120 giorni sufficientemente ampio ("più lungo di molti dei termini decadenziali previsti dal legislatore sia nell'ambito privatistico che in quello pubblicistico") e "in alcun modo inidoneo a rendere la tutela giurisdizionale effettiva".

⁴⁴⁰ Vedasi art. 30, comma 3, c.p.a..

⁴⁴¹ Il tema della pregiudizialità amministrativa è stato oggetto di ampio dibattito dottrinale, soprattutto prima dell'entrata in vigore del codice. Limitandosi ai contributi successivi al Codice, specie a commento della giurisprudenza intervenuta a definire i contenuti dell'"ordinaria diligenza", si vedano C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, 2011, 694 ss.; F.G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 979 ss.; S. CATTANEO, *Gli obblighi cooperativi che gravano sul danneggiato della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2012, 1200 ss.; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 968 ss.; G. CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, *ivi*, 2015, 768 ss.; A.E. LENOCI, *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della quarta sezione del consiglio di stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 532 ss.; V. CARBONE, *L'evoluzione del danno "evitabile" nei rapporti civili e in quelli amministrativi*, in *Danno e resp.*, 2016, 591 ss..

danno) rappresenti, nel caso di specie, espressione dell'ordinaria diligenza che avrebbe consentito di limitare le conseguenze degli eventi dannosi⁴⁴².

A ben vedere, poi, questo tipo di danno dovrebbe considerarsi prodotto da condotte materiali della pubblica amministrazione, le quali, siano esse ritenute meri comportamenti o comportamenti mediamente riconducibili all'esercizio di poteri, determinano in ogni caso la qualificazione della situazione giuridica del privato come diritto soggettivo, come reso evidente dal testo dell'art. 7, commi 1 e 4, c.p.a. che esclude l'attribuibilità dei comportamenti "amministrativi" alla giurisdizione di legittimità, rimettendola solo a quella esclusiva⁴⁴³. Al di là del problema della distinzione tra condotte semplici o espressione indiretta dei pubblici poteri⁴⁴⁴, ciò che rileva in questa sede è che la qualifica di diritto soggettivo della situazione giuridica del privato escluderebbe l'applicabilità del termine decadenziale dell'azione risarcitoria, a vantaggio degli ordinari termini di prescrizione.

Da ultimo, quanto alla non ricorribilità in Cassazione per le pronunce del Consiglio di Stato, se non per motivi inerenti alla giurisdizione, la problematica che è stata principalmente ravvisata consiste nel rischio di difformità di risoluzione di fattispecie analoghe, stante il venir meno del ruolo nomofilattico del supremo Giudice ordinario in relazione alle questioni sottoposte al giudice amministrativo⁴⁴⁵. Tale situazione, frutto di una previsione di rango costituzionale, non è stata quindi concepita in sé come ragione di minor tutela degli interessi difesi innanzi alla giurisdizione amministrativa, ben

⁴⁴² Si considerino Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296 e ID., sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605 che, con una lettura più favorevole al privato di quella fornita nell'Adunanza plenaria, n. 3/2011, non limitano l'ammontare del risarcimento conseguibile a fronte della mancata impugnazione del provvedimento.

⁴⁴³ Diversa è l'ipotesi dei comportamenti che siano diretta espressione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo. L'illiceità di tali condotte è un riflesso della illegittimità del provvedimento, in modo da ritenersi lesive di interessi legittimi e, dunque, conoscibili dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità. In tal senso, A. CERRETO, *Articolo 7 (voce)*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 144.

⁴⁴⁴ In materia, A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, cit., 1625 ss.; R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) in margine ad un dibattito giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 65 ss.; S. MALINCONICO, *Fattispecie occupative e giurisdizione: verso il consolidamento del criterio di riparto*, *ivi*, 2007, 1160 ss..

⁴⁴⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 188.

potendo quest'ultima adottare soluzioni più protettive di quelle profilate nell'ambito dalla giurisdizione ordinaria⁴⁴⁶.

4.2. Il giudice ordinario e gli interessi legittimi “fondamentali”

Alla luce della suesposta ricostruzione, è possibile affermare una sostanziale pienezza della tutela degli interessi legittimi da parte del giudice amministrativo, analoga a quella offribile dal giudice ordinario per i diritti soggettivi, nelle controversie tra privati.

Ciò che rileva in questa sede però, ai fini di individuare quale sia il giudice più adeguato alla tutela dei beni “fondamentali” coinvolti nell'azione pubblicistica, sono le tutele di fatto offribili dal giudice ordinario nelle controversie che comportano il coinvolgimento dei pubblici poteri.

Partendo da questa prospettiva, è possibile sostenere che oramai (e a differenza della situazione presente nel 1979) sia il giudice ordinario che, tramite degli *escamotages*, aggira i limiti interni ed esterni della propria giurisdizione per fornire ai diritti “fondamentali” una tutela analoga a quella offribile dal giudice amministrativo agli interessi legittimi “fondamentali”.

Il primo di questi *escamotages*, come visto nel capitolo introduttivo della presente ricerca, è stato quello di negare la sussistenza di qualsivoglia potere pubblico innanzi ai beni giuridici di rilievo costituzionale, così da eludere le limitazioni ai poteri del giudice ordinario previste nell'allegato E, l. n. 2248/1865⁴⁴⁷.

Divenuta impercorribile questa prima opzione, in quanto ammessa la coesistenza tra poteri pubblici e situazioni giuridiche “fondamentali”, al punto da consentire l'attribuzione di queste ultime alle cure del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, il secondo espediente è stato quello di affermare l'indegradabilità dei diritti “fondamentali” a interessi legittimi, in modo da escludere margini di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, vincolata sempre e

⁴⁴⁶ Si rimanda a quanto si dirà nella sezione 4.4., con specifico riferimento alla giurisprudenza richiamata nelle note nn. 534 e 535.

⁴⁴⁷ Vedasi anche S. VERZARO, *Osservazioni in tema di tutela della salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 368 ss. (spec. p. 371), in cui l'autrice espressamente riconosce che “La definizione dell'attività svolta dalla p.a. come attività materiale senza potere [...] è formulata allo scopo di superare gli ostacoli derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 4, l. 2248/1865, all. E”.

comunque a soddisfare in modo pieno i diritti "fondamentali" in questione, indipendentemente dagli ulteriori interessi, pubblici o privati, in gioco⁴⁴⁸.

Rimosso il "velo di Maya", ossia ammessa la coesistenza tra beni di rilievo costituzionale e pubblici poteri, anche discrezionali, non resta che verificare quali sarebbero, in realtà, i poteri del giudice ordinario qualora ci si ostinasse a fare dei beni di rilievo costituzionale l'oggetto di una situazione di diritto soggettivo.

4.2.1. Potere pubblico, diritti "inaffievolibili" e limiti interni alla giurisdizione del g.o.: la tutela esperibile alla luce degli artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865

Prima operazione logica da compiere, dunque, è quella di escludere l'operatività del principio, a lungo affermato nella giurisprudenza del giudice ordinario⁴⁴⁹, per cui innanzi ai diritti "fondamentali" non vi sarebbero pubblici poteri.

Se, come ammesso dalla Corte costituzionale e riconosciuto dalla stessa Cassazione⁴⁵⁰, beni di rilievo costituzionale possono essere destinatari dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione, occorre verificare quali sarebbero gli strumenti di tutela di questi beni davanti al giudice ordinario, ritenendoli comunque oggetto di diritti soggettivi e qualora si desse effettiva applicazione alle norme che disciplinano il ruolo di tale giudice innanzi all'esercizio della funzione amministrativa⁴⁵¹.

La disciplina in materia, come noto, è tuttora fissata dagli artt. 4 e 5 dell'all. E, l. n. 2248/1865, che, nell'abolire il contenzioso amministrativo, individuava così limiti esterni (art. 2, che è ancora alla base del criterio di riparto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria) e limiti interni (ossia i poteri esercitabili dal giudice nelle controversie coinvolgenti l'amministrazione, definiti appunto dagli artt. 4 e 5) alla giurisdizione del giudice ordinario, così da far salva la separazione tra

⁴⁴⁸ A conferma di questo duplice espediente, vedasi anche F. REGA, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 57.

⁴⁴⁹ Si richiama, quindi, il filone giurisprudenziale inaugurato dalle pronunce delle Sezioni unite, nn. 1463 e 5172/1979, come descritto nel primo capitolo.

⁴⁵⁰ Anche in questo caso si rimanda al primo capitolo, specie alla pronuncia C. cost., n. 140/2007 e al conseguente adeguamento da parte di supremi Giudici ordinari, a partire dalla decisione delle Sezioni unite, n. 27187/2007, cit..

⁴⁵¹ Diversa è l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca *iure privatorum*, che, invece, ricade nell'ordinaria giurisdizione del giudice civile, senza che si possano giustamente ipotizzare limiti ai suoi poteri. In tal senso, su tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 192 ss..

amministrazione e organi giurisdizionali, delimitando le sfere di influenza nei rispettivi ambiti di intervento.

I due articoli in questione, aventi portata generale e tali da non poter soffrire alcuna eccezione⁴⁵² (se non in base a esplicite previsioni di legge successive e derogatorie alla disciplina ivi tracciata), prevedono che, in caso di pretesa lesione di un diritto soggettivo da parte di un atto dell'amministrazione, il giudice ordinario si limiterà a conoscere gli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, senza in nessun caso poterlo revocare o modificare (art. 4). In questo, come in ogni altro caso, il giudice ordinario potrà comunque disapplicare gli atti amministrativi (o i regolamenti generali e locali) che accerti essere in contrasto con le previsioni di legge (art. 5).

L'ampio dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno alla possibilità di individuare ipotesi di coesistenza tra diritti soggettivi e pubblici poteri e, dunque, attorno all'ambito di applicazione degli artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865⁴⁵³, passa qui in secondo piano, in quanto l'ipotesi oggetto della presente ricerca (i diritti "fondamentali") diverrebbe il caso principe di operatività del regime tracciato dalle norme ora in analisi, proprio grazie all'affermata indegradabilità di tali diritti che consentirebbe loro di preservare la propria natura giuridica pur innanzi all'azione pubblicistica.

Procedendo dunque a un'interpretazione piana e letterale dei due articoli, letti congiuntamente, il giudice ordinario, ogni qual volta sia chiamato a conoscere di un atto amministrativo, sia esso direttamente o indirettamente (si pensi a una condotta privata illegittimamente autorizzata da una pubblica amministrazione) lesivo di un diritto soggettivo, può accertarne la validità sicché, se illegittimo, non lo annulla né lo modifica, ma lo disapplica, caducandone gli effetti (solo) in relazione al singolo caso oggetto di controversia⁴⁵⁴.

⁴⁵² Vedasi F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4 secondo comma l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 605 ss. (spec. 614).

⁴⁵³ Ciò come conseguenza dell'incontestata applicazione, prima di tutto in sede giurisprudenziale, del già esposto principio di "degradazione", che ridurrebbe a interessi legittimi le situazioni giuridiche del privato innanzi all'agire pubblicistico dell'amministrazione; vedasi la precedente sezione 3.3.. In dottrina, si rimanda a M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, cit., 229 (spec. 269 ss.); R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 85 ss.; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22 ss. (spec. 47 ss.); C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 20 ss..

⁴⁵⁴ Questa è l'interpretazione fornita *in primis* da M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 289 ss..

Quanto ai vizi su cui fondare il sindacato di legittimità del giudice ordinario, oramai da mezzo secolo l'interpretazione degli artt. 4 e 5 è consolidata nel ricondurvi la contestabilità di tutti i tipi di vizi (violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza) che possono essere oggetto di sindacato anche innanzi al giudice amministrativo⁴⁵⁵. Ciò, d'altro canto, a ulteriore conferma di come anche nei confronti del giudice ordinario operino quei medesimi limiti al sindacato conseguenti dalla natura pubblicistica del rapporto controverso e che caratterizzano *in primis* la giurisdizione del giudice amministrativo, non potendo l'organo giudicante – dunque, sia esso ordinario o amministrativo – sostituirsi alle scelte di merito discrezionali dell'amministrazione, se non dove esplicitamente previsto⁴⁵⁶.

Guardando ora alle azioni proponibili dal privato a tutela della propria situazione soggettiva⁴⁵⁷, il testo dell'art. 4, laddove esclude poteri di modifica o revoca del provvedimento amministrativo, esclude l'esercitabilità di azioni costitutive, che comportino l'annullamento (totale o parziale), la revoca, la sospensione o l'alterazione dei contenuti del provvedimento. Conseguenza implicita è, poi, quella di escludere la proponibilità di azioni di condanna che comportino un *facere* o un *non facere* provvedimentale. Le azioni di condanna ammesse, invece, sarebbero solo quelle al pagamento di una somma di denaro – non essendo ritenuto l'ordine di pagare incidente

⁴⁵⁵ In dottrina, vedasi prima di tutto E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 155 ss.. Più recentemente, F. CARINGELLA, *Limiti interni e poteri del g.o.*, in F. CARINGELLA – S. MAZZAMUTO – G. MORBIDELLI (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011, 1499 ss. (spec. 1501 e 1506 ss.); S. TASSONE, *I poteri del giudice ordinario nei confronti della p.a.*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 73 ss. (spec. 77); F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 54; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 26. Quanto alle superate posizioni che escludevano la contestabilità di tutti i tipi di vizi, si rimanda a E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1994, 267 ss.. In giurisprudenza, relativamente alla vagliabilità di tutti i vizi di legittimità da parte del giudice ordinario, vedasi Cass., sez. II, 15 febbraio 2011, n. 3701; prima ancora, Cass., sez. un., 11 luglio 1994, n. 6532; ID., sez. lav., 29 maggio 1995, n. 6001; ID., sez. un., 1 agosto 1997, n. 7142; ID., sez. lav., 26 aprile 2004, n. 7912; ID., sez. II, 18 dicembre 2008, n. 29728; ID., 9 ottobre 2009, n. 21466.

⁴⁵⁶ Quanto ai limiti "di merito" operanti anche per il giudice ordinario, vedasi Cass., sez. II, 18 dicembre 2008, n. 29728.

⁴⁵⁷ In dottrina e in tal senso, oltre a M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 289 ss., si rimanda a M. ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli, 1970, 47 ss.; F. MANGANARO, *Pronunce del giudice ordinario ed obblighi di fare imposti alla Pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 286 ss.; F. CARINGELLA, *Azioni proponibili e disciplina del processo*, in F. CARINGELLA – S. MAZZAMUTO – G. MORBIDELLI (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 1517 ss.; S. TASSONE, *I poteri del giudice ordinario nei confronti della p.a.*, cit., 75 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 54 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 27 ss.

su un'attività *strictu sensu* amministrativa e risultando il risarcimento per equivalente la tutela tipica offribile ai diritti soggettivi lesi dall'agire autoritativo della pubblica amministrazione⁴⁵⁸ – o quelle al compimento di un *facere* specifico, che consista però in una condotta materiale che non sia effettivamente ricollegabile all'esercizio di un potere discrezionale⁴⁵⁹. Ciò avviene generalmente nei casi in cui si condanni l'amministrazione a tenere un comportamento opposto a quello lesivo dalla stessa tenuto in precedenza, senza che detta condotta trovi il proprio fondamento legittimo e necessario nell'esercizio di un pubblico potere (es.: demolizione di un'opera costruita abusivamente dall'amministrazione e non destinata a fini pubblici, consegna di beni detenuti senza titolo, ecc.)⁴⁶⁰. Analogamente, si nega l'esperibilità di azioni cautelari laddove esse siano dirette a paralizzare l'efficacia di un provvedimento amministrativo⁴⁶¹.

Pertanto, oltre all'azione di condanna al pagamento di una somma di denaro, la tutela certamente ottenibile innanzi al giudice ordinario sarebbe in primo luogo quella conseguente ad una pronuncia dichiarativa, che accerti l'attuale situazione giuridica e fattuale, senza però alterarla, come invece avverrebbe tramite una pronuncia che annulli o modifichi il provvedimento amministrativo. Questo tipo di tutela, dunque, risulterebbe soprattutto utile ai fini di accertare l'inesistenza di obblighi del privato nei confronti della pubblica amministrazione, qualora questi conseguano da un provvedimento illegittimo che potrà essere disapplicato dal giudice ordinario.

Alla luce della ricostruzione appena esposta, dunque, evidenti appaiono le lacune della tutela che il giudice ordinario potrebbe offrire alla situazione giuridica del privato⁴⁶². Detto giudice, infatti, non potrebbe mai annullare il provvedimento: l'annullamento potrebbe conseguire solo dall'adeguamento spontaneo

⁴⁵⁸ *Ex pluribus*, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 266; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 29; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 122.

⁴⁵⁹ In tal senso, vedasi anche E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., 158.

⁴⁶⁰ In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass., sez. un., 22 luglio 1978, n. 3668 e ID., 17 novembre 1984, n. 5834; ID., 15 maggio 1990, n. 4176.

⁴⁶¹ Vedasi Cass., sez. un., 25 ottobre 1979, n. 5575; ID., 5 agosto 1994, n. 7262; nonché, in materia migratoria, la pronuncia adottata dal Giudice di pace di Alessandria, 10 maggio 2011.

⁴⁶² Al punto che in M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 293, si definisce come “piena” la giurisdizione del giudice ordinario che concerne i provvedimenti amministrativi solo qualora questi provvedimenti abbiano natura dichiarativa, risultando in tali casi una pronuncia di accertamento mezzo satisfattivo per eccellenza.

dell'amministrazione al giudicato civile – ciò sulla base dell'obbligo per i soggetti pubblici di conformarsi alle pronunce del giudice ordinario, sancito dallo stesso art. 4, all. E, l. n. 2248/1865 – o dal ricorso al giudice amministrativo, al fine di ottenere l'ottemperanza di un giudicato civile in cui si sia accertata, anche incidentalmente, l'illegittimità del provvedimento⁴⁶³. In questo caso – e a differenza dei poteri del giudice ordinario in sede di esecuzione della medesima sentenza – il giudice amministrativo non solo potrà adottare le misure volte a garantire l'esecuzione della condanna di cui è destinataria l'amministrazione (per esempio, il pagamento di una somma di denaro o l'esecuzione di un *facere* non provvedimentoale), ma potrà anche disporre l'annullamento dell'atto, sempre come espressione dell'obbligo della pubblica amministrazione di uniformarsi alle pronunce del giudice ordinario⁴⁶⁴.

In ogni caso, l'affermata inammissibilità della tutela cautelare sospensiva e della tutela annullatoria “diretta” impoverirebbero, e di molto, la protezione del privato in ipotesi in cui la paralisi o la caducazione degli effetti dell'atto consentirebbero la piena protezione del bene oggetto della sua situazione giuridica (si pensi alla sospensiva e al conseguente annullamento del provvedimento di localizzazione di un depuratore, direttamente ottenibili innanzi al giudice amministrativo).

D'altro canto, la stessa disapplicazione – consentita dalla dottrina sopra esposta anche in via “principale”, ossia quando il provvedimento amministrativo costituisca l'oggetto principale del contendere⁴⁶⁵ – non potrà mai ammettersi quando finisce per

⁴⁶³ Sul ruolo centrale del giudizio di ottemperanza anche ai fini dell'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario di condanna a un fare non provvedimentoale dell'amministrazione, altrimenti ineseguibili se non laddove vi siano margini di sostituzione per il privato, vedasi P.M. DI GIOVANNI, *Pronunce del giudice ordinario ed obblighi di fare la condanna della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1995, 357 ss.

⁴⁶⁴ In tal senso, vedasi *ex pluribus* E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., 194 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 195 ss.; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir., Annali II-2*, cit., 2008, 818 ss. (spec. 820 ss.). Sono oramai superate, invece, le posizioni che escludevano la possibilità di ottenere l'annullamento del provvedimento da parte del giudice amministrativo in sede di ottemperanza, sulla base di un'illegittimità accertata dal giudice ordinario (vedasi E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 268; L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 50 ss. e, in parte, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 244).. D'altro canto, a conferma dell'annullabilità in ottemperanza anche di un atto divenuto inoppugnabile per decorrenza dei termini di decadenza, a fronte del diritto al rispetto del giudicato di cui è titolare il privato vittorioso in giudizio (diritto che si prescrive nel più ampio termine decennale), si è espressa la stessa giurisprudenza amministrativa: vedasi Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 1990, n. 307 e, ancora prima, ID., ad. plen., 9 marzo 1973, n. 1.

⁴⁶⁵ In tal senso, R. VILLATA, *“Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., 85; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, cit., 27 ss.; F. CARINGELLA, *Limiti interni e poteri del g.o.*, cit., 1507; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit.,

coincidere, quanto ad effetti, ad un annullamento⁴⁶⁶ (si pensi sempre al caso del provvedimento di localizzazione di un depuratore: in tale ipotesi, la sua disapplicazione in quanto direttamente lesivo della salute del privato appare chiaramente inammissibile, non potendosi escludere i suoi effetti solo limitatamente al singolo e alla relativa controversia).

Altre correnti interpretative, invece, ritengono che i campi d'applicazione dell'art. 4 e dell'art. 5, all. E, l. n. 2248/1865 siano distinti, al punto che la disapplicazione possa operare solo quando l'atto amministrativo rilevi in via incidentale, mentre, quando esso è direttamente lesivo del diritto del privato, non può essere disapplicato, in quanto ciò farebbe venire meno i suoi effetti indebitamente dannosi per la sfera giuridica del singolo, che giustificano la condanna dell'amministrazione⁴⁶⁷.

Questo *minus* di tutela, d'altro canto, pare essere colmato dalla stessa dottrina la quale, richiamandosi a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 4, all. E, l. n. 2248/1865, che garantisca una protezione completa dei diritti soggettivi anche innanzi all'agire amministrativo, sottolinea l'ammissibilità di "ogni tipo di azione" innanzi al giudice ordinario, salvo i limiti espressi dall'art. 4 e sempre riassumibili nel divieto di annullamento e di modifica di un provvedimento o di condanna a emanare un atto specifico. Nessun'altra forma di condanna potrà, quindi, ritenersi aprioristicamente esclusa, potendo il giudice ordinario anche assegnare un termine per il rilascio del provvedimento richiesto, a partire dal quale l'amministrazione inadempiente potrà essere condannata al pagamento dei danni⁴⁶⁸.

Al di là della formulazione letterale apparentemente più permissiva – "ogni tipo di azione" – il contenuto concreto della tutela offribile dal giudice ordinario non cambia anche in base a queste teorizzazioni, che – a fronte del chiaro dettato normativo dell'art.

54. *Contra*, C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 24 ss.. In materia, vedasi anche F. CINTIOLI, *Disapplicazione (diritto amministrativo)* (voce), in *Enc. dir., Annali III*, cit., 2009, 269 ss. (spec. p. 274 ss.).

⁴⁶⁶ Vedasi E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., 160 ss.; M. ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, cit., 45; R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., 82; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 25.

⁴⁶⁷ Tale interpretazione, definita come "alquanto bizantina" da M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 289, è stata invece abbracciata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 204 ss..

⁴⁶⁸ In tal senso, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 192 ss. e A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 119 ss..

4 – evidenziano la possibilità di ottenere ogni tipo di tutela solo quando l'amministrazione agisca in via privatistica, non potendo comunque ammettersi decisioni costitutive o di condanna che coinvolgano l'esercizio di un pubblico potere discrezionale⁴⁶⁹.

Dunque, partendo dalle corrette premesse (su tutte, l'identità del regime giuridico dei diritti "fondamentali" e dei diritti "soggettivi", almeno sul piano individuale, e il possibile esercizio di pubblici poteri discrezionali anche in relazione ai beni di rilievo costituzionale) non può che ribadirsi l'operatività in via generale delle previsioni degli artt. 4 e 5 all. E, l. n. 2248/1865, trattandosi di disposizioni in vigore la cui applicabilità non può essere esclusa, in via interpretativa e *contra legem*, dagli organi giurisdizionali. Certamente il legislatore può – come più volte ha fatto, in piena conformità con il dettato costituzionale⁴⁷⁰ – individuare eccezioni al sistema (criticabile o meno) fissato dai due articoli in questione, comunque volto a salvaguardare l'indipendenza della funzione amministrativa da ingerenze esterne e caratterizzato dalla presenza di un giudice speciale competente in caso di azione autoritativa⁴⁷¹.

Da un lato, questo sistema, conforme e fissato in primo luogo dalla Costituzione, comporta evidenti limiti ai poteri del giudice ordinario innanzi all'esercizio dei poteri

⁴⁶⁹ Vedasi A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 122 ss., in cui l'Autore afferma la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 4, all. E, l. n. 2248/1865, tale da aprire all'"atipicità" delle tutele, ma ciò pur sempre quando la pubblica amministrazione compia attività di diritto privato, non spettando al giudice ordinario un "potere di annullamento o [di] sovrapposizione della sentenza al potere esercitato dall'amministrazione col provvedimento". Ciò è ulteriormente evidenziato in relazione alle tutele cautelari esperibili innanzi al giudice ordinario: per quanto si affermi il superamento della teoria che le escludeva aprioristicamente, si riconosce comunque che "l'intervento del giudice sia precluso solo quando si richieda un provvedimento d'urgenza che incida direttamente su un provvedimento amministrativo (esempio: ordine all'amministrazione di emettere un provvedimento), o sulla sua esecuzione (esempio: ordine all'amministrazione di astenersi dall'occupare un terreno, per il quale sia efficace un decreto di occupazione)" (p. 125). In senso analogo, vedasi anche F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 47 ss..

⁴⁷⁰ Art. 113 Cost. ("La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa"), che non limita la discrezionalità del legislatore nell'individuare a quali organi giudicanti – ordinario o amministrativo – compete il potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione. Pertanto, se in via ordinaria tale potere spetta al giudice amministrativo, ben vi possono essere (e vi sono) eccezioni esplicite fissate in via normativa. Un'ipotesi concreta sarà esaminata nella sezione 4.4. del presente capitolo, in materia di tutela giurisdizionale dei migranti. Vedasi C. cost., ordinanze 17 maggio 2001, n. 140 e 28 maggio 2001, n. 165, nonché la sentenza C. cost., 23 luglio 2001, n. 275. In dottrina, G. BERTI, *Commento all'art. 113*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 85 ss.; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., 37 ss. e S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., IV, 3687 ss.; F. SAIITA, *Art. 113*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2136 ss..

⁴⁷¹ F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4 secondo comma l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, cit., 613.

amministrativi: si richiama la non pronunciabilità di sentenze di annullamento e di condanna all'adozione di un provvedimento innanzi all'inerzia della pubblica amministrazione, così come l'impossibilità di adottare misure cautelari che incidano sugli effetti di un provvedimento.

Dall'altro, il summenzionato compimento (in via normativa e pretoria) del processo di "costituzionalizzazione" del giudice amministrativo comporta il venir meno di esigenze derogatorie implicite proprio al sistema tracciato dagli artt. 4 e 5 all. E, l. n. 2248/1865.

Non solo l'interesse privato può ottenere piena tutela innanzi al giudice amministrativo, ma tale tutela risulta più ampia rispetto a quella ottenibile tramite il ricorso alla giurisdizione ordinaria, se si applicasse il regime previsto dalla normativa vigente. Basti qui richiamare la già esposta opportunità di rivolgersi, ai fini dell'esecuzione della sentenza del giudice ordinario, al giudizio di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo, capace di fornire quelle tutele precluse al primo giudice⁴⁷².

4.2.2. (Segue) L'ipotesi dei poteri pubblici vincolati: l'indebito sacrificio degli ulteriori interessi coinvolti

Diversa è l'ipotesi in cui il carattere "fondamentale" del diritto soggettivo vantato dal privato venga ritenuto automatica ragione della nascita di un vincolo in capo al potere dell'amministrazione, tale da obbligarla a soddisfare in ogni caso detta situazione giuridica "incomprimibile e indegradabile", escludendo qualsivoglia spazio di contemperamento con gli ulteriori interessi pubblici e privati coinvolti nell'azione pubblicistica⁴⁷³.

⁴⁷² Non si dimentichi, poi, come ad oggi il giudice amministrativo possa disporre, anticipandoli già in sede di cognizione, di strumenti prima esperibili solo in sede di esecuzione, come previsto dall'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a..

⁴⁷³ In tal senso, F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., 183 ss., per cui "Di fronte ai diritti fondamentali non può esistere un potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, cioè la ponderazione di un interesse principale attribuito da una norma ad un organo amministrativo con interessi secondari pure attribuiti dalla legislazione vigente alla cura della Pubblica Amministrazione, perché nell'esercizio del potere discrezionale residua un *quid* – il c.d. merito amministrativo – insindacabile da parte del titolare del diritto fondamentale e che perciò inciderebbe, in maniera arbitraria, e perciò dispotica, su di un diritto fondamentale. Di fronte ad un diritto fondamentale non può esistere un potere libero, ancorché residuale. Nel conflitto fra diritto fondamentale e potere amministrativo non può prevalere un potere libero della Pubblica Amministrazione sul diritto fondamentale. Quando c'è un diritto fondamentale la preminenza del diritto fondamentale esige che il potere amministrativo non sia discrezionale, bensì disciplinato *in toto* dalla legge e che la disciplina della legge avvenga rispettando in toto l'essenza del diritto fondamentale". Posizione, quest'ultima, criticata da G. MORBIDELLI, *Corti*

In questo caso il giudice ordinario ha ritenuto di poter adottare pronunce costitutive rivolte ad attuare direttamente il dettato normativo, così da soddisfare il diritto “fondamentale” del privato, escludendo alcuna violazione del divieto di annullare, revocare o sostituire l'atto amministrativo, posto dall'art. 4, all. E, l. n. 2248/1986. Ciò in considerazione dell'obbligo gravante in capo alla p.a. di conformarsi alla norma e soddisfare la situazione soggettiva del singolo⁴⁷⁴.

Per i giudici, quindi, considerata la natura vincolata dell'azione amministrativa, non verrebbero in rilievo le esigenze di garantire la separazione tra i poteri e di impedire la sostituzione della volontà della p.a. con quella del giudice ordinario, alla cui tutela sono preposti i summenzionati art. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865.

