ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

29 APRILE 2020

I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale

di Nicola Pignatelli
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale *

di Nicola Pignatelli
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Abstract [It]: L'articolo esamina la problematica del riparto di giurisdizione dei diritti inviolabili. In particolar modo ha come obiettivo quello di verificare se l'individuazione della giurisdizione dei diritti inviolabili avvenga oggi sulla base dei criteri generali, presupponendo quindi che un diritto inviolabile possa avere anche la forma di un interesse legittimo, oppure se sopravviva la teoria della corrispondenza tra diritti inviolabili e diritti soggettivi, che nega in senso assoluto la giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili. Soltanto questa verifica permette di comprendere se sia configurabile la categoria degli interessi legittimi costituzionali e quindi la giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili.

Abstract [En]: The paper examines the issue of the allocation of jurisdiction over fundamental rights. The analysis aims to verify if the allocation of jurisdiction is based on general criteria and therefore if a fundamental right could take the form of a legitimate interest. Alternately, the study wonders if the identification of jurisdiction is based on the classic thesis according to which a fundamental right takes the form of a subjective right. The research demonstrates the existence of the category of constitutional legitimate interests and support the legitimacy of administrative jurisdiction over fundamental rights.

Sommario: **1.** Una notazione preliminare. **2.** Diritti inviolabili e potere pubblico. **3.** La giurisdizione ordinaria esclusiva dei diritti inviolabili: i diritti inviolabili "senza potere". **4.** Il fondamento della giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili: il potere pubblico "senza diritti". **5.** La giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili nella giurisprudenza costituzionale. **6.** Il seguito "forte" della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. **7.** Il seguito "debole" della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza della Corte di cassazione. **8.** L'interesse legittimo costituzionale come elemento costitutivo della forma di Stato.

1. Una notazione preliminare

Con il presente lavoro intendiamo verificare se la problematica relativa all'individuazione della giurisdizione dei diritti inviolabili sia oggi risolta e sopita, secondo i generali criteri sul riparto di giurisdizione, dando quindi per acquisito che un diritto inviolabile possa assumere la consistenza giuridica anche di un interesse legittimo, con conseguente radicamento, in via alternativa, della giurisdizione ordinaria o amministrativa[1]; oppure se, al contrario, continui a sopravvivere l'ideologia della rigida corrispondenza tra diritti inviolabili e diritti soggettivi, che nega in radice la conciliabilità della dimensione

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Per un inquadramento della problematica, tra i contributi più recenti, si vedano gli autorevoli lavori di F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2017; M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *www.sipotra.it*, 2018. Sia consentito rinviare anche a N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013.

dei diritti inviolabili con la forma dell'interesse legittimo e con essa la giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili.

Si tratta di capire, nella prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive, se il rapporto tra diritti inviolabili e potere pubblico, naturalmente sindacato dalla giurisdizione amministrativa, sia ancora un "amore difficile"[2], caratterizzato da una potenziale "incomunicabilità"[3] ed "incociliabilità"[4], tanto da aver fatto domandare se l'interesse legittimo, che presuppone il potere pubblico, "sia una figura compatibile con la tutela di fronte all'amministrazione dei diritti fondamentali"[5], una sorta di "binomio impossibile"[6].

Soltanto dal superamento di tali resistenze passa il pieno riconoscimento della categoria degli *interessi legittimi costituzionali (o fondamentali)*[7] e con essi della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili; in sintesi, la definitiva negazione di una *giurisdizione esclusiva del giudice ordinario* sui diritti inviolabili.

2. Diritti inviolabili e potere pubblico

Può essere rilevata in seno alla Costituzione un'antinomia logica tra la dimensione dei *diritti* e la dimensione dei *poteri*, *rectius*, tra il riconoscimento dei diritti e l'organizzazione dei poteri, in altre parole tra gli stessi elementi definitori di una Costituzione in senso liberale[8]. Tale antinomia consiste nella tensione costante tra l'enunciazione linguistica, a forte rilevanza ermeneutica, dell'*inviolabilità* dei diritti

[2] Nei termini calviniani riassume tale tensione F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008; cfr. anche F. CARINGELLA, *Voglia di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006.

[3] R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2010.

[4] Cfr. A. MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte costituzionale* n. *241/2010*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2010.

[5] U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 437.

[6] R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. app.*, 2005, 1157.

[7] Nella Relazione d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 il Presidente del Consiglio di Stato ha utilizzato significativamente la categoria delle "situazioni soggettive fondamentali". In dottrina cfr. L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; A. PAJNO, *Rapporti tra le corti. Diritti fondamentali e immigrazione*, in *www.fedearlismi.it*, 2017; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 10; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; A. CARRATA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 27 ss. Deve essere rilevato, invece, come una parte della dottrina, pur a Costituzione invariata, metta in evidenza un progressivo esaurimento delle ragioni dommatiche di differenziazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Cfr. da ultimo il suggestivo lavoro di L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. Pubb.*, 2019, 723 ss.

[8] L'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 affermava, definendo *a contrario* il contenuto essenziale di una Costituzione, che "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione".

dell'uomo, riconosciuta e garantita (art. 2)[9], e il sistema di giustizia amministrativa[10], che deve presupporre, per essere conforme a Costituzione, l'esistenza attribuita di un *potere pubblico*[11] idoneo ad incidere sui suddetti diritti inviolabili ed ancor prima sulla fonte di essi, ossia sull'art. 2 Cost. ed analogamente sulle altre disposizioni recanti diritti costituzionali, alcune delle quali contengono espressamente l'evocazione della natura *inviolabile* (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.)[12].

La natura dei diritti inviolabili, a vocazione resistenziale, introduce certamente una complicazione concettuale, una sorta di terza categoria (almeno apparente), rispetto all'oggetto dell'effettività della tutela giurisidizionale, ossia rispetto agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi (art. 24 Cost.); proprio la natura dei diritti inviolabili, ad intensa intangibilità assiologica, genera la problematica della compatibilità concettuale con il potere pubblico, innanzi al quale normalmente stanno gli interessi legittimi (che si oppongono ad esso o che pretendono da esso) e quindi conseguentemente del radicamento della giurisdizione.

In sintesi sembra esservi una scissione tra una dimensione *statica* della Costituzione, che afferma e riconosce l'inviolabilità di alcuni diritti, e una dimensione *dinamica*, che costruendo la sindacabilità giurisidizionale del potere pubblico (art. 24, 103, 113 Cost.)[13], presuppone che l'esercizio del medesimo da parte dell'Amministrazione competente possa conformare o sacrificare (anche legittimamente) tali diritti. Proprio tale scissione tra Costituzione statica e Costituzione dinamica, ha generato una strutturale criticità costituzionale nella definizione della giurisdizione dei diritti inviolabili, la quale deve misurarsi con la dinamica funzionale del *potere* e con le resistenze culturali legate ad un'ideologia dei diritti

[9] A tal proposito E. PICOZZA, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*, in AA. VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2004, 64, evidenzia come l'attenzione del costituente si sia focalizzata sui diritti fondamentali della persona e non sulla qualificazione del rapporto con l'Amministrazione.

[10] Per un'analisi della giustizia amministrativa nel quadro costituzionale cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; L. PALADIN, *Problemi e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e publiche amministrazioni*, in *Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*, Venezia, 1979, 13 ss.; G. ROHERSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988; E. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss.; V. ONIDA, *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*, 1986, 421 ss.; G. BERTI, *art. 113 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1987, 85 ss.; G. AZZARITI, *Alle origini della giustizia amministrativa*, Roma, 1988; A. PIZZORUSSO, *art. 102 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 195 ss. ; G. CARBONE, *art. 100 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 64 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 68 ss.

[11] Cfr. A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203.

[12] Deve comunque precisarsi da subito come alcune disposizioni costituzionali della I parte della Costituzione presuppongano espressamente l'incidenza del potere pubblico sui diritti inviolabili (cfr. artt. 13, 3° comma, 14, 3° comma, 16, 17, 21, 6° comma). Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 8.

[13] Deve tenersi presente come la genesi della giustizia amministrativa sia intimamente conessa ad una esigenza di garanzia delle libertà individuali. Tale anima originaria trova una particolare valorizzazione in V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 565 ss.

fondamentali che "per loro natura, resistono, resitono, resistono come su una irrinunciabile linea del Piave"[14].

