

DIRITTI FONDAMENTALI TUTELATI DALLA COSTITUZIONE, POTERE AMMINISTRATIVO E SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEL PRIVATO.

[1. Premessa. - 2. Dalla degradazione dei diritti soggettivi alla teorizzazione dei c.d. diritti indegradabili. Nascita ed evoluzione di un equivoco controverso. - 3. La teoria della degradazione, ovvero: una realtà spuria, inutile, che non esiste. - 4. Diritti fondamentali vs potere amministrativo. Osservazioni critiche. - 5. Gli interessi costituzionalmente rilevanti come situazioni giuridiche soggettive. Tra diritti soggettivi e interessi legittimi. - 6. Conclusioni].

1. Premessa.

Con l'ordinanza 5 marzo 2010 n. 5290, le Sezioni Unite hanno ribadito il principio secondo cui, nelle materie di giurisdizione esclusiva, spetta al G.A. la cognizione sulle controversie aventi ad oggetto la lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (qual è il diritto alla salute) per effetto di un comportamento conseguente ad atti illegittimi della p.A.

La soluzione adottata dalla Suprema Corte, seppur condivisibile nelle sue conclusioni, suscita tuttavia talune perplessità.

Ed invero, tale pronunciamento appare fondato su contraddittori e criticabili presupposti teorici, posto che, se da un lato, è stata positivamente rigettata la tesi favorevole alla devoluzione delle controversie aventi ad oggetto la tutela del diritto alla salute alla cognizione del G.O., tesi prevalente fino ad un recente passato e fondata sul presupposto della situazione di carenza di potere in cui verserebbe la p.A. al cospetto dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, dall'altro non è stata abbandonata la teoria della indegradabilità di tali situazioni giuridiche soggettive, teoria a sua volta fondata sull'equivoco meccanismo dell'affievolimento del diritto soggettivo in interesse legittimo.

Con questa nota cercheremo, pertanto, di prospettare una differente chiave di lettura della questione che è stata affrontata dalla Suprema Corte, onde dimostrare, dopo aver ripercorso in termini sommari l'evoluzione della teoria della degradazione ed aver evidenziato i rilievi critici che avverso tale meccanismo potrebbero essere ragionevolmente mossi, come sia possibile pervenire alle medesime conclusioni rassegnate dalle Sezioni Unite adottando, tuttavia, un differente paradigma teorico di riferimento.

2. Dalla degradazione dei diritti soggettivi alla teorizzazione dei c.d. diritti indegradabili. Nascita ed evoluzione di un equivoco controverso.

Come è stato affermato da autorevole dottrina, l'affievolimento (o degradazione) dei diritti soggettivi in interessi legittimi potrebbe essere definito come un *œquivoco ricorrente* nell'ambito della teoria generale del processo amministrativo.

Costituisce un *œquivoco*¹, in quanto tale meccanismo è stato introdotto al fine di spiegare la vicenda tutta processuale del riparto di giurisdizione, ricorrendo a soluzioni di diritto sostanziale, non codificate nel nostro ordinamento, ma introdotte in via pretoria con proposizioni enunciative di principi presupposti dalle norme processuali e mai espressi dal legislatore in specifiche disposizioni sostanziali.

È *œricorrente*, poiché identifica un *escamotage* cui ha fatto ricorso la giurisprudenza in epoche diverse al fine di risolvere differenti questioni sorte per rispondere alla medesima esigenza: definire l'instabile limite delle competenze tra G.O. e G.A..

Proprio per quest'ultima ragione, pare possibile descrivere la struttura della teoria qui esaminata identificandone quattro differenti fasi evolutive².

La prima risale al finire del diciannovesimo secolo, quando in seguito all'emanazione della L.A.C.³ si presentò la necessità di costruire il *discrimen* tra la sfera della c.d. *amministrazione pura* e l'ambito del contenzioso devoluto dall'art. 2 della legge del 1865 al G.O.

In assenza di una precisa indicazione della legge, i giudici ordinari ed il Consiglio di Stato⁴ concordarono nel definire la relativa linea di demarcazione sulla dicotomia *attività iure imperii - attività iure gestionis* e, escludendo che di fronte a provvedimenti amministrativi illegittimi potessero sussistere <<diritti civili e politici>>, da un lato affermarono che ogni qual volta l'amministrazione si trovava ad agire compiendo atti di imperio, i preesistenti diritti venivano *œtravolti* e *œdegradati* a meri interessi; dall'altro, limitarono la cognizione del G.O. ai soli casi in cui si era in presenza di una attività di gestione della p.A. In tali circostanze si riteneva, infatti, che l'agire amministrativo non fosse connotato da alcuna forza degradatoria ed il privato poteva conservare i diritti di cui in origine era titolare.

¹ In questo senso, cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, il quale individua alla base della teoria dell'affievolimento un <<equivoco>> di fondo <<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 dinnanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso di trasformarlo in interesse legittimo>> (22-23).

² Per una approfondita ricostruzione della nascita e dell'evoluzione della teoria della degradazione, il rinvio è dovuto a F.G. SCOCA, *La gestione dell'interesse legittimo, in Scritti in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, I, 2007, 283 ss.