Sicuramente, adottando questa soluzione, la situazione soggettiva “fondamentale” del singolo riceverebbe tutela piena anche innanzi al giudice ordinario. D'altro canto, affermare che il potere amministrativo sia vincolato anche di fronte a un dettato normativo che ammetta spazi di discrezionalità metterebbe in pericolo gli ulteriori interessi pubblici e privati – passibili di essere altrettanto “fondamentali” – coinvolti nell'azione amministrativa. Questi ultimi sarebbero necessariamente sacrificati, negando aprioristicamente ogni spazio al bilanciamento tipico dell'esercizio dei pubblici poteri discrezionali, che invece viene riconosciuto e tutelato nel giudizio amministrativo⁴⁷⁵.

costituzionali e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo), in Dir. proc. amm., 2006, 285 ss., per cui, invece, “non esiste tale ontologica incompatibilità tra diritti fondamentali e potere discrezionale: basti pensare alle limitazioni alle libertà di domicilio per ragioni di sanità, o di incolumità pubblica o per fini economici e fiscali (art. 14, comma 3, Cost.), e alle limitazioni alle riunioni in luoghi pubblici per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica (art. 17, comma 3, Cost.). La garanzia dei diritti viene in tali casi, come nelle ipotesi di cui agli artt. 41 e 42 Cost., inverteva attraverso la riserva di legge, e la conseguente tutela giurisdizionale avverso l'uso non corretto da parte della p.a. dei poteri attribuiti dalla legge. La tutela dei diritti fondamentali avviene cioè non solo attraverso la riserva di legge e connessa riserva di giurisdizione o attribuzione alla p.a. di poteri vincolati, ma anche attraverso il presidio combinato della riserva di legge e della tutela giurisdizionale piena ed effettiva” (p. 301, nota 39).

⁴⁷⁴ Si richiama, in tal senso, la posizione assunta dalla Pretura di Roma, ord. 4 giugno 1980, già trattata nel primo capitolo, per cui “...tale mezzo di tutela va ritenuto l'unico coerente con l'essenza stessa dei diritti fondamentali, atteso che essi postulano appunto l'insussistenza di poteri compressivi od oblatori (per i diritti fondamentali assoluti), ovvero di facoltà discrezionali di condizionare l'adempimento della pretesa per motivi di interesse pubblico (per i diritti fondamentali di credito) da parte della pubblica amministrazione”. Vedasi anche Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002 – anch'essa esposta nel primo capitolo – che nega spazi di discrezionalità della pubblica amministrazione nella determinazione delle ore di sostegno dell'alunno disabile.

⁴⁷⁵ Si veda, quanto alla determinazione delle ore di sostegno, la diversa interpretazione successivamente affermata sia innanzi al giudice ordinario (Sezioni unite, n. 25011/2014, cit.) sia innanzi al giudice

Infatti, se “fondamentale” non è necessariamente sinonimo di “potere vincolato” – come visto nel precedente capitolo – esasperare la tutela del diritto al punto da ritenere l’azione amministrativa univoca, quando in realtà non lo è, comporterebbe comunque una sostituzione del volere del giudice ordinario a quello della pubblica amministrazione⁴⁷⁶.

Si aprirebbe la via, quindi, a un’operazione contraria al principio di separazione dei poteri dello Stato e alle disposizioni della nostra Costituzione, giungendo a un risultato analogo a quello che si ottiene negando *in nuce* la sussistenza del potere⁴⁷⁷.

In entrambi i casi l’esito è distorto, fautore del sacrificio di interessi diversi rispetto a quelli di cui la Costituzione e il legislatore consentono l’incisione nel caso di specie.

A ben vedere, quindi, l’attuale inutilità dell’eccezione ai limiti interni ed esterni della giurisdizione ordinaria, introdotta con le pronunce del 1979, è aggravata da dubbi circa la costituzionalità dell’operazione posta in essere dal giudice ordinario. Ciò tutte le volte in cui tale giudice, per tutelare adeguatamente i diritti “fondamentali”, neghi la sussistenza di un potere attribuito dalla legge all’amministrazione, oppure neghi il suo carattere discrezionale, escludendo conseguentemente l’applicabilità dei limiti ai suoi poteri *ex artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865*.

Infatti, oltre agli esposti rischi di ingerenze degli organi giurisdizionali in spazi riservati alla pubblica amministrazione, il giudice ordinario che disconosca la sussistenza di un potere in capo all’amministrazione, come conseguenza del solo

amministrativo (Adunanza plenaria, n. 7/2016), ove si riconosce la sussistenza di poteri discrezionali dell’amministrazione quanto meno fino alla fissazione delle ore di sostegno nel piano educativo individualizzato.

⁴⁷⁶ In tal senso, F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4 secondo comma l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, cit., 610. Vedasi anche P. CERBO, *Giudice ordinario e “sostituzione della pubblica amministrazione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 741 ss., in cui l’Autore parla di effettiva sostituzione del giudice ordinario alla pubblica amministrazione nell’esercizio dei propri poteri e, in relazioni ai diritti “fondamentali”, evidenzia come ciò accada anche in presenza di poteri discrezionali, spesso come semplice conseguenza di elaborazioni giurisprudenziali non supportate da alcun fondamento normativo.

⁴⁷⁷ Vedasi anche V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 163. Sui rischi della sostituzione del giudice all’amministrazione, si rimanda inoltre a M. DELSIGNORE, *Diritti sociali e discrezionalità tecnica: binomio imperfetto?*, in P. BONETTI – A. CARDONE – A. CASSATELLA – F. CORTESE – A. DEFFENU – A. GUZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, cit., 451 ove si riconosce che “una decisione del giudice che obbliga l’amministrazione a prestare nel caso concreto, può essere giusta alla luce del processo che la ha originata, ma non necessariamente ha da essere giusta in sé, anche perché garantire un diritto sociale in via giurisdizionale significa che a distribuire risorse è il giudice e non l’amministrazione”. Ancora, analoghi orientamenti si ravvisano in P. CARPENTIERI, *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urb. app.*, 2007, 797 ss. (spec. 802) e L. VIOLA, *Il diritto incompressibile all’ambiente salubre e la sindrome N.I.M.B.Y.*, in *Giur. merito*, 2007, 3312 ss..

coinvolgimento di un diritto “fondamentale”, quando però la legge esplicitamente attribuisce tale potere al soggetto pubblico, di fatto disapplica la legge stessa. Questo perché egli ritiene che il potere ivi conferito sia in contrasto con la previsione costituzionale che attribuisce rilievo al bene oggetto della situazione giuridica privata. In altre parole, i giudici ordinari si arrogherebbero un compito di controllo “diffuso” di legittimità costituzionale delle leggi che, proprio per esplicita previsione della Costituzione, spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale⁴⁷⁸.

Così stando le cose, il criterio di riparto in materia di situazioni giuridiche “fondamentali” non potrebbe che ritornare a essere connesso alla natura effettiva della situazione giuridica privata e, prima ancora, ai caratteri dell’azione amministrativa in relazione al caso concreto⁴⁷⁹.

Quindi, se la pubblica amministrazione agisce in base alla propria capacità giuridica di diritto privato o pone in essere una condotta meramente fattuale, non corrispondente ad alcun potere attribuitole dalla legge, *nulla quaestio* sulla spettanza della controversia al giudice ordinario, essendosi in presenza di un diritto soggettivo (“fondamentale”)⁴⁸⁰.

Se invece l’azione amministrativa è espressione di un potere (discrezionale) attribuito dalla legge alla pubblica amministrazione, spetterà al giudice amministrativo, nella pienezza della sua tutela, valutare la legittimità del bilanciamento operato tra l’interesse legittimo “fondamentale” e gli ulteriori interessi in gioco.

Il rango costituzionale dei beni “fondamentali” garantisce poi un’ulteriore, ma incidentale, livello di tutela: qualora la legge attributiva di un potere alla pubblica amministrazione consenta margini di compressione del bene “fondamentale” ulteriori rispetto a quelli ammissibili in base alla Costituzione, spetterà alla Corte costituzionale (e non al giudice ordinario, in forma “diffusa”) espungere tale previsione normativa dal

⁴⁷⁸ In tal senso, si rimanda a V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 158; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 307 ss.; G. FORMICETTI, *Interesse legittimo oppositivo e diritti indegradabili*, in B. CAVALLO (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, 88; G. MICARI, *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 503 ss. (spec. 526).

⁴⁷⁹ In tal senso anche G. MICARI, *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, cit., 503 ss. e G. VERCILLO, *Diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, cit., 1372 ss..

⁴⁸⁰ Vedasi anche R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, cit., 1162.

nostro ordinamento, privando di fondamento l'agire amministrativo che su tale previsione si sia basato.

4.3. Prime considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra esposto, non pare esservi più alcuna ragione che giustifichi una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario in materia di situazioni giuridiche “fondamentali”, laddove le previsioni del legislatore appaiono chiaramente orientate a permettere al giudice amministrativo di conoscere e tutelare i beni di rilievo costituzionale, quando effettivamente incisi dall'azione pubblicistica⁴⁸¹.

Giunti, di fatto, a una pienezza della tutela innanzi al giudice amministrativo, non resta dunque che far rientrare la soluzione emergenziale elaborata dalla giurisprudenza alla fine degli anni '70 quando, allora sì, il processo di “costituzionalizzazione” della giurisdizione amministrativa, volto a garantire l'effettività della tutela dalla stessa offribile, stava muovendo i suoi primi passi.

Oggi, riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo innanzi a interessi legittimi “fondamentali” significherebbe dare piena applicazione ai principi costituzionali (e alle conseguenti norme di legge) volti a garantire tanto l'autonomia dell'agire amministrativo, quanto la sua piena sindacabilità da parte del giudice a ciò preposto e adeguatamente “equipaggiato” a tal fine.

Negarlo, per garantire la piena tutela di situazioni giuridiche di rango costituzionale (e proprio in considerazione del particolare valore conseguente dall'inclusione nella Norma fondamentale dei beni oggetto di tali situazioni soggettive), non solo risulta oggi privo di utilità, ma pare lesivo di principi di rango altrettanto costituzionale, quali quelli che prevedono, disciplinano e conferiscono piena dignità al sistema di giustizia amministrativa.

⁴⁸¹ Parla di giudice amministrativo come giudice dei diritti “fondamentali” o, meglio, delle situazioni giuridiche “fondamentali” anche A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali e immigrazione*, cit. In aggiunta, vedasi A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 49 ss. (spec. 69 ss.), in cui l'Autrice, per quanto sostenga che “potere e diritti fondamentali possono, quindi, fronteggiarsi senza che il primo si estingua, né che il secondo degradi”, riconosce il processo evolutivo del giudice amministrativo atto a renderlo giudice idoneo alla tutela di queste situazioni giuridiche “fondamentali”; ciò nell'ottica di conferire adeguato peso in sede giurisdizionale al – e, quindi, di non trascurare il – potere amministrativo, chiamato a soddisfare i diritti “fondamentali” non solo in conformità con le previsioni di legge, ma anche con la Costituzione.

Se una delle più annose questioni del diritto amministrativo è quella del riparto di giurisdizione, mai sopita e che si è solo lambita in questa ricerca, stante la portata di un problema che merita e che ha meritato produzione ampia e di ben più elevata caratura scientifica, non si vede come aggiungere un'eccezione (oramai inutile) al criterio di riparto fissato in Costituzione possa giovare ai fini della chiarezza nell'individuare il giudice dotato di giurisdizione.

Superare la teoria dell'indegradabilità dei diritti "fondamentali", a fronte della pienezza dei poteri del giudice amministrativo, non dovrebbe più essere visto come causa di una diminuzione delle tutele per i beni a cui viene riconosciuto un particolare "valore" all'interno del nostro ordinamento, ma come un'occasione di chiarezza, nell'individuazione del giudice a cui rivolgersi, a sua volta espressione di una più effettiva tutela del diritto altrettanto "fondamentale" di agire in giudizio per ottenere piena protezione delle proprie pretese sostanziali, siano esse giuridicamente rappresentate sotto la forma di interessi legittimi o diritti soggettivi.

4.4. (Segue) L'applicazione a un caso concreto: la tutela dei migranti

Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio nazionale offre, grazie alle sue peculiarità, un efficace banco di prova per le conclusioni raggiunte all'esito delle precedenti riflessioni.

Da un lato, infatti, tale materia si caratterizza per la presenza di evidenti e indiscutibili poteri pubblici che vanno a incidere su beni di rilievo costituzionale quali le libertà personale, di movimento e di circolazione dello straniero, la sua salute, l'unità familiare ecc.⁴⁸².

Dall'altro, a differenza di quanto succede nelle diverse ipotesi di esercizio dei pubblici poteri che comportano il coinvolgimento di situazioni giuridiche "fondamentali", in questa materia il legislatore ha tracciato un articolato (e complesso) sistema di riparto giurisdizionale, facendo espressamente ricadere determinate

⁴⁸² Riguardo all'estensione dei diritti "fondamentali" dell'uomo all'individuo in quanto tale e non in quanto cittadino, vedasi la giurisprudenza costituzionale indicata in G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale ed esperienze europee*, Napoli, 2007, 216 ss. e A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, reperibile all'indirizzo <http://www.rivistaaic.it/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-dell-uomo.html>. Vedasi anche M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *federalismi.it*, 19, 2014.

fattispecie nella giurisdizione del giudice ordinario e altre in quella del giudice amministrativo⁴⁸³.

Indagare le ragioni che stanno alla base di tale sistema, nonché verificare i margini di effettività della tutela offribile dai differenti plessi giurisdizionali consentirà di comprendere se e come abbia senso escludere la giurisdizione del giudice amministrativo in presenza di situazioni giuridiche “fondamentali”.

Partendo dalla prospettiva sostanziale, non può negarsi come la disciplina della materia in esame e il conseguente esercizio dei poteri amministrativi previsti dalla legge siano rivolti al perseguimento di uno specifico interesse pubblico, ossia l’efficace gestione dei flussi migratori a fronte della necessità di contingentare l’ingresso e la permanenza degli stranieri nei limiti delle risorse disponibili e delle opportunità di inserimento sociale⁴⁸⁴. Conseguentemente, gli interessi dello straniero, anche “fondamentali”, sono oggetto di un bilanciamento con questo interesse pubblico; bilanciamento che può essere fatto *ex ante* dal legislatore o può essere rimesso, caso per caso, alla pubblica amministrazione: ad ogni modo, la sua attuazione avverrà tramite l’esercizio di pubblici poteri, siano essi vincolati o discrezionali.

Guardando, quindi, all’azione autoritativa della pubblica amministrazione in relazione all’ingresso, al soggiorno e all’allontanamento del migrante extracomunitario, i summenzionati poteri possono essere suddivisi in due categorie: la prima, concernente il rilascio o il diniego di autorizzazioni, e la seconda, che ricomprende gli atti di respingimento o espulsione degli stranieri⁴⁸⁵.

Quanto ai provvedimenti autorizzativi l’entrata e la permanenza nel territorio italiano, si può per l’appunto distinguere il visto d’ingresso⁴⁸⁶ e il permesso di soggiorno⁴⁸⁷. Il primo è rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane

⁴⁸³ Il testo normativo di riferimento è il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero*.

⁴⁸⁴ Vedasi A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 816 ss e R. CAPONIGRO, *La tutela giurisdizionale dello straniero avverso l’espulsione amministrativa prefettizia*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 3563 ss..

⁴⁸⁵ Si rimanda a S. D’ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 534 ss.. Per una ricostruzione ancora più ampia della disciplina, si rimanda a P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 201 ss. e M. SAVINO, *Libertà degli stranieri*, Milano, 2012, 227 ss..

⁴⁸⁶ Art. 4 d.lgs. n. 286/1998.

⁴⁸⁷ Art. 5 d.lgs. n. 286/1998.

nello Stato di origine dello straniero a fronte di una serie di requisiti oggettivi fissati dalla legge (es.: possesso di documentazione attestante lo scopo e le condizioni del soggiorno, disponibilità di mezzi di sussistenza, assenza di condanne per un reato per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, ecc.), così da vincolare al riguardo la scelta della pubblica amministrazione, la quale, però, presenta tratti di discrezionalità in relazione alla valutazione della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato.

Analogamente, il questore è tenuto a rilasciare/rinnovare il permesso di soggiorno in presenza di requisiti prefissati dalla legge – primo dei quali è la titolarità di un visto d'ingresso – salvo margini di discrezionalità sempre in relazione alla pericolosità dello straniero⁴⁸⁸, oltre che alla rilevanza dei legami familiari⁴⁸⁹, nonché all'effettività delle esigenze di protezione sociale, nelle ipotesi in cui la domanda di permesso venga formulata dallo straniero vittima di violenza, grave sfruttamento o che si trovi in una situazione di concreto pericolo per la sua incolumità⁴⁹⁰, oppure alla sussistenza dei motivi umanitari per cui il permesso è richiesto⁴⁹¹.

Quanto ai poteri di allontanamento dello straniero, anch'essi sono distinguibili in due categorie, corrispondenti agli atti di espulsione e a quelli di respingimento.

Partendo dalle espulsioni, è opportuno distinguerle in base all'organo amministrativo che può adottare il provvedimento in questione, essendo previste espulsioni adottate dal Ministero dell'interno⁴⁹² ed espulsioni adottate dal prefetto⁴⁹³.

Le prime conseguono da motivi di “ordine pubblico e sicurezza”, con evidenti margini di discrezionalità in capo all'apparato amministrativo.

Le seconde, invece, concernono lo straniero clandestino (introdottosi nello Stato evitando i controlli di frontiera oppure che si trattenga in assenza di un valido titolo di soggiorno) o pericoloso, in quanto riconducibile a una delle categorie indicate negli artt. 1, 4 e 16 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice delle leggi antimafia). In entrambi i casi, comunque, si tratta di ipotesi tipizzate dal legislatore, al punto da vincolare i

⁴⁸⁸ In tal senso, Cass, sez. un., 5 agosto 2002, n. 11725; ID., 27 gennaio 2004, n. 1417; ID., 25 marzo 2005, n. 6426.

⁴⁸⁹ Qualora la domanda concerna il ricongiungimento familiare, *ex art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286/1998*.

⁴⁹⁰ Art. 18 d.lgs. n. 286/1998.

⁴⁹¹ Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998.

⁴⁹² Art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, oltre che art. 3 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, in materia di prevenzione del terrorismo.

⁴⁹³ Art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286/1998.

poteri del prefetto stesso. Ciò senza escludere che l'espulsione prefettizia si possa innestare su una valutazione discrezionale, quando, per esempio, essa sia la conseguenza del diniego di rinnovo o della revoca del permesso di soggiorno fondato su un giudizio di pericolosità del migrante.

Quanto ai respingimenti, a loro volta possono essere suddivisi in respingimenti immediati e differiti⁴⁹⁴. Immediati sono quelli che avvengono alla frontiera, da parte delle autorità di polizia, nei confronti dello straniero che non presenti i requisiti per l'ingresso nel territorio nazionale. Sono differiti, invece, i respingimenti disposti dal questore nei confronti del migrante "subito dopo" che abbia fatto ingresso sul suolo italiano, eludendo i controlli di frontiera, oppure che sia stato temporaneamente ammesso per necessità di pubblico soccorso.

Il respingimento (soprattutto quello differito, a fronte dell'elasticità del dettato normativo, tale da permettergli di sovrapporsi all'espulsione prefettizia), non è andato esente da critiche⁴⁹⁵: non solo, a differenza dell'espulsione, è sempre eseguito tramite accompagnamento coattivo alla frontiera, ma non vi è alcuna esplicita previsione normativa nel Testo unico che ne configuri l'impugnabilità. Questo perché il respingimento è stato *in primis* (ed erroneamente) concepito come respingimento immediato, avente natura di attività di mera esecuzione materiale e non provvedimento della polizia di frontiera, mentre che si tratti sempre e comunque di un atto amministrativo trova conferma nel Codice frontiere Schengen e nel regolamento di attuazione del d.lgs. n. 286/1998⁴⁹⁶.

Giungendo, infine, alle misure di esecuzione dell'allontanamento, esse si distinguono in: partenza volontaria⁴⁹⁷ (non possibile in caso di respingimento); ordine scritto del

⁴⁹⁴ Art. 10 d.lgs. n. 286/1998.

⁴⁹⁵ Vedasi G. TROPEA, Homo sacer?, in *Dir. amm.*, 2008, 839 ss.; F.B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in O. GIOLO – M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, 156 ss.; M. SAVINO, *Libertà degli stranieri*, cit., 308 ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. mer.*, 2012, 1138 ss..

⁴⁹⁶ L'art. 13, par. 2, reg. Ce 562/2006 prevede che "il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise", mentre l'art. 3 d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 prevede che il respingimento debba essere comunicato "allo straniero mediante consegna a mani proprie o notificazione del provvedimento scritto e motivato, contenente l'indicazione delle eventuali modalità di impugnazione". In dottrina, vedasi sempre M. SAVINO, *Libertà degli stranieri*, cit., 307 ss. e G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., 839 ss..

⁴⁹⁷ Art. 13, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

questore di lasciare lo Stato nel termine di sette giorni, con indicazione delle conseguenze sanzionatorie del suo mancato rispetto⁴⁹⁸; accompagnamento coattivo alla frontiera⁴⁹⁹; trattenimento nei C.P.R., per un periodo massimo di 30 giorni, prorogabile sino a 90 giorni complessivi⁵⁰⁰.

A differenza delle misure esposte in precedenza, che incidono sulla libertà di circolazione e soggiorno dello straniero e, solo in senso lato, sulla sua libertà personale, gli ultimi due mezzi di esecuzione dell'allontanamento menzionati limitano direttamente la libertà personale del migrante, al punto da richiedere, come vedremo qui di seguito, specifiche cautele nell'ambito delle tutele giurisdizionali, in conformità con quanto previsto dall'art. 13, comma 3, Cost..

Passando, quindi, al riparto di giurisdizione, spettano al giudice amministrativo, in primo luogo e salvo esplicite eccezioni, le controversie concernenti i provvedimenti autorizzativi l'ingresso e la permanenza dello straniero. Fondamento di tale scelta paiono essere i menzionati margini di discrezionalità che possono caratterizzare la decisione della pubblica amministrazione nel negare/revocare il visto o il permesso di soggiorno⁵⁰¹ per quanto, a ben vedere, essi non debbano per forza caratterizzare tutte le decisioni in materia (si pensi a uno straniero privo della documentazione necessaria per il visto o che abbia riportato una condanna per uno dei reati ostativi il suo ingresso nel territorio italiano: si tratta di ipotesi tipizzate, in cui l'amministrazione deve necessariamente negare il provvedimento favorevole allo straniero⁵⁰²).

In aggiunta, spettano al giudice amministrativo i ricorsi concernenti le espulsioni ministeriali le quali, come detto, presentano chiaramente una natura discrezionale a fronte del giudizio circa la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale⁵⁰³.

La giurisdizione del giudice ordinario, invece, concerne i provvedimenti di allontanamento, esclusi quelli ministeriali, e le relative misure esecutive.

⁴⁹⁸ Art. 14, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 286/1998.

⁴⁹⁹ Art. 13, comma 4, d.lgs. n. 286/1998.

⁵⁰⁰ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 286/1998.

⁵⁰¹ In tal senso, vedasi Cass., sez. un., 5 agosto 2002, n. 11725 e ID., sez. VI, ord. 4 settembre 2013, n. 20331.

⁵⁰² Quanto al carattere vincolato della scelta della pubblica amministrazione in presenza di condanne penali ostative, vedasi Cons. Stato, sez. III, 27 gennaio 2012, n. 367 e Cgars, 28 ottobre 2014, n. 582.

⁵⁰³ Il carattere discrezionale di tali provvedimenti è confermato da Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88; Tar Lazio, Roma, sez. I *ter*, 23 marzo 2006, n. 5070 e ID., sez. II, 4 luglio 2011, n. 5826.

Prima ancora, però, spettano al giudice ordinario le controversie riguardanti il diniego/mancato rinnovo/revoca del visto di ingresso e del permesso di soggiorno qualora la domanda consegua da esigenze di protezione umanitaria (ivi incluse le domande per il riconoscimento dello *status* di rifugiato) e di tutela dell'unità familiare, tracciando così un'eccezione alla spettanza dei provvedimenti di ingresso al giudice amministrativo. Tale eccezione, contraria all'originario orientamento che attribuiva tali controversie al giudice amministrativo a fronte dei margini di discrezionalità insiti nella valutazione della concretezza delle esigenze di protezione e unità familiare⁵⁰⁴, si è inizialmente affermata a livello giurisprudenziale proprio a fronte della qualificazione della situazione soggettiva del migrante come diritto "fondamentale", indegradabile a fronte dell'esercizio dei poteri amministrativi⁵⁰⁵. Ad oggi, poi, la giurisdizione del giudice ordinario è esplicitamente confermata in via normativa, come riconosciuto dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 che attribuisce tale contenzioso alle neo-istituite sezioni dei tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le corti d'appello, specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea⁵⁰⁶.

In questi casi, poi, sono le esplicite previsioni del legislatore ad attribuire al giudice ordinario la possibilità di adottare sentenze costitutive che annullino o addirittura sostituiscano il provvedimento impugnato⁵⁰⁷.

Quanto alle espulsioni prefettizie, per esplicita previsione normativa⁵⁰⁸, la giurisdizione spetta al giudice ordinario e, nello specifico, al giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione.

⁵⁰⁴ Vedasi Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2868; Cass., sez. un., ord. 27 marzo 2008, n. 7933; Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 8 ottobre 2008, n. 8831; ID., 4 marzo 2009, n. 2258; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 giugno 2008, n. 2105.

⁵⁰⁵ In materia di protezione umanitaria, vedasi Cass., sez. un., ord. 19 maggio 2009, n. 11535 e ID., ord. 9 settembre 2009, n. 19393, quest'ultima con commento – favorevole all'indegradabilità – di F. MANGANARO, *I diritti umani sono diritti soggettivi non limitabili dal potere amministrativo*, in www.lexitalia.it, 9, 2009. Quanto alle situazioni di diritto "fondamentale" dello straniero che richieda un provvedimento di ingresso ai fini del ricongiungimento familiare, vedasi Cass., sez. I, 20 aprile 2004, n. 7473; ID., sez. un., 12 gennaio 2005, n. 2262; ID., ord. 20 luglio 2011, n. 15868; Cons. Stato, sez. VI., 3 maggio 2007, n. 1940; Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 4 giugno 2007, 5116; Cgars, 26 agosto 2013, n. 734. In dottrina G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano, 2006.

⁵⁰⁶ Si rimanda, nello specifico, agli artt. 1 e 3 del d.l. n. 13/2017, come modificati dalla legge di conversione 13 aprile 2017, n. 46.

⁵⁰⁷ Vedasi l'art. 35 *bis* d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, che consente direttamente al giudice ordinario di riconoscere al ricorrente lo *status* di rifugiato, in sostituzione della decisione dell'amministrazione. Analoghi poteri sostitutivi sono riconosciuti sempre al giudice ordinario anche in materia di ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 150/2011.

Pare opportuno far notare che, pur in presenza di beni costituzionalmente rilevanti quali la libertà di circolazione e soggiorno e, in senso ampio, la libertà personale⁵⁰⁹, il legislatore abbia previsto tempi brevi (30 giorni dalla notificazione del provvedimento, a pena di inammissibilità⁵¹⁰) per la proposizione del ricorso, avvicinando, quanto meno sotto l'aspetto delle tempistiche, lo schema processuale a quello tipico del processo amministrativo. La decisione della relativa controversia deve avvenire entro 20 giorni, con ordinanza non appellabile.

Problema ampiamente dibattuto, conseguente l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie in materia di espulsione prefettizia, è quello del coordinamento con il giudizio sull'atto presupposto a tale espulsione, ossia il diniego/la revoca del permesso di soggiorno, che, come evidenziato, ricade nella giurisdizione del giudice amministrativo⁵¹¹. Si è disquisito, infatti, sul nesso di pregiudizialità che legherebbe il giudizio amministrativo a quello ordinario, tale da permettere la sospensione di quest'ultimo nelle more del primo, nonché sui poteri cognitori e decisorii del giudice di pace sul provvedimento amministrativo presupposto.

Confermata la legittimità della scelta espressa del legislatore di attribuire al giudice ordinario poteri di annullamento di atti amministrativi, in conformità all'art. 113, comma 3, Cost.⁵¹², la giurisprudenza maggioritaria continua a negare la possibilità per il giudice ordinario di sindacare in via incidentale il diniego di permesso di soggiorno, in quanto comportante il coinvolgimento di profili discrezionali nonché spettante al giudice amministrativo⁵¹³, così come il rapporto di pregiudizialità tra i due processi,

⁵⁰⁸ Art. 13, comma 8, d.lgs. n. 286/1998.

⁵⁰⁹ Quanto al riconoscimento dell'incisione di un diritto "fondamentale" da parte dei provvedimenti di espulsione, vedasi Cass. sez. I, ord. 7 febbraio 2008, n. 2973.

⁵¹⁰ Questi aspetti, così come la competenza del giudice di pace, sono esplicitati dall'art. 18, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

⁵¹¹ In dottrina, G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir pubbl.*, 2000, 889 ss.; N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 27 ss.; N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 54 ss.. Si tenga presente che, in base alla legislazione previgente (c.d. legge "Martelli"), tanto le controversie sulle espulsioni quanto quelle sui permessi di soggiorno appartenevano a un solo giudice, il giudice amministrativo.

⁵¹² C. cost., 18 dicembre 2001, n. 414; ID., 22 giugno 2006, n. 240.

⁵¹³ Cass., sez. I, 17 dicembre 2004, n. 23577; ID., sez. un., 16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221; ID., sez. VI, ord. n. 20331/2013, cit.; ID., ord. 22 giugno 2016, n. 12976. *Contra*, Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20125. Si noti che la stessa Corte costituzionale, nella richiamata ord. n. 414/2001 si era espressa favorevolmente alla disapplicazione in via incidentale del provvedimento presupposto da parte del

escludendo la possibilità di chiedere la sospensione del giudizio ordinario in pendenza di quello amministrativo⁵¹⁴.