Tuttavia non può negarsi come i diritti fondamentali abbiano bisogno del potere e con esso della funzione sottesa, posto che un diritto costituzionale non soltanto necessita dell'astensione dall'esercizio del potere ma anche dell'esercizio del potere quale condizione di soddisfacimento di una pretesa ampliativa di una sfera di interesse, spesso intimamente connessa all'effettività del modello di Stato sociale, che scarica sul provvedimento amministrativo una funzione distributiva e redistributiva[15]. In sintesi, "non ha senso proclamare diritti se non vi è un potere che li protegga e consenta di farli valere"[16]. Peraltro la stessa giurisprudenza costituzionale ha affermato in modo assai chiaro la debolezza dell'assolutizzazione dei diritti costituzionali: "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' "[17].

La nozione di potere pubblico, evocata nel suddetto binomio, la quale deve tenersi distinta da quella di potere privato[18], presuppone la esistenza di una norma legislativa *attributiva* di esso, pertanto la legittimazione riconosciuta in capo ad un'Amministrazione a produrre effetti giuridicamente rilevanti nell'ordinamento attraverso l'adozione di provvedimenti[19].

Tuttavia ciò che rileva ai nostri fini è la costante connessione tra l'esercizio del potere ed un singolo bene della vita coperto dalla fonte cotituzionale che riconosce un diritto inviolabile, in altre parole la potenziale incidenza su un diritto costituzionale, per quanto tali diritti siano qualificati non soltanto dalla

[14] F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 3.

[15] In questo senso la ricostruzione di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 236 ss., il quale ha sviluppato le tesi più risalenti di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 54 ss. Sulla valorizzazione della dimensione del potere come strumento di attuazione dei principi dello Stato sociale, le parole di V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 577. In questo senso cfr. anche A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili,* cit., 27 ss.

[16] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalimo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1646.

[17] Corte cost. n. 85/2013.

[18] Per un recente studio sulla dimensione privatisica del potere e sulla dimensione processuale di esso cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012. Quanto alla distinzione tra la categoria di potere pubblico e potere privato cfr. F. CARINGELLA, *Riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Da ultimo sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, *passim*.

[19] Alla luce della teoria generale del diritto può dirsi che il potere giuridico designa la possibilità accordata dall'ordinamento giuridico di operare nella realtà giuridica, producendo effetti giuridici rilevanti. Cfr. *ex plurimis* SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss.; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 610 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 175 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 139 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 114 ss.; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, 2 ss.

Costituzione come inviolabili (artt. 2, 13, 14, 15, 24 Cost.) e fondamentali (art. 32 Cost.) ma anche dalla giurisprudenza e della dottrina come *indegradabili, inaffievolibili, irresistibili*.

Proprio tale ossimoro tra inviolabilità enunciata ed impatto dinamico del potere sui diritti costituzionali genera forti problematiche connesse alla definizione della giurisdizione, posto che il discrimine tra diritti soggettivi e interessi legittimi (art. 24, 103 Cost.) esce fortemente confuso dall'evocazione in giudizio di diritti inviolabili.

3. La giurisdizione ordinaria esclusiva dei diritti inviolabili: i diritti inviolabili "senza potere"

Abbiamo assistito a partire dalla fine degli anni '70 alla progressiva affermazione di una pericolosa ideologia dei diritti inviolabili, secondo la quale questi dovrebbero essere tutelati esclusivamente nella dimensione del *diritto soggettivo*, anche innanzi ad una norma attributiva di un *potere pubblico*, negando così che un diritto inviolabile possa vivere dinamicamente come un interesse legittimo; tale ideologia rischia di neutralizzare in radice l'esercizio stesso del potere, non più tale inannzi ad un diritto asseritamente incomprimibile ed esclusivamente tutelabile in seno alla giurisdizione ordinaria. In sintesi, diritti "senza potere".

La teoria dell'indegradabilità, che ha generato una riserva di giurisdizione ordinaria dei diritti costituzionali, è stata affermata a partire da due note pronunce della Corte di Cassazione[20], relative a vicende processuali nelle quali gli attori avevano evocato in giudizio un pregiudizio grave per la salute, quale diritto fondamentale ed inviolabile, compromesso da provvedimenti autorizzatori di impianti di pubblica utilità (si trattava di una centrale di produzione d'energia elettrica e di un depuratore, localizzati nelle vicinanze di abitazioni); in altre parole si trattava dall'evocazione in giudizio di un diritto inviolabile compromesso dall'esercizio di un potere pubblico. La Cassazione con tali pronunce aveva affermato che l'accertamento di una situazione pregiudizievole per la salute avrebbe determinato il travolgimento delle scelte operate dall'Amministrazione, *pur legittime*, nel senso di conformi alle norme sull'attribuzione del potere autorizzatorio e alle norme sul *quomodo* di esercizio di tale potere, con conseguente inibizione della prosecuzione dell'attività, posto che il potere amministrativo non avrebbe potuto sacrificare o comprimere il diritto fondamentale alla salute.

Si affermava chiaramente la teoria dei *diritti inaffievolibili* e quindi il principio generale, secondo il quale i diritti fondamentali devono essere tutelati nella forma incodizionata del diritto soggettivo[21] anche innanzi

[20] Cass., S.U., 9.3.1979 n. 1463; Cass., S.U., 6.10.1979 n. 5172.

[21] Sulla tesi dell'impossibilità di configurare i diritti fondamentali come interessi legittimi Cfr., ad esempio, E. PICOZZA, *Processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 163 ss.; E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, 6. Cfr. anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, Milano, 2002, 183 ss., secondo

ad un provvedimento amministrativo, da ritenersi degradato in concreto a mero comportamento, con la conseguente traslazione definitiva dei diritti costituzionali nell'alveo della giurisdizione ordinaria. L'Amministrazione quindi dinanzi ad un diritto costituzionale (*rectius*, ad una qualche compromissione del diritto costituzionale) agirebbe "nel fatto" attraverso un'attività meramente materiale[22].

Questa prospettiva, tutt'ora viva, come meglio si dirà, porta con sé una sorta di assolutizzazione dell'ideologia liberale[23], generando una sorta di sdoppiamento tra una dimensione costituzionale *variabile* delle situazioni giuridiche, ossia quella alternativa degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, e una dimensione *statica*, quella immutabile dei diritti inviolabili, riconducibile esclusivamente nell'alveo di tutela della giurisdizione ordinaria; una distorta prevalenza strutturale della I parte della Costituzione sulla II parte della Costituzione, ossia dei diritti sul potere.

Questo modello culturale ed ermeneutico ha come proprio presupposto la reviviscenza della teoria dell'affievolimento[24], alla luce della quale gli interessi legittimi sarebbero una mera degradazione di un diritto soggettivo pieno, rispetto alla quale i diritti costituzionali *indegradabili*[25] rappresenterebbero una sorta di *eccezione in resistenza* rispetto al fenomeno giuridico dell'indebolimento del soggetto, così che in presenza di un diritto fondamentale non potrebbe esservi esercizio del potere e senza di esso neppure giurisdizione amministrativa. Evidentemente questo modello poggia, da una parte, su un pre-giudizio riguardante l'effettività della tutela giurisidizionale, intesa come tale esclusivamente innanzi alla giurisdizione ordinaria, giurisdizione naturale dei diritti, *a fortiori* di quelli inviolabili, e, dall'altra, su un anomalo uso della gerarchia delle fonti, alla luce della quale la fonte costituzionale di alcuni diritti non potrebbe essere compromessa, da parte di una fonte legislativa primaria, fondante in senso attributivo il potere amministrativo.

---

cui a fronte dei diritti fondamentali non può per definizione darsi un potere discrezionale dell'Amministrazione. In senso analogo cfr. G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, 29 ss.

[22] Cfr. Cass., S.U., 20.2.1992 n. 2092; Cass., 7.2.1997 n. 1187; Cass., 8.8.1995 n. 8681; Cass., 29.7.1995 n. 8300; Cass., 20.11.1992 n. 12386; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.

[23] In senso critico cfr. V. CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1971, 510 ss.; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 594.

[24] Cfr. *ex plurimis* O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici scelti*, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 70 ss.; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, 330 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1958, 187; E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 257 ss.; V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 140 ss.; S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1584 ss. Tuttavia tale logica, come noto, è stata da tempo superata dalla scienza amministrativistica. Cfr. *ex plurimis* M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950, 419 ss.; F.G., SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549 ss.; F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 180 ss.