L'effettivo ambito di cognizione del giudice ordinario ne esce di conseguenza compresso, poiché, per quanto possa conoscere di tutti i vizi di legittimità del provvedimento di espulsione⁵¹⁵, deve solo limitarsi a verificare la presenza del diniego/revoca di permesso di soggiorno, provvedimento di cui l'espulsione è naturale conseguenza e che, di fatto, contiene l'effettiva *ratio* giustificatrice dell'espulsione stessa.

Incertezze, a fronte del silenzio del legislatore che si limita a individuare il giudice dotato di giurisdizione senza definirne i poteri, sussistono anche riguardo ai poteri decisori del giudice di pace: non mancano, infatti, pronunce in cui si nega la possibilità del giudice ordinario di adottare sentenze costitutive, che annullino o sostituiscano il provvedimento amministrativo di espulsione, il quale dovrebbe essere esclusivamente disapplicato⁵¹⁶.

D'altro canto, quando lo stesso Giudice delle leggi ha riconosciuto la conformità a Costituzione dei poteri di annullamento di un provvedimento amministrativo attribuiti al

giudice ordinario. In dottrina, sempre in favore del riconoscimento di un potere di disapplicazione, vedasi G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., 839 ss.

⁵¹⁴ Vedansi le già citate Cass., sez. un., nn. 22217 e 22221/2006 e ID., ord. n. 12976/2016. Giurisprudenza minoritaria ha comunque ammesso la pregiudizialità e, conseguentemente, la sospensione del processo innanzi al giudice di pace nelle more di quello pendente innanzi al giudice amministrativo; vedasi Cass., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7867 e ID., 20 giugno 2000, n. 8381.

⁵¹⁵ In tal senso, F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., 326 ss. Vedasi anche Cass., sez. I, 26 settembre 2008, n. 24271.

⁵¹⁶ Le risalenti pronunce pretorili ammettevano poteri sostitutivi del giudice ordinario rispetto alle espulsioni prefettizie; vedansi Pretura di Como, decr. 9 giugno 1998, n. 62070 e Pretura di Varese, ord. 20 giugno 1998. Più recentemente, i Giudici di legittimità hanno consentito solo pronunce di annullamento, come risulta da Cass., sez. VI, 1 settembre 2015, n. 17408. La Corte di Appello di Trento, invece, con decisione del 16 agosto 2010 ha affermato come debba essere colta “la abnormità della decisione del giudice di pace di Trento che, in un contesto di totale carenza di potere, ha annullato – contro ogni profilo normativo e ordinamentale – un provvedimento amministrativo senza averne le attribuzioni giurisdizionali. In base alla norma di cui al comma 8 dell'art. 13 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, il giudice di pace può solo accogliere o rigettare il ricorso, ma giammai annullarlo. Potrà tutt'al più disapplicarlo *incidenter tantum*, ma mai debordare invadendo il demanio proprio del giudice amministrativo, unico organo della giurisdizione chiamato a conoscere del vizio di legittimità e ad annullare l'atto amministrativo illegittimo con effetti generali”. Si rinvia, inoltre, alla precisa disamina sul potere sostitutivo del giudice ordinario in relazione ai provvedimenti di espulsione svolta da P. CERBO, *Giudice ordinario e “sostituzione della pubblica amministrazione”*, cit., 741 ss.. L'Autore sottolinea come non si possa parlare, in questi casi, pieno potere sostitutivo, non essendovi coincidenza tra l'ambito della giurisdizione e quello dell'amministrazione, ossia residuando spazi che, per scelta politica e ordinamentale, rimangono comunque confinati alla pubblica amministrazione: per questa ragione il giudice ordinario non può che annullare (o disapplicare) il provvedimento contestato, senza che la sentenza possa pienamente sostituirsi all'azione amministrativa.

giudice ordinario, l'ha fatto a fronte di una disposizione normativa che, in conformità con l'art. 113, comma 3, Cost. e con la riserva di legge ivi prevista, ha espressamente legittimato l'adozione di pronunce costitutive da parte dello stesso giudice ordinario⁵¹⁷.

Analogamente, e sempre in conseguenza al silenzio del legislatore, si sono riscontrati effettivi ostacoli nel riconoscere la possibilità per il giudice di pace di adottare misure cautelari: anche in questo caso la giurisprudenza di legittimità si è mostrata contraria a tale possibilità, per quanto non siano mancate pronunce di merito in senso opposto e la stessa Corte costituzionale abbia ribadito l'ammissibilità in astratto di tali forme di tutela qualora siano richieste a garanzia dell'effettività della protezione della situazione soggettiva del privato⁵¹⁸.

Passando ai respingimenti, anche in relazioni ad essi il silenzio del legislatore è stato causa di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

A un'iniziale affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo⁵¹⁹, ha fatto seguito un orientamento favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario, a fronte dell'assimilabilità dei provvedimenti di respingimento a quelli di espulsione⁵²⁰. La Cassazione, invece, ha affermato a sua volta la giurisdizione del giudice ordinario, richiamandosi, però, alla natura di diritto "fondamentale" della situazione soggettiva dello straniero⁵²¹.

Da ultimo, ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie relative alle misure di esecuzione dei provvedimenti di allontanamento, quali la detenzione amministrativa nei C.P.R. e l'accompagnamento coattivo alla frontiera⁵²². Si

⁵¹⁷ Si rimanda alle già citate C. cost. n. 140/2001 e ID., n. 165/2001. Quanto alla necessità di una espressa previsione normativa per superare i limiti imposti dagli artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865, vedasi anche F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., 325 ss..

⁵¹⁸ L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. è stata affermata, in via generale, da Cass., sez. un., 29 gennaio 1993 n. 1151 e ID., 5 agosto 1994, n. 7262; nonché, in materia migratoria, dal Giudice di pace di Alessandria, 10 maggio 2011. In senso contrario, vedasi Pretura di Terni, 22 maggio 1998 e Pretura di Udine, 19 giugno 1998; Giudice di pace di Bologna, Decr., 22 marzo 2006; Tribunale di Roma, sez. I, ord. 18 novembre 2011. Quanto alla pronuncia della Corte costituzionale che ha aperto uno spiraglio al riconoscimento di poteri cautelari per il giudice di pace, vedasi C. cost., 31 maggio 2000, n. 161.

⁵¹⁹ *Ex pluribus*, Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 23 agosto 2002, n. 610, ID., 29 gennaio 2007, n. 102; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 febbraio 2009, n. 1312. In tal senso si è espresso anche, in via consultiva, il Consiglio di Stato, con parere 4 febbraio 2011, n. 571.

⁵²⁰ *Ex pluribus*, Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 17 marzo 2009, n. 510; Tar Liguria, sez. II, 2 novembre 2011, n. 1502; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 luglio 2012, n. 1990; Tar Puglia, Bari, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 210.

⁵²¹ Cass., sez. un., 10 giugno 2013, n. 14502 e ID., 17 giugno 2013, n. 15115.

⁵²² Art. 13, commi 4, 5-bis, 5-ter, e art. 14, commi da 1 a 5, d.lgs. n. 286/1998.

tratta, infatti, di misure direttamente limitative della libertà personale, la cui adozione richiede la tempestiva convalida da parte del giudice ordinario, in conformità alla riserva di giurisdizione fissata dell'art. 13, comma 3, Cost.⁵²³.

A fronte del quadro appena delineato è evidente come la materia in analisi si caratterizzi per una pervasività dei pubblici poteri, il cui esercizio è sempre e comunque oggetto del sindacato giurisdizionale. Se questo sembrerebbe premere a favore dell'attribuzione dell'intera materia al giudice amministrativo, differente (e ben più complessa) è stata la soluzione adottata dal legislatore.

Tale scelta è stata motivata in più modi, senza che si possa trovare una soluzione univocamente applicabile⁵²⁴. Né la natura vincolata dei poteri amministrativi, né la natura della situazione giuridica del migrante (e quindi il *petitum sostanziale*) sono sempre sufficienti a giustificare le attribuzioni del giudice ordinario: si pensi ai margini di discrezionalità presenti nelle valutazioni del questore circa la sussistenza di effettive ragioni di protezione umanitaria, ai fini della concessione del conseguente permesso di soggiorno, nonché all'indiscutibile presenza di poteri pubblici che restano il tramite necessario per l'ottenimento del bene della vita cui lo straniero mira, risultando in ogni caso l'interesse privato ad entrare o permanere sul suolo italiano mediato con l'interesse pubblico alla corretta gestione dei flussi migratori⁵²⁵.

Dinnanzi alle carenze delle soluzioni appena esposte, i giudici hanno spesso optato per qualificare la situazione soggettiva del privato come diritto "fondamentale", in modo da garantire la giurisdizione del giudice ordinario in base all'orientamento oggetto di disamina nella presente ricerca⁵²⁶.

⁵²³ Vedasi anche C. cost., 10 aprile 2001, n. 105; ID., 25 luglio 2001, n. 298; ID., ord. 6 marzo 2002, n. 44; ID., ord. 7 maggio 2002, n. 170.

⁵²⁴ S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allentamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, cit., 534 ss..

⁵²⁵ S. D'ANTONIO, *op. ult. cit.*, 534 ss. Vedasi anche R. CAPONIGRO, *La tutela giurisdizionale dello straniero avverso l'espulsione amministrativa prefettizia*, cit., 2004, 3563 ss., in cui l'Autore, richiamandosi alla già menzionata distinzione tra poteri vincolati nell'interesse pubblico e nell'interesse del privato, con conseguente titolarità per il singolo di interessi legittimi o diritti soggettivi, sottolinea come i vincoli operanti in materia di ammissione o permanenza dello straniero siano *in primis* previsti in favore dell'interesse pubblico. Critico rispetto a tale posizione è, invece, G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., 839 ss..

⁵²⁶ Si rimanda alle pronunce indicate nelle note nn. 505, 509, 521, rispettivamente in materia di protezione umanitaria e ricongiungimento familiare, espulsione e respingimento. In dottrina, vedasi N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 681 ss. (spec. 699).

Inquadrato il sistema e le relative giustificazioni giuridiche⁵²⁷, non resta che verificare il grado di effettività della tutela che esso è capace di garantire al migrante, destinatario dell'esercizio dei pubblici poteri.

Sicuramente il sistema di riparto risulta tutto fuorché semplice e lineare, soprattutto agli occhi di una persona comune (e ancora di più, di uno straniero), con ipotesi simili o connesse destinate a due giudici differenti. In ogni caso, l'esplicito dettato normativo e il riempimento in via giurisprudenziale delle lacune precedentemente esistenti rendono chiaro (seppur non immediato) agli occhi del "tecnico", del giurista e dell'avvocato, quale sia il giudice dotato di giurisdizione⁵²⁸. D'altro canto, il complesso intreccio fra le differenti giurisdizioni previsto normativamente in materia migratoria può risultare sintomatico di come, in altre materie, il ricorso alla figura dei diritti "fondamentali e indegradabili", effettuato in via giurisprudenziale e quindi in assenza di deroghe espresse all'ordinario criterio di riparto, possa aggiungere una variabile non univoca a un contesto già di per sé non cristallino, rendendolo ancora più caotico.

Il problema che qui si pone è, poi, quello del coordinamento tra giudice ordinario e giudice amministrativo, qualora entrambi finiscano per occuparsi di differenti momenti dell'azione autoritativa, strettamente connessi tra di loro⁵²⁹.

Al di là di queste tematiche, guardando in concreto ai poteri dei giudici, la pienezza della tutela a fronte di provvedimenti amministrativi è diretta conseguenza del riconoscimento in capo agli organi giurisdizionali di poteri costitutivi, in grado di riformare o quanto meno di annullare le decisioni della pubblica amministrazione. Come evidenziato in relazione alle espulsioni e come sottolineato più volte in giurisprudenza⁵³⁰, quindi, l'effettività della tutela del giudice ordinario consegue, in questa materia, al superamento dei limiti *ex artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865* e all'attribuzione di poteri di intervento sull'azione amministrativa analoghi a quelli spettanti in via ordinaria al giudice amministrativo.

⁵²⁷ Diverse sono quelle pratiche. Come risulta dai lavori preparatori della legge delega 6 marzo 1998, n. 40 (in particolare dalla relazione al d.d.l. n. 3240/1998), la scelta a favore del giudice ordinario è stata effettuata in quanto "per struttura ed organizzazione diffuse sul territorio, appare in grado di operare entro i brevi termini previsti dalla legge".

⁵²⁸ La stessa Corte costituzionale ha confermato la ragionevolezza delle scelte del legislatore nelle già citate pronunce C. cost. n. 414/2001 e ID., n. 240/2006.

⁵²⁹ Si rimanda a quanto già detto in materia di espulsione e diniego di permesso di soggiorno.

⁵³⁰ *In primis*, C. cost., n. 161/2000; ID., n. 140/2001; ID., n. 165/2001 e ID., n. 414/2001.

Appare palese, dunque, che il giudice ordinario, solo per il fatto di essere “ordinario”, non è in sé automatica garanzia di una migliore protezione della bene “fondamentale” di cui è titolare il privato innanzi all’esercizio della funzione autoritativa⁵³¹.

Ciò anche tralasciando altri aspetti critici: si pensi sempre al caso delle espulsioni e delle relative misure esecutive, in cui la tutela è affidata al giudice di pace, un giudice onorario⁵³², sulla base di un processo strutturato con termini (decadenziali) tanto stringenti da renderli più brevi (30 giorni, contro gli ordinari 60) rispetto a quelli previsti per i giudizi innanzi al giudice amministrativo. Anche in questo caso, dunque, le esigenze di certezza e celerità bilanciano e comprimono quelle di giustizia, al punto da legittimare anche l’esclusione dell’appellabilità dell’ordinanza decisoria⁵³³.

Non può così aprioristicamente affermarsi che il giudice amministrativo, giudice professionale e dotato in via ordinaria di poteri costitutivi, non sia capace di fornire una piena e tempestiva tutela ai beni “fondamentali” del migrante, per la cui protezione il legislatore deve “camuffare” il giudice e il processo ordinari da giudice e processo amministrativi. Soffermandosi proprio su profilo di tutela sostanziale, non è neanche detto che il giudice ordinario proceda a un’applicazione della legge sempre più favorevole all’interesse privato rispetto a quanto non possa fare il giudice

⁵³¹ In questo senso, si vedano anche le conclusioni di M. NIGRO, *Ma che cosa è questo interesse legittimo?*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1883 ss. (spec. 1901-1902), in cui si afferma l’adeguatezza della tutela ottenibile tramite la figura dell’interesse legittimo e, conseguentemente, il ricorso al giudice amministrativo, “A patto però che il giudice amministrativo [...] acquisti consapevolezza del nuovo modo di essere, dialettico e partecipato, della potestà amministrativa: e riesca a creare nel processo quell’equilibrio tra ‘pretese’ del ricorrente [...] e ‘pretese’ dell’amministrazione che costituisce la rappresentazione e la proiezione processuale del rapporto amministrativo esistente sul terreno sostanziale”.

⁵³² Per una critica circa la compatibilità di un giudice non professionale con le garanzie che andrebbero previste in materia di *habeas corpus*, vedasi G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale ed esperienze europee*, cit., 204. L’Autore sottolinea ulteriori carenze conseguenti alla struttura del processo delineata dal legislatore, quali la decisione tramite il rito camerale a cognizione sommaria e l’esclusione di un secondo grado di giudizio. Vedasi anche V.A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull’immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 13 ss.. Ulteriori critiche, anche in relazione alle modalità specifiche con cui si svolgono le udienze, sono esposte dal Consiglio Superiore della Magistratura, nel Parere espresso sul testo del disegno di legge di conversione del d.l. n. 249 del 2007 (per esempio, le udienze del giudice di pace in materia migratoria possano svolgersi in locali messi a disposizione dalle Questure, in modo da attribuire impropriamente agli organi dell’amministrazione dell’interno, e non al Ministro della giustizia, compiti di organizzazione dei servizi della giustizia stessa, ciò risultando idoneo a condizionare l’esercizio delle funzioni del giudice, pregiudicandone altresì l’immagine di imparzialità).

⁵³³ Si rimanda a quanto detto nella sez. 4.1.1. in materia di termini decadenziali e processo amministrativo.

amministrativo. Un esempio è fornito dalla differenza portata riconosciuta dai due giudici alla sussistenza di legami familiari: i giudici amministrativi non solo ne hanno ammesso la considerazione anche al di fuori delle ipotesi in cui lo straniero eserciti il diritto di ricongiungimento, ma hanno aperto, sulla base della presenza di tali legami con il territorio italiano, al superamento delle cause ostative al rilascio o al rinnovo di soggiorno (precedenti condanne o espulsioni), di fatto introducendo ipotesi di discrezionalità in favore del migrante, pur quando il legislatore sembra vincolare l'amministrazione al diniego del provvedimento favorevole⁵³⁴. L'orientamento della Cassazione è, invece, diametralmente opposto, risultando sfavorevole alla valutazione dei legami familiari al di fuori delle ipotesi in cui lo straniero eserciti il diritto al ricongiungimento, nonché escludendo che questi possano prevenire l'applicazione delle cause ostative al rilascio del titolo di soggiorno, a fronte della preminenza dell'interesse nazionale all'allontanamento dei soggetti pericolosi⁵³⁵.

Al di là di tali aspetti legati alla sensibilità del singolo giudice e alla sua capacità di utilizzare gli strumenti a sua disposizione per il concreto perseguimento della giustizia, tornando su un piano oggettivo, il superamento dei limiti *ex artt.* 4 e 5 all. E, l. n. 2248/1865 è ad oggi possibile e pienamente conforme a Costituzione, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale⁵³⁶, purché vi sia esplicito riconoscimento normativo dei poteri di annullamento o revoca dei provvedimenti amministrativi in capo al giudice ordinario, in applicazione della riserva di legge prevista dall'art. 113, comma 3, Cost..

Laddove questo riconoscimento non avvenga in via normativa, ma esclusivamente in via giurisprudenziale, non solo i giudici si pongono in contrasto con la Costituzione e con le leggi in vigore, ma non assicurano sempre l'effettività della tutela dell'interesse "fondamentale" del privato: basti il richiamo ai già citati orientamenti giurisprudenziali contrastanti in materia di titolarità, da parte del giudice ordinario, di poteri costitutivi o cautelari a fronte di provvedimenti amministrativi incisivi su beni quali la libertà di circolazione e soggiorno dello straniero⁵³⁷. Analoghe situazioni "fondamentali", quindi,

⁵³⁴ Tar Toscana, sez. II, 16 marzo 2001, n. 462; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 683; ID., 16 febbraio 2011, n. 995; ID., sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841.

⁵³⁵ Cass., sez. I, 7 ottobre 2010, n. 20838; ID., 24 giugno 2011, n. 13972.

⁵³⁶ Ci si riferisce sempre a C. cost., n. 140/2001; ID., n. 165/2001 e ID., n. 414/2001.

⁵³⁷ Si rimanda alle note nn. 516, 517 e 518.

rischiano di ricevere differente protezione a seconda che il singolo giudice ordinario segua la legge, circoscrivendo i propri poteri, o agisca in violazione della stessa.

In conclusione, la materia migratoria è chiara conferma di come il giudice amministrativo sia, ad oggi, di per sé idoneo a fornire adeguata protezione ai beni “fondamentali” incisi dall’azione amministrativa, mentre il giudice ordinario possa diventarlo (legittimamente) solo a fronte dell’esplicito riconoscimento normativo di poteri analoghi a quelli del giudice amministrativo stesso.

Questo riconoscimento, d’altra parte, non è più utile e ammissibile esclusivamente in via giurisprudenziale⁵³⁸, dovendosi attribuire al giudice amministrativo il ruolo di giudice naturale degli interessi legittimi “fondamentali” incisi dall’azione amministrativa.

⁵³⁸ Si segnala che anche F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso amministrativo (all.E)*, cit., 255 ss., in un’opera indirizzata a dimostrare la capacità del giudice ordinario di fornire adeguata tutela al privato innanzi all’azione amministrativa, si pone in maniera critica quanto all’estensione in via esclusivamente giurisprudenziale dei poteri del giudice ordinario in relazione ai diritti “fondamentali”, stante l’insuperabile contrasto coi limiti normativi *ex all. E*, l. n. 2248/1865. Posizione critica rispetto alla sostituzione del giudice ordinario al giudice amministrativo e, conseguentemente, alla pubblica amministrazione nell’esercizio dei propri poteri in materia di diritti “fondamentali” è espressa anche da P. CERBO, *Giudice ordinario e “sostituzione della pubblica amministrazione”*, cit., 741 ss.

5. UNO SGUARDO COMPARATO: LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI *DROITS FONDAMENTAUX* NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

Terminata l'indagine sull'ordinamento italiano, ulteriore e utile occasione di riflessione può conseguire dalla comparazione del nostro sistema con un differente ordinamento giuridico.

Ciò al fine di verificare come legislatore e giurisprudenza stranieri abbiano affrontato il problema oggetto della presente indagine, ossia il riparto di giurisdizione in materia di situazioni giuridiche "fondamentali".

Considerata la natura del quesito da investigare, logico termine di raffronto si è rivelato l'ordinamento francese che condivide, con il nostro ordinamento, un sistema dualistico di giustizia, caratterizzato dalla presenza di una giurisdizione speciale amministrativa che affianca quella ordinaria.

Il confronto è facilitato e reso ancora più opportuno dalla ben nota influenza che il *contentieux administratif* ha giocato sul sistema di giustizia amministrativa esistente in alcuni stati preunitari e, attraverso di essi, sul sistema di giustizia amministrativa venutosi a delineare in Italia successivamente alla parentesi monistica nata e conclusasi nella seconda metà del XIX secolo.

Rivolgere lo sguardo al di là dei confini nazionali, dunque, aiuterà a gettare ulteriore luce sull'adeguatezza, o meno, del criterio di riparto elaborato dalla giurisprudenza italiana, nonché a verificare la praticabilità del percorso che si è voluto tracciare con il presente scritto.

5.1. *Libertés et droits fondamentaux* nell'ordinamento giuridico francese

L'opportunità di affacciarsi oltralpe consegue non solo dai numerosi punti di contatto in materia di giustizia amministrativa, ma anche in considerazione del secondo fulcro attorno a cui la riflessione delle pagine precedenti si è svolta: i diritti "fondamentali".

Che la Francia possa considerarsi una delle patrie dei diritti "inviolabili", assieme a Stati Uniti e Inghilterra, è già stato evidenziato nel secondo capitolo. In questo ordinamento, infatti, ha visto la luce uno dei primi testi tramite cui si è proceduto a un'esplicita affermazione dei diritti "dell'uomo" quali manifestazione di valori fondanti

e irrinunciabili per una società civile: la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789⁵³⁹.

Oltre all'esplicita menzione del termine “diritti dell'uomo”, tanto nel titolo della Dichiarazione quanto nel testo, con essa si ebbe l'affermazione della c.d. “prima generazione” dei diritti “fondamentali”, di carattere civile e politico, quali la libertà personale (artt. 1, 2 e 4), il diritto di partecipazione politica (art. 6), la libertà d'opinione e la libertà religiosa (art. 10), la libertà di pensiero e di comunicazione dello stesso (art. 11), il diritto di proprietà (artt. 2 e 17).

Tutt'oggi, è ancora forte l'eredità storica e simbolica di tale Dichiarazione⁵⁴⁰, come risulta anche dall'attuale testo costituzionale (Costituzione del 1958) il cui preambolo è chiaro nell'affermare che “*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004*”.

Come riconosciuto esplicitamente anche dal *Conseil constitutionnel*⁵⁴¹ il preambolo, in quanto componente della Costituzione, ha medesimo valore costituzionale, così come pari dignità deve essere riconosciuta ai testi normativi ivi richiamati che, ben al di là dall'essere esclusivamente meri simboli di una tradizione storica, sono tuttora espressione di norme, diritti e principi su cui lo stesso *Conseil constitutionnel* fonda il proprio sindacato di legittimità costituzionale delle leggi francesi.

Come visto, oltre alla Dichiarazione del 1789, il preambolo dell'attuale Costituzione rinvia a quello della Costituzione del 1946, che a sua volta si caratterizza per l'affermazione di principi politici, economici e sociali da aggiungersi, ad integrazione,

⁵³⁹ Si vedano anche gli ulteriori testi adottati sempre nel periodo rivoluzionario: la *Déclaration girondine* del 1793, la *Déclaration montagnarde* del 1793 e la *Déclaration de l'an III*. In materia si rimanda a J. ROBERT – J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parigi, 2009, 32 ss.. Quanto all'ulteriore manualistica consultata ai fini della ricostruzione del sistema dei diritti “fondamentali” nell'ordinamento francese, si richiamano J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Parigi, 1991; X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, Parigi, 2010; T. RENOUX, *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Parigi, 2011; R. LETTERON, *Libertés publiques*, Parigi, 2012; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Parigi, 2012; F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, Parigi, 2012; X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Issy-les-Moulineaux, 2016; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parigi, 2016.

⁵⁴⁰ In materia vedasi H. OBERDORFF, *À propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789*, in *RDP*, 1989, 665 ss..

⁵⁴¹ CC, n. 71-44 DC del 16 luglio 1971.

ai diritti dell'uomo riconosciuti con il testo del XVIII secolo. Vengono così richiamati il principio di uguaglianza tra uomo e donna, il diritto d'asilo, il diritto al lavoro, all'azione sindacale e allo sciopero, il diritto al pieno sviluppo dell'individuo e della famiglia, il diritto a un'esistenza dignitosa, il diritto all'istruzione e alla cultura.

È evidente, dunque, come con la Costituzione del 1946 si sia proceduto a riconoscere, a livello di Norma fondamentale, quella serie di diritti "inviolabili" di c.d. "seconda generazione", classificabili come diritti positivi, sociali ed economici, che si differenziano da quelli enucleati nel 1789 per richiedere un intervento attivo dello Stato e non una sua semplice astensione.

Il preambolo del 1946, oltre alla specifica elencazione dei principi politici, economici e sociali contiene, poi, una previsione a fattispecie aperta, laddove ammette l'esistenza di "*principes fondamentaux reconnus par la lois de la République*", cui riconoscere medesimo rango costituzionale.

Così come è toccato ai giudici, nel nostro ordinamento, specificare di volta in volta quali fossero i diritti "inviolabili" riconducibili alla disposizione a fattispecie aperta contenuta nell'art. 2 Cost., così è spettato ai giudici francesi – costituzionali e non – definire quali fossero questi ulteriori principi fondamentali. Ad essi si sono quindi ricondotti altri diritti "inviolabili", come la libertà d'associazione⁵⁴², il diritto d'agire e di difendersi in giudizio⁵⁴³, la libertà di insegnamento e la libertà di coscienza⁵⁴⁴.

Questo, così come anche la portata ampia dei principi riconosciuti nella Dichiarazione del 1789 e nel preambolo del 1946, ha consentito di affermare l'estensione potenzialmente illimitata dei diritti di rango costituzionale riconosciuti nell'ordinamento francese⁵⁴⁵.

Un'ultima considerazione deve essere spesa al riguardo del terzo testo normativo indicato nel preambolo alla Costituzione del 1958, ossia la *Charte de l'environnement*

⁵⁴² Sempre nella già citata CC, n. 71-44 DC del 16 luglio 1971.

⁵⁴³ CC, n. 76-70 DC del 2 dicembre 1976.

⁵⁴⁴ CC, n. 77-87 DC del 23 novembre 1977.

⁵⁴⁵ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Parigi, 2008, 65. Si segnala, in ogni caso, che i giudici costituzionali francesi abbiano oramai limitato il ricorso alla portata creativa dei "*principes fondamentaux reconnus par la lois de la République*", a differenza di quanto avvenuto negli anni '70 e '80 del secolo scorso, preferendo fondare il riconoscimento dei "nuovi" diritti riconducendoli agli ampi contenuti della Dichiarazione del 1789. Vedasi in tal senso F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., 67 ss..

de 2004, il cui richiamo è stato introdotto con la revisione costituzionale del 2005⁵⁴⁶. L'art. 1 della *Charte* riconosce il diritto a chiunque di vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute, aprendo così la via a una terza generazione di diritti "fondamentali".

Ciò posto, anche in Francia il riconoscimento di alcuni diritti "inviolabili" nei testi di rango costituzionale non ha sopito il dibattito e le incertezze quanto all'effettiva possibilità di circoscrivere in modo compiuto la categoria in questione. Non tutti i diritti espressamente riconosciuti in Costituzione sarebbero "fondamentali"⁵⁴⁷, né solo essi potrebbero essere considerati tali, né sembra possibile tracciare un'effettiva gerarchia dei diritti, ulteriore e differente rispetto a quella conseguente dal rango delle disposizioni normative in cui le diverse situazioni giuridiche vengono riconosciute⁵⁴⁸.

Individuare una regola che consenta di distinguere i diritti "fondamentali" da quelli che non lo sono, dunque, è un compito che presenta le medesime difficoltà già ravvisate nell'ordinamento italiano. Si pensi alle differenti caratteristiche individuabili in capo a questi diritti, come reso ancora più evidente nell'ordinamento francese, stante la presenza di differenti dichiarazioni di diritti "fondamentali" succedutesi nel tempo (diritti di prima, seconda e terza generazione, che per l'appunto si caratterizzano per essere negativi, positivi, assoluti, relativi, politici, economici, individuali, collettivi, ecc.)⁵⁴⁹. Sintomatica, anche nell'ordinamento d'oltralpe, è poi l'incertezza riguardante la stessa denominazione di queste situazioni giuridiche, indicate alternativamente come *droits publics individuels, droits naturels, droits de l'homme, libertés publiques, droits fondamentaux, libertés fondamentales*, ecc.⁵⁵⁰.

D'altro canto, sul piano giuridico individuale, i diritti "fondamentali" sono stati ricondotti ai diritti soggettivi⁵⁵¹, il cui carattere fondamentale è espressione del particolare valore riconosciuto al bene oggetto della situazione giuridica

⁵⁴⁶ *Loi constitutionnelle* n. 2005-205 del 1 marzo 2005.

⁵⁴⁷ Si noti che la stessa costituzione francese non contiene esplicitamente il termine *droits fondamentaux*, né di conseguenza ne fornisce una definizione; a sua volta, il termine *droits fondamentaux* è stato utilizzato per la prima volta dal *Conseil constitutionnel* nella *Décision* 89-269 DC del 9 gennaio 1990. Al riguardo, vedasi T. RENOUX, *Protection des libertés et droits fondamentaux*, cit., 64.

⁵⁴⁸ R. LETTERON, *Libertés publiques*, cit., 3; J. ROBERT – J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit., 19 ss..

⁵⁴⁹ R. LETTERON, *Libertés publiques*, cit., 7.

⁵⁵⁰ R. LETTERON, *Libertés publiques*, cit., 1 ss.; J. ROBERT – J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit., 8 ss..

⁵⁵¹ G. VEDEL, *Cours de Droit public*, Parigi, 1950, 168.

dall'ordinamento, in quel particolare frangente di tempo⁵⁵². Ciò implica la natura mutevole ed evolutiva di queste situazioni giuridiche, che così restringono o infoltiscono le proprie schiere al cambiare dei principi caratterizzanti la società stessa cui si riferiscono⁵⁵³.

In ogni caso, il carattere costituzionale di un diritto opera anche nell'ordinamento francese come limite per il legislatore, il quale può sì prevederne delle compressioni, senza però giungere ad eliminarlo *in toto* o, comunque, a sacrificarlo più di quanto sia consentito dalle previsioni costituzionali⁵⁵⁴. Previsioni costituzionali che, infine, non escludono la possibilità dei pubblici poteri di incidere su queste situazioni giuridiche “fondamentali”, considerato come l'intervento pubblico si renda indispensabile per proteggere le libertà negative, garantire il godimento di quelle positive e risolvere i possibili conflitti tra interessi “fondamentali”, pubblici o privati⁵⁵⁵.

5.2. Il *juge administratif*

Procedendo ora con un rapido sguardo sul sistema di giustizia francese, anche in quest'ordinamento, come noto, è presente una giurisdizione speciale chiamata a sindacare sulla legittimità dell'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, caratterizzata in modo tale da poter meglio decidere in relazione alle particolari controversie, di natura pubblicistica, oggetto del proprio controllo⁵⁵⁶.

A ben vedere, e a differenza del *juge judiciaire* (così come del giudice amministrativo nell'ordinamento italiano), il *juge administratif* non è stato per lungo tempo oggetto di menzione da parte della Costituzione francese. Solo nel 2003 si è formulata una prima allusione indiretta alla funzione giurisdizionale del *Conseil d'État* in relazione agli atti normativi che possono essere adottati dalle Collettività

⁵⁵² X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, cit., 48.

⁵⁵³ R. LETTERON, *Libertés publiques*, cit., 5 ss..

⁵⁵⁴ In tal senso si è espresso il *Conseil constitutionnel* nella *Décision* n. 79-105 DC del 25 luglio 1979 in relazione a una legge che imponeva limiti tali al diritto di sciopero nel settore televisivo da escluderne il concreto esercizio.

⁵⁵⁵ J. ROBERT – J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit., 23.

⁵⁵⁶ Quanto alla manualistica consultata per questa breve ricostruzione del sistema di giustizia amministrativa francese, si rimanda a J.M. AUBY – R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, 1984; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, 2008; D. TURPIN, *Contentieux administratif*, Parigi, 2010; D. COSTA, *Contentieux administratif*, Parigi, 2014; O. LE BOT, *Contentieux administratif*, Bruxelles, 2015; C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, 2016; M. GUYOMAR – B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Parigi, 2016; J.C. RICCI, *Contentieux administratif*, Parigi, 2016.

d'oltremare⁵⁵⁷, rafforzata nel 2008 con la previsione della facoltà per il supremo giudice amministrativo – così come per la Corte di cassazione – di sollevare una questione di legittimità costituzionale in occasione di un giudizio pendente innanzi allo stesso⁵⁵⁸. Ad ogni modo, la consacrazione della giustizia amministrativa quale istituto di rango costituzionale è avvenuta a partire dagli anni '80 del 1900 grazie all'intervento esplicito del *Conseil constitutionnel*, che ha ricondotto la presenza del giudice amministrativo nell'ordinamento francese a uno di quei “*principes fondamentaux reconnus par la loi de la République*” richiamati in maniera elastica nel preambolo della Costituzione del 1946⁵⁵⁹.

Nato all'interno del potere esecutivo⁵⁶⁰, il giudice amministrativo francese è stato oggetto di un lungo processo evolutivo che, oltre a modificarlo strutturalmente comportando la nascita di corti amministrative di primo e di secondo grado⁵⁶¹, ne ha consentito il riconoscimento quale organo indipendente, dotato di piena dignità

⁵⁵⁷ Art. 74 *Const.*

⁵⁵⁸ Art. 61-1 *Const.*. Ulteriore riconoscimento indiretto della natura di giudice amministrativo del *Conseil d'État* giunge anche dall'art. 65 *Const.*, in tema di composizione del *Conseil supérieur de la magistrature*, che prevede la presenza di un consigliere di stato, designato dal Consiglio stesso.

⁵⁵⁹ CC, n. 80-119 DC del 22 luglio 1980. Conferma ancora più esplicita si è avuta tramite decisioni successive, come la *Décision* n. 2009-898 DC, del 3 dicembre 2009, in cui si è affermato che Consiglio di Stato e Corte di cassazione sono le supreme magistrature poste all'apice dei due ordini giurisdizionali riconosciuti dalla Costituzione, e come la *Décision* n. 98-399 DC del 5 maggio 1998, in cui si è riconosciuto che anche i giudici amministrativi, così come i giudici ordinari, decidono nel nome del popolo francese, esercitando una delle funzioni essenziali espressione della sovranità nazionale. In materia, vedasi P. GONOD – F. MELLERAY – P. YOLKA (a cura di), *Traité de droit administratif*, Parigi, 2011, 443 ss..

⁵⁶⁰ Il *Conseil d'État* si caratterizza tuttora, come il suo omologo italiano, per una duplice funzione consultiva e giurisdizionale.

⁵⁶¹ A fronte della crescita dei giudizi sottoposti al *Conseil d'État*, i *Tribunaux administratifs*, giudici di diritto comune di prima istanza delle controversie amministrative, sono stati introdotti con *décret-loi* n. 53-934 del 30 settembre 1953. Analoga ragione ha comportato la successiva introduzione, con *loi* n. 87-1127 del 31 dicembre 1987, delle *Cours administratives d'appel*.

giurisdizionale⁵⁶², oltre a sottoporlo a una radicale trasformazione, dando luogo, anche in questo ordinamento, a un processo di “civilizzazione”⁵⁶³.

Volendo procedere a un parallelo con il sistema italiano, che tenga in considerazione i poteri dell’organo giudicante, la giurisdizione amministrativa francese si articola in giurisdizione concernente i *recours pour excès de pouvoir*, i *recours de pleine juridiction*, il *contentieux de l’interprétation et de l’appréciation de légalité* e il *contentieux de la répression*⁵⁶⁴.

La prima tra le tipologie di ricorso elencate costituisce il mezzo di impugnazione tipico del *contentieux administratif*, potendo operare nei confronti di tutti gli atti amministrativi per cui non sia prevista una differente *voie de recours*. Secondo l’interpretazione classica, i ricorsi per *excès de pouvoir* avrebbero natura oggettiva, riguardando esclusivamente la legittimità dell’azione amministrativa, indipendentemente dalla presenza o dalla considerazione della situazione giuridica del privato⁵⁶⁵. In queste ipotesi, il giudice amministrativo ha per lungo tempo potuto esclusivamente annullare il provvedimento adottato dalla pubblica autorità o accertare la

⁵⁶² La *loi* del 24 maggio 1872, disciplinando il neo istituito *Tribunal des conflits*, ha riconosciuto la natura di organo giurisdizionale del *Conseil d’État*, sancendo dunque il passaggio da un sistema di giustizia amministrativa *retendue*, esercitata cioè da organi dello stesso potere esecutivo, a un sistema di giustizia amministrativa *déléguée*, ossia esercitata da soggetti indipendenti dallo stesso. Ancora, la *loi* 78-17 del 6 gennaio 1986 ha disposto l’allineamento dello statuto dei giudici amministrativi a quello dei giudici ordinari, colmando un vuoto normativo e formalizzando una posizione già di fatto riconosciuta loro dall’ordinamento; vedasi in materia B. PACTEAU, *L’indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986*, in *RFDA*, 1986, 783 ss.; M. TOURADIAS, *Indépendance des membres des tribunaux administratifs. La loi du 6 janvier 1986*, in *AJDA*, 1986, 275 ss.. L’indipendenza dei giudici amministrativi è stata poi oggetto di costituzionalizzazione tramite la già citata pronuncia del *Conseil constitutionnel*, n. 80-119 DC, 22 luglio 1980.

⁵⁶³ Parlano di “avvicinamento” al giudice ordinario P.L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, 2015, 451; R. LETTERON, *Libertés publiques*, cit., 152; H. OBERDORFF, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, cit., 229. Oltre agli interventi normativi che verranno richiamati nella presente sezione, si ricorda che momento essenziale della “civilizzazione” del giudice amministrativo francese è stato l’introduzione del *Code de justice administrative* del 4 maggio 2000, entrato in vigore a partire del 1 gennaio 2001, chiamato a innovare e riorganizzare in maniera sistematica la previgente disciplina in materia.

⁵⁶⁴ Tale classificazione è frutto di un’elaborazione dottrinale; vedasi E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Boulogne-Billancourt, 1896, I, 15 ss. (reperibile online all’indirizzo <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57280741>). Lo stesso *Code de justice administrative* richiama questa classificazione senza fornire definizione delle differenti tipologie di ricorsi e dei conseguenti poteri del giudice amministrativo. Per una diversa classificazione, vedasi L. DUGIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1928, II, 458 ss..

⁵⁶⁵ Vedasi sempre E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., II, 561 ss.. Per una concezione più attuale, di carattere soggettivo, del ricorso per *excès de pouvoir* avente come oggetto il rapporto tra amministrato e pubblica amministrazione, vedansi il contributo già richiamato di F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 2 ss. e la bibliografia ivi indicata.

sua *inexistence*⁵⁶⁶, ciò dando luogo alle medesime critiche, in tema di effettività della tutela, che hanno caratterizzato anche il giudice amministrativo italiano⁵⁶⁷. Questo ha portato, oltre alle modifiche del 2000⁵⁶⁸ in materia di tutela cautelare, che saranno oggetto di più approfondita trattazione nelle prossime sezioni del presente capitolo, al riconoscimento di poteri di condanna (anche all'adozione di un provvedimento specifico, in ipotesi di potere vincolato⁵⁶⁹) esercitabili dal giudice amministrativo a fronte di un *recours pour excès de pouvoir*, introdotti con la *loi* n. 95-125 dell'8 febbraio 1995.

Passando ai ricorsi *de plein contentieux*, questi possono a loro volta distinguersi in ricorsi di *plein contentieux subjectif* o *objectif*⁵⁷⁰. I primi concernono una situazione di *droit subjectif* vantata da un privato nei confronti della pubblica amministrazione e, pertanto, riguardano principalmente il contenzioso contrattuale e quello coinvolgente la responsabilità della pubblica amministrazione. Si tratta di ipotesi che – salvo la responsabilità per danni conseguenti all'esercizio illegittimo dei pubblici poteri – nell'ordinamento italiano appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, in base all'art. 2, all. E, l. n. 2248/1865. In questi casi, dunque, il giudice amministrativo esercita poteri di condanna nei confronti della pubblica amministrazione.

I *recours de plein contentieux objectif*, invece, concernono sempre la legittimità di un provvedimento amministrativo, ma si distinguono dai ricorsi per *excès de pouvoir* non solamente perché possono essere esercitati solo nei casi esplicitamente previsti dalla legge⁵⁷¹, ma soprattutto perché il giudice non dovrà limitarsi ad annullare l'atto impugnato, potendo anche modificare in tutto o in parte il provvedimento stesso,

⁵⁶⁶ In caso di *inexistence* dell'atto, si tratta di ricorsi volti a far dichiarare al giudice che un provvedimento amministrativo sia “*null et non avenu*”; in tal senso R. CHAPUS, *Droit administratif générale*, Issy-les-Moulineaux, 2001, 790. Sugli incerti confini, nel diritto francese, tra *nullité* e *inexistence* vedasi anche A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON – D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., 5 ss., (spec. 10).

⁵⁶⁷ Su tutti, J. RIVERO, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, in *Dalloz Chronique* VI, 1962, 37 ss..

⁵⁶⁸ *Loi* n. 2000-597 del 30 giugno 2000.

⁵⁶⁹ Vedasi R. CHAPUS, *Droit administratif générale*, cit., 815 ss..

⁵⁷⁰ Vedasi in materia P. SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, in *LGDJ*, 1964, 676 ss..

⁵⁷¹ Vedasi l'elenco contenuto nell'art. L311-4 *Code de justice administrative*. I *recours de plein contentieux objectif* riguardano materie come il contenzioso fiscale, elettorale, determinate sanzioni amministrative, la demolizione di edifici in rovina, ecc..

direttamente con la propria decisione. Evidente, dunque, è il parallelismo con la nostra giurisdizione di merito.

Per quanto riguarda il *contentieux de l'interprétation*, con esso si riconosce al giudice amministrativo il potere di adottare pronunce dichiarative, anche in via principale, in primo luogo in materia di interpretazione di atti amministrativi o di contratti⁵⁷², mentre il *contentieux de la répression* riguarda le ipotesi in cui il giudice amministrativo agisce come un giudice penale spettando a lui, e non direttamente all'amministrazione, l'applicazione di sanzioni oltre che la condanna dell'amministrato al risarcimento dei danni cagionati ai beni pubblici.

Pertanto, guardando ai poteri riconosciuti al giudice amministrativo francese in sede di *excès de pouvoir*, ipotesi che più si avvicina alla nostra giurisdizione di legittimità, il *juge* può annullare l'atto o accertare la sua nullità e condannare l'amministrazione a un *facere* specifico, anche provvedimentale, potendo inoltre l'amministrato ottenere il risarcimento dei danni cagionati dall'azione amministrativa o l'accertamento di una situazione di fatto e diritto tramite gli strumenti forniti dal *plein contentieux subjectif* e dal *contentieux de l'interprétation*.

Come il giudice italiano, dunque, anche il giudice francese può adottare pronunce costitutive, dichiarative e di condanna, risultando il suo operare oramai indirizzato al perseguimento dell'efficacia e dell'effettività della tutela⁵⁷³.

Allo stesso modo, al di là delle ipotesi di *plein contentieux*, il suo sindacato avrà le caratteristiche di un controllo di legittimità e non di opportunità, concernente vizi analoghi a quelli che sono oggetto del sindacato del giudice amministrativo italiano: *incompétence*, *vice de forme*, *violation de la loi*, *abus du pouvoir légal détourné de sa destination régulière*⁵⁷⁴.

Ancora, concentrandosi sugli aspetti messi in evidenza nel capitolo precedente e che per lungo tempo avevano comportato l'affermazione dell'inadeguatezza del giudice amministrativo italiano a proteggere gli interessi "fondamentali", anche il processo

⁵⁷² In tal senso, CE, 9 luglio 2000, *Lembezat*, n. 313989. Si noti che R. CHAPUS, *Droit administratif générale*, cit., 786 riconduce i *recours de l'interprétation* (anche detti *de l'appréciation de légalité*) nell'ambito del *contentieux de l'excès de pouvoir* riconoscendo nel potere di accertamento un presupposto logico a quello di annullamento.

⁵⁷³ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, Issy-les-Moulineaux, 2007, 9 ss.; A. FALGAS, *La voie de fait administrative*, Parigi, 2015, 61 ss..

⁵⁷⁴ *Ex pluribus* P.L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 933 ss..

amministrativo francese è caratterizzato dalla presenza di un termine di decadenza generale di due mesi per l'impugnazione del provvedimento illegittimo⁵⁷⁵, anch'esso frutto del bilanciamento delle contrapposte esigenze di tutelare la stabilità degli interessi coinvolti nell'azione pubblicistica e consentire il corretto esercizio del diritto ad agire in giudizio⁵⁷⁶. Questo termine non opera, però, in relazione all'azione di accertamento della nullità di un atto amministrativo e a quella di risarcimento dei danni cagionati dall'azione amministrativa, quest'ultima esperibile anche a fronte di un provvedimento oramai divenuto inoppugnabile e nei più ampi termini (quattro anni) in cui si prescrive il diritto al risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione⁵⁷⁷.

Quanto all'istruttoria, al di là del carattere inquisitorio del giudizio amministrativo d'oltralpe, anche il giudice francese, come (e prima di) quello italiano, può disporre di tutte i mezzi di prova, conformi al diritto, che gli consentano e siano indispensabili per acquisire gli elementi utili per formare il proprio convincimento circa la risoluzione del giudizio a lui sottoposto⁵⁷⁸.

La lamentata carenza della tutela cautelare, d'altronde, è stata anche per il giudice amministrativo francese, e per lungo tempo, causa di deroghe all'ordinario criterio di riparto di giurisdizione quando ad essere coinvolti nell'azione amministrativa fossero dei *droits fondamentaux*.

5.3. Il criterio di riparto tra *juge administratif* e *juge judiciaire*

Prima di soffermarci puntualmente sull'aspetto della tutela dei diritti fondamentali innanzi al *juge administratif* è, dunque, bene inquadrare brevemente quale sia il criterio di riparto di giurisdizione operante nell'ordinamento d'oltralpe⁵⁷⁹.

Si rivela necessaria una notazione introduttiva sul sistema di giustizia francese: in questo ordinamento, infatti, spetta al già menzionato *Tribunal des conflits*, organo estraneo a entrambe le giurisdizioni e composto in maniera paritaria da giudici

⁵⁷⁵ Art. R421-1 *Code de justice administrative*.

⁵⁷⁶ In tal senso C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, cit., 93.

⁵⁷⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif générale*, cit., 801; C. BROUELLE, *op. ult. cit.*, 101.

⁵⁷⁸ In tal senso, CE, ass., 6 novembre 2002, *Moon*, n. 194295. Vedasi anche CE, 20 marzo 2013, *Sté Addmedica*, n. 356661.

⁵⁷⁹ Quanto alla manualistica consultata per questa breve ricostruzione, si rimanda a R. CHAPUS, *Droit administratif générale*, cit.; C. DEBBASH – F. COLIN, *Droit administratif*, Parigi, 2011; D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parigi, 2011; P. GONOD – F. MELLERAY – P. YOLKA (a cura di), *Traité de droit administratif*, cit.; M. LOMBARD – G. DUMONT – J. SIRINELLI, *Droit administratif*, Parigi, 2013; P.L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, cit..

amministrativi e giudici ordinari, garantire la corretta applicazione del criterio di riparto, dovendo intervenire per risolvere i conflitti di giurisdizione⁵⁸⁰.

Come nell'ordinamento italiano, anche in Francia detto criterio si fonda su disposizioni normative risalenti nel tempo, ma ancora in vigore, che, in un contesto non caratterizzato dalla presenza dei giudici amministrativi, si limitavano (e si limitano) a circoscrivere l'ambito di intervento del giudice ordinario, in modo da far salvi gli spazi di autonomia da riconoscersi all'amministrazione in base alla classica concezione della separazione dei poteri.

In altre parole, anche in Francia il criterio di riparto, più che essere frutto di un'elaborazione cosciente del legislatore, è il risultato del dialogo tra le Corti supreme delle due giurisdizioni, come espresso dalla relativa giurisprudenza⁵⁸¹.

Come accennato, punto di partenza per una descrizione della materia deve essere necessariamente individuato nei testi normativi rivoluzionari. Omologhi francesi degli artt. 2 e 3, all. E., l. n. 2248/1865, l'art. 13, *Titre 2*, della *loi* 16-24 agosto 1790 prevede che “*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*”, come poi confermato dall'unica disposizione contenuta nella *loi* del 16 *fructidor an III*, per cui “*Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelques espèces soient, aux peines de droit*”. Come in Italia quasi un secolo dopo, dunque, l'abolizione del contenzioso dei tribunali amministrativi, verificatasi in età rivoluzionaria, fu accompagnata da previsioni volte a salvaguardare l'azione amministrativa dall'influenza degli organi giurisdizionali: nel nostro ordinamento ciò avvenne attribuendo ai ricorsi interni alla pubblica amministrazione tutte quelle controversie che coinvolgessero i soggetti pubblici ma non concernessero i diritti civili o politici; in Francia, invece, si escluse dal campo di intervento del giudice ordinario ogni controversia attinente agli atti amministrativi.

⁵⁸⁰ Per una sintetica disamina del *Tribunal des conflits* vedansi, *ex pluribus*, C. DEBBASH – F. COLIN, *Droit administratif*, cit., 613 ss.; M. LOMBARD – G. DUMONT – J. SIRINELLI, *Droit administratif*, cit., 402 ss.; L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 495 ss..

⁵⁸¹ In tal senso, D. TRUCHET, *Droit administratif*, cit., 114.

È chiara, quindi, la differenza di prospettiva, che ancora oggi distingue i due ordinamenti: da un lato, infatti, l'attenzione è posta sulla situazione giuridica vantata dagli amministrati, dall'altro, invece, su quella di cui è titolare la pubblica amministrazione.

Come visto nella precedente sezione, con il trascorrere del tempo le funzioni giurisdizionali del *Conseil d'État*⁵⁸² sono divenute via via sempre più distinte e indipendenti da quelle di natura amministrativa, fino al riconoscimento normativo e giurisprudenziale del suo carattere giurisdizionale e della sua indipendenza dall'esecutivo⁵⁸³.

Concentrandosi, ora, sull'interpretazione che la summenzionata coppia di testi normativi ha ricevuto nel corso dei due secoli successivi, si può riscontrare come essa non si contraddistingua per uniformità e coerenza⁵⁸⁴.

Alla lettura ampia formulata nel periodo rivoluzionario, tale per cui tutti gli atti dell'amministrazione, indipendentemente dalla loro natura effettiva, sfuggivano al controllo giurisdizionale, seguì l'adozione, durante il secondo Impero (1852-1870), del *critère formel* basato sulla distinzione tra atti d'imperio, rimessi alla giurisdizione del giudice amministrativo, e atti di gestione, propri invece del giudice ordinario⁵⁸⁵.

Con il ben noto *arrêt Blanco*⁵⁸⁶, invece, il *Tribunal des conflits* consacrò la c.d. "*école du service public*" la quale, per un cinquantennio, consentì una riepansione della giurisdizione del giudice amministrativo: secondo questo nuovo orientamento maggioritario, infatti, non solo gli atti d'imperio sarebbero stati sindacabili esclusivamente innanzi al *juge administratif*, ma anche tutti gli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni nell'ambito dello svolgimento di un servizio pubblico, indipendentemente dal fatto che esse esercitassero o meno, in concreto, pubblici poteri⁵⁸⁷.

⁵⁸² Istituito con la *Constitution* del 22 *frimaire an VIII* (13 dicembre 1799), proprio per risolvere il contenzioso interno al potere esecutivo.

⁵⁸³ Vedasi nota n. 562.

⁵⁸⁴ In materia, vedasi su tutti la ricostruzione fornita da P.L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 466 ss..

⁵⁸⁵ Su tutti, E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., I, 477-478 per cui "*D'après une doctrine universellement admise, les actes prévus par les lois de 1790 et de l'an III sont seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique*".

⁵⁸⁶ TC, 8 febbraio 1873.

⁵⁸⁷ Si vedano le parole del commissario del governo J. Romieu espresse nelle sue conclusioni relative alla *Décision* del *Conseil d'État*, 6 febbraio 1903, *Terrier*, secondo cui "*toutes les actions entre les personnes*

Con l'avvento del nuovo secolo, la solidità dell'*école du service public* venne messa in crisi, moltiplicandosi le pronunce che riconoscevano la giurisdizione del giudice ordinario a fronte di condotte di natura privatistica adottate dalle pubbliche amministrazioni nell'ambito della gestione dei servizi pubblici⁵⁸⁸, così come a fronte del riconoscimento della possibilità per soggetti privati di gestire, anche al di fuori delle concessioni, attività di interesse pubblico generale⁵⁸⁹. Quindi, la riconducibilità di un atto alla gestione di un pubblico servizio, così come la natura pubblica o privata di un soggetto, non furono più in alcun modo garanzia assoluta di spettanza di una data controversia al giudice ordinario o a quello amministrativo.

Passando a un'epoca più recente, tappa fondamentale nella storia del criterio di riparto di giurisdizione dell'ordinamento francese è stata la sua costituzionalizzazione, nel 1987, tramite una pronuncia del *Conseil Constitutionnel*⁵⁹⁰.

Secondo i giudici costituzionali, è riconducibile ai più volte menzionati *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* quello secondo cui “à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle”.

Pertanto, così come cristallizzato nella decisione del *Conseil constitutionnel*, il criterio di riparto francese si fonda sulla riconducibilità o meno dell'atto oggetto di contestazione all'esercizio dei poteri amministrativi.

Ad ogni modo, i giudici costituzionali non hanno escluso l'esistenza di deroghe a tale principio: da un lato, infatti, ci sarebbero “*matières réservées par nature à l'autorité judiciaire*” che, dunque, per tradizione giurisprudenziale, sfuggono al sindacato del giudice amministrativo, per quanto coinvolgenti l'agire pubblicistico della pubblica amministrazione; dall'altro, la stessa pronuncia del 1987 ammette la possibilità per il

publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une service public sont de la compétence administrative [...] soit que l'administration agisse par voie de contrat soit qu'elle agisse per voie d'autorité”.

⁵⁸⁸ CE, 31 luglio 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* e TC, 22 gennaio 1921, *Société Commerciale de l'Ouest africain (c.d. Bac d'Eloka)*.

⁵⁸⁹ CE, ass. 13 maggio 1938, *Caisse primaire Aide et Protection* e CE, 31 luglio 1942, *Monpeurt*.

⁵⁹⁰ CC, n. 86-224 DC del 24 gennaio 1987.

legislatore, “*dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice*”, di unificare sotto un'unica giurisdizione, quella “*principalement intéressé*”, sia essa ordinaria o amministrativa, le controversie attinenti materie in cui il criterio ordinario comporterebbe un inefficiente intrico delle due giurisdizioni, creando i c.d. *blocs de compétence*.

Il coinvolgimento o meno di un potere pubblico, dunque, costituisce l'attuale criterio di riparto: un criterio sufficientemente chiaro in astratto come, sempre in astratto, altrettanto chiaro appare il coinvolgimento o meno nella controversia di un interesse legittimo. D'altro canto, individuare in concreto quando una condotta sia o meno riconducibile a un pubblico potere può comportare difficoltà analoghe a quelle che si possono ravvisare nel definire la natura della situazione giuridica del privato. Per questo, dottrina e giurisprudenza francesi hanno delineato tre criteri, da applicare caso per caso, per cercare di superare tale incertezza: il *critère organique*, basato sul carattere pubblico o privato delle parti in causa; il *critère matériel*, incentrato sul fine pubblicistico o meno dell'azione controversa; il *critère formel*, focalizzato sulla tipologia di atto adottato dall'amministrazione⁵⁹¹. Si tratta di parametri applicabili singolarmente o cumulativamente, che comunque sottolineano la difficoltà nell'individuare un effettivo criterio di riparto generale tra le due giurisdizioni, che concretizzi in modo univoco quello astratto dato dal coinvolgimento dei pubblici poteri.

Concentrandosi ora sulle deroghe al riparto ordinario e partendo da quelle frutto di esplicite disposizioni normative, punto di inizio non può che essere la previsione dettata dall'art. 66 *Const.*, ai sensi del quale “*Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*”.

Tale previsione, dunque, conferirebbe rango costituzionale al risalente principio giurisprudenziale per cui “*la sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la*

⁵⁹¹ R. CHAPUS, *Le service public e la puissance publique*, in *RD publ.*, 1968, 235 ss.; C. DEBBASH – F. COLIN, *Droit administratif*, cit., 587; M. LOMBARD – G. DUMONT – J. SIRINELLI, *Droit administratif*, cit., 391 ss.; P.L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 472 ss..

propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire"⁵⁹².

Se nessun dubbio sorge circa l'applicabilità della previsione di specie in relazione alle limitazioni della libertà personale in materia penale, ambito privilegiato della norma in questione, ai fini della presente ricerca risulta in primo luogo utile verificare il significato che è stato attribuito a "*liberté individuelle*", così da comprendere quali ulteriori atti espressione di una potestà pubblicistica debbano – e in che misura – essere sottratti al sindacato del giudice amministrativo.

Il *Conseil constitutionnel* ha fornito un'interpretazione ristretta dell'espressione in esame, ritenendo l'art. 66 *Const.* operante esclusivamente in relazione al *droit à la sûreté*, ossia al diritto di non essere oggetto di un arresto o di una detenzione arbitraria, e all'inviolabilità del domicilio⁵⁹³. Non ricadono nella *liberté individuelle*, invece, il diritto alla *privacy*, la materia delle perquisizioni personali⁵⁹⁴, così come la libertà di movimento e ingresso sul suolo francese, al punto che, come vedremo nell'ultima sezione, i giudici costituzionali hanno ribadito la conformità a Costituzione di una norma che attribuisce al giudice amministrativo il sindacato sul provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero⁵⁹⁵.

Per comprendere, invece, la portata del sindacato del giudice ordinario in materia di *liberté individuelle*, e al di fuori dalle ipotesi penalistiche in cui spetta allo stesso giudice disporre le misure limitative di tale libertà, è utile richiamare l'art. 136 del *Code de procédure pénale* e la relativa giurisprudenza.

Ai sensi di questo articolo, infatti, "*dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle [...] les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents*".

⁵⁹² In tal senso, Cass., 30 aprile 1838; ID., 28 gennaio 1902; ID., 12 luglio 1921; CE, 9 gennaio 1931, *Merlin*; TC, 4 giugno 1940, *Soc. Schneider et Cie*; ID., 18 dicembre 1947, *Hilaire*; ID., 18 dicembre 1947, *Dme Cortesi*.

⁵⁹³ CC, n. 76-75 DC del 12 gennaio 1977, *Fouille des véhicules* e ID., n. 86-164 DC del 29 dicembre 1983, *Perquisitions fiscales*; ID., n. 2013-679 DC del 4 dicembre 2013.

⁵⁹⁴ CC, n. 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016.