[25] L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

Tale sopravvalutazione dell'inviolabilità, assecondata da una certa indeterminatezza ed elasticità dogmatica di tali diritti[26], ha determinato una progressiva dilatazione pretoria dell'area della giurisdizione ordinaria, in seno alla quale si sono cristallizzati dei diritti costituzionali insensibili al potere pubblico. Per questa ragione si è assistito ad una distorsione del criterio di riparto fissato dall'art. 103 Cost., che attribuisce al giudice ordinario i diritti soggettivi, ma non certamente in via esclusiva i diritti costituzionali. In via speculare sono risultati distorti i limiti disegnati per il giudice ordinario dagli art. 4 e 5 l. n. 2248/1865 c.d. L.A.C., tutt'ora vigenti, visto che l'attribuzione in via esclusiva dei diritti costituzionali al giudice ordinario, anche al cospetto di un potere pubblico e quindi di un provvedimento amministrativo, ha legittimato tale giudice ad ordinare un *facere* di carattere pubblicistico[27] o ad annullare o disapplicare, con una forte approssimazione nominalistica e processuale, provvedimenti amministrativi.

In questa logica emerge quindi l'affermazione assoluta di una sorta di *anteriorità logico-giuridica* dei diritti fondamentali non tanto, in senso giusnaturalistico, rispetto al potere costituente, ma, in senso individualistico, rispetto all'esercizio dei poteri costituiti, non esercitabili innanzi ad essi.

Questo indirizzo giurisprudenziale e teorico, a partire dai primi degli anni '80, si è progressivamente dipanato nell'ordinamento ben al di là dei danni alla salute (derivanti, ad esempio, da provvedimenti autorizzatori di elettrodotti[28], discariche[29], centrali termoelettriche[30], da provvedimenti di diniego di rimborso delle spese, prive di autorizzazione, sostenute per cure all'estero[31] o sostenute per l'acquisto di farmaci[32]), andando ad inglobare in modo bulimico altri diritti costituzionali *indegradabili* ed indegradati nei casi di specie, ossia tutti i "diritti primari in cui si esprimono le libertà fondamentali costituzionalmente garantite"[33]. Si pensi a titolo esemplificativo alla giurisprudenza sviluppatasi negli anni '80 e '90 in materia

[26] Cfr. A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1980, 1995.
[27] Cfr. Corte Cass., S.U., 20.2.1992 n. 2092.
[28] Cfr. Trib. Padova, 17.11.1998; Trib. Como, 22.1.2002.
[29] Cass., S.U., 7.2.1997 n. 1187; Cass., 17.11.1992 n. 12307; Cass. 3.7.1991 n. 7318; Cass., S.U., 12.6.1990 n. 5714.
[30] Cass., S.U., 17.1.1991 n. 400.
[31] Cass. S.U., 12.6.1997 n. 5297; Cass. S.U., 19.2.1999 n. 85; Cass. S.U., 16.7.1999 n. 7537; Cass. S.U., 29.11.1999 n. 837. Tale indirizzo è stato ribadito anche successivamente. Cfr. Cass., S.U.,6.2.2009 n. 2867. Cfr. in una logica analoga anche Cass., S.U., 19.4.2007 n. 9322; Cass., S.U., 7.2.2007 n. 2688; Cass., S.U:, 8.11.2006 n. 23735; Trib. Civitavecchia, 16.3.2005 n. 363; Trib. Milano, 21.3.2002. Sul tema cfr. M. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di alta specializzazione: diritto soggettivo o interesse legittimo?*, in *www.lexitalia.it;* L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, cit., 19 ss.
[32] Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. lav., 23.2.2000 n. 2034. Cass., 14.2.2000 n. 1665; Cass., 11.9.1996 n. 8241; Cass., 8.1.1996 n. 65; Cass., 7.7.1972 n. 2283.
[33] Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432.

di libertà di coscienza e religione[34], diritto all'istruzione[35], diritto all'immagine[36], diritto alla riservatezza[37], alla libertà di circolazione[38]. Peraltro quest'ideologia dei diritti è arrivata ad essere ribadita anche dalle Sezioni Unite della Cassazione in alcune pronunce di rilievo sistemico, come quelle in materia di pregiudizialità amministrativa[39], nonché ad essere specificata ulteriormente, anche da un punto di vista nominalistico, attraverso la distinzione tra "posizioni soggettive a nucleo rigido" e "posizioni soggettive a nucleo variabile"[40], a conferma della tenuta culturale della stessa.

4. Il fondamento della giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili: il potere pubblico "senza diritti"

In realtà l'indegradabilità, ai fini del riparto di giurisdizione, si fonda su un equivoco costituzionale. Un sistema di tutela dei diritti, a prescindere dai poteri, *rectius*, "senza poteri", come sopra ricostruito, è anti-costituzionale. La teorica dei diritti indegradabili si fonda, infatti, sulla mistificazione dell'inviolabilità ed ancor prima sul presupposto fallace del modello dell'affievolimento, rispetto al quale l'indegradabilità opererebbe in eccezione. In realtà "alla base del diritto affievolito c'è un equivoco"[41] e cadendo la teoria dei diritti affievoliti[42] cade anche di converso l'eccezione ad essa, quella dell'indegradabilità dei diritti inviolabili.

Il vero punto di equlibrio tra Costituzione statica e Costituzione dinamica è l'assunto secondo cui ciò che esiste come un *prius* rispetto alla relazionalità in concreto dell'ordinamento è un *interesse materiale*,

[34] Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432, in relazione alla previsione dei corsi alternativi obbligatori all'insegnamento della religione cattolica assunta come lesiva del diritto alla libertà religiosa dei non avvalenti. Cfr. Tribunale de L'Aquila, ordinanza del 23.10.2003, secondo cui "può *ritenersi pacifica la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, vertendosi in materia di diritti soggettivi e, per di più, venendo in rilievo un diritto di libertà inviolabile e costituzionalmente garantito"* (cfr. Trib. Roma, ord. 18 dicembre 2002; Pret. Milano, ord. 15 febbraio 1990; Trib. Milano 18 dicembre 1986).
[35] Cfr. Trib. Roma, 17.12.2002.
[36] Cfr. Cass., S.U., 10.8.1999 n. 582.
[37] Cfr. Pret. Roma, 27.7.1987.
[38] Cfr. Pret. Roma, 4.6.1980.
[39] Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.
[40] Cfr. Cass., S.U., 1.8.2006 n. 17461.
[41] Cfr. F. G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1989, 8 ss., secondo cui l'equivoco sarebbe dovuto al fatto che "si è voluta spiegare una vicenda tutta processuale (attinente al riparto delle giurisdizioni) con soluzioni di diritto sostanziale: poiché il diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo trova tutela dinanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso specifico di trasformalo in interesse legittimo. La categoria di diritto affievolito è in realtà spuria ed inutile: spuria, perché il provvedimento può modificare conformare o anche estinguere il diritto soggettivo ma non può trasformarlo in interesse legittimo; inutile, perché il riparto di giurisdizioni, e in particolare l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a provvedimenti che abbiano sacrificato diritti, non presuppone affatto la vicenda (sostanziale) dell'affievolimento (…). In definitiva il diritto affievolito non esiste". Più di recente cfr. F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 345 ss.
[42] Cfr. in senso critico in merito alla teoria dell'affievolimento B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento,* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Roma, 2003, 825; F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, cit., 180 ss. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *www.astrid.eu*, 8.

intimamente connesso ad un singolo bene della vita; tale interesse è pluri-qualificabile[43] (come *interesse legittimo* o *diritto soggettivo*), alla luce dell'esistenza (o della inesistenza) di una norma attributiva e fondativa di un *potere pubblico*; soltanto dopo aver posto in essere questa qualificazione, potrà essere riconosciuta a tale situazione giuridica, in funzione della riconducibilità nell'alveo di una disposizione costituzionale sui diritti inviolabili, la natura di *diritto soggettivo fondamentale* o di *interesse legittimo fondamentale*.

Pertanto l'interesse legittimo non può essere qualificato come un diritto soggettivo affievolito, ma come una situazione giuridica autonoma ed alternativa al diritto soggettivo, e di conseguenza i diritti costituzionali non possono essere apprezzati come una sorta di *deroga* astratta alla dinamica dell'affievolimento, non essendo questa configurabile, vista l'alternatività costituzionale e la parità valoriale tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

In questa diversa prospettiva il diritto inviolabile non è altro che una categoria costituzionale descrittiva di un interesse, il quale, per essere fatto oggetto di protezione giurisdizionale, necessita di essere sottoposto ad un processo di qualificazione nei limiti della forma delle due situazioni giuridiche dell'art. 24 Cost.. La riconducibilità *in astratto* di tale interesse nell'alveo di un diritto inviolabile nulla dice sulla sua forma giuridica[44], e quindi sulla giurisdizione, essendo semplicemente indice della propria rilevanza assiologica[45].