⁵⁹⁵ CC, n. 89-261 DC del 28 luglio 1989, *Police des étrangers*.

Il dettato di questa previsione normativa sembrerebbe sufficientemente chiaro nell'affermare una riserva di giurisdizione del giudice ordinario in tutte le ipotesi di lesione della *liberté individuelle*, così come in relazione alle azioni civili volte al risarcimento dei danni cagionati alla stessa.

Se, dunque, il combinato disposto degli art. 66 *Const.* e 136 c.p.p. rendono, ad esempio, necessaria la convalida da parte del *juge judiciaire* nelle ipotesi di detenzione amministrativa di uno straniero⁵⁹⁶, l'interpretazione fornita a queste previsioni dal *Tribunal des conflits* circoscrive, e di molto, l'incisività del sindacato in questione.

Sia che si pronunci sulla limitazione della *liberté individuelle* in sé, sia che debba decidere sul risarcimento dei relativi danni, il giudice ordinario non può conoscere della legittimità dell'atto amministrativo limitativo della libertà, spettando tale controllo esclusivamente al giudice amministrativo⁵⁹⁷. Si dà così luogo a una situazione analoga a quella, già esaminata, del giudice ordinario italiano chiamato a pronunciarsi sull'espulsione prefettizia senza poter valutare la legittimità del provvedimento prodromico del questore di diniego o revoca del permesso di soggiorno: il controllo del *juge judiciaire* risulta, quindi, sostanzialmente depauperato, traducendosi in una verifica formale dell'esistenza del provvedimento e delle altre condizioni che permettono la limitazione della libertà, fatta salva la possibilità di sospendere il giudizio, rimettendo la questione pregiudiziale circa la legittimità del provvedimento al giudice amministrativo⁵⁹⁸.

Ciò in ossequio al più generale divieto per il *juge judiciaire* di pronunciarsi, anche in via incidentale, sulla legittimità di un provvedimento amministrativo, dovendo sempre rimettere la questione al *juge administratif*⁵⁹⁹: tale principio, espressivo sempre della separazione tra autorità giudiziaria e amministrativa, è stato scalfito solo dalla giurisprudenza più recente, che consente la disapplicazione dell'atto amministrativo in

⁵⁹⁶ CC, n. 92-307 DC del 25 febbraio 1992.

⁵⁹⁷ TC, 16 novembre 1964, *Clément*; CE, 9 luglio 1965, *Voskresensky*; TC, 12 maggio 1997, *Préfet de police de Paris*.

⁵⁹⁸ Per un approfondimento in materia, si rinvia all'ultima sezione del presente capitolo, dedicata alla protezione giurisdizionale delle libertà dei migranti dell'ordinamento francese.

⁵⁹⁹ TC, 2 luglio 1962, *Préfet de la Loire-Atlantique c. Pabou et Monroty*.

relazione alla singola controversia ai fini di assicurare la “*bonne administration de la justice*”⁶⁰⁰.

Da ultimo, si segnala che il legislatore francese ha utilizzato la possibilità riconosciutagli dal giudice costituzionale di istituire *blocs de compétence* principalmente per riservare determinate materie alla giurisdizione del giudice ordinario come, per esempio, quelle relative allo stato e alla capacità delle persone⁶⁰¹, alla nazionalità⁶⁰² (eccetto quelle sull’acquisizione della nazionalità francese, spettanti al giudice amministrativo), alla responsabilità degli insegnanti⁶⁰³, ecc..

5.4. *Juge administratif e droits fondamentaux: l’istituto della voie de fait*

Di maggiore interesse, per la presente ricerca, sono invece le ipotesi di eccezione al criterio di riparto ordinario affermatesi tramite l’opera costante della giurisprudenza.

Tra queste, infatti, vi è “*une des constructions jurisprudentielles les plus controversées du droit administratif français*”⁶⁰⁴, considerata come il frutto del sacrificio del principio di separazione tra funzione esecutiva e giurisdizionale in favore di quello che vorrebbe il *juge judiciaire* titolare della protezione delle libertà e della proprietà privata⁶⁰⁵: l’istituto della *voie de fait*.

Sorta nel XIX secolo⁶⁰⁶, tale eccezione al criterio di riparto ordinario opera quando l’amministrazione procede a un’esecuzione forzata gravemente irregolare, anche in caso di legittimità del provvedimento eseguito, cagionando una lesione grave al diritto di proprietà o a una libertà “fondamentale”, oppure quando l’amministrazione adotta un provvedimento direttamente lesivo della proprietà o delle libertà “fondamentali”, a

⁶⁰⁰ TC, 17 ottobre 2011, *SCEA du Chéneau c. INAPORC e ID.*, 12 dicembre 2011, *SNC Green Yellow c. SA Electricité de France*, in cui si afferma che il giudice ordinario può conoscere della legittimità di un provvedimento amministrativo qualora appaia manifesta, sulla base di giurisprudenza consolidata, l’invalidità dello stesso. Per le ulteriori applicazioni di tale orientamento, in materia di migranti, si rinvia sempre all’ultima sezione del presente capitolo.

⁶⁰¹ Loi n. 85-528 del 15 maggio 1985.

⁶⁰² Art. 29 *Code civil*.

⁶⁰³ Art. L911-4 *Code de l’éducation*.

⁶⁰⁴ D. THIERRY, *La jurisprudence Eucat dix ans après: sa portée sur la théorie de la voie de fait*, in *RFDA*, 1997, 52.

⁶⁰⁵ S. PETIT, *La voie de fait administrative*, Parigi, 1995, 3 ss.. Vedasi anche P. BRETTON, *L’autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Parigi, 1964, 17 ss..

⁶⁰⁶ Inizialmente venne elaborata dallo stesso *Conseil d’Etat*, quando ancora svolgeva la funzione di *Tribunal des conflits*; vedasi CE, *conflit*, 21 settembre 1827, *Rousseau e ID.*, 9 maggio 1867, *Duc d’Aumale*. Fu poi confermato dal *Tribunal des conflits* vero e proprio, a partire da TC, 13 maggio 1875, *Lacombe*.

condizione che lo stesso provvedimento sia manifestamente insuscettibile di essere ricondotto a un potere attribuito all'amministrazione in questione⁶⁰⁷.

Due, quindi, sono le condizioni affinché si possa integrare un'ipotesi di *voie de fait*.

La prima è che l'amministrazione abbia manifestamente ecceduto dalle sue attribuzioni *ex lege*, sia adottando un provvedimento in alcun modo espressione dei suoi legittimi poteri (c.d. *voie de fait par manque de droit*⁶⁰⁸, ipotesi più frequente⁶⁰⁹), sia qualora abbia posto in essere un'esecuzione fortemente irregolare di un previo provvedimento, legittimo o meno (c.d. *voie de fait par manque procédure*⁶¹⁰).

La seconda condizione, poi, è che l'azione della pubblica amministrazione cagioni una lesione grave al diritto di proprietà o a una libertà fondamentale.

Integrati questi requisiti, il cui accertamento può essere effettuato da entrambi i giudici⁶¹¹, spetterà al giudice ordinario adottare i provvedimenti d'urgenza necessari per la salvaguardia della situazione soggettiva privata, annullare il (*rectius*, accertare la nullità del) provvedimento amministrativo, disporre il risarcimento dei danni cagionati dall'azione amministrativa e condannare l'amministrazione a un *facere* specifico⁶¹². Come si vedrà a breve, se questi poteri un tempo eccedevano le attribuzioni del giudice amministrativo, oggi non è più così, con un giudice ordinario, quindi, che ricorre alla *voie de fait* per abbigliarsi a *juge administratif* in modo da fornire idonea protezione alle libertà fondamentali lese dall'azione della pubblica amministrazione.

Già da questo punto di vista, dunque, appaiono evidenti i primi elementi di similitudine con la teoria dei diritti "incomprimibili" affermatasi nel nostro ordinamento.

Prima di ricostruire le ragioni storiche e le giustificazioni giuridiche poste alla base dell'istituto in esame, pare opportuno sottolineare come, per quanto la giurisprudenza

⁶⁰⁷ *Ex pluribus*, CE, ass. 18 novembre 1949, *Carlier*. Più di recente, TC, 23 ottobre 2000, *Boussadar c. Ministre des affaires étrangères*: "il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, que dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative".

⁶⁰⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1933, 27.

⁶⁰⁹ D. TRUCHET, *Droit administratif*, cit., 121.

⁶¹⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., 25.

⁶¹¹ TC, 27 giugno 1966, *Guigon*; Cass., civ. 1, 3 febbraio 2004, n. 170 Fs-P.

⁶¹² C. DEBBASH – F. COLIN, *Droit administratif*, cit., 605.

continui a qualificare la *voi de fait* come un'eccezione all'ordinario criterio di riparto⁶¹³, essa, se correttamente applicata, non comporta alcuna sua alterazione: al giudice ordinario, infatti, verrebbero attribuite solo controversie in cui la condotta della pubblica amministrazione sia tanto gravemente irregolare da essere snaturata e non più riconducibile a un pubblico potere⁶¹⁴. Anche sotto questo aspetto si manifestano similitudini con la teoria dei diritti "incomprimibili": in base a una sua prima accezione, come ampiamente visto in precedenza, innanzi a un diritto "fondamentale" si negava la presenza di qualsivoglia potere pubblico sicché, conseguentemente, si escludeva anche la sussistenza di interessi legittimi tali da implicare la necessaria giurisdizione del giudice amministrativo. La differenza di fondo tra le due teorie è riscontrabile nel fatto che quella affermata nell'ordinamento italiano comporta *ex se* una distorsione dell'ordinario criterio di riparto, dando luogo a un'aprioristica negazione dei pubblici poteri quando essi possono invece coesistere e incidere sugli interessi "fondamentali", mentre la *voie de fait* cagiona in concreto tale distorsione solo qualora sia oggetto di un'applicazione forzata, ossia quando la si applichi pur in presenza di un'azione amministrativa espressione di poteri pubblici.

Nell'ordinamento francese, infatti, non si è mai sostanzialmente messa in dubbio, quanto meno a livello teorico, l'idea per cui spetti al giudice amministrativo tutelare i diritti e le libertà fondamentali a fronte di una lesione cagionata dall'esercizio dei pubblici poteri⁶¹⁵, come anche confermato dallo stesso *Conseil constitutionnel* che ha

⁶¹³ Vedasi la già citata TC, 23 ottobre 2000.

⁶¹⁴ Vedansi A. FALGAS, *La voie de fait administrative*, cit., 131 ss.; S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, Parigi, 2002, 182.

⁶¹⁵ Chiaro, in tal senso, J. RIVERO, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, cit., 37 ss., per cui "la terre sacrée dans laquelle s'enracine le grand arbre du recours pour excès de pouvoir, la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique [...] qui existe au monde pour défendre les libertés" e, prima ancora, G. JEZE, *Rapport à l'Institut international de droit public*, in *Annuaire de l'Institut*, 1929, 162. In senso analogo, H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit., 231. In parte critico sull'affermazione succitata di J. Rivero, J. PETIT, *Les armes du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales: le point de vue de la doctrine*, in G. ÉVEILLARD (a cura di), *La guerre des juges aura-t-elle lieu? Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016, reperibile su www.revuegeneraledudroit.eu, in quanto l'Autore ritiene che il processo amministrativo classico, precedente alle riforme degli ultimi 30 anni, fosse diretto solo a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, trascurando l'aspetto dell'effettività della tutela della situazione giuridica privata.

ricondotto tale regola al più volte menzionato principio di separazione dei pubblici poteri⁶¹⁶.

Conseguentemente, le ragioni giustificatrici della *voie de fait* sono eminentemente pratiche, e solamente a partire da esse dottrina e giurisprudenza hanno cercato di formulare i necessari fondamenti giuridici dell'istituto⁶¹⁷.

Iniziando, comunque, da questi ultimi, essi consistono nella teoria della c.d. *dénaturation* nonché nel più volte richiamato principio per cui il giudice ordinario sarebbe il *gardien des libertés et du droit de propriété*⁶¹⁸.

In base alla prima teoria, gli atti costitutivi la *voie de fait*, stante la loro non riconducibilità ai pubblici poteri, non potrebbero qualificarsi come atti amministrativi ai sensi della *loi* 16-24 agosto 1790 e della *loi* del 16 *fructidor an III*, così da venir meno l'ostacolo normativo alla loro conoscibilità da parte del giudice ordinario⁶¹⁹. Questa giustificazione non appare illogica, finché sia oggetto di corretta applicazione, ovvero si ponga di volta in volta in essere la necessaria indagine effettiva circa la natura della condotta dell'amministrazione, così da verificare se sia riconducibile o meno ai pubblici poteri⁶²⁰. D'altro canto, come sopra accennato, è evidente che la teoria della *dénaturation* non comporta un'eccezione al criterio di riparto ordinario, quanto piuttosto ne costituisce una conferma: di conseguenza perde valore come giustificazione della *voie de fait* in sé, non dovendo operare solo in presenza dei diritti "fondamentali" e della proprietà privata, ma innanzi a qualsiasi azione amministrativa non riconducibile ai pubblici poteri⁶²¹.

⁶¹⁶ CC, n. 89-261 DC del 28 luglio 1989, cit., per cui l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale di una libertà fondamentale può "*être satisfaite aussi bien par la juridiction administrative que par la juridiction judiciaire*", al punto da non legittimare alcuna deroga al principio di separazione dei poteri e, quindi, all'ordinario criterio di riparto tra le giurisdizioni.

⁶¹⁷ A. BRETONNEAU – X. DOMINO, *La voie de fait mise au régime sec*, in *AJDA*, 2013, 1568.

⁶¹⁸ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 569 ss..

⁶¹⁹ In giurisprudenza, Cass., 27 febbraio 1950, *Maire c. Philips*; ID., 13 marzo 1956, *Bull. civ.*; ID., 8 dicembre 1958, *Testo Ferry c. Couissin*; TC, 14 novembre 1960, *Prefêt du Calvados c. Duchène*. Più recentemente, vedasi le conclusioni del *commissaire du gouvernement* J. Arrighi De Casanova, in relazione alla già citata decisione TC, 12 maggio 1997, per cui, nell'ipotesi della *voie de fait*, l'azione amministrativa sarebbe oggetto di *dénaturation*. In dottrina, vedasi E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., II, 479 ss e . BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, cit., 89 ss.. Più recentemente, G. BRACHELIER, *Le référé-liberté*, in *RFDA*, 2002, 261.

⁶²⁰ S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, cit., 388 ss..

⁶²¹ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 572.

Quanto al principio per cui il giudice ordinario sarebbe il *gardien des libertés et du droit de propriété* anche a fronte dell'azione amministrativa, esso viene invocato per legittimare il sacrificio dell'opposto principio della separazione dei pubblici poteri, riconosciuto nella *loi* 16-24 agosto 1790 e nella *loi* del 16 *fructidor an III*, così come per consentire il superamento dei limiti alla giurisdizione del giudice ordinario costituzionalizzato con la già citata pronuncia del *Conseil constitutionnel*, n. 86-224. Anche in questo caso, però, non mancano fondati dubbi circa la validità di tale argomentazione, considerata la natura esclusivamente giurisprudenziale del principio in esame, che dunque non potrebbe derogare a esplicite previsioni di legge (né, tantomeno, porsi in contrasto con la Costituzione, così come interpretata dai suoi Giudici).

La sola libertà personale, come visto, è attribuita dall'art. 66 *Const.* alla giurisdizione del giudice ordinario, e non, certamente, tutti gli altri diritti qualificabili come "fondamentali" all'interno dell'ordinamento francese⁶²².

Né, d'altro canto, si capirebbe perché il *juge judiciaire* sarebbe *gardien des libertés et du droit de propriété* solo in presenza di condotte fortemente illegittime della pubblica amministrazione, come sono quelle richieste per la sussistenza della *voie de fait*, e non ogni qual volta ad essere incisi dall'azione amministrativa semplicemente illegittima siano comunque un diritto fondamentale o un diritto di proprietà⁶²³.

A questo punto, deve riconoscersi come la debolezza delle giustificazioni giuridiche sia stata, per lungo tempo, colmata dalle esigenze concrete cui mirava a rispondere la *voie de fait*, le cui ragioni pratiche sono riassumibili nella mancanza di indipendenza del *juge administratif* rispetto alle pubbliche amministrazioni e, in relazione ai suoi poteri, nell'assenza di strumenti di intervento rapido e tempestivo che consentissero di impedire o di limitare alla radice le lesioni dell'interesse "fondamentale" privato⁶²⁴.

Entrambe queste giustificazioni erano sicuramente vere al momento della nascita della *voie de fait* che, dunque, sorse quale soluzione emergenziale⁶²⁵ elaborata dalla giurisprudenza in risposta alle carenze di effettività della tutela da parte del giudice

⁶²² P. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratif*, Parigi, 1928, 257. In senso analogo, A. BOCKEL, *La voie de fait: Mort et résurrection d'une notion discutabile*, in *Dalloz Chronique VIII*, 1970, 29 ss..

⁶²³ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 574 ss..

⁶²⁴ A. FALGAS, *La voie de fait administrative*, cit., 35 ss..

⁶²⁵ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 578 ove l'Autore parla di "solution transitoire".

amministrativo il quale, pur essendo giudice naturale di tali controversie, non sarebbe stato in grado di offrire adeguata protezione ai beni di particolare valore oggetto di lesione da parte dei pubblici poteri.

Quanto all'indipendenza, se è vero che per oltre un secolo dopo la rivoluzione francese il *Conseil d'État* e gli altri organi incaricati di risolvere il contenzioso con le pubbliche amministrazioni non si distinguevano appieno dalle stesse, al punto da essere considerati giudice e parte allo stesso tempo⁶²⁶, nel corso degli ultimi 150 anni hanno avuto luogo plurime affermazioni, normative, giurisprudenziali e costituzionali, del carattere giurisdizionale e dell'indipendenza delle corti amministrative⁶²⁷.

Nulla quaestio, invece, sulla carenza del *juge administratif* quanto a strumenti idonei di tutela tempestiva delle libertà e dei diritti fondamentali. Per lungo tempo, infatti, egli ha avuto a disposizione poteri cautelari limitati⁶²⁸, incapaci di fornire protezione a fronte di provvedimenti di diniego⁶²⁹ o di condotte materiali della pubblica amministrazione⁶³⁰, concessi con estrema parsimonia a fronte di una lettura restrittiva dei relativi presupposti⁶³¹, e in ogni caso non idonei, in considerazione della procedura prevista per la loro adozione, a intervenire tempestivamente a protezione della situazione soggettiva privata⁶³². Da ciò l'opportunità di rivolgersi al *juge judiciaire*, a fronte della più efficace e tempestiva tutela cautelare che lo stesso poteva concedere e

⁶²⁶ B. PACTEAU, *Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif*, in RA, 2001, 91 ss.. In senso analogo M. DEBERAY, *La voie de fait en droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, 1960, 169, ove si afferma che al momento della formazione della teoria della *voie de fait* l'unico vero giudice esistente fosse il giudice ordinario, essendo il contenzioso amministrativo affidato ad organi ancora indistinti dalla pubblica amministrazione.

⁶²⁷ Si rimanda a quanto già detto nella nota n. 562.

⁶²⁸ Ci si riferisce, qui di seguito, al *suris à exécution*, principale mezzo di tutela cautelare a disposizione del giudice amministrativo sino alle riforme del 2000. Oltre a esso era presente anche una prima procedura di *référé* amministrativo, che però ha trovato limitatissima applicazione. In materia di misure cautelari del *juge administratif* vedasi P. DELVOLVE, *Le juge administratif*, Issy-les-Moulineaux, 1994, 74 ss., che qualifica tali strumenti come il “*talon d'Achille du contentieux administratif*” e M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, Parigi, 1975, 151 ss., che li riconosce espressamente come inadatti a proteggere le libertà dei cittadini.

⁶²⁹ CE, ass. 23 gennaio 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c. Amoros*.

⁶³⁰ Vedasi CE, 1 marzo 1972, *Sieur Lorenzi c. SCI Saint-François*, in cui si dichiara l'irricevibilità delle misure cautelari ai fini della sospensione di un'attività pubblica di costruzione.

⁶³¹ Quanto alla qualifica delle misure cautelari del giudice amministrativo come una vera e propria “grazia” concessa con estrema reticenza, vedasi O. DUGRIP, *Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme*, in RFDA, 2002, 246.

⁶³² Il tempo medio per la concessione della misura cautelare era di sei mesi dalla presentazione dell'istanza. In materia, vedasi D. LOCHAK, *Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?*, in *Pouvoirs*, n. 46, 1988, 53.

della pienezza dei poteri che gli venivano riconosciuti in ipotesi di *voie dei fait*, non operando tutti quei limiti che, in condizione ordinaria, avrebbero escluso il suo intervento.

Questa situazione, che si protrasse sino alla riforma disposta con la *loi* n. 2000-597 del 30 giugno 2000, ebbe come conseguenza quella di dar luogo a una “fuga” dal giudice amministrativo a quello ordinario⁶³³, tramite un sempre maggiore ricorso alla *voie de fait*, spesso al di fuori di quello che sarebbe stato il suo corretto ambito di applicazione⁶³⁴.

Pertanto, nonostante i tentativi di garantire una lettura ristretta dell’istituto in questione perpetrati dal *Tribunal des conflits*⁶³⁵, l’inefficacia della tutela ottenibile innanzi al giudice naturale di queste controversie spinse gli amministrati a rivolgersi al giudice civile e, quest’ultimo, ad accordare la tutela richiesta ben al di là delle ipotesi effettive di *voie de fait*: ciò non solo negando l’esistenza di pubblici poteri in realtà presenti⁶³⁶, ma estendendo al di là di ogni previsione l’insieme dei diritti “fondamentali” dell’individuo⁶³⁷.

È evidente, dunque, l’analogia con la situazione che si è venuta a creare nell’ordinamento italiano a seguito dell’affermazione della teoria dei diritti “indegradabili”: le (originarie) carenze del giudice e del processo amministrativo hanno comportato l’affermazione di soluzioni giurisprudenziali, più o meno apertamente in contrasto con la normativa in vigore, volte a garantire la pienezza della tutela di interessi “fondamentali” affidandone la protezione al giudice ordinario, cui vengono riconosciuti poteri che normalmente non gli spetterebbero a fronte della natura pubblicistica della controversia. Se questa può essere una valida soluzione emergenziale, essa deve rientrare quando – come avvenuto in Italia con il codice del

⁶³³ A. FALGAS, *La voie de fait administrative*, cit., 72 ss.

⁶³⁴ In tal senso, J.H. STAHL, *Le juge administratif, garantie de l’administration?*, in *AJDA*, 1999, numero speciale *Puissance publique ou impuissance publique?*, 58.

⁶³⁵ Vedasi TC, 9 giugno 1986, *Eucat*, in cui si ribadisce che per avere una *voie de fait* il provvedimento deve essere “*manifestement insusceptible de se rattacher à l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi à l’administration*”.

⁶³⁶ *Ex pluibus*, TC, 25 gennaio 1993, *SCI Oasis*, riguardante l’impugnazione di un provvedimento con cui si è disposto l’abbattimento di alberi nell’ambito dei poteri riconosciuti *ex lege* all’amministrazione per la prevenzione di incendi.

⁶³⁷ Si richiamano TC, 13 gennaio 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, relativa alla retrocessione di una società di calcio e TC, 24 febbraio 1992, *Préfet de la Gironde*, concernente il rifiuto da parte dell’amministrazione di restituire un permesso di caccia.

processo amministrativo – le lacune di tale giudice e del relativo processo sono oramai colmate, non solo così da garantire il rispetto del criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo (di rango costituzionale in entrambi gli ordinamenti), ma per eliminare un’ulteriore variabile nel già complicato sistema di suddivisione delle attribuzioni tra i due organi giurisdizionali, qual è la natura “fondamentale” o meno della situazione giuridica del privato⁶³⁸.

Fu proprio la volontà di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale innanzi al *juge administratif*⁶³⁹, nonché quella di mettere fine agli eccessi in materia di *voie de fait*⁶⁴⁰ che spinsero il legislatore francese a compiere, nel 2000, un ulteriore passo nel processo di evoluzione di tale giudice, cinque anni dopo l’introduzione delle azioni di condanna tra gli strumenti a sua disposizione.

Con la già citata *loi* n. 2000-597 del 30 giugno 2000, quindi, venne ridisciplinata l’intera materia della tutela cautelare innanzi al giudice amministrativo, introducendo i nuovi *référé d’urgence*: il *référé-suspension*, il *référé-liberté* e il *référé-mesures utiles*⁶⁴¹. Contenuti, ad oggi, negli artt. L521-1, L521-2 e L521-3 del *Code de justice administrative*, essi sono rivolti a ottenere, rispettivamente, la sospensione di una decisione amministrativa, tutte le misure necessarie per la protezione di una libertà fondamentale, entro quarantotto ore dalla presentazione dell’istanza, e tutte le altre misure utili per la salvaguardia della situazione giuridica del privato nelle more del processo.

Più precisamente, il *référé-suspension* si presenta come strumento cautelare accessorio al ricorso per *excès de pouvoir*, concedibile in caso di urgenza e di esistenza di un *dout sérieux* sulla legittimità del provvedimento, e volto a ottenere il rilascio delle misure idonee ad anticipare la decisione finale del giudice così da garantirne l’utilità. In altre parole, il giudice amministrativo potrà non solo disporre la sospensione del

⁶³⁸ In tal senso R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., 870.

⁶³⁹ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 10. Particolare scalpore, infatti, aveva destato la pronuncia TC, 12 maggio 1997, *Préfet de police de Paris* con cui il *Tribunal des conflits*, seguendo la sua interpretazione restrittiva della *voie de fait*, ne aveva escluso l’integrazione a fronte di un provvedimento di consegna di due migranti clandestini all’interno della nave con cui erano giunti sulle coste francesi. Negata la giurisdizione del giudice ordinario, in favore di quella del giudice amministrativo, i migranti restavano di fatto privi di strumenti di effettiva e tempestiva protezione per la propria libertà personale, considerate le già descritte carenze del *juge administratif* quanto a tutela cautelare.

⁶⁴⁰ C.A. DUBREUIL, *La voie de fait nouvelle est arrivée*, in *JCPA adm et coll terr*, 14 ottobre 2013, 10 ss..

⁶⁴¹ In materia, si rimanda ai vari manuali di *contentieux administratif* già richiamati nella nota n. 556.

provvedimento impugnato, ma anche – principalmente a fronte di provvedimenti di diniego o delle ipotesi di silenzio non provvedimentale – condannare l’amministrazione a un *facere specifico*.

Quanto al *référé-mesures utiles* la formula in base alla quale il giudice può adottare “*tous mesures utiles*” è ingannatoria, essendo la portata e l’utilità della misura in questione assai più limitate. Ciò in conseguenza dei requisiti a fronte dei quali essa può essere concessa: l’urgenza e l’utilità della stessa, nonché il fatto che essa non sia di ostacolo all’esecuzione di alcun provvedimento amministrativo. Quest’ultima condizione non solo esclude la possibilità di chiedere la sospensione del provvedimento tramite l’istituto in analisi (essendo a tal fine previsto il *référé-suspension*), ma non consente neppure, a fronte del silenzio o del diniego della pubblica amministrazione, di condannarla al rilascio in via provvisoria del provvedimento richiesto (per cui si può sempre ricorrere al *référé-suspension*)⁶⁴². Sicché, il *référé* in questione viene principalmente utilizzato per ottenere la condanna dell’amministrazione a mostrare la documentazione in suo possesso.

Di sicuro interesse, ai nostri fini, è invece il *référé-liberté*.

Ai sensi dell’art. L521-2 *Code de justice administrative*, “*Saisi d’une demande en ce sens justifiée par l’urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d’une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public aurait porté, dans l’exercice d’un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. [sottolineato aggiunto]”.*

Sulla base di questa previsione, quindi, il privato si vede riconosciuta una nuova e tempestiva⁶⁴³ forma di protezione dei propri diritti “fondamentali” oggetto di una lesione grave e manifesta da parte della pubblica amministrazione, la quale comunque agisca nell’esercizio dei suoi poteri.

⁶⁴² È possibile, a fronte del silenzio, solo chiedere generalmente di provvedere in via provvisoria; in tal senso CE, 18 luglio 2011, *Fathi*, n. 343901. Quanto all’impossibilità di ottenere il rilascio in via provvisoria, per mezzo del *référé-mesures utiles*, del provvedimento richiesto, vedasi CE, 26 ottobre 2005, *Sté des crématorimus de France*, n. 279441; CE, 29 dicembre 2006, *Assoc. culturelle musulmane de St-Nazaire*, n. 297992 e CE, 16 dicembre 2008, *Sté Sintel Fashion*, n. 316027.

⁶⁴³ La decisione deve avvenire entro quarantotto ore dall’istanza, presentabile anche indipendentemente dalla proposizione di un contestuale ricorso per *excès de pouvoir*.

Verificatesi queste condizioni (lesione a una libertà “fondamentale”, gravità della lesione, manifesta illegittimità dell’azione amministrativa e, trattandosi di misura cautelare, urgenza della tutela), il giudice amministrativo può adottare *toutes mesures nécessaires* per salvaguardare la situazione soggettiva privata e, dunque, oltre a sospendere il provvedimento, anche condannare l’amministrazione a un *facere specifico* come, per esempio, restituire un passaporto⁶⁴⁴, rilasciare una comunicazione al fine di far cessare la lesione alla presunzione di innocenza del ricorrente⁶⁴⁵, procedere alla derattizzazione di un penitenziario⁶⁴⁶, modificare le modalità di esecuzione delle perquisizioni personali all’interno di un carcere⁶⁴⁷.

Naturalmente il *référé-liberté* è una misura cautelare che si affianca alle altre già analizzate: considerate le condizioni più stringenti del *référé* in esame, il privato che si ritenga vittima di una lesione di un proprio diritto “fondamentale”, che però non sia *grave et manifestement illégale*, può comunque ricorrere al *référé-suspension* qualora ne sussistano i requisiti dell’urgenza e del *dout sérieux* sulla legittimità del provvedimento.

È interessante, poi, verificare quale sia l’interpretazione data dai giudici amministrativi all’espressione *liberté fondamentale* usata dal legislatore senza alcuna ulteriore specifica, ossia individuare quali situazioni giuridiche del privato siano state ritenute di un valore tale da consentire il ricorso alla speciale misura protettiva del *référé-liberté*⁶⁴⁸.

Pertanto, senza limitarsi ai diritti di rango costituzionale (così come senza automaticamente riconoscere a questi ultimi il carattere “fondamentale”), il giudice amministrativo ha adottato una propria concezione ampia di *liberté fondamentale*, in modo da garantirsi un altrettanto ampio ambito di intervento tramite il *référé* in questione. Quest’ultimo, infatti, è stato applicato ai fini di tutelare il diritto alla proprietà⁶⁴⁹, la libertà personale⁶⁵⁰, la libertà di matrimonio⁶⁵¹, il diritto d’asilo⁶⁵², la

⁶⁴⁴ CE, 11 marzo 2003, *Samagassi*, n. 254791.

⁶⁴⁵ CE, 14 marzo 2005, *Gollnisch*, n. 278435.

⁶⁴⁶ CE, 22 dicembre 2012, *Sect. franç. OIP*, n. 364584.

⁶⁴⁷ CE, 6 giugno 2013, *Sect. franç. OIP*, n. 368816.

⁶⁴⁸ Per un’analisi completa, O. LE BOT, *Le guide des référés administratifs*, Parigi, 2013, 316 ss..

⁶⁴⁹ CE, 23 marzo 2001, *Sté Lidl*, n. 231559.

⁶⁵⁰ CE, 9 gennaio 2001, *Deperthes*, n. 228928 e ID., 25 ottobre 2007, Y, n. 310125.

⁶⁵¹ CE, 9 luglio 2014, n. 382145.

⁶⁵² CE, 12 gennaio 2001, *Hyacinthe*, n. 229039.

libertà di pensiero e opinione⁶⁵³, il diritto d'azione e di difesa giurisdizionale⁶⁵⁴, la libertà d'impresa⁶⁵⁵, il diritto allo studio per il minore diversamente abile⁶⁵⁶, la libertà di culto⁶⁵⁷, il diritto allo sciopero⁶⁵⁸, la libertà sindacale⁶⁵⁹, il diritto alla vita⁶⁶⁰, il diritto del paziente a non subire trattamenti sanitari espressione di una “*obstination déraisonnable*”⁶⁶¹, il diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti⁶⁶², ecc..

D'altro canto, si è negata la natura di diritto “fondamentale” al diritto alla salute qualora questo implichi prestazioni positive da parte della pubblica amministrazione⁶⁶³.

Terminata questa breve ricostruzione, si deve dare atto di come, dalla lettura del testo della norma, appaia evidente la volontà del legislatore di definire per il *référé-liberté* un ambito di applicazione diverso da quello della *voie de fait*, così da garantire la sopravvivenza anche di quest'ultima: il primo, infatti, dovrebbe operare solo in presenza dell'esercizio dei pubblici poteri, la seconda, invece, ogni qual volta l'azione amministrativa non sia ad essi riconducibile.

Si è parlato, dunque, di ritorno all'ortodossia della *voie de fait*, consentendone l'applicazione solo quando, effettivamente, l'amministrazione agisca al di fuori dei propri strumenti autoritativi e, dunque, in ipotesi già di per sé appartenenti alla giurisdizione del giudice civile: in caso di esercizio effettivo dei pubblici poteri, infatti, non ha più senso ricorrere a questo istituto per tutelare interessi privati “fondamentali” e distorcere l'ordinario riparto tra le due giurisdizioni, avendo ora gli amministrati a disposizione adeguati strumenti di tutela anche innanzi al giudice amministrativo⁶⁶⁴.

Non manca, però, chi chiede sia definitivamente dichiarata la “morte” della *voie de fait*⁶⁶⁵, non tanto perché, come parrebbe più logico, essa oramai non può né deve comportare alcuna eccezione all'ordinario criterio di riparto, ma perché i nuovi *référé*

⁶⁵³ CE, 24 febbraio 2001, *Tibéri*, n. 230611.

⁶⁵⁴ CE, 3 aprile 2002, *Kurtarici*, n. 244686.

⁶⁵⁵ CE, 12 novembre 2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, n. 239840.

⁶⁵⁶ CE, 5 dicembre 2010, *Min. de l'éduc. nat.*, n. 344728.

⁶⁵⁷ CE, 16 febbraio 2004, *Benaissa*, n. 264314.

⁶⁵⁸ CE, 9 dicembre 2003, *Aguillon*, n. 262186; ID., 27 ottobre 2010, *Lefebvre*, n. 343966.

⁶⁵⁹ CE, 31 maggio 2007, *Synd. CFDT Interco 28*, n. 298293.

⁶⁶⁰ CE, sect. 16 novembre 2001, *Ville de Paris*, n. 353172.

⁶⁶¹ CE, ass. 14 febbraio 2014, *Lambert*, n. 375081.

⁶⁶² CE, 23 novembre 2015, *Cne de Calais*, n. 394540.

⁶⁶³ CE, 8 settembre 2005, *Garde des Sceaux, min. de la justice*, n. 284803.

⁶⁶⁴ S. TRAORE, *Référé-injonction et voie de fait. Verse un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait*, in *Dr. adm.*, 2001, 14.

⁶⁶⁵ Su tutti, O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 577 ss..

consentirebbero al giudice amministrativo di pronunciarsi anche in ipotesi di *voie de fait*, come riconosciuto dalla sua stessa giurisprudenza⁶⁶⁶.

Emblematica, in questa direzione, è la decisione *Commune de Chirongui*⁶⁶⁷ laddove si riconosce espressamente la possibilità di ricorrere al *référé-liberté* affinché il giudice amministrativo ingiunga all'amministrazione “*de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété* [e, implicitamente, anche ai diritti “fondamentali”⁶⁶⁸] *quand bien même cette atteinte aurait le caractère d'une voie de fait*”⁶⁶⁹.

Se, dunque, la giurisdizione amministrativa si dimostrava pronta all'eliminazione della *voie de fait*, il *Tribunal des conflits*, ossia lo stesso giudice che, dal XIX secolo, ha giocato un ruolo fondamentale tanto per l'affermazione quanto per la delimitazione di tale istituto, ne ha successivamente confermato la sopravvivenza con la pronuncia *M. Bergoend*⁶⁷⁰. Più che solamente confermato, ne ha sancito la sopravvivenza, essendo il *Tribunal de Conflits* il giudice del riparto di giurisdizione e la *voie de fait* un prodotto della sua giurisprudenza, mai esplicitamente recepito (o negato) dal legislatore: finché, dunque, tale tribunale continuerà ad applicarla, la *voie de fait* resterà in vita nell'ordinamento francese⁶⁷¹.

Dalla decisione *M. Bergoend*, comunque, la *voie de fait* non ne esce immutata, quanto piuttosto ulteriormente ricondotta a ortodossia: infatti, non basterà più che l'azione amministrativa risulti generalmente lesiva del diritto di proprietà o di una *liberté fondamentale*, essendo invece necessaria l'estinzione del diritto di proprietà oppure la lesione (si noti, anche non più grave) alla *liberté individuelle*⁶⁷².

Concentrandosi sulle *libertés fondamentales*, il campo d'azione della *voie de fait* è in parte ampliato, non richiedendo più che la lesione all'interesse privato sia grave, ma in

⁶⁶⁶ CE, 2 aprile 2001, *Min. de l'Intérieur c. C^{is} Marcel*, n. 231965; ID., 10 settembre 2003, *C^{is} d'Hyères-Palmiers*, n. 260015; ID., 2 febbraio 2004, *Abdallah*, n. 260100; ID., 9 aprile 2004, *Vast*, n. 263759.

⁶⁶⁷ CE, ord. 23 gennaio 2013, n. 365262.

⁶⁶⁸ *Ex pluribus*, in tal senso, P.L. FRIER – J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 481.

⁶⁶⁹ In senso critico a tale giurisprudenza, che va oltre le previsioni legislative in materia di *référé-liberté* e, in generale, si pone in contrasto con l'ordinario criterio di riparto, vedansi S. GILBERT, *L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait: vers une perte de sens de la voie de fait*, in *DA*, 2013, 3, 49 ss.; S. SALMA, *Le tribunal des conflits déshabille la 'folle du logis'?*, in *REVDH*, 2013, 8 ss.; P. DELVOLVE, *Référé-liberté et voie de fait*, in *RFDA*, 2013, 303.

⁶⁷⁰ TC, 17 luglio 2013, *M. Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*.

⁶⁷¹ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, cit., 577 ss..

⁶⁷² Sulle evoluzioni della *voie de fait* conseguenti alla decisione *M. Bergoend*, vedasi l'ampia analisi in . FALGAS, *La voie de fait administrative*, cit., 151 ss..

misura maggiore ristretto, dovendosi essa applicare solo alla lesione della più circoscritta *liberté individuelle*.

È evidente, dunque, come il *Tribunal de Conflits* abbia compiuto un ulteriore passo in favore di una lettura “ortodossa” della *voie de fait*, rendendola oggi pienamente conforme all’ordinario principio di riparto tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa: all’esito della decisione del 2013, infatti, l’utilizzo dell’istituto della *voie de fait* non serve ad altro che a ribadire la spettanza al *juge judiciaire* di controversie che gli sarebbero già appartenute in applicazione dell’art. 66 *Const.* che lo qualifica come *gardien de la liberté individuelle*.

Rientrata l’emergenza, quindi, più nessuna deroga all’ordinario criterio di riparto è consentita⁶⁷³, con la *voie de fait* che sopravvive solo formalmente, come espressione di un’eredità storica, ma in realtà svuotata dei suoi contenuti, in quanto consente l’attribuzione al giudice ordinario di controversie, in materia di diritti “fondamentali”, che già gli spetterebbero.

Se questo ritorno alla normalità è *in primis* frutto dell’evoluzione del giudice amministrativo, grazie agli interventi legislativi che ne hanno consentito la “civilizzazione”, forse essa è stata facilitata dalla natura dell’organo preposto a dirimere i conflitti di giurisdizione tra i due giudici.

La terzietà del *Tribunal des conflits*, che non appartiene a nessuna delle due giurisdizioni, gli ha permesso di derogare all’ordinario criterio di riparto quando concrete ragioni di effettività della tutela giurisdizionale lo rendevano necessario, plasmando l’istituto della *voie de fait*, salvo poi darne sempre un’interpretazione stringente e circoscritta, come necessario in occasione di misure eccezionali.

Ben diversa, invece, è la situazione del nostro ordinamento, in cui il giudice del riparto è anche suprema magistratura della giurisdizione ordinaria, al punto che l’avvio del tuttora incompleto percorso di riconduzione a normalità della teoria dei diritti “incomprimibili” è stato frutto di decisioni di un’altra Corte suprema, questa volta terza

⁶⁷³ A ben vedere, oggi, in Francia la deroga sembra avvenire nel senso opposto. Per quanto il *Tribunal des conflits* abbia sancito la sopravvivenza della *voie de fait*, questo non impedisce al *juge administratif* di dar seguito al principio espresso con la decisione *Commune de Chirongui* tutte le volte che il conflitto di giurisdizione non sia sollevato: si crea, dunque, una sorta di giurisdizione parallela in caso di *voie de fait*, potendo l’amministrato scegliere se ricorrere al giudice ordinario, giudice naturale della questione, o al giudice amministrativo, che si è impropriamente inserito in tali ambiti sfruttando i “nuovi” *référé* (oramai quasi ventenni) a sua disposizione. Vedasi A. FALGAS, *La voie de fait administrative*, cit., 118 ss..

rispetto alle due giurisdizioni: la Corte costituzionale⁶⁷⁴ che, per garantire il rispetto dell'ordinario criterio riparto, come riconosciuto dalla stessa Costituzione, ha a sua volta agito come giudice della giurisdizione.

5.5. (Segue) L'applicazione al caso concreto: la tutela dei migranti nell'ordinamento francese

Un'ultima breve riflessione, sempre a fini comparatistici, può essere effettuata prendendo in considerazione la medesima disciplina concreta che è stata oggetto di analisi in relazione all'ordinamento italiano: la tutela degli interessi "fondamentali" dei migranti.

In generale, si può constatare come il sistema francese si caratterizzi per un approccio differente quanto a riparto di giurisdizione rispetto a quello adottato in Italia negli ultimi anni, con un pressoché totale affidamento della materia migratoria al giudice amministrativo, fatta salva la necessità di rispettare i già analizzati limiti conseguenti all'art. 66 *Const.*⁶⁷⁵.

Anche in Francia, d'altro canto, esiste un ampio numero di provvedimenti amministrativi che possono incidere sugli interessi, anche "fondamentali", dei migranti, simili a quelli operanti nell'ordinamento italiano e che analogamente scandiscono i tre momenti di contatto tra lo straniero e l'apparato amministrativo nazionale: ingresso, permanenza e allontanamento. Si richiamano, quindi, il rilascio (o il diniego) dei visti d'ingresso⁶⁷⁶ e dei vari permessi di soggiorno⁶⁷⁷, le misure di riunificazione familiare⁶⁷⁸, i provvedimenti in materia di tutela del diritto d'asilo⁶⁷⁹, il respingimento alla frontiera

⁶⁷⁴ Si richiama, ancora una volta, la sentenza n. 140/2007.

⁶⁷⁵ Quanto alla disciplina normativa di settore, essa è integralmente contenuta nella più volte aggiornata *Ordonnance* n. 2004-1248 del 24 novembre 2004, conosciuta come *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA). Quanto alle opere consultate per la seguente breve ricostruzione, vedansi J. ROBERT – J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit., 501 ss.; E. AUBIN, *Droit des étrangers*, Parigi, 2012; T. RIBEMONT, *Introduction au droit des étrangers en France*, Parigi, 2012; D. SEGUIN, *Guide du contentieux des étrangers*, Parigi, 2013; X. VANDENDRIESSCHE, *Le droit des étrangers*, Parigi, 2013; X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, cit., 692 ss.

⁶⁷⁶ Artt. L211-1 ss. CESEDA. I visti di ingresso sono rilasciati, a fronte della documentazione prevista dalla legge e purché il soggetto non costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, dalle rappresentanze diplomatiche o consolari francesi nello Stato di origine dello straniero.

⁶⁷⁷ Artt. L311-1 ss. CESEDA. Il rilascio e il rinnovo dei permessi di soggiorno spettano al prefetto, cui la legge riserva margini di discrezionalità nell'apprezzamento della domanda dello straniero.

⁶⁷⁸ Artt. L411-1 ss. CESEDA.

⁶⁷⁹ Artt. L711-1 ss. CESEDA. I provvedimenti in materia d'asilo sono adottati da uno specifico organo amministrativo, l'*Office français de protection des réfugiés et des apatrides* (L721-1), i cui atti sono

(*refus d'entrée*)⁶⁸⁰, eventualmente accompagnato dal trattenimento nelle zone d'attesa (*maintien en zone d'attente*)⁶⁸¹, nonché i vari strumenti di allontanamento quali l'*obligation de quitter le territoire français*, da eseguirsi spontaneamente o, in determinate ipotesi, mediante accompagnamento coatto alla frontiera (*reconduite à la frontière*)⁶⁸², e le espulsioni ministeriali o prefettizie⁶⁸³, con le relative misure esecutive tra cui, su tutte, la *rétenion administrative*⁶⁸⁴.

Pertanto, si assiste a una proliferazione di strumenti capaci di incidere sulle libertà del migrante, con il rischio di dar luogo a trattamenti immotivatamente differenziati, soprattutto quanto a conseguenze e procedure di tutela, in situazioni simili. Si tratta di un difetto analogo a quello dovuto ai margini di sovrapposibilità tra espulsioni e respingimenti differiti, sussistente nel nostro ordinamento.

suscettibili di impugnazione innanzi a una giurisdizione amministrativa speciale, la *Cour nationale du droit d'asile* (L731-1) e le cui decisioni sono di conseguenza contestabili davanti al *Conseil d'État*.

⁶⁸⁰ Artt. L213-1 ss. CESEDA. Il *refus d'entrée* è un provvedimento, scritto e motivato, adottabile dalla polizia di frontiera nei confronti dello straniero privo della documentazione richiesta per l'ingresso (su tutti, il visto), oppure che sia stato oggetto in precedenza di un'espulsione o di un'interdizione all'ingresso sul suolo francese, nonché che sia ritenuto una minaccia per l'ordine pubblico.

⁶⁸¹ Artt. L221-1 ss. CESEDA. Il provvedimento di *maintien en zone d'attente* può essere disposto nei confronti sia dello straniero respinto che di quello che abbia presentato domanda di ammissione sul suolo francese a titolo d'asilo, per il tempo necessario ai fini di predisporre l'allontanamento o di vagliare la sua richiesta d'asilo (comunque non superiore ai quattro giorni, salva successiva convalida da parte del giudice ordinario).

⁶⁸² Artt. L511-1 ss. CESEDA. L'*obligation de quitter le territoire français* opera generalmente a seguito di ingresso irregolare dello straniero, permanenza irregolare conseguente alla scadenza del visto, diniego o mancato rinnovo del permesso di soggiorno. Può però essere adottata anche qualora la condotta dello straniero costituisca un pericolo per l'ordine pubblico. Se nelle prime ipotesi il termine per la partenza volontaria è in via ordinaria di trenta giorni, nel caso di minaccia per l'ordine pubblico (e nelle altre ipotesi indicate dall'art. L511-1 CESEDA) è di sole quarantotto ore. L'accompagnamento alla frontiera potrà essere disposto solo a seguito della mancata ottemperanza dell'ordine di allontanamento o, direttamente, nelle ipotesi in cui venga disposta la sanzione aggiuntiva dell'interdizione al rientro sul suolo francese (L541-1 ss.).

⁶⁸³ Artt. L521-1 ss. CESEDA. A differenza che in Italia, in Francia entrambe le espulsioni – prefettizia e ministeriale – conseguono a motivi di ordine pubblico. La ripartizione di competenze entro i due organi amministrativi avviene sulla base della gravità della minaccia (minore, ma comunque “*grave menace*”, per il prefetto; più elevata nelle ipotesi di competenza ministeriale, sussistendo queste ultime in relazione a un'*urgence absolue*, una *nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique* o dei *comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État*). Differenti, di conseguenza, sono le garanzie a disposizione dello straniero nonché il novero, inversamente proporzionale alla gravità della minaccia, dei soggetti che possono essere esclusi da tali misure.

⁶⁸⁴ Artt. L551-1 ss. CESEDA. La *rétenion administrative* può essere disposta dal prefetto solo nei casi e per la durata strettamente necessari, comunque non superiore a 45 giorni complessivi (così articolati: dopo le prime quarantotto ore di detenzione conseguenti al solo provvedimento amministrativo è necessaria una prima convalida da parte del giudice ordinario, che può prolungare la limitazione alla libertà dello straniero per massimo 28 giorni, fatta salva la possibilità di un'ulteriore proroga di 15 giorni, sempre rimessa al *juge judiciaire*).

Sia sufficiente, in questa sede, considerare la posizione dello straniero ritenuto pericoloso per l'ordine pubblico, il quale potrà essere destinatario di un'*obligation de quitter le territoire français*, così come di una procedura di espulsione.

Nel primo caso, egli dovrà autonomamente abbandonare (nel termine breve di quarantotto ore) il territorio dello Stato, spettando al prefetto decidere riguardo alla sua possibile interdizione al rientro sul suolo francese. Solo nell'ipotesi di mancato rispetto dell'ordine, l'amministrazione potrà procedere a un allontanamento forzato, determinando la nazione di destinazione e ricorrendo a istituti limitativi della libertà fisica del migrante, quali l'accompagnamento coatto e, se necessaria, la detenzione amministrativa. Più articolata è, invece, la procedura in caso di espulsione, anche in considerazione delle conseguenze ben più incisive che il provvedimento in questione comporta. Non solo lo straniero deve essere convocato, con quindici giorni d'anticipo e tramite un *bulletin special* che lo informi sulle ragioni del provvedimento di allontanamento, innanzi a un'apposita commissione⁶⁸⁵ chiamata a fornire un parere (non vincolante) al prefetto sull'opportunità dell'espulsione, ma, se necessario, potrà essere oggetto di detenzione amministrativa sino alla conclusione del procedimento. In aggiunta, l'interdizione al rientro sarà conseguenza automatica dell'espulsione stessa.

Concentrandosi, ora, sul riparto di giurisdizione, il sistema francese appare caratterizzato da una maggiore linearità di quello italiano, in considerazione del fatto che tutti i provvedimenti amministrativi sopra menzionati (salvo quelli strettamente limitativi della *liberté individuelle*) ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo. Questo come naturale conseguenza, da un lato, dell'applicazione dell'ordinario criterio di riparto incentrato sul coinvolgimento nella controversia dei pubblici poteri, e, dall'altro, della pervasività di questi ultimi nella materia migratoria, come manifestato dal sistematico riferimento nella disciplina dei relativi provvedimenti amministrativi all'*ordre public*, costantemente chiamato a bilanciare gli interessi del singolo⁶⁸⁶. Si noti che l'unitarietà di giurisdizione non significa, ad ogni modo, uniformità delle procedure di impugnazione, che variano al mutare delle esigenze, e

⁶⁸⁵ Composta da due magistrati ordinari e uno amministrativo, vedasi art L522-1 CESEDA.

⁶⁸⁶ Vedasi, in tal senso, anche la posizione espressa dal *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993, secondo cui "*aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national*".

soprattutto delle tempistiche, conseguenti ai differenti provvedimenti incisivi degli interessi dello straniero (si pensi, per esempio, ai diversi termini per proporre ricorso: trenta giorni, quindici giorni o quarantotto ore a seconda della tipologia di *obligation de quitter le territoire français* adottata e, quindi dei tempi più o meno ampi concessi per abbandonare il paese; quarantotto ore per l'accompagnamento coatto alla frontiera; due mesi per i provvedimenti di espulsione).

Un'eccezione necessaria al monopolio del giudice amministrativo, come anticipato, opera in relazione alle misure limitative della *liberté individuelle*, oggetto di interpretazione restrittiva anche in materia migratoria: per questo, se la convalida del *maintien en zone d'attente* e della *rétenion administrative* spettano al giudice ordinario, il provvedimento di accompagnamento coatto alla frontiera ricade ancora nella giurisdizione del giudice amministrativo.

E sono proprio i costituzionalmente necessari margini di intervento del giudice ordinario che, intricandosi con la generale giurisdizione del *juge administratif* sui provvedimenti in materia migratoria, hanno dato origine ai più dibattuti problemi di effettività nella tutela dello straniero nell'ordinamento francese: problemi però che, più che essere conseguenza del riparto di giurisdizione, sono conseguenza naturale – ma risolvibile – del dualismo di giurisdizioni amministrativa e ordinaria.

Infatti, in termini analoghi a quelli della questione circa la conoscibilità da parte del giudice ordinario italiano, in sede di decisione sulle espulsioni prefettizie, dei provvedimenti amministrativi prodromici, anche nell'ordinamento francese ci si è più volte interrogati sulla sindacabilità da parte dei *juge judiciaire* delle *décisions* amministrative presupposte ai provvedimenti limitativi della libertà personale.

Invero, da un lato i Giudici delle leggi sono costanti nel sancire l'incostituzionalità delle norme che escludono il potere di convalida, da parte del giudice ordinario, dei provvedimenti di detenzione amministrativa degli stranieri, anche qualora essi siano affidati al suo omologo amministrativo, stante il contrasto con il più volte richiamato art. 66 *Const*⁶⁸⁷.

Dall'altro, tuttavia, sia il *Tribunal des Conflicts* che il *Conseil constitutionnel* hanno più volte negato la possibilità per il giudice ordinario, anche in un contesto di convalida

⁶⁸⁷ CC, n. 79-109 DC del 9 gennaio 1980; ID., n. 92-307 DC del 25 febbraio 1992; ID., n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003.

delle misure di detenzione amministrativa, di verificare in via incidentale la legittimità dei provvedimenti prodromici, inclusi non solo i provvedimenti di allontanamento (per esempio l'*expulsion* e l'*obligation de quitter le territoire français*), ma anche la stessa decisione con cui si è disposta la limitazione della libertà personale⁶⁸⁸.

In questo modo, per lungo tempo si sono circoscritti di molto i poteri del giudice ordinario in sede di convalida, che quasi sempre arrivava a confermare la decisione amministrativa, dovendosi limitare a un mero controllo formale sull'esistenza del provvedimento e degli ulteriori requisiti normativi previsti per la detenzione⁶⁸⁹.

Questa situazione ha, in primo luogo, comportato la reazione della Corte di cassazione che ha cercato, tramite la propria giurisprudenza, di distaccarsi dal solco tracciato dal giudice costituzionale e dall'organo addetto a risolvere i conflitti di giurisdizione, riconoscendosi – in base all'art. 66 *Const.* e 136 *c.p.p.* – il potere di pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento disponente la detenzione amministrativa, in sede di convalida dello stesso⁶⁹⁰.

Lo stesso giudice amministrativo, di fatto adeguandosi all'interpretazione della Cassazione, è poi arrivato ad elaborare soluzioni barocche come, per esempio, affermare che fino alla convalida della detenzione (oggi a quarantotto ore dall'adozione del provvedimento, ma prima delle riforme del 2016 a cinque giorni dalla stessa) la *décision administrative* limitativa della libertà ricadeva esclusivamente nella sua giurisdizione, mentre a partire dalla convalida rientrava appieno in quella del giudice ordinario⁶⁹¹.

La soluzione così elaborata⁶⁹² serviva per far fronte a un altro problema scaturito dal dualismo giurisdizionale, ma, soprattutto, dalla carenza di coordinazione normativa fra i due giudici: finché il termine per la convalida era di cinque giorni, infatti, c'era un rischio concreto che lo straniero fosse espulso ancora prima che il *juge judiciaire* si

⁶⁸⁸ CC, n. 89-261 DC del 28 luglio 1989 e TC, 12 maggio 1997, *Préfet de police de Paris*. Vedasi, per una compiuta evoluzione normativa e giurisprudenziale il commento alla pronuncia ultima citata di P. SARGOS, *Consignation à bord d'un navire de deux clandestins: absence de voie de fait et inapplicabilité de la législation sur la rétention des étrangers*, in *JCP*, n. 24, 11 giugno 1997, II, 22861 ss..

⁶⁸⁹ In tal senso, A. GAY-HEUZEY, *La protection des libertés fondamentales des étrangers à l'épreuve du dualisme juridictionnel français*, in G. ÉVEILLARD (a cura di), *La guerre des juges aura-t-elle lieu?*, cit., 6.

⁶⁹⁰ Vedansi le tre sentenze gemelle Cass., civ. 2, 28 giugno 1995, *Behta; Mpinga; Massamba*.

⁶⁹¹ CE, ord. ref. 15 aprile 2016, n. 398550.

⁶⁹² Vedasi anche CE, 4 marzo 2013, n. 359428.

fosse espresso sulla detenzione, considerato come il provvedimento di allontanamento fosse impugnabile entro quarantotto ore innanzi al giudice amministrativo e lo stesso dovesse pronunciarsi entro le settantadue successive alla proposizione del ricorso. La somma di tali termini raggiunge proprio i cinque giorni esatti, entro cui il *juge administratif* poteva confermare il provvedimento di espulsione rendendo vana la previsione normativa di qualsivoglia convalida della detenzione amministrativa.

L'insostenibilità del quadro ha comportato, *in primis*, un cambio di rotta nella giurisprudenza dello stesso *Tribunal des conflits* che, come visto, si era per lungo tempo fatto portatore di una rigida applicazione del principio di separazione dei poteri. Stando a quanto riconosciuto dal giudice della giurisdizione, il giudice ordinario, in sede di convalida, può mettere fine a una detenzione amministrativa a fronte di motivi di fatto o di diritto, preesistenti o sopravvenuti, inficianti la legittimità del provvedimento di detenzione stesso⁶⁹³.

Punto fermo sulla vicenda sembra essere stato messo, infine, dal legislatore che con le modifiche del 1° novembre 2016 all'art. L512-1 CESEDA, da un lato ha esplicitamente riconosciuto che “*la décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention*” e, dall'altro, ha ridotto il termine della convalida a sole quarantotto ore, garantendo un intervento tempestivo del *juge judiciaire*, che gli consenta di pronunciarsi prima che l'allontanamento sia eseguito.

Ciò, tuttavia, lascia invariata l'impossibilità per il giudice ordinario di conoscere della legittimità del provvedimento in cui, in realtà, la detenzione amministrativa affonda le proprie radici, ossia il provvedimento di allontanamento, che resta di conoscenza esclusiva del giudice amministrativo a fronte del criterio di riparto come cristallizzato nella pronuncia del *Conseil constitutionnel*, n. 86-224 DC del 24 gennaio 1987.

Più che alterare il criterio di riparto, però, in questa ipotesi si tratterebbe di consentire una conoscenza in via incidentale della questione, con effetti evidentemente limitati alla singola controversia, trattandosi di provvedimenti individuali, come riconosciuto dalla

⁶⁹³ TC, 9 febbraio 2015, *M. Mohammed H. c/ Préfet de Seine-et-Marne*.

Corte costituzionale italiana in relazione al caso analogo del sindacato sulle espulsioni prefettizie e al suo rapporto con il diniego di permesso di soggiorno⁶⁹⁴.

In conclusione, è evidente come il quadro così delineato in materia di tutela giurisdizionale dei migranti nell'ordinamento francese condivida numerose delle carenze che caratterizzano anche quello italiano, ma sicuramente si giova di una maggiore linearità riguardo al giudice a cui rivolgersi: ciò anche perché la natura "fondamentale" degli interessi dello straniero non ha sollevato riserva alcuna sulla capacità del giudice amministrativo di tutelarli appieno a fronte dell'esercizio dei pubblici poteri.