L'ideologia dei diritti costituzionali ad oltranza, quindi, quelli spacciati come inaffievolibili, non fa altro che capovolgere irragionevolmente la formula sintetica di Lodovico Mortara, secondo cui "se c'è il potere, non c'è il diritto", sostituendola con quella pericolosa ed anti-costituzionale, secondo cui "se cè il diritto, non c'è il potere"[46], con automatica neutralizzazione della rilevanza dell'interesse pluri-qualificabile. Risulta così evidente la necessità sistemica di un "potere, senza diritti", posto che deve considerarsi connaturata alla stessa forma di Stato la *violabilità* dei diritti *inviolabili*; "se qualcosa cede dinanzi all'azione amministrativa questi sono soprattutto i diritti di libertà"[47] e più in generale tutti i diritti costituzionali[48].

---

[43] Rileva la teoria della pluriqualificazione ed il principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive. Tale logica spiega come un medesimo interesse materiale rispetto ad un bene possa assumere molteplici forme giuridiche e molteplici forme di tutela. Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 125 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., Bologna, 2001, 269 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 107 ss. Cfr. da ultimo, sul versante processualcivilistico, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit. 48 ss.

[44] Cfr. Ad. Pl. 22.10.2007 n. 12.

[45] Cfr. D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009, 92.

[46] Come affermato da M. NIGRO, *Introduzione, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2143, secondo cui "Dalla formula di Mortara, c'è diritto soggettivo perché non c'è potere, si passa all'altra, completamente alla rovescia, non c'è potere perché c'è diritto soggettivo, dove potere significa ovviamente anche interesse legittimo e giurisdizione amministrativa".

[47] G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 283.

[48] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 243, secondo cui "la maggior pate dei diritti fondamentali recede dinanzi all'esercizio della potestà pubblica, abbiano o non abbiano garanzia costituzionale".

Accedendo, al contrario, all'idea che la mera presenza di un diritto inviolabile possa inibire il potere pubblico, fino a neutralizzarlo in radice, anche quando normativamente previsto, si determina a cascata un'abnorme sostituzione del giudice ordinario, rispetto all'Amministrazione[49], spogliata del proprio potere, smarrito in astratto. In sostanza un *potere degradabile*. In questo senso la negazione della teoria dell'indegradabilità si pone a presidio, pur in via indiretta, dello stesso principio di separazione dei poteri, alla luce del quale il giudice ordinario non può, in nome di un evocato diritto costituzionale, surrogare la funzione amministrativa con la funzione giurisdizionale.

Pertanto un diritto fondamentale, quando esiste un potere, deve assumere nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità la "consistenza"[50] giuridica di un interesse legittimo e nell'ambito della giurisdizione esclusiva[51] (art. 103 Cost.; art. 7 c.p.a.; art. 133 c.p.a.) la consistenza dell'interesse legittimo o quella del diritto soggettivo. In altre parole "il diritto fondamentale non si comporta di fronte al potere amministrativo diversamente da ogni altro diritto"[52].

5. La giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili nella giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale (nel primo decennio del 2000) ha riconosciuto la solidità del fondamento costituzionale della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili, nell'ambito di una complessiva ricostruzione del modello di riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa (art. 103 Cost.), calibrato proprio intorno alla nozione di *potere* pubblico.

Già a partire dalla nota sentenza Ferrari[53], di poco successiva ai lavori dell'Assemblea costituente[54], è progressivamente emersa una lettura costituzionale, tra le altre, del riparto di giurisdizione ancorato alla sussistenza o meno di una norma attributiva di un *potere pubblico*. Più di recente la Corte costituzionale[55], in tale logica, dopo un travagliato percorso legislativo e giurisprudenziale, ha affermato chiaramente come la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la giurisdizione di legittimità partecipino della

[49] Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379.

[50] Di "consistenza" dei diritti fondamentali parla A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 8.

[51] Sulla problematica specifica del rapporto tra giurisdizione amministrativa esclusiva e diritti inviolabili cfr. F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. Civ e prev.*, 2010, 1287 ss.; R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *www.neldiritto.it*.; A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 200 ss.

[52] U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 417.

[53] Cfr. Cass., S.U., 4.7.1949 n. 1657.

[54] Per un'analisi dei lavori della Costituente cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3032 ss.

[55] Cfr. Corte cost. n. 204/2004. Per una lettura critica di questa pronuncia, sotto il profilo della tutela dei diritti nell'ambito della giurisdizione amministrativa, cfr. M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: Il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*. Tuttavia la suddetta impostazione ha avuto autorevole riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Cfr. Ad. Pl., 30.7.2007 n. 9; Ad. Pl., 30.7.2007 n. 10.

medesima natura, presupponendo entrambe che nel processo sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione come *autorità*, ed ha rilevato, quanto alla giurisdizione esclusiva, come dall'art. 103 Cost. debba desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nell'attribuzione di "blocchi" di materie al giudice amministrativo ma soltanto di uno spazio di attribuzione relativo a "particolari materie", nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione oltre a riguardare interessi legittimi (come regola) investe (eccezionalmente, a rimorchio) "anche" diritti soggettivi. In questa logica l'individuazione del *potere pubblico* assume la funzione di architrave della giurisdizione, dovendo così essere rimessi alla giurisdizione ordinaria i comportamenti puri, ossia le attività materiali dell'Amministrazione, in assenza di potere, *rectius*, in assenza di una norma attributiva del potere; tali comportamenti sono in ogni caso da tenersi distinti, pur problematicamente, rispetto ai comportamenti riconducibili *mediatamente* al potere pubblico, sussistenti quando l'Amministrazione si avvale di strumenti intrinsecamente privatistici ma intimamente connessi ad un potere pubblico o in esecuzione di esso[56], posto che questi sono ricondubili nell'alveo della giurisdizione amministrativa, alla luce della loro intima relazione con il potere.

Lo stesso legislatore delegato, in sede di redazione del codice del processo amministrativo, ha recepito lo schema costruito dalla Corte, in espressa attuazione del principio contenuto nella legge delega (art. 44, 1° comma, l. n. 69/2009), secondo cui il Governo avrebbe dovuto riordinare "le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisidizioni", imponendo che il riassetto si adeguasse "*alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisidizioni superiori*", a conferma espressa peraltro dell'autorevole tesi secondo cui il diritto giurisprudenziale è una fonte del diritto[57]; l'art. 7 c.p.a., come noto, ha recepito tali previsioni[58].

In questo scenario la giurisprudenza costituzionale ha affrontato anche direttamente il radicamento della giurisdizione amministrativa dei diritti inviolabili.

La Corte costituzionale, pronunciandosi su dubbi di legittimità relativi a norme legislative che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di diritti qualificabili *in astratto*, staticamente, come *inviolabili*, ne ha affermato la compatibilità con il contenuto dell'art. 103 Cost., riconducendo ad unità le relazioni tra potere pubblico, situazioni giuridiche soggettive e diritti inviolabili. Più specificatamente in merito ad una disposizione che attribuiva alla giurisdizione esclusiva il

[56] Cfr. anche, sulla base delle premesse fissate dalla pronuncia sopra richiamata, Corte cost. n. 191/2006.

[57] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 287 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna - Roma, 2011, 144 ss., 536 ss., 745 ss.

[58] Cfr. R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, cit., 2.

contenzioso relativo alle procedure ed ai provvedimenti in materia di impianti di generazione elettrica[59], compresi i profili risarcitori, erano stati sollevati dubbi di legittimità proprio sul presupposto che la natura inaffievolibile ed indegradabile del diritto alla salute e del diritto ad un ambiente salubre avrebbero dovuto determinare una riserva in capo al giudice ordinario. Tuttavia la Corte, sulla base della ricostruzione del criterio costituzionale di riparto, ha negato la configurabilità di una riserva di giurisdizione dei diritti fondamentali nei confronti del giudice ordinario: il giudice amministrativo *"è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa*. (…) Né osta - va ribadito - alla validità costituzionale del 'sistema' in esame la *natura 'fondamentale'* dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, *non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*"[60].

In questa logica risulta palesemente negata l'idea di un'*unica* giurisdizione naturale (ordinaria) dei diritti fondamentali[61], non potendo neppure operarsi, alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, alcuna discriminazione nei confronti della giurisdizione di legittimità, posta la matrice comune ed omogenea rispetto alla giurisdizione anministrativa esclusiva[62] e con essa quindi la identica idoneità a tutelare la effettività dei diritti costituzionali.