⁶⁹⁴ Si rimanda all'ultima sezione del precedente capitolo e, nello specifico, alla pronuncia C. cost., n. 414/2001. Si ricorda, allo stesso tempo, che la soluzione suggerita dal Giudice delle leggi non è stata seguita dalla giurisprudenza maggioritaria; vedasi quanto già indicato nella nota n. 513. Quanto all'ordinamento francese, si richiamano le già citate pronunce TC, 17 ottobre 2011, *SCEA du Chéneau c. INAPORC* e ID., 12 dicembre 2011, *SNC Green Yellow c. SA Electricité de France*, in cui si è affermata la possibilità del giudice ordinario di disapplicare in via incidentale il provvedimento amministrativo per assicurare la "bonne administration de la justice", qualora l'atto risulti chiaramente illegittimo sulla base di consolidata giurisprudenza delle corti amministrative. Sulla portata innovativa di tali decisioni, vedasi il commento alle stesse di M. GUYOMAR – X. DOMINO, *Révois prejudiciels et bonne administration de la justice*, in *AJDA*, 2012, 27 ss..

CONCLUSIONI

Il quadro tracciato nelle precedenti pagine ci consegna poche certezze e numerosi spunti di riflessione.

Tra le prime ricade sicuramente quella per cui, ad oggi, il giudice amministrativo non è il giudice ordinario dei diritti “fondamentali” incisi dai pubblici poteri.

Secondo l’orientamento tracciato dalla Corte di cassazione, come arbitro del riparto di giurisdizione, il giudice della pubblica amministrazione può conoscere dei diritti “fondamentali” solo qualora ricadano in una materia di giurisdizione esclusiva.

Ciò come eredità storica di una teoria elaborata dallo stesso giudice ordinario quasi quarant’anni fa, capace di sancire l’indegradabilità come conseguenza naturale del carattere fondamentale di una situazione giuridica, in modo che essa nasca come diritto soggettivo in Costituzione e possa superare indenne il confronto coi pubblici poteri.

Pertanto, i beni oggetto dei diritti “fondamentali” non potrebbero mai ricevere tutela attraverso la categoria degli interessi legittimi, incapace di garantire adeguata conservazione del particolare valore riconosciuto ai beni in questione.

Seconda certezza è che, al di là delle possibili giustificazioni teoriche, tale giurisprudenza fu elaborata come risposta a un’esigenza pratica: far fronte all’inadeguatezza della protezione giurisdizionale offribile dal giudice amministrativo a tutte le situazioni giuridiche oggetto del suo sindacato, “fondamentali” o meno.

Adattando la lettura del criterio di riparto costituzionalmente riconosciuto, fondato sulla natura delle situazioni soggettive controverse, il giudice ordinario ha (meritevolmente) fatto fronte a detta emergenza, cercando di sottrarvi quanto meno i diritti aventi come oggetto i beni di maggiore valore per il nostro ordinamento: la salute, l’ambiente, la libertà religiosa, la riservatezza della vita privata, ecc..

Formalmente negando la sussistenza di pubblici poteri, il giudice civile ne ha vagliato il legittimo esercizio (su tutte, si pensi al controllo del rispetto delle norme sulle distanze minime nell’ambito della realizzazione di un depuratore⁶⁹⁵), per poi fungere da modello quanto ai mezzi che avrebbe dovuto avere a disposizione il giudice amministrativo per un’effettiva tutela delle situazioni giuridiche sottoposte al suo sindacato: misure cautelari atipiche e tempestive; possibilità di condannare

⁶⁹⁵ Sezioni unite, n. 4411/1992, cit..

l'amministrazione a un *facere* o a un *non facere*, anche provvedimento, oltre che al risarcimento dei danni cagionati all'interesse privato; parità delle parti; pienezza dei mezzi istruttori; ecc..

Come qualsiasi soluzione emergenziale, però, essa non può considerarsi una risposta efficiente sul lungo periodo: oltre alla carenza dei fondamenti teorici – su tutti, l'evidente deroga a un principio di riparto fissato in Costituzione, nonché alle vigenti norme sui poteri del giudice ordinario nei confronti dell'azione autoritativa – l'inefficienza consegue dall'incertezza dei limiti della categoria dei diritti "fondamentali".

Sicché, al di là dell'introduzione di un'ulteriore variabile che complica l'individuazione del giudice a cui rivolgersi, il rischio era quello di vedere attribuite due tutele differenti a fronte di situazioni giuridiche parimenti "fondamentali", a seconda dell'esplicito riconoscimento da parte del giudice di tale fundamentalità e delle conseguenze – mai fissate in normativa – che da essa venivano fatte derivare.

Da ciò l'importanza di non fare dell'emergenza l'ordinario, bensì di risolvere l'emergenza stessa.

Per questo motivo si è ritenuto necessario spingersi sino al cuore del diritto pubblico, alla Costituzione e ai beni ivi oggetto di riconoscimento e protezione, per argomentare l'opportunità di ricondurli alle due situazioni giuridiche soggettive previste dalla stessa Norma fondamentale, i diritti soggettivi e gli interessi legittimi.

Ricondurre a normalità i diritti "fondamentali" è presupposto logico per ammetterne la coesistenza coi pubblici poteri, i quali, in conformità con la Costituzione e con gli elementi strutturali dello stato di diritto, sono chiamati non solo a promuoverne il soddisfacimento, ma anche a bilanciarli tra loro e con gli interessi pubblici, in un contesto sociale in cui tale mediazione fra le differenti esigenze risulta più che mai indispensabile.

Ancora, il superamento dell'emergenza è permesso dal riconoscimento, in dottrina e giurisprudenza, dell'interesse legittimo come situazione sostanziale, che sorge e dialoga con il potere amministrativo in modo da consentire la piena protezione dell'interesse privato nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico.

Infine, le trasformazioni che hanno caratterizzato il giudice e il processo amministrativi, culminate con l'adozione del codice del processo amministrativo, hanno

enormemente ridimensionato il senso di emergenza che conseguiva dall'inefficienza della sua tutela, dotandolo di tutti quegli strumenti che il giudice ordinario si era riconosciuto – anche in deroga ai limiti imposti dall'all. E, l. n. 2248/1865 – ai fini della tutela dei diritti “fondamentali” incisi dall'azione amministrativa.

Da ciò, pertanto, più che la civilizzazione del giudice amministrativo, è conseguita la sua costituzionalizzazione, risultando lo stesso dotato degli strumenti necessari e idonei a garantire la protezione effettiva della situazione del privato coinvolta nell'esercizio dei poteri pubblici, sia essa “fondamentale” o meno.

Sembra tramontata, dunque, l'utilità della “incomprimibilità di diritti fondamentali” che, attribuendo tali situazioni alla giurisdizione ordinaria anche quando coinvolte nell'esercizio dei pubblici poteri, comporta ad oggi un'amministrativizzazione del giudice civile, il quale si vede costretto ad arrogarsi gli strumenti che ordinariamente spettano al giudice amministrativo, derogando alle previsioni di legge inerenti i suoi limiti interni, così da fornire ai diritti “fondamentali” la necessaria protezione.

Ammettere come superata l'emergenza, dunque, non solo non escluderebbe la piena salvaguardia delle situazioni giuridiche “fondamentali”, ma per di più garantirebbe il rispetto di altre previsioni costituzionali quali quelle che riconoscono nel giudice amministrativo una componente irrinunciabile del nostro equilibrio istituzionale e, conseguentemente, ne garantiscono le specifiche attribuzioni.

Suggerimenti in tal senso si rinvergono nell'ordinamento francese che, tra i numerosi punti di contatto in materia di giustizia amministrativa, si è caratterizzato a sua volta per un'eccezione all'ordinaria giurisdizione del giudice amministrativo in materia di pubblici poteri, quando ad essere coinvolti fossero i diritti “fondamentali”.

Anche in questo sistema, dunque, l'istituto giurisprudenziale della *voie de fait* è sorto in deroga alle previsioni costituzionali e di legge relative al riparto e ai poteri del giudice civile, così da ovviare alle carenze di effettività della tutela offerta dal giudice amministrativo.

Colmate le lacune – con interventi non molto distanti da quelli che hanno caratterizzato il nostro codice del processo amministrativo – l'emergenza è rientrata e la *voie de fait* è stata riportata a ortodossia, garantendo la giurisdizione del giudice ordinario solo quando la condotta dell'amministrazione, lesiva delle libertà “fondamentali”, sia effettivamente irriducibile all'esercizio dei pubblici poteri.

Dal momento che il sistema di giustizia amministrativa francese ha di regola anticipato e ispirato quello italiano, si può ben sperare che tale risultato venga raggiunto anche nel nostro ordinamento.

In conclusione, l'esito di questa ricerca non è solo quello di ipotizzare il superamento della categoria giuridica dei diritti "fondamentali", quanto meno in relazione al riparto di giurisdizione, ma anche quello di estendere la portata della fundamentalità quale caratteristica valoriale di un bene che può essere tutelato sia sotto forma di diritto soggettivo sia di interesse legittimo.

Il carattere "fondamentale" di una situazione soggettiva perde così di rilevanza giuridica, forse perché a essere diritto "fondamentale" è prima di tutto quello alla tutela giurisdizionale, che deve risultare altrettanto piena, inviolabile, incomprimibile ed effettiva qualunque sia la situazione giuridica azionata e qualunque sia il giudice innanzi al quale tale diritto viene esercitato.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 205 ss.
- ABBAMONTE G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e ottemperanza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 31 ss.
- ALBINI A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953
- ALESSI R., *Principii di diritto amministrativo*, II, Milano, 1966
- ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012
- ALLEGRETTI U. – PUBUSA A., *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in LANFRANCHI L. (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 417 ss.
- ALLENA M., *La questione della pregiudizialità amministrativa: riparto di giurisdizione o nomofilachia*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1182 ss.
- ALLENA M., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 267 ss.
- AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, 262 ss.
- AMATO G., *Libertà (dir. cost.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 272 ss.
- AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 201 ss.
- ANGIOLINI V., *Giurisdizione (riserva di) (voce)*, in *Dig. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 317 ss.
- ANGIOLINI V., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992
- ANNUNZIATA M., *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli, 1970
- ASTONE F., *Il principio di ragionevolezza*, in RENNA M. – SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss.
- AUBIN E., *Droit des étrangers*, Parigi, 2012

AUBY J.B., *Procédure administrative et garantie des droits des citoyens en droits français*, in MASSERA A. (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 31 ss.

AUBY J.M. – DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, 1984

BACCARINI S., *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in www.giustamm.it

BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 926 ss.

BAGEHOT W., *La costituzione inglese*, Bologna, 1995

BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989

BALDASSARRE A., *Diritti pubblici soggettivi (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989

BALDASSARRE A., *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989

BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.

BALDASSARRE A., *Libertà (voce)*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990

BALDUZZI R. – SORRENTINO F., *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1964, 1207 ss.

BALLARINO T., *I diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1892 ss.

BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984

BARILE P., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: un'introduzione*, in LANFRANCHI L. (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 16 ss.

BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012

BARTOLINI A., *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in CAVALLO B. (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, 30 ss.

BARUFFI M.C., *Sulla tutela dei "diritti soggettivi comunitari"*, in *Foro it.*, 1995, 230 ss.

- BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale ed esperienze europee*, Napoli, 2007
- BASSI F., *Diritti fondamentali e art. 4 secondo comma l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 605 ss.
- BASSI N., *La Consulta interpreta autenticamente sé stessa, ma non tutti i problemi sono risolti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1095 ss.
- BATTAGLIA A., *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1167 ss.
- BELLINI P., *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Bologna, 1984
- BERTI G., *Commento all'art. 113*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 85 ss.
- BERTI G., *In una causa dell'ENEL la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, I, 1979, 2909 ss.
- BERTI G., *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004
- BERTONAZZI L., *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 215 ss
- BILANCIA P. – DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004
- BIN R. – CARETTI P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2008
- BIN R. – PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2016
- BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Issy-les-Moulineaux, 2016
- BOBBIO N., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 6 ss.
- BOCKEL A., *La voie de fait: Mort et résurrection d'une notion discutabile*, in *Dalloz Chronique VIII*, 1970, 29 ss.
- BOGNETTI G., *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti fondamentali dell'uomo. Quaderni di Iustitia*, 27, Milano, 1977, 33 ss.
- BONETTI P., *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 201 ss.

BOVERO M., *Diritti e democrazia costituzionale*, in VITALE E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 241 ss.

BRACHELIER G., *Le référé-liberté*, in *RFDA*, 2002, 261 ss.

BRETONNEAU A. – DOMINO X., *La voie de fait mise au régime sec*, in *AJDA*, 2013, 1568 ss.

BRETTON P., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Parigi, 1964

BROYELLE C., *Il ricorso per "excès de pouvoir" è destinato a tutelare la situazione giuridica del ricorrente?*, in TRAVI A. (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 35 ss.

BROYELLE C., *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, 2016

CACCIAVILLANI C., *La giurisdizione amministrativa*, in SASSANI B. – VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 119 ss.

CAIANIELLO V., *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1313 ss.

CAIANIELLO V., *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 565 ss.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2003

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914

CANNADA-BARTOLI E., *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 266 ss.

CANNADA BARTOLI E., *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Foro amm.*, 1963, 73 ss.

CANNADA-BARTOLI E., *Affievolimento (voce)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1964, 670 ss.

CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964

CANNADA-BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 1 ss.

CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983

CAPACCIOLI E., *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1995

CAPONIGRO R., *La tutela giurisdizionale dello straniero avverso l'espulsione amministrativa prefettizia*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 3563 ss.

CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, 2010, reperibile su <https://www.giustizia-amministrativa.it>

CAPUTO V.A. – PEPINO L., *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 13 ss.

CARANTA R., *Alti e bassi del diritto alla salute nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1993, 1333 ss.

CARBONE A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 864 ss.

CARBONE V., *L'evoluzione del danno "evitabile" nei rapporti civili e in quelli amministrativi*, in *Danno e resp.*, 2016, 591 ss.

CARBONE V. – CONSOLO C. – DI MAJO A., *Il "waltzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corriere giur.*, 2004, 1125 ss.

CARETTI P., *Diritti fondamentali*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1881 ss.

CARETTI P., *I diritti sociali nella Costituzione Italiana e gli strumenti di garanzia*, in F. FACURY SCAFF – R. ROMBOLI – M. REVENGA, *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2009, 53 ss.

CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017

CARINGELLA F., *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, 2008, reperibile nella sezione *Studi e contributi* in www.giustizia-amministrativa.it

CARINGELLA F., *Azioni proponibili e disciplina del processo*, in CARINGELLA F. – MAZZAMUTO S. – MORBIDELLI G. (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma 2011, 1517 ss.

CARINGELLA F., *Limiti interni e poteri del g.o.*, in CARINGELLA F. – MAZZAMUTO S. – MORBIDELLI G. (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011, 1499 ss.

CARINGELLA F. – GAROFOLI D., *Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2005

CARIOLA A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203 ss.

CARLASSARE L., *Legge (riserva di) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990

- CARPENTIERI P., *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro Amm.-Tar*, 2006, 2760 ss.
- CARPENTIERI P., *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urb. app.*, 2007, 797 ss.
- CARRATTA A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 27 ss.
- CASSETTA E., *Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 613 ss.
- CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1952, 146 ss.
- CASSETTA E., *Diritti pubblici soggettivi (voce)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 791 ss.
- CASSETTA E., *L'interesse legittimo: una situazione soggettiva a "progressivo rafforzamento"*, in *Dir. econ.*, 2008, 7 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016
- CASSATELLA A., *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 816 ss.
- CASSESE A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998
- CASTROVINCI ZENNA S., *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 146 ss.
- CATTANEO S., *Gli obblighi cooperativi che gravano sul danneggiato della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2012, 1200 ss.
- CAVALLARO M.C., *Comportamenti della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria: la questione della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 749 ss.
- CAVALLARO M.C., *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1365 ss.
- CAVALLARO M.C., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 934 ss.
- CELANO B., *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013
- CERBO P., *Giudice ordinario e "sostituzione della pubblica amministrazione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 741 ss.

CERBO P., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.

CERRETO A., *Articolo 7 (voce)*, in CARINGELLA F. – PROTTO M. (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 144 ss.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 820 ss.

CERULLI IRELLI V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 115 ss.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa a pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss.

CHAPUS R., *Le service public e la puissance publique*, in *RD publ.*, 1968, 235 ss.

CHAPUS R., *Droit administratif générale*, Issy-les-Moulineaux, 2001

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, 2008

CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in CAVALLARI A. – DE GIORGI CEZZI G. – PELLEGRINO G.L. – PORTALURI P.L. – STICCHI DAMIANI E. – VANTAGGIO A. (cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, 2011, 59 ss.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1980 (ristampa)

CICCONETTI S.M., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, VI, Roma, 1970

CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in www.giustamm.it, n. 7/2004

CINTIOLI F., *Disapplicazione (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2009, 269 ss.

CLARICH M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 66 ss.

CLARICH M., *La riforma del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 205 ss.

CLARICH M., *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 969 ss.

CLARICH M., *Il nuovo Codice del processo amministrativo. Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 201 ss.

COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.

CONTI G., *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 768 ss.

CORAGGIO L., *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

CORASANITI A., *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1990, 189 ss.

CORRADINO M. – STICCHI DAMIANI S., *Il processo amministrativo*, Torino, 2014

CORSO G., *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979

CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017

CORTESE F., *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 968 ss.

COSTA D., *Contentieux administratif*, Parigi, 2014

COUZINET P., *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratif*, Parigi, 1928

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984

CROCE R., *I confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Giust. cost.*, 2010, 445 ss.

CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008

CUDIA C., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*, Milano, 2013, 132 ss.

CUOCOLO F., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000

- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- D'AMICO M. – PELLIZZONE I., *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 4/2014
- D'ANTONIO S., *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allentamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 534 ss.
- DANIELE L., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. Europea*, 2009, 646 ss.
- DEBERAY M., *La voie de fait en droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, 1960
- DEBBASH C. – COLIN F., *Droit administratif*, Parigi, 2011
- DELSIGNORE M., *Diritti sociali e discrezionalità tecnica: binomio imperfetto?*, in BONETTI P. – CARDONE A. – CASSATELLA A. – CORTESE F. – DEFFENU A. – GUAZZAROTTI A. (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 435 ss.
- DELVOLVE P., *Le juge administratif*, Issy-les-Moulineaux, 1994
- DELVOLVE P., *Référé-liberté et voie de fait*, in *RFDA*, 2013, 303
- DE SIERVO U., *Origine e significato della rigidità nella nostra Costituzione*, in RIPEPE E. – ROMBOLI R. (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare Costituzione*, Torino, 1995, 1 ss.
- DI GIOVANNI P.M., *Pronunce del giudice ordinario ed obblighi di fare la condanna della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1995, 357 ss.
- DI MAJO A., *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi "non inclusi"*, in *Corr. giur.*, 2003, 651 ss.
- DUBREUIL C.A., *La voie de fait nouvelle est arrivée*, in *JCPA adm et coll terr*, 14 ottobre 2013, 10 ss.
- DUGIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1928
- DUGRIP O., *Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme*, in *RFDA*, 2002, 246 ss.
- DUPRE DE BOULOIS X., *Droits et libertés fondamentaux*, Parigi, 2010
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982

ELIA L., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 940 ss.

ELIANTONIO M., *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Amsterdam, 2009

ELIANTONIO M., *The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judge-made Standards in the Field of Administrative Justice*, in *Electronic Journal Of Comparative Law*, vol. 13.3 (September 2009)

ELIANTONIO M., *The Influence of the ECJ's Case Law on Time Limits in the Italian, German and English Administrative Legal Systems: a Comparative Analysis*, in *European Public Law* 15, n. 4 (2009), 615 ss.

FALCON G. – DE PRETIS D., *Premessa*, in ID. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 1 ss.

FALGAS A., *La voie de fait administrative*, Parigi, 2015

FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, in VITALE E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 5 ss.

FERRAJOLI L., *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in VITALE E., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 279 ss.

FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 143 ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011

FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, 1996

FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003

FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss.

FERRARI E., *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 563 ss.

FERRERO G., *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali*, in *Foro amm.-CDS*, 2006, 1375 ss.

FIGORILLI F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002

FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1912

FOIS S., *La riserva di legge*, Milano, 1963

FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità di giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.

FOLLIERI E., *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss.

FORMICETTI G., *Interesse legittimo oppositivo e diritti indegradabili*, in CAVALLO B. (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, 78 ss.

FRACCHIA F., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubbl. app.*, 2004, 799 ss.

FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, 2004, 2605 ss.

FRIER P.L. – PETIT J., *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, 2015

FRIGNANI A., *Inibitoria (azione) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 559 ss.

FRIGNANI A., *Inibitoria (azione) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in RENNA M. – SAIITA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 389 ss.

GALLO C.E., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la pubblica amministrazione nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 317 ss.

GALLO C.E., *L'istruttoria processuale*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4391 ss.

GALLO C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. - Cds*, 2004, 1908 ss.

GALLO C.E., *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II-2, Milano, 2008, 818 ss.

GALLO C.E., *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.*, 2010, 1013 ss.

GALLO C.E., *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, 2011, 694 ss.

GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016

GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009

GASPARRINO F., *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1287 ss.

GAY-HEUZEY A., *La protection des libertés fondamentales des étrangers à l'épreuve du dualisme juridictionnel français*, in ÉVEILLARD G. (a cura di), *La guerre des juges aura-t-elle lieu? Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016, reperibile su www.revuegeneraledudroit.eu

GIACCHETTI S., *I nuovi confini della giustizia amministrativa*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1297 ss.

GIACCHETTI S., *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 335 ss.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939

GIANNINI M.S., *Atto amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss.

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 522 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.

GIGLIONI F., *La ridotta incidenza dei diritti fondamentali per il riparto di giurisdizione*, in *Giornale dir amm.*, 2010, 1034 ss.

GILBERT S., *L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait: vers une perte de sens de la voie de fait*, in *DA*, 2013, 3, 49 ss.

GIORDANO R., *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*, in *Giust. civ.*, 2008, 1447 ss.

- GIOVAGNOLI R., *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. App.*, 2005, 1159 ss.
- GONOD P. – MELLERAY F. – YOLKA P. (a cura di), *Traité de droit administratif*, Parigi, 2011
- GRECO G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481 ss.
- GRECO G., *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006, 1945 ss.
- GRECO G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 898 ss.
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2013
- GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss.
- GROSSI P.F., *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili della Costituzione italiana*, Padova, 1972
- GROSSI P.F., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994
- GUASTINI R., *Legge (riserva di) (voce)*, in *Dig. pubbl.*, X, Torino, 1994, 169 ss.
- GUASTINI R., *Tre problemi di definizione*, in VITALE E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 43 ss.
- GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 13 ss.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1994, (ristampa)
- GUILLOU-COUDRAY S., *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, Parigi, 2002
- GUSSAGO A., *Sull'ammissibilità delle condanne della Pubblica Amministrazione ad un «facere» specifico: nuove prospettive in materia di limiti ai poteri decisori del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1993, 3 ss.
- GUYOMAR M. – DOMINO X., *Révois prejudiciels et bonne administration de la justice*, in *AJDA*, 2012, 27 ss.
- GUYOMAR M. – SEILLER B., *Contentieux administratif*, Parigi, 2016

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1933

IMMORDINO M., *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *federalismi.it*, 19, 2014

JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912

JEZE G., *Rapport à l'Institut international de droit public*, in *Annuaire de l'Institut*, 1929, 162

JOLIOT M., *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, Parigi, 1975

LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Boulogne-Billancourt, 1896

LARICCIA S., *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. cost.*, 2006, 1935 ss.

LE BOT O., *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, Issy-les-Moulineaux, 2007

LE BOT O., *Le guide des référés administratifs*, Parigi, 2013

LE BOT O., *Contentieux administratif*, Bruxelles, 2015

LEDDA F., *L'attività amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987

LEDDA F., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, 2713 ss.

LEDDA F., *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2212 ss.

LENOCI A.E., *La «pregiudiziale amministrativa» e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della quarta sezione del consiglio di stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 532 ss.

LEONE G., *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il “giusto processo amministrativo”*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 645 ss.

LETTERON R., *Libertés publiques*, Parigi, 2012

LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Parigi, 2012

LILLO P., *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006

LOCHAK D., *Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?*, in *Pouvoirs*, n. 46, 1988, 53 ss.

LOCKE J., *Saggio sul governo civile*, in ID., *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, 1982, 2311 ss.

LOMBARD M. – DUMONT G. – SIRINELLI J., *Droit administratif*, Parigi, 2013

LUCIANI M., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016

LUGO A., *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del giudizio amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1964, 80 ss.

MAGRI M., *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, 2001, 144 ss.

MALINCONICO S., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1041 ss.

MALINCONICO S., *Fattispecie occupative e giurisdizione: verso il consolidamento del criterio di riparto*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1160 ss.

MANGANARO F., *Pronunce del giudice ordinario ed obblighi di fare imposti alla Pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 286 ss.

MANGANARO F., *I diritti umani sono diritti soggettivi non limitabili dal potere amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 9, 2009

MARRA A., *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012

MARTINI F., *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 377 ss.

MARUOTTI L., *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in CAVALLARI A. – DE GIORGI CEZZI G. – PELLEGRINO G.L. – PORTALURI P.L. – STICCHI

DAMIANI E. – VANTAGGIO A. (cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, 2011, 19 ss.

MARUOTTI L., *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012

MARZANO L., *Ancora sui comportamenti: la Corte costituzionale torna sul riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2006, 2277 ss.

MARZUOLI C. – ORSI BATTAGLINI A., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 ss.

MARZUOLI C., *Un diritto "non amministrativo"?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 134 ss.

MARZUOLI C., *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, 2009, in *Questione giust.*, n. 2, 34 ss.

MASSERA A., *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 761 ss.

MATARESE L., *Il danno da onde elettromagnetiche: la svolta della cassazione*, in *Corr. giur.*, 2001, 203 ss.

MATTARELLA B.G., *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 979 ss.

MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008

MAZZAMUTO M., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46 ss.

MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss.

MAZZAROLLI L., *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1207 ss.

MAZZIOTTI DI CELSO M., *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss

MENCHINI S., *La tutela del giudice ordinario*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2003, 3687 ss.

MERLONI F., *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 498 ss.

- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss.
- MERUSI F., *In viaggio con Laband...*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 658 ss.
- MERUSI F., *Relazione tenuta al seminario “La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo”, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici “Angelo Staffa” dell’Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l’Università Bocconi*, 2010, in www.giustamm.it
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.
- MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011
- MERUSI F., *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giur. it.*, 2012, 435 ss.
- MERUSI F., *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso amministrativo (all.E)*, in *Amministrare*, 2015, fasc. 1 suppl., 225 ss.
- MERUSI F., *Dal 1865...e ritorno...al 1865. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671 ss.
- MEUCCI L., *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898
- MICARI G., *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 503 ss.
- MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1940, 49 ss.
- MIRATE S., *L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU al processo amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 119 ss.
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007
- MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- MONTESANO L., *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960

MORBIDELLI G., *I principi del procedimento* in MAZZAROLLI L. – PERICU G. – ROMANO A. – ROVERSI MONACO F.A. – SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 560 ss.

MORBIDELLI G., *Corti costituzionali e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 285 ss.

MORBIDELLI G., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2014

MORELLI F.B., *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in GIOLO O. – PIFFERI M. (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, 156 ss.

MORELLI S., *La lesione dei diritti fondamentali come danno-evento di per sé risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1998, 370 ss.

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1910

MORTATI C., *La corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69 ss.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991

NIGRO M., *Introduzione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2140 ss.

NIGRO M., *Ma che cosa è questo interesse legittimo?*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1883 ss.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002

NOCILLA D., *Libertà*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3496 ss.

OBERDROFF H., *À propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789*, in *RDP*, 1989, 665 ss.

OBERDORFF H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parigi, 2016

ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in AMATO G. – BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, I, 89 ss.

ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891

ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1907, 727 ss.

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005

PACE A., *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1980, 1995 ss.

PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici comuni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 685 ss.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003

PACE A., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, reperibile all’indirizzo <http://www.rivistaaic.it/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-dell-uomo.html>

PACTEAU B., *L’indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986*, in *RFDA*, 1986, 783 ss.

PACTEAU B., *Le contrôle de l’administration par une juridiction administrative. Existence ou non d’une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif*, in *RA*, 2001, 91 ss.

PAJNO A., *Giurisdizione esclusiva ed “arbitrato” costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 983 ss.

PAJNO A., *Per una lettura “unificante” delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, 2006, in www.astrid-online.it

PAJNO A., *Il Codice del processo amministrativo e il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 100 ss.

PAJNO A., *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali e immigrazione*, in www.federalismi.it, 8 novembre 2017

PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002

PAOLANTONIO N., *Esistenza dell'interesse legittimo? (rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1 ss.

PAPISCA A., *Diritti umani (voce)*, in BERTI E. – CAMPANINI G. (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, Roma, 1993, 190 ss.

PARADISO M., *Tutela della salute, diritto civile e problemi di selezione di interessi*, in *Giust. civ.*, 1980, 2827 ss.

PATRONI GRIFFI F., *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei paesi membri: quali prospettive?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 367 ss.

PECES BARBA G., *Diritti e doveri fondamentali (voce)*, in *Dig. pubbl.*, V, Torino, 1990, 139 ss.

PECES BARBA G., *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993

PERFETTI L.R., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007

PERFETTI L.R., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.

PETIT J., *Les armes du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales: le point de vue de la doctrine*, in ÉVEILLARD G. (a cura di), *La guerre des juges aura-t-elle lieu? Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016, reperibile su www.revuegeneraledudroit.eu

PETIT S., *La voie de fait administrative*, Parigi, 1995

PICCIONE D., *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009

PICOZZA E., *Processo amministrativo (normativa) (voce)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1987, 163 ss.

PICOZZA E., *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, Torino, 2004

PICOZZA E., *Le situazioni giuridiche soggettive*, in CHITI M.P. – GRECO G. (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Milano, II, 2007, 903 ss.

PIGA, F., *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*, in *Giust. Civ.*, 1980, 366 ss.

PIGNATELLI N., *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013

PIOGGIA A., *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 49 ss.

PIZZETTI F.G., *Giurisdizione (riserva di) (voce)*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2740 ss.

PIZZORUSSO A., *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997

PIZZORUSSO A., *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 45 ss.;

PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto*, in GALGANO F., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2012, 81 ss.

POLI G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012

POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974 ss.

PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.

PROTTO M. – BELLAVISTA M., *La giurisdizione in generale*, in CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 113 ss.

PULEO A., *Quale giustizia per i diritti di libertà. Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005

QUARANTA A., *La tutela dei diritti fondamentali nella costituzione*, Napoli, 2013

RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913 ss.

RAMAJOLI M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 573 ss.

RAMAJOLI M., *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva e merito*, in SASSANI B. – VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 141 ss.

- RAMAJOLI M., *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2013, 357 ss.
- RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347 ss.,
- RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937
- RAPISARDA SASSOON C., *Inibitoria (voce)*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 475 ss.
- RAPISARDA C. – TARUFFO M., *Inibitoria (azione) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1997
- RAWLS J., *Teoria della giustizia*, Milano, 1982
- RAZZANO G., *La “particolare materia” della “gestione dei rifiuti”. Considerazioni sugli effetti di una sentenza interpretativa di rigetto sul coordinamento fra le qualificazioni operate dalla Corte (in margine alla sentenza n. 35/2010 della Corte costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2011, 1 ss.
- REGA F., *La giurisdizione del giudice ordinario*, in CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 51 ss.
- RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civilizzazione”*, in DELLA CANANEA G. – DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.
- RENOUX T., *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Parigi, 2011
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2014
- RIBEMONT T., *Introduction au droit des étrangers en France*, Parigi, 2012
- RICCI J.C., *Contentieux administratif*, Parigi, 2016
- RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in NANIA R. – RIDOLA P., (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 54 ss.
- RIVERO J., *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, in *Dalloz Chronique VI*, 1962, 37 ss.
- RIVERO J., *Les libéertes publiques*, Parigi, 1991

- ROBERT J. – DUFFAR J., *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Parigi, 2009
- ROMANO A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22 ss.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.
- ROMANO A., *Il riconoscimento costituzionale dei diritti. Alcune considerazioni sui diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 228 ss.
- ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.
- ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.
- ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.
- ROMANO S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947
- ROMANO TASSONE A., *Così non serve a niente*, 2010, in www.giustamm.it
- RORDORF R., *Il riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa e i diritti fondamentali*, nel convegno *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del processo civile*, Roma, 16-17 marzo 2017
- ROSSETTI M., *Alla corte non basta il rispetto dei limiti. Il diritto inviolabile alla salute tutelabile in via preventiva*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 37, 53 ss.
- ROSSI E., *Commentario alla Costituzione – Art. 2*, reperibile su www.leggiditalia.it
- ROSSI G., *Il vecchio interesse legittimo ringrazia la Corte costituzionale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 3
- ROSSI G., *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211 ss.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Parigi, 2008
- ROUVILLOIS F., *Libertés fondamentales*, Parigi, 2012
- ROVAGNATI A., *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009

SAITTA F., *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, 2004, oggi in www.lexitalia.it

SAITTA F., *Art. 113*, in BIFULCO R. – CELOTTO A. – OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2136 ss.

SAITTA F., *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi) del tutto dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, in *Giur. it.*, 2010, 1931 ss.

SAITTA N., *Il codice che poteva essere*, 2010, in www.giustamm.it

SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000

SALMA S., *Le tribunal des conflits déshabille la 'folle du logis'*", in *REVDH*, 2013, 8 ss.

SANDEVOIR P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, in *LGDJ*, 1964, 676 ss.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998

SANDULLI M.A., *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1211 ss.

SANDULLI M.A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 65 ss.

SANDULLI M.A., *Brevi considerazioni a prima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, in *Giustamm.it*, 2011

SANDULLI M.A. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013

SAN GIORGIO M.R. – FELICETTI F., *Controversie in materia di impianti di generazione elettrica e giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, 866 ss.

SARGOS P., *Consignation à bord d'un navire de deux clandestins: absence de voie de fait et inapplicabilité de la législation sur la rétention des étrangers*, in *JCP*, n. 24, 11 giugno 1997, II, 22861 ss.

SASSANI B., *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.

SATTA F., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 429 ss.

SATTA F., *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm.-Cds*, 2004, 1903 ss.

SALVAGO S., *Inammissibilità delle sentenze di condanna della p.a. ad un facere specifico: un lungo cammino per il superamento del privilegio*, in *Giust. civ.*, 1993, 750 ss.

SAVINO M., *Libertà degli stranieri*, Milano, 2012

SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984

SCOCA F.G., *Interessi protetti (voce)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989

SCOCA F.G., *Riflessione sui criteri di riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989

SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990

SCOCA F.G., *La teoria sul provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 255 ss.

SCOCA F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.

SCOCA F.G., *La gestazione dell'interesse legittimo*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, 283 ss.

SCOCA F.G., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 439 ss.

SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss.

SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 979 ss.

SCOCA F.G., *Cenni sulla (nuova) disciplina della giurisdizione*, in ALPA G. – SALAZAR M. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Napoli, 2013, 31 ss.

SCOCA F.G., *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2 ss.

SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014

SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2015

SCOCA F.G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017

SCODITTI E., *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 488 ss.

SCODITTI E., *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, III, 2015, 962 ss.

SEGUIN D., *Guide du contentieux des étrangers*, Parigi, 2013

SEMPREVIVA M.T., *Diritto alla salute e alla salubrità ambientale e giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2007, 706 ss.

SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), Padova, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, 2011, 5 ss.

SIRIANNI G., *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 889 ss.

SIRIANNI G., *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano, 2006

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016

SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985

SORDI B., *Interesse legittimo (voce)*, in *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2008, 727

SPADARO A., *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 235 ss.

SPEZZATI A., *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 570 ss.

SPUNTARELLI S., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 758 ss.

STAHL J.H., *Le juge administratif, garantie de l'administration?*, in *AJDA*, 1999, numero speciale *Puissance publique ou impuissance publique?*, 58 ss.

STELLA RICHTER P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, AA.VV., in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 853 ss.

TASSONE S., *I poteri del giudice ordinario nei confronti della p.a.*, in CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 73 ss.

TEGA D., *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur.it.*, 2001, 1335 ss.

THIERRY D., *La jurisprudence Eucat dix ans après: sa portée sur la théorie de la voie de fait*, in *RFDA*, 1997, 52 ss.

TIBERII M., *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Napoli, 2013

TIZZANO A., *Diritto comunitario e tutela giurisdizionale nel diritto interno, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in AA.VV., *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, 35 ss.

TOMMASETTI A., *Alla giustizia ordinaria affidata la materia della discriminazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 20, 104 ss.

TONOLETTI B., *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.

TONOLETTI B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, 20, Torino, 2010, 132 ss.

TORCHIA L., *Il nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1118 ss.

TORCHIA L., *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187 ss.

TOSATO E., *Prestazioni patrimoniali imposta e riserva di legge*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, 2123

TOURADIAS M., *Indépendance des membres des tribunaux administratifs. La loi du 6 janvier 1986*, in *AJDA*, 1986, 275 ss.

TRAORE S., *Référé-injonction et voie de fait. Verse un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait*, in *Dr. adm.*, 2001, 14

TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, I, 2004, 2598 ss.

TRAVI A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, I, 1625 ss.

TRAVI A., *Simboli religiosi e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2006, III, 181 ss.

TRAVI A., *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un "codice" del processo amministrativo*, 2010, in www.giustamm.it

TRAVI A., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, 2011, III, 517 ss.

TRAVI A., *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in ID. (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*, Milano, 2013, 1 ss.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.

TROPEA G., *Homo sacer?*, in *Dir. amm.*, 2008, 839 ss.

TRUCHET D., *Droit administratif*, Parigi, 2011

TURPIN D., *Contentieux administratif*, Parigi, 2010

VALAGUZZA S., *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1260 ss.

VANDENDRIESSCHE X., *Le droit des étrangers*, Parigi, 2013

VASSALLO PALEOLOGO F., *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. mer.*, 2012, 1138 ss.

VEDEL G., *Cours de Droit public*, Parigi, 1950

VERCILLO G., *Diritti fondamentali tutelati dalla costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1372 ss.

VERCILLO G., *La tutela della "chance". Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012

VERDE G., *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.*, in *Foro it.*, I, 2008, 435 ss.

VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012

VERZARO S., *Osservazioni in tema di tutela della salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 368 ss.

VETTORI N., *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 54 ss.

VETTORI N., *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 681 ss.

VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993

VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971

VILLATA R., *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980

VILLATA R., *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 848 ss.

VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss.

VILLATA R., *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) in margine ad un dibattito giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 65 ss.

VILLATA R., *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'università degli studi di Messina*, 2010, in www.giustamm.it

VILLATA R., *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss.

VILLATA R., *La prima riforma*, in SASSANI B. – VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss.

VILLATA R., *Tre anni dopo la prima riforma*, in SASSANI B. – VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss.

VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017

VIOLA L., *Il diritto incompressibile all'ambiente salubre e la sindrome N.I.M.B.Y.*, in *Giur. merito*, 2007, 3312 ss.

VIRGA P., *Ammesse le condanne ad un "facere" della p.a.*, in *Corr. giur.*, 1992, 516 ss.

VITALE E., *Sulla fondazione dei diritti fondamentali*, in VITALE E., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 217 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954

ZANUTTIGH L., *Giudice ordinario e diritto dell'ambiente: un passo avanti della Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 342 ss.

ZOLO D., *Libertà, proprietà e uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in VITALE E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 49 ss.

ZORZELLA N., *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 27 ss.

GIURISPRUDENZA

- Corte costituzionale, 14 giugno 1956, n. 1
- Corte costituzionale, 3 luglio 1956, n. 11
- Corte costituzionale, 18 marzo 1957, n. 47
- Corte costituzionale, 18 maggio 1960, n. 33
- Corte costituzionale, 27 marzo 1962, n. 29
- Corte costituzionale, 23 marzo 1966, n. 26
- Corte costituzionale, 24 gennaio 1969, n. 1
- Corte costituzionale, 16 gennaio 1970, n. 10
- Corte costituzionale, 8 luglio 1971, n. 168
- Corte costituzionale, 13 febbraio 1974, n. 33
- Corte costituzionale, 9 luglio 1974, n. 234
- Corte costituzionale, 7 maggio 1975, n. 102
- Corte costituzionale, 17 dicembre 1975, n. 238
- Corte costituzionale, 1 agosto 1978, n. 98
- Corte costituzionale, 4 luglio 1979, n. 56
- Corte costituzionale, 10 febbraio 1981, n. 17
- Corte costituzionale, 10 novembre 1982, n. 175
- Corte costituzionale, 18 luglio 1983, n. 2012
- Corte costituzionale, 9 giugno 1986, n. 132
- Corte costituzionale, 18 dicembre 1987, n. 561
- Corte costituzionale, 2 febbraio 1988, n. 127
- Corte costituzionale, 7 aprile 1988, n. 404
- Corte costituzionale, 5 maggio 1988, n. 507
- Corte costituzionale, 3 novembre 1988, n. 1011
- Corte costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146
- Corte costituzionale, 11 aprile 1989, n. 203
- Corte costituzionale, 16 ottobre 1990, n. 455
- Corte costituzionale, 11 gennaio 1991, n. 13
- Corte costituzionale, 19 novembre 1991, n. 419

Corte costituzionale, 17 giugno 1992, n. 278
Corte costituzionale, 3 febbraio 1994, n. 13
Corte costituzionale, 27 giugno 1996, n. 223
Corte costituzionale, 23 luglio 1996, n. 297
Corte costituzionale, 10 febbraio 1997, n. 35
Corte costituzionale, 31 maggio 2000, n. 161
Corte costituzionale, 17 luglio 2000, n. 292
Corte costituzionale, 10 aprile 2001, n. 105
Corte costituzionale, 11 maggio 2001, n. 120
Corte costituzionale, 17 maggio 2001, n. 140
Corte costituzionale, 28 maggio 2001, n. 165
Corte costituzionale, 23 luglio 2001, n. 275
Corte costituzionale, 25 luglio 2001, n. 298
Corte costituzionale, 18 dicembre 2001, n. 414
Corte costituzionale, ord. 6 marzo 2002, n. 44
Corte costituzionale, ord. 7 maggio 2002, n. 170
Corte costituzionale, 29 dicembre 2004, n. 428
Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204
Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191
Corte costituzionale, 22 giugno 2006, n. 240
Corte costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140
Corte costituzionale, 5 febbraio 2010, n. 35
Corte costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115
Corte costituzionale, 12 dicembre 2012, n. 180
Corte costituzionale, 22 novembre 2013, n. 278
Corte costituzionale, 22 dicembre 2014, n. 238
Corte costituzionale, 15 maggio 2015, n. 83
Corte costituzionale, 15 luglio 2016, n. 179
Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286
Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94
Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6

Cassazione civile, sez. un., 9 novembre 1974, n. 3486
Cassazione civile, sez. un., 6 febbraio 1978, n. 522
Cassazione civile, sez. un., 18 maggio 1978, n. 2395
Cassazione civile, sez. un., 22 luglio 1978, n. 3668
Cassazione civile, sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463
Cassazione civile, sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172
Cassazione civile, sez. un., 25 ottobre 1979, n. 5575
Cassazione civile, sez. un., 18 luglio 1983, n. 212
Cassazione civile, sez. un., 17 novembre 1984, n. 5834
Cassazione civile, sez. un., 19 luglio 1985, n. 4263
Cassazione civile, sez. un., 3 novembre 1988, n. 1011
Cassazione civile, sez. un., 23 giugno 1989, n. 2999
Cassazione civile, sez. un., 15 maggio 1990, n. 4176
Cassazione civile, sez. un., 12 giugno 1990, n. 5714
Cassazione civile, sez. un., 16 ottobre 1990, n. 455
Cassazione civile, sez. un., 17 gennaio 1991, n. 400
Cassazione civile, sez. un., 3 luglio 1991, n. 7318
Cassazione civile, sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092
Cassazione civile, sez. un., 10 aprile 1992, n. 4411
Cassazione civile, sez. un., 17 novembre 1992, n. 12307
Cassazione civile, sez. un., 20 novembre 1992, n. 12386
Cassazione civile, sez. un., 29 gennaio 1993 n. 1151
Cassazione civile, sez. un., 11 luglio 1994, n. 6532
Cassazione civile, sez. un., 5 agosto 1994, n. 7262
Cassazione civile, sez. lav., 29 maggio 1995, n. 6001
Cassazione civile, sez. un., 29 luglio 1995, n. 8300
Cassazione civile, sez. un., 7 febbraio 1997, n. 1187
Cassazione civile, sez. un., 12 giugno 1997, n. 5297
Cassazione civile, sez. un., 1 agosto 1997, n. 7142
Cassazione civile, sez. un., 18 novembre 1997, n. 11432
Cassazione civile, sez. un., 15 ottobre 1998, n. 10186
Cassazione civile, sez. un., 19 febbraio 1999, n. 85

Cassazione civile, sez. un., 6 luglio 1999, n. 7537
Cassazione civile, sez. un., 10 agosto 1999, n. 582
Cassazione civile, sez. un., 29 novembre 1999, n. 837
Cassazione civile, sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2034
Cassazione civile, sez. III, 27 marzo 2000, n. 9893
Cassazione civile, sez. I, 9 giugno 2000, n. 7867
Cassazione civile, sez. I, 20 giugno 2000, n. 8381
Cassazione civile, sez. un., 8 agosto 2001, n. 10963
Cassazione civile, sez. un., 5 agosto 2002, n. 11725
Cassazione civile, sez. un., 1 ottobre 2002, n. 14079
Cassazione civile, sez. un., 20 agosto 2003, n. 12249
Cassazione civile, sez. un., 27 gennaio 2004, n. 1417
Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 2004, n. 7473
Cassazione civile, sez. lav., 26 aprile 2004, n. 7912
Cassazione civile, sez. I, 17 dicembre 2004, n. 23577
Cassazione civile, sez. un., 12 gennaio 2005, n. 2262
Cassazione civile, sez. un., 25 marzo 2005, n. 6426
Cassazione civile, sez. un., 30 marzo 2005, n. 11334
Cassazione civile, sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548
Cassazione civile, sez. un., 6 luglio 2005, n. 14197
Cassazione civile, sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20125
Cassazione civile, sez. un., 8 marzo 2006, n. 4908
Cassazione civile, sez. un., 21 marzo 2006, n. 6218
Cassazione civile, sez. un., 28 giugno 2006, n. 14848
Cassazione civile, sez. un., 10 luglio 2006, n. 15614
Cassazione civile, sez. un., ord. 13 luglio 2006, nn. 13659 e 13660
Cassazione civile, sez. un., 13 luglio 2006, n. 15897
Cassazione civile, sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461
Cassazione civile, sez. un., 16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221
Cassazione civile, sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735
Cassazione civile, sez. un., 9 marzo 2007, n. 5402
Cassazione civile, sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187

Cassazione civile, sez. I, ord. 7 febbraio 2008, n. 2973
Cassazione civile, sez. un., ord. 27 marzo 2008, n. 7933
Cassazione civile, sez. I, 26 settembre 2008, n. 24271
Cassazione civile, sez. II, 18 dicembre 2008, n. 29728
Cassazione civile, sez. un., 29 aprile 2009, n. 9956
Cassazione civile, sez. un., ord. 19 maggio 2009, n. 11535
Cassazione civile, sez. un., 21 maggio 2009, n. 11832
Cassazione civile, sez. un., 26 maggio 2009, n. 12115
Cassazione civile, sez. un., ord. 9 settembre 2009, n. 19393
Cassazione civile, sez. lav., 9 ottobre 2009, n. 21466
Cassazione civile, sez. un., 5 marzo 2010, n. 5290
Cassazione civile, sez. I, 7 ottobre 2010, n. 20838
Cassazione civile, sez. II, 15 febbraio 2011, n. 3701
Cassazione civile, sez. I, 24 giugno 2011, n. 13972
Cassazione civile, sez. un., ord. 20 luglio 2011, n. 15868
Cassazione civile, sez. un., 10 giugno 2013, n. 14502
Cassazione civile, sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115
Cassazione civile, sez. un., 28 giugno 2013, n. 16304
Cassazione civile, sez. VI, ord. 4 settembre 2013, n. 20331
Cassazione civile, sez. un., 24 ottobre 2014, n. 22612
Cassazione civile, sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011
Cassazione civile, sez. un., 3 giugno 2015, n. 11376
Cassazione civile, sez. un., 21 luglio 2015, n. 15207
Cassazione civile, sez. VI, 1 settembre 2015, n. 17408
Cassazione civile, sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052
Cassazione civile, sez. VI, ord. 22 giugno 2016, n. 12976
Cassazione civile, sez. un., 7 settembre 2016, n. 17674
Cassazione civile, sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21262
Cassazione civile, sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5059
Cassazione civile, sez. un., 08 maggio 2017, n. 11142
Cassazione civile, sez. lav., 19 gennaio 2018, n. 1391

Cassazione penale, sez. I, 17 settembre 2008, n. 36757

Corte d'Appello di Potenza, 26 settembre 1989, n. 149

Tribunale di Roma, ord. 17 dicembre 2002

Tribunale di Roma, sez. I, ord. 18 novembre 2011

Giudice di pace di Bologna, Decr., 22 marzo 2006

Giudice di pace di Alessandria, 10 maggio 2011

Pretura di Roma, ord. 4 giugno 1980

Pretura di Catania, ord. 16 luglio 1980

Pretura di Roma, ord. 27 luglio 1987

Pretura di Terni, 22 maggio 1998

Pretura di Como, decr. 9 giugno 1998, n. 62070

Pretura di Udine, 19 giugno 1998

Pretura di Varese, ord. 20 giugno 1998

Consiglio di Stato, 8 aprile 1898

Consiglio di Stato, 14 marzo 1902

Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 1937

Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 1940, n. 401

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 giugno 1941, n. 301

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 giugno 1941, n. 302

Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 1941, n. 461

Consiglio di Stato, sez. IV, 2 giugno 1943, n. 181

Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 1948

Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 1948

Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 12 giugno 1959, n. 125

Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 1

Consiglio di Stato, sez. VI, 10 novembre 1982, n. 54123

Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 1987, n. 205

Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 1990, n. 307
Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 1991, n. 369
Consiglio di Stato, sez. IV, 11 gennaio 1993, n. 28
Consiglio di Stato, sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 26
Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 1999, n. 474
Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 1999, n. 1001
Consiglio di Stato, sez. IV, 22 ottobre 2005, n. 6048
Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 35
Consiglio di Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88
Consiglio di Stato, sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556
Consiglio di Stato, sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2868
Consiglio di Stato, sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1940
Consiglio di Stato, ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12
Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 6546
Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717
Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 183
Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 683
Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1437
Consiglio di Stato, sez. V, 18 marzo 2010, n. 1580
Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139
Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2011, n. 793
Consiglio di Stato, parere 4 febbraio 2011, n. 571
Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 995
Consiglio di Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3
Consiglio di Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15
Consiglio di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5769
Consiglio di Stato, sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296
Consiglio di Stato, sez. III, 27 gennaio 2012, n. 367
Consiglio di Stato, sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069
Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2012, n. 28
Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002
Consiglio di Stato, sez. IV, 6 febbraio 2013, n. 5830

Consiglio di Stato, sez. IV, 9 maggio 2013, n. 2518
Consiglio di Stato, sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3267
Consiglio di Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1009
Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1258
Consiglio di Stato, sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1605
Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2014, n. 3241
Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460
Consiglio di Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3751
Consiglio di Stato, sez. III, 25 dicembre 2015, n. 5539
Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 450
Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 839
Consiglio di Stato, sez. III, 25 marzo 2016, n. 1244
Consiglio di Stato, ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7
Consiglio di Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297
Consiglio di Stato, sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841
Consiglio di Stato, sez. III, 10 gennaio 2017, n. 46

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 30 marzo 2011, n. 291
Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 26 agosto 2013, n. 734
Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 28 ottobre 2014, n. 582
Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 17 febbraio 2017, n. 48

Tar Calabria, Catanzaro, 30 novembre 1990, n. 736
Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 settembre 2013, n. 931
Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 23 agosto 2002, n. 610
Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 29 gennaio 2007, n. 102
Tar Lazio, Roma, sez. I *ter*, 23 marzo 2006, n. 5070
Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 4 giugno 2007, 5116
Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 8 ottobre 2008, n. 8831
Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 4 marzo 2009, n. 2258
Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 luglio 2011, n. 5826
Tar Lazio, Roma, sez. II, 12 aprile 2013, n. 3753

Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 aprile 2013, n. 4005
Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 2 ottobre 2013, n. 8558
Tar Lazio, Roma, sez. II, 29 marzo 2016, n. 3846
Tar Liguria, sez. II, 2 novembre 2011, n. 1502
Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 giugno 2008, n. 2105
Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 febbraio 2009, n. 1312
Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 6 aprile 2011, n. 904
Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428
Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 luglio 2012, n. 1990
Tar Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 18
Tar Puglia, Bari, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 210
Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 17 marzo 2009, n. 510
Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628
Tar Toscana, sez. II, 16 marzo 2001, n. 462
Tar Trentino-Alto Adige, Trento, sez. II, 26 gennaio 1990, n. 141

GIURISPRUDENZA FRANCESE

Conseil constitutionnel, n. 71-44 DC del 16 luglio 1971

Conseil constitutionnel, n. 76-70 DC del 2 dicembre 1976

Conseil constitutionnel, n. 76-75 DC del 12 gennaio 1977

Conseil constitutionnel, n. 77-87 DC del 23 novembre 1977

Conseil constitutionnel, n. 79-105 DC del 25 luglio 1979

Conseil constitutionnel, n. 79-109 DC del 9 gennaio 1980

Conseil constitutionnel, n. 80-119 DC del 22 luglio 1980

Conseil constitutionnel, n. 86-164 DC del 29 dicembre 1983

Conseil constitutionnel, n. 86-224 DC del 24 gennaio 1987

Conseil constitutionnel, n. 89-261 DC del 28 luglio 1989

Conseil constitutionnel, n. 89-269 DC del 9 gennaio 1990

Conseil constitutionnel, n. 92-307 DC del 25 febbraio 1992

Conseil constitutionnel, n. 93-325 DC del 13 agosto 1993

Conseil constitutionnel, n. 98-399 DC del 5 maggio 1998

Conseil constitutionnel, n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003

Conseil constitutionnel, n. 2009-898 DC, del 3 dicembre 2009

Conseil constitutionnel, n. 2013-679 DC del 4 dicembre 2013

Conseil constitutionnel, n. 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016

Tribunal des conflits, 8 febbraio 1873

Tribunal des conflits, 13 maggio 1875, *Lacombe*

Tribunal des conflits, 22 gennaio 1921, *Société Commerciale de l'Ouest africain*
(*c.d. Bac d'Eloka*)

Tribunal des conflits, 4 giugno 1940, *Soc. Schneider et Cie*

Tribunal des conflits, 18 dicembre 1947, *Hilaire*

Tribunal des conflits, 18 dicembre 1947, *Dme Cortesi*

Tribunal des conflits, 14 novembre 1960, *Prefet du Calvados c. Duchène*

Tribunal des conflits, 2 luglio 1962, *Préfet de la Loire-Atlantique c. Pabou et*
Monroty

Tribunal des conflits, 16 novembre 1964, *Clément*
Tribunal des conflits, 27 giugno 1966, *Guigon*
Tribunal des conflits, 9 giugno 1986, *Eucat*
Tribunal des conflits, 13 gennaio 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*
Tribunal des conflits, 24 febbraio 1992, *Préfet de la Gironde*
Tribunal des conflits, 25 gennaio 1993, *SCI Oasis*
Tribunal des conflits, 12 maggio 1997, *Préfet de police de Paris*
Tribunal des conflits, 23 ottobre 2000, *Boussadar c. Ministre des affaires étrangères*
Tribunal des conflits, 17 ottobre 2011, *SCEA du Chéneau c. INAPORC*
Tribunal des conflits, 12 dicembre 2011, *SNC Green Yellow c. SA Electricité de France*
Tribunal des conflits, 17 luglio 2013, *M. Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*
Tribunal des conflits, 9 febbraio 2015, n. 3986, *M. Mohammed H. c/ Préfet de Seine-et-Marne*

Conseil d'État, conflit, 21 settembre 1827, *Rousseau*
Conseil d'État, 9 maggio 1867, *Duc d'Aumale*
Conseil d'État, 6 febbraio 1903, *Terrier*
Conseil d'État, 31 luglio 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*
Conseil d'État, 9 gennaio 1931, *Merlin*
Conseil d'État, ass. 13 maggio 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*
Conseil d'État, 31 luglio 1942, *Monpeurt*
Conseil d'État, ass. 18 novembre 1949, *Carlier*
Conseil d'État, 9 luglio 1965, *Voskresensky*
Conseil d'État, ass. 23 gennaio 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c. Amoros*
Conseil d'État, 1 marzo 1972, *Sieur Lorenzi c. SCI Saint-François*
Conseil d'État, 9 luglio 2000, *Lembezat*, n. 313989
Conseil d'État, 9 gennaio 2001, *Deperthes*, n. 228928
Conseil d'État, 12 gennaio 2001, *Hyacinthe*, n. 229039
Conseil d'État, 24 febbraio 2001, *Tibéri*, n. 230611

Conseil d'État, 23 marzo 2001, *Sté Lidl*, n. 231559
Conseil d'État, 2 aprile 2001, *Min. de l'Intérieur c. C^{ts} Marcel*, n. 231965
Conseil d'État, 12 novembre 2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, n. 239840
Conseil d'État, sect. 16 novembre 2001, *Ville de Paris*, n. 353172
Conseil d'État, 3 aprile 2002, *Kurtarici*, n. 244686
Conseil d'État, ass., 6 novembre 2002, *Moon*, n. 194295
Conseil d'État, 11 marzo 2003, *Samagassi*, n. 254791
Conseil d'État, 10 settembre 2003, *C^{ts} d'Hyères-les-Palmiers*, n. 260015
Conseil d'État, 9 dicembre 2003, *Aguillon*, n. 262186
Conseil d'État, 2 febbraio 2004, *Abdallah*, n. 260100
Conseil d'État, 16 febbraio 2004, *Benaissa*, n. 264314
Conseil d'État, 9 aprile 2004, *Vast*, n. 263759
Conseil d'État, 14 marzo 2005, *Gollnisch*, n. 278435
Conseil d'État, 8 settembre 2005, *Garde des Sceaux, min. de la justice*, n. 284803
Conseil d'État, 26 ottobre 2005, *Sté des crématorimus de France*, n. 279441
Conseil d'État, 29 dicembre 2006, *Assoc. culturelle musulmane de St-Nazaire*, n. 297992
Conseil d'État, 31 maggio 2007, *Synd. CFDT Interco 28*, n. 298293
Conseil d'État, 25 ottobre 2007, *Y*, n. 310125
Conseil d'État, 16 dicembre 2008, *Sté Sintel Fashion*, n. 316027
Conseil d'État, 27 ottobre 2010, *Lefebvre*, n. 343966
Conseil d'État, 5 dicembre 2010, *Min. de l'éduc. nat.*, n. 344728.
Conseil d'État, 22 dicembre 2012, *Sect. franç. OIP*, n. 364584
Conseil d'État, 18 luglio 2011, *Fathi*, n. 343901
Conseil d'État, ord. 23 gennaio 2013, n. 365262
Conseil d'État, 4 marzo 2013, n. 359428
Conseil d'État, 20 marzo 2013, *Sté Addmedica*, n. 356661
Conseil d'État, 6 giugno 2013, *Sect. franç. OIP*, n. 368816
Conseil d'État, ass. 14 febbraio 2014, *Lambert*, n. 375081
Conseil d'État, 9 luglio 2014, n. 382145
Conseil d'État, 23 novembre 2015, *Cne de Calais*, n. 394540
Conseil d'État, ord. ref. 15 aprile 2016, n. 398550

Cour de cassation, 30 aprile 1838
Cour de cassation, 28 gennaio 1902
Cour de cassation, 12 luglio 1921
Cour de cassation, 27 febbraio 1950, *Maire c. Philips*
Cour de cassation, 13 marzo 1956, *Bull. civ.*
Cour de cassation, 8 dicembre 1958, *Testo Ferry c. Couissin*
Cour de cassation, 28 giugno 1995, *Behta*
Cour de cassation, 28 giugno 1995, *Massamba*
Cour de cassation, 28 giugno 1995, *Mpinga*
Cour de cassation, 3 febbraio 2004, n. 170 Fs-P