Analogamente la Corte ha dichiarato infondata, rispetto all'art. 103 Cost., una questione insistente su una disposizione che attribuiva alla giurisdizione esclusiva amministrativa tutte le controversie, anche della fase cautelare, attinenti al ciclo di gestione dei rifiuti, per quanto incidenti su taluni diritti costituzionalmente tutelati[63], ribadendo così la debolezza del mito dell'indegradabilità.

Alla luce di questa ricomposizione assumono un ruolo meramente ricognitivo alcune previsioni legislative; si pensi, ad esempio, all'art. 133, 1° comma, let. p), c.p.a., che devolve espressamente alla giurisdizione amministrativa esclusiva *anche* dei diritti "*costituzionalmente tutelati*", o all'art. 55 c.p.a., secondo

[59] L'originaria disciplina (art. 1, 552° comma, l. n. 311/2004) è attualmente confluita nell'art. 133, 1° comma, let. o), c.p.a.

[60] Cfr. Corte cost. n. 140/2007, che afferma inoltre: "Deve, dunque, concludersi che legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in *violazione di diritti fondamentali* in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione". Su questa pronuncia cfr. A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. amm*., 2007, 169 ss.

[61] Cfr. anche Tar Lombardia, 16.7.2009 n. 4392, secondo cui "*nessuna norma del vigente ordinamento giuridico riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.*

[62] Come affermato da Corte cost. n. 204/2004.

[63] Cfr. Corte cost. n. 35/2010. In senso analogo cfr. Cass., S.U., 5.3.2010 n. 5290. Su questa pronuncia cfr. F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, cit., 1287 ss. In una logica analoga alla suddetta pronuncia cfr., ad esempio, Cass., S.U., 26.5.2009 n. 12115; Cass., S.U., 21.5.2009 n. 11832; Cass., S.U., 29.4.2009 n. 9956.

cui la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda attenga a "*diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale*".

In seno a questo modello, costruito intorno al potere pubblico, la *presenza di un diritto inviolabile* è quindi *irrilevante*[64]; i diritti inviolabili, ai fini del riparto di giurisdizione, assumono un ruolo sostanzialmente *neutro* (essendo decisiva, invece, la qualificazione dell'interesse materiale come interesse legittimo o diritto soggettivo nonché la verifica della eventuale esistenza di un ambito di giurisdizione amministrativa esclusiva).

6. Il seguito "forte" della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza del Consiglio di Stato

La demitizzazione dell'indegradabilità, affermata nella giurisprudenza costituzionale, ha avuto un seguito coerente nella giurisprudenza amministrativa[65].

Non può negarsi come il giudice amministrativo si sia storicamente occupato di diritti inviolabili, ben prima degli assunti della giurisprudenza costituzionale, pur senza rivendicarne in modo espresso per molti anni la giurisdizione[66]. Tuttavia più di recente è arrivato ad affermare con vigore come l'evocazione della categoria dei diritti fondamentali non possa escludere a priori la giurisdizione amministrativa e come sia configurabile anche la giurisdizione amministrativa di legittimità sui diritti inviolabili, posto che questi ultimi sono del tutto compatibili con la forma dell'interesse legittimo[67]. Appare significativa in tal senso anche la relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2020 del Presidente del Consiglio di Stato[68].

La sentenza maggiormente paradigmatica in materia, perché fondata su una diffusa e solida motivazione, recante principi generali applicabili sia alla giurisdizione amministrativa esclusiva che di legittimità, è certamente quella resa dal Consiglio di Stato (sez. III, 2.9.2014 n. 4460)[69], nell'ambito del drammatico "caso Englaro", in cui era stato impugnato il provvedimento della Regione di diniego di messa a disposizione di una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente un soggetto in stato di coma vegetativo permanente. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, ricostruendo il rapporto tra potere pubblico e diritto costituzionale alla salute, ha affermato, ai fini

[64] Nel senso della irrilevanza cfr. A. TRAVI, *Nota* a Cons. St., 13.2.2006 n. 556, in *Foro it.*, 2006, 181.

[65] Cfr. Ad. Pl., 22.10.2007 n. 12, che fonda la critica alla teoria dell'assolutizzazione della inviolabilità proprio su una netta distinizione tra *agere* pubblicistico e comportamenti.

[66] Cfr. U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, cit., 417 ss.

[67] Cfr. Cons. St., sez. IV, 6.2.2013 n. 5830.

[68] Relazione in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, 22.

[69] Nello stesso senso sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, cit., *passim*. Il Consiglio di Stato, sez. III, 21.6.2017 n. 3058 ha successivamente condannato l'Amministrazione regionale a risarcire anche il danno non patrimoniale sofferto dalla paziente, per lesione del diritto alla salute e dal genitore per lesione del legame parentale, a seguito dell'illegittimo rifiuto.

del radicamento della giurisdizione, come "non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incomprimibili", una categoria "sviluppata trentacinque anni or sono, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 9.3.1979, n. 1463 (…) La dottrina dei diritti incomprimibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Corte costituzionale". In questa logica ciò che deve ritenersi decisivo quindi è la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive: "la 'consistenza' di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del *pubblico potere*. L'esercizio del pubblico potere non 'degrada' la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la 'forza' della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere".

In questa prospettiva, quanto all'irrilevanza della categoria dei diritti fondamentali e comunque della loro compatibilità con il potere pubblico, appare significativa anche la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 12.4.2016, che, in relazione ad una vicenda processuale riguardante l'esercizio del potere di attribuzione delle ore di sostegno ad un alunno disabile, in un ambito di giurisdizione amministrativa esclusiva (quello dei servizi pubblici *ex* art. 133, 1° comma, let. c), ha affermato: "Né, ovviamente, la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come 'fondamentale', esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa. (…) La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di *poteri pubblicistici*, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali"[70].

Sulla scia di tale pronuncia il Consiglio di Stato ha affinato i criteri di riparto di giurisdizione in relazione alla tutela degli alunni disabili, nell'ambito di una normativa di settore assai farraginosa e complessa, specificando il discrimine tra la giurisdizione civile (sulle valutazioni delle ASL sullo *status* della persona, su comportamenti discriminatori) e quella amministrativa esclusiva (sui provvedimenti recanti la diagnosi funzionale, il profilo dinamico funzionale, il piano educativo individualizzato nonché sui successivi provvedimenti dell'Amministrazione scolastica attributive di un numero inferiore di ore di sostegno),

[70] Un'apertura in questo senso poteva scorgersi già, pur in linea di principio, in Cass. S.U., 25.11.2014 n. 25011, in *Foro it.*, 2015, I, 951 ss., con nota di E. SCODITTI, *I diritti fondamentali tra giudice ordinario e giudice amministrativo*.

nonchè riconoscendo espressamente anche in quest'ultimo ambito la configurabilità di interessi legittimi, innanzi all'esercizio di poteri pubblicistici, e la rilevanza costituzionale di essi[71].

Più di recente il Consiglio di Stato (sez. V, 3.9.2018 n. 5156) ha anche rigettato un'eccezione di difetto di giurisdizione, confermando la decisione di primo grado, in relazione alla impugnazione di provvedimenti amministrativi di un Comune, che, prevedendo la obbligatorietà della refezione scolastica, avevano vietato agli alunni di scuole elementari e medie di consumare nei locali della refezione cibi diversi da quelli somministrati dall'appaltatore del servizio, sul presupposto che "la controversia attiene al legittimo esercizio di un potere autoritativo" impositivo di un divieto. Non può ritenersi sufficiente, infatti, per radicare la giurisdizione ordinaria l'evocazione da parte dei ricorrenti della violazione di un diritto fondamentale all'istruzione (*rectius*, retoricamente qualificato come tale): "la lata categoria dei c.d. diritti fondamentali, rinveniente e configurata in relazione ai diritti dell'uomo, vale a dire riguardante un contesto per sua natura estraneo al riparti interno di giurisdizione italiano e alla sua distinzione funzionale tra diritti soggettivi e interessi legittimi, non delimita un'area estranea all'intervento di pubblici poteri autoritativi (…) La sussistenza di poteri amministrativi conferiti dalla legge anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un siffatto diritto fondamentale, con la conseguente possibilità di configurare la situazione, ai detti fini di riparto di giurisdizione, come un interesse legittimo, trova conferma" sia nella giurisprudenza costituzionale sia nelle suddette previsioni normative processuali (art. 55, 133, 1° comma, let. p); "*Ai fini del riparto di giurisdizione italiano, un 'diritto fondamentale' può dunque atteggiarsi, a seconda dei casi rispetto all'esercizio della pubblica funzione, o come diritto soggettivo o come interesse legittimo*".

Deve essere altresì richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 11.10.2018 n. 5861), che ha ribadito la giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione all'impugnazione del provvedimento di diniego di fruizione di cure specialistiche all'estero (procreazione medicalmente assistita), alla luce di una pedissequa riproposizione delle argomentazioni sviluppate dalla citata Adunanza Plenaria n. 7/2016; nella medesima logica è stata riconosciuta la giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione alla tutela del diritto costituzionale alla salute dei soggetti disabili, ritenendo illegittima la riserva di risorse finanziare ai soli malati di SLA e non anche a pazienti con altre malattie parimenti invalidanti (Cons. St., sez. III, 10.6.2016 n. 2501; Cons. St., sez. III, 3.5.2016 n. 1713).

Si rammenti altresì la diffusa problematica della tutela della libertà religiosa e specificatamente del diritto costituzionale ad un edificio di culto, la cui consistenza è certamente qualificabile come un interesse legittimo fondamentale (plurisoggettivo) innanzi all'esercizio dei poteri pubblicistici di zonizzazione,

[71] Cfr. Cons. St., sez. VI, 3.5.2017 n. 2023; Cons. St., sez. VI, 6.6.2017 n. 2698; Cons. St., sez. VI, 13.7.2017 n. 3393.

localizzazione e autorizzazione alla realizzazione di un immobile destinato al culto[72], la cui sindacabilità è rimessa alla giurisdizione amministrativa.

Appare inoltre emblematico, in questo momento storico emergenziale, in cui imperversa il COVID-19, il ruolo della giurisdizione amministrativa chiamata a sindacare la legittimità di provvedimenti (statali, regionali e comunali) incidenti, a mero titolo esemplificativo, sulla libertà personale (art. 13 Cost.), sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), sulla libertà di riunione (art. 17 Cost.), sulla libertà di impresa (art. 41 Cost.) nonché ovviamente sul diritto alla salute (art. 32 Cost.) [73].

Da queste pronunce emerge quindi l'impossibilità di differenziare le sorti dei diritti inviolabili tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, posto che le argomentazioni utilizzate per il radicamento dei diritti inviolabili nella giurisdizione esclusiva si fondano anche sulla categoria del potere pubblico e quindi rilevanti, sotto il profilo sistematico, per la giurisdizione di legittimità.

In sintesi, le pronunce che riguardano la salute, l'istruzione, i diritti sociali in generale, "dimostrano come il giudice amministrativo debba quotidianamente misurarsi con la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (…) Si può quindi affermare che la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla tutela dei diritti fondamentali costituisca, dopo un lungo e tormentato iter di corsi e di ricorsi storici, un punto fermo del diritto vivente, non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva"[74].

Tuttavia tale affermazione, quanto alla cristallizzazione di un diritto vivente, per quanto auspicabile, necessita di una verifica ulteriore alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione in sede di regolazione del riparto di giurisdizione.

7. Il seguito "debole" della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza della Corte di cassazione

In realtà il seguito della giurisprudenza costituzionale in quella della Corte di cassazione appare ancora parziale e contraddittorio.

La Corte di cassazione, storicamente protagonista dell'assolutizzazione dei diritti costituzionali, pur essendo arrivata ad ammettere la giurisdizione amministrativa *esclusiva* dei diritti inviolabili[75] (come, ad

[72] Cfr. N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in *Federalismi.it*, 2015, 1 ss.

[73] Si rinvia integralmente al *focus* giurisprudenziale (a cura di G. FERRARI) sui provvedimenti giurisdizionali adottati in materia di Covid-19 in https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/focus-decisioni-covid-19. Per un quadro completo in materia emergenziale della normativa, dei provvedimenti amministrativi nonché della dottrina si rinvia al *Dossier* (a cura di A. MORELLI, C. DRIGO) in https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2020/03/documento-integrale-35.pdf.

[74] M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, cit. 10.

[75] Cfr. F. SCIARETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi difronte alle pubbliche amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2018, 32 ss.

esempio, nelle controversie relative all'apposizione nelle aule scolastiche del crocifisso[76], all'impartizione ai minori, in assenza di consenso dei genitori, delle lezioni di educazione sessuale[77], all'autorizzazione e localizzazione di impianti di energia o di gestione dei rifiuti[78]), continua a negare la giurisdizione amministrativa *di legittimità* dei diritti inviolabili.

Più specificatamente la Corte di cassazione afferma che "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 conseguenti 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"[79]. Tale indirizzo è stato più volte ribadito[80].

In questa giurisprudenza, come in quella più risalente, emerge una resistenza ideologica e la sopravvivenza del mito dell'indegradabilità, posto che la Corte di cassazione riconosce la giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili *limitatamente* a quegli ambiti nei quali il legislatore (oggi con l'art. 133 c.p.a.) attribuisce al giudice amministrativo la cognizione (anche) dei diritti soggettivi[81], presupponendo quindi l'inconfigurabilità degli interessi legittimi fondamentali e la corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e diritti soggettivi.

In altre parole il seguito da parte della Cassazione della giurisprudenza costituzionale è "debole", poiché, pur segnando un'apertura rispetto alla giurisprudenza della Cassazione degli anni '80-'90, che riservava esclusivamente alla giurisdizione ordinaria la tutela dei diritti inviolabili, appare comunque contraddittorio e insufficiente ad assicurare la coerenza del sistema costituzionale (artt. 102, 103, 24 Cost.).

In primo luogo disconosce la portata sistemica della giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi nel frattempo, che pur essendosi pronunciata soltanto su disposizioni riguardanti la giurisdizione

[76] Cfr. Cass., 10.7.2006 n. 15614.
[77] Cfr. Cass., S.U., 5.2.2008 n. 2656.
[78] Cfr. Cass., S.U., 28.12.2007 n. 27187.
[79] Cfr. Cass., S.U., 28.12.2007 n. 27187.
[80] Cfr. Cass., S.U., 29.4.2009 n. 9956; Cass. S.U., 21.5.2009 n. 11832; Cass. S.U., 28.6.2013 n. 16304; Cass. S.U., 24.10.2014 n. 22612; Cass. S.U., 3.6.2015 n. 11376; Cass. S.U., 3.2.2016 n. 2052; Cass. S.U., 7.9.2016 n. 17674.
[81] Soltanto in qualche isolata pronuncia sembrano affermarsi principi idonei a radicare anche la giurisdizione di legittimità. Cfr. Cass. S.U., 7.9.2016 n. 17674, in *Corr. Giur.*, 2017, 5, 649 ss. (con nota di F. URBANI, *La Cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizioni e diritti fondamentali*): "anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione allorchè la loro lesione sia dedotta come effetto del se e del come la funzione pubblica si sia estrinsecata in materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nel caso atti e comportamenti in violazione di norme che regolano il procedimento e la programmazione, pianificazione e organizzazione del territorio (…) nell'interesse dell'intera collettività nazionale, compete al giudice amministrativo la cognizione esclusiva delle relative controversie sulla sussistenza in concreto dei diritti vantati, direttamente incisi dal potere autoritativo di cui si contestano le scelte, ed il contemperamento o limitazione di essi con l'interesse generale all'ambiente salubre (Corte cost. nn. 204 del 2004, 191 del 2006, 140 del 2007, S.U. n. 2052 del 2016), che non può esser demandato ad un ausiliare del G.O".

amministrativa esclusiva, ha affinato criteri valevoli in via generale per il riparto di giurisdizione dei diritti inviolabili e quindi anche per la giurisdizione di legittimità, ignorandone quindi la matrice comune.

In secondo luogo introduce una distinzione (tra giurisdizione amministrativa di legittimità e giurisdizione amministrativa esclusiva) distorsiva posto che tende a trasformare la giurisdizione esclusiva (nella quale il giudice amministrativo conosce sia interessi legittimi sia diritti soggettivi) in una giurisdizione di soli diritti soggettivi, posto che anche in tale ambito il potere pubblico finisce per svanire e lasciare posto a diritti soggettivi fondamentali (in luogo degli interessi legittimi fondamentali).

Fuori dagli ambiti di giurisdizione amministrativa esclusiva, la Corte di cassazione ha continuato a ribadire irragionevolmente la teoria dell'indegradabilità dei diritti inviolabili e che "il giudice ordinario è il giudice naturale dei diritti fondamentali"[82], tanto da aver di recente suscitato un autorevole critica di "immobilismo"[83].

Peraltro vi sono ambiti (come in materia di impugnazione dei provvedimenti di diniego di autorizzazione a sostenere cure all'estero nonché di rimborso delle relative spese) in cui i TAR hanno riconosciuto la giurisdizione amministrativa esclusiva (*ex* art. 133, 1° comma, let. c, c.p.a.), non sui presupposti motivazionali del Consiglio di Stato, quindi negando la teoria della indegradabilità dei diritti fondamentali, ma sulla base della giurisprudenza della Corte di cassazione, ammettendo quindi la sopravvivenza di tale indegradabilità: "Giova poi evidenziare che *anche laddove il diritto alle cure non sia ritenuto degradabile* e rimanga *saldamente ancorato alla dimensione di diritto soggettivo*, nondimeno verrebbe necessariamente meno la giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133 c. 1, lett. c) c.p.a. (Tar Perugia, sez. I, 1.3.2019 n. 125)[84].

A tutto questo si aggiunga che tale ideologia sopravvive anche in alcune scelte legislative[85]; tra queste non è annoverabile la normativa antidiscriminatoria, visto che in questo caso la negazione della giurisdizione amministrativa deriva da una distorta interpretazione di tale normativa proprio da parte della giurisprudenza ordinaria (prevalentemente in relazione all'azione antidiscriminatoria *ex* art. 44 dlgs. n.

[82] Cfr. Cass. S.U., 20.10.2016 n. 21262.

[83] G. CORAGGIO, *La tutela del diritto alla salute nella dialettica tra G.A. e A.G.O.*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

[84] Cfr. in senso diverso Tar Lazio, Roma, 19.3.2019 n. 3648, che radica la giurisdizione amministrativa, pur in presenza un'esigenza di tutela del diritto costituzionale alla salute, sulla sussistenza di un potere amministrativo discrezionale.

[85] Non può negarsi come esistano delle discipline legislative che costruiscono ipotesi di giurisdizione ordinaria, da intendersi come sacche di indegradabilità dei diritti fondamentali. Si pensi al dlgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali o alla l. n. 230/1998 in tema di obiezione di coscienza. Cfr. sul punto F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Quanto, invece, alla disciplina legislativa sul riparto di giurisdizione dei diritti degli stranieri deve essere rilevata l'eccezionalità della materia, in seno alla quale sembrano sussistere una pluralità di criteri diversi, non sempre sistematicamente razionali, rispetto ai quali la teoria dell'indegradabilità continua a sopravvivere anche nelle scelte legislative, per quanto in uno scenario di settore che ne diluisce la portata sistemica. Sulla specifica problematica si rinvia a M. NOCCELLI, *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.; M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 1/2018, 212 ss.

286/1998[86]) e più specificatamente dall'erroneo postulato che il principio di uguaglianza viva nel nostro ordinamento sempre come un diritto soggettivo; in realtà anche il principio di uguaglianza e la relativa pretesa antidiscriminatoria possono assumere la consistenza di interessi legittimi costituzionali[87].

Né può ritenersi che la giurisdizione amministrativa possa essere elusa rievocando come criterio di riparto della giurisdizione, in luogo di quelli elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, il discrimine tra atto vincolato e atto discrezionale, posto che è pacifico che anche gli atti vincolati, presupponenti una norma

[86] Si pensi alla giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di violazione della normativa antidiscriminatoria a tutela dello straniero. Cfr. Cass., S.U., 30.3.2011 n. 7186; Cass., S.U., 15.2.2011 n. 3670. In senso analogo più di recente Corte Appello Brescia, sez. lav., 26.2.2019 n.89; Tribunale Roma sez. II, 28.1.2019, n. 798; Tribunale Firenze sez. lav., 26.6.2018; Cass. S.U., 20.4.2016 n.7951. Il mito dell'indegradabilità è stato rievocato, infatti, anche nelle controversie riguardanti l'impugnazione di *provvedimenti amministrativi* per violazione della normativa che vieta forme discriminatorie fondate sulla nazionalità, sulla lingua, su motivi razziali, etnici, geografici o religiosi, per quanto l'art. 44 Dlgs. n. 286/1998 dispone che "quando il *comportamento* di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, e' possibile ricorrere all'autorita' giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione". In tali casi le Sezioni Unite e la giurisprudenza di merito fanno discindere dalla suddetta normativa un diritto soggettivo assoluto ed indegradabile all'antidisacriminazione, così da ritenere che qualsiasi provvedimento amministrativo che neghi un'utilità allo straniero (la stabilizzazione contrattuale, il bonus bebè, ecc.) debba degradare a comportamento illecito, con conseguente riespansione dell'originaria posizione di diritto soggettivo e radicamento della giurisdizione ordinaria. Cfr. in modo assai eloquente Tribunale Roma sez. II, 28.1.2019, n. 798, secondo cui "E', infatti, noto che, in tema di tutela avverso atti o comportamenti discriminatori vietati, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, essendo irrilevante che il comportamento discriminatorio dedotto consista nella emanazione di un atto amministrativo, posto che l'ordinamento costituzionale (articolo 3 Cost.), sovranazionale (Direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2001/73/CE, 2006/54/CE) ed interno (articoli 3 e 4 del d.lgs. n. 215/2003 e articolo 44 del d.lgs. n. 286/1998) configurano il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto, la cui tutela è espressamente devoluta alla cognizione del giudice ordinario, il quale, valutato il provvedimento censurato, deve, in caso di accertata discriminatorietà, disattenderlo, adottando i provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti". In senso critico già F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incompromibili*, cit., 1 ss, il quale smonta la costruzione di un astratto diritto fondamentale all'antidiscriminazione, sganciata dalla distinzione tra comportamenti discriminatori (riconducibili nell'alveo della giurisdizione ordinaria) e provvedimenti discriminatori (impugnabili innanzi al giudice amministrativo); proprio alla luce di tale assunto, seguendo la logica della Cassazione, si giungerebbe, ad esempio, a ricondurre irragionevolmente nell'alveo della giurisdizione ordinaria anche l'impugnazione di un bando discriminatorio (come sembrerebbe ammettere, invece, contraddittoriamente Cass. S.U., 20.4.2016 n.7951; Tribunale Roma sez. II, 28.1.2019, n. 798). Nella giurisprudenza di merito più risalente, in una logica costituzionalmente conforme, cfr. Trib. Bologna, ord. 7 agosto 2008, secondo cui "gli artt. 43-44, T.U. stranieri si applicano contro i comportamenti (o gli atti) discriminatori di un privato o della P.A., ma nulla dicono a proposito della tutela contro i provvedimenti amministrativi né prevedono alcuna deroga ai criteri di riparto della giurisdizione: da un lato, la distinzione tra provvedimenti e meri comportamenti della P.A. rientra tra le nozioni istituzionali del diritto amministrativo ed è tuttora alla base degli orientamenti giurisprudenziali sul riparto tra le giurisdizioni, ordinaria e amministrativa (…) dall'altro (…) gli artt. 43-44 T.U. stranieri omettono ogni riferimento alla tutela esperibile contro i provvedimenti illegittimi e non introducono disposizioni derogatorie alle ordinarie norme sulla giurisdizione". Cfr. anche Trib. Mantova, ord. 21 aprile 2009; Tar Lombardia, Milano, 16.7.2009 n. 4392. Sulla problematica anche L. DE GREGORIIS, *Provvedimenti amministrativi discriminatori e tutela delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011, 3.

[87] Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1023. In senso analogo cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 164, secondo cui quando l'Amministrazione agisce con il provvedimento attua il "momento dell'autorità e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati".

attributiva del potere, debbano essere conosciuti dal giudice amministrativo, non corrispondendo ad essi diritti soggettivi[88].

Tutti questi elementi sono quindi idonei ad escludere la sussistenza di un diritto vivente e quindi a far rilevare la sopravvivenza di un equivoco costituzionale, *rectius*, di un "falso" costituzionale in tema di riparto di giurisdizione.

8. L'interesse legittimo costituzionale come elemento costitutivo della forma di Stato

Davanti alle richiamate resistenze giurisprudenziali, è necessario ribadire l'esigenza costituzionale della categoria dell'*interesse legittimo fondamentale*, quale elemento costitutivo della forma di Stato, e con essa della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili.

L'architettura costituzionale, fondata su un equlibrio costante e su un'intima connessione, tra la prima e la seconda parte della Costituzione, impone una *relativizzazione* dell'inviolabilità[89] e con essa dei suoi corollari descrittivi (ossia della assolutezza, della indisponibilità, della irrinunziabilità[90]). In uno Stato costituzionale sociale, complesso e pluriclasse, i diritti costituzionali degli individui non sono assoluti ma nascono intimamente connessi al potere pubblico, strettamente legati all'esercizio del potere quale funzione socio-istituzionale attuativa, conformante e limitativa del contenuto essenziale degli stessi. Il potere pubblico, se attribuito dal legislatore, costituisce la condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, la garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali astrattamente enunciati nella I Parte della Costituzione.

Non esistono diritti inviolabili "senza potere", posto che i diritti costituzionali non sono nati per essere impenetrabili e indegradabili ma per essere penetrati e permeati dai valori costituzionali della solidarietà, della libertà e dell'uguaglianza, veicolati all'interno di essi dal potere; risolvere, infatti, la tutela degli interessi individuali, anche se appartenenti al novero dei diritti fondamentali, nella dimensione del diritto soggettivo "significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza"[91]. In altre parole è necessario ipotizzare che "si instauri una qualche azione di bilanciamento o di compromesso, cioè una *relativizzazione*. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l'assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili"[92].

[88] Cfr. Corte cost. n. 127/1998, secondo cui è un "postulato privo di qualsiasi fondamento" quello secondo cui "al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche soggettive qualificabili quali diritti soggettivi".
[89] Sull'esigenza di relativizzazione cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14 ss.
[90] Su tali profili cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14 ss.
[91] Come rilevato da V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 596.
[92] A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 15.

In questa logica è necessario far saltare il corollario teorico della corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e forma giuridica del diritto soggettivo, posto che la forma del diritto soggettivo risponde a un'ideologia inividualistica che "mal si concilia con gli ideali propri di una società pluralista ed in particolare con quelli della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà"[93]; se fosse vero, infatti, che "esistono diritti inviolabili della persona tutelabili ad oltranza (…) in favore di ciascuno, non si verrebbe mai a capo di nulla, poiché ognuno pretenderebbe di veder tutelato in assoluto il proprio diritto inviolabile"[94].

Pertanto il potere pubblico non può essere ontologicamente paralizzato dall'evocazione di un diritto costituzionale nell'atto introduttivo di un giudizio. Anche la presenza di un diritto inviolabile non nega il potere pubblico ma lo presuppone (*rectius*, può presupporlo), quale condizione di attuazione del medesimo e quale punto di equilibrio tra individuo e Stato, tra autorità e libertà, *rectius*, tra autorità, libertà ed eguaglianza.

Pertanto deve essere riconosciuto che nell'ordinamento costituzionale italiano un diritto inviolabile assume frequentememente la consistenza e la forma di un interesse legittimo[95], quale dimensione che presuppone l'esistenza dell'attribuzione di un potere pubblico, sorto ed organizzato per bilanciare, contemperare l'interesse sotteso ad un bene della vita, pur di rango costituzionale[96], con gli interessi pubblici e altri interessi privati. L'interesse legittimo, quale sintesi tra interesse pubblico e privato[97], diviene così la regola della Costituzione dei diritti, ossia la dimensione paradossalmente naturale di un diritto fondamentale nella forma di Stato italiana, posto che soltanto rispetto ai valori della *relatività costituzionale*[98], di cui il potere si fa portatore, è possibile comprendere il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, al di fuori della solitudine e dell'astrattezza di esso[99]. La teoria dell'indegradabilità, al contrario, finisce per oscurare proprio quella che è "la condizione normale (e costituzionale) di emersione

[93] V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 594.
[94] V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1321. Cfr. anche F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisidizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta?*, in *Gius. Civ.*, 1980, 368.
[95] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 8, mette in evidenza come l'interesse legittimo possa essere la manifestazione di un diritto fondamentale. In senso analogo cfr. G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, nota n. 39.
[96] Cfr. A. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell'interesse legittimo)*, in F. CORTESE (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, 567.
[97] Così P.L. PORTALURI, *Interessi e formanti giurisprudenziali anti-Ranelletti*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, 2008, 158.
[98] In questo senso sia consentito dissentire dall'autorevole opinione di P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 144, secondo cui "rimane comunque il fatto" che la qualificazione dei diritti inviolabili in termini di interesse llegittimo "costitusce un'eccezione rispetto alla regola che vuole diritti inviolabili assumere la consistenza del diritto soggettivo".
[99] Cfr. M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

dei diritti cioè il bilanciamento" [100], posto che l'interesse legittimo, "più che una figura degradata, o meglio il risultato di una degradazione o di un affievolimento", mostra di sé "un immagine più complessa e forse più aderente alla realtà del bilanciamento costituzionale"[101].

Pertanto il rango costituzionale dell'interesse legittimo, ossia la sua riconducibilità in astratto sotto lo schermo di un diritto inviolabile, assuma una rilevanza specifica ad altri fini, ossia nelle dinamiche del *bilanciamento*, quale dimensione naturale dei diritti e dei valori della Costituzione, così da rendendere l'esercizio del potere pubblico sottoposto nel giudizio amministrativo ad un maggiore *stress* di ponderazione e valutazione[102], ad uno stringente bisogno di soddisfacimento del principio di proporzionalità. I diritti inviolabili, insomma, incidono sul bilanciamento ma non lo negano[103], anche quando vi è un potere, *rectius*, soprattutto quando vi è un potere, posto che questo è attribuito per bilanciare interessi confliggenti"[104]. La stessa logica del bilanciamento, come dimensione naturale del potere nell'ordinamento costituzionale, nega così in radice il mito dell'indegradabilità quale corollario dell'inviolabilità enuncita nella Costituzione statica.

Il potere pubblico per questa ragione deve rimanere *potere* anche innanzi ai diritti inviolabili, posto che esso nasce, in via attributiva, proprio per attuare il catalogo dei diritti costituzionali[105]. Risulta quindi evidente, analogamente a quanto teorizzato in merito al rapporto tra diritti inviolabili e potere politico, come occorra rifuggire da un "costituzionalismo irenico", quello dei diritti celebrati, per valorizzare un "costituzionalismo polemico che si misuri con il potere"[106], presupponendolo tuttavia come architrave del sistema costituzionale.

L'*unica eccezione* rispetto a questo quadro può rinvenirsi nella Costituzione stessa, che individua delle ipotesi tassative in cui i diritti fondamentali non possono che assumere la consistenza di diritti soggettivi e non anche quella degli interessi legittimi[107]; si tratta delle disposizioni costituzionali che configurano una

---

[100] Cfr. A. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell'interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., 563, secondo cui è necessario uscire da una realtà dei diritti fondamentali meramente enunciativa.

[101] Cfr. A. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell'interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., 578.

[102] In questo senso devono essere lette le affermazioni della Corte costituzionale, che si è espressa sull'opportunità che non residui "un margine eccessivamente ampio alla discrezionalità amministrativa quando vengono in rilievo i diritti fondamentali" (così Corte cost. n. 36/1958).

[103] Nel senso di una sorta di irrigidimento del bilanciamento cfr. ancora U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 417.

[104] F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 2.

[105] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalimo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., secondo cui "il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi, ma i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi. Senza una fondazione giuridica (contrattualistica) non c'è potere legittimo, ma senza potere legittimo non c'è sicurezza dei diritti (in particolare, del diritto di proprietà)".

[106] Così M. LUCIANI, *Costituzionalimo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1646.

[107] Cfr. V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 187 ss.; D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 96. Deve rammentarsi però come l'art. 14, 2° comma, Cost. permette all'Amministrazione di

riserva di giurisdizione in senso sostanziale (art. 13, 14, 1° comma, 15 Cost.) a presidio della libertà personale, della libertà di domicilio e della libertà di corrispondenza. In questa logica può dirsi che la Costituzione afferma in via eccezionale come la limitazione delle suddette libertà possa essere generata non da un qualsiasi potere pubblico ma esclusivamente dal potere pubblico giudiziario, così che un provvedimento amministrativo *de libertate* dovrebbe ritenersi nullo o inesistente[108].

In conclusione il riconoscimento della categoria degli interessi legittimi fondamentali e della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili, presuppone anche il riconoscimento di un'Amministrazione, non più nemico naturale ma sempre più, in un ordinamento complesso, potenziale garante dei diritti fondamentali e della loro attuazione[109].

effettuare accertamenti e ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali, laddove consentito da leggi speciali, ammettendo in questi casi la configurabilità di interessi legittimi costituzionali.

[108] M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 191.

[109] Da ultimo appare significativo, in clima emergenziale, l'esercizio del potere di annullamento straordinario *ex* art. 138 TUEL dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Messina (che prevedeva una serie di obblighi per coloro che volessero attraversare lo Stretto, in violazione dei diritti costituzionali) da parte del Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di Stato, su iniziativa del Ministro dell'Interno. Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il COVID-19 non "chiude" lo stretto di Messina,* in www.dirittiregionali.it.