³ Legge 20 marzo 1865, n. 2248.

⁴ Al tempo organo risolutore dei conflitti di attribuzione.

Sebbene fosse fondato su un criterio radicalmente sbagliato⁵, tale meccanismo fu successivamente ripreso e perfezionato con maggiore consapevolezza dai giuristi degli anni a seguire.

Ed invero, pur a seguito dell'emanazione della legge Crispi, il problema di delimitare l'ambito della giurisdizione del G.O.⁶ perpetuò irrisolto, di talché, in assenza una legge che esplicitasse un univoco e definitivo criterio risolutore, ancora una volta fu determinante l'apporto di dottrina⁷ e giurisprudenza.

Fu per questo motivo che, rifiutando di costruire il riparto di giurisdizione sulle teorie della doppia tutela⁸ (*Doppelrechtswg*), Corte di Cassazione e Consiglio di Stato fissarono i limiti di competenza tra G.O. e G.A. sul criterio della *causa petendi* ed accettarono nuovamente il meccanismo della c.d. degradazione del diritto soggettivo al fine di risolvere la difficoltà di stabilire quando si fosse in presenza di un diritto soggettivo e quando, invece, di un interesse legittimo.

In particolare, nella convinzione del fatto che l'esercizio del potere (sia pure illegittimo) dispiegasse una efficacia degradante sulle posizioni di diritto soggettivo dei privati, la giurisprudenza, profondamente influenzata dalla prevalente dottrina del tempo, a partire dalla storica sentenza delle Sezioni Unite 4 luglio 1949, n. 1657⁹, affermò il seguente principio di diritto: <<se il cittadino nega che potere í sia conferito all'autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta all'autorità giudiziaria perché si tratta di accertare se il diritto subiettivo sia tale anche di fronte alla p.A.. Se invece la controversia abbia per suo

⁵ In questi termini si esprime M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 146.

⁶ La questione, tuttavia, non era più quella di risolvere i meri conflitti di attribuzione, ma i veri e propri questioni di giurisdizione.

⁷ Su tutti, cfr. O. RANELLETTI, *A proposito di una questione della IV^a Sezione del Consiglio di Stato*, Avezano, 1982, nel cui contributo per la prima volta fu teorizzato il meccanismo della degradazione, *rectius* del c.d. diritto compresso. Secondo il RANELLETTI, infatti, gli interessi tutelati dalla IV^a Sezione del Consiglio di Stato <<sono dei veri diritti, ma che subiscono una compressione quando si trovano di fronte ad un contrasto collettivo, col quale sono compenetrati e dal quale dipendono, cioè l'interesse generale (í), compressione, che toglie loro il mezzo ordinario di farli valere, cioè l'azione comune; ogni qual volta quella compressione manca, riprendono la loro naturale espansione e sono dei veri diritti subiettivi>> (76). Tale tesi, com'è noto, fu successivamente sviluppata e modificata dall'Autore. In particolare, nei *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, nel cui contributo il RANELLETTI precisò che dinanzi alla p.A. la figura del diritto soggettivo <<si sdoppia>> secondo il grado di protezione che la norma di diritto accorda all'interesse del privato, potendo mutare contenuto o figura, *rectius*, affievolirsi in interesse legittimo, in quanto dipendente e subordinato alle esigenze dell'interesse pubblico.

⁸ Per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema di riparto, cfr., M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 137 ss.

⁹ Cass. Sez. Un., 4 luglio 1949, n. 1657 (est. *Ferrara*), in *Foro it.*, 1949, I, 926 ss.

oggetto l'esercizio, che si pretende scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma o del contenuto, specie in relazione all'eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni, la competenza a conoscerne è del G.A.>>.

Tale pronunciamento inaugurò quella che potrebbe essere definita come la seconda fase evolutiva del meccanismo dell'affievolimento.

Con questa storica sentenza, infatti, la Suprema Corte riprese la teoria della degradazione, la adeguò alle sopravvenute esigenze del tempo e, affermando che <<di fronte all'autorità amministrativa investita del potere discrezionale il diritto subiettivo del singolo si attenua nella sua consistenza e si trasforma in un interesse legittimo>>, sostituì al sistema di riparto fondato sulla combinazione attività iure imperii=interesse legittimo - attività iure gestionis=diritto soggettivo, il duplice collegamento carenza di potere=diritto soggettivo - esercizio del potere=interesse legittimo.

Da questo momento in poi la teoria dell'affievolimento acquisì centrale rilevanza nell'impostazione del sistema di riparto di giurisdizione e, svolgendo il ruolo di vero e proprio elemento giustificatore, iniziò ad influire in via immediata sulla *causa petendi*.

Nel corso del tempo il meccanismo così strutturato fu ulteriormente perfezionato.

L'ambito di applicazione della teoria della degradazione, inizialmente circoscritto ai soli casi di esercizio del potere discrezionale da parte della p.A.¹⁰, dapprima fu esteso anche agli

¹⁰ L'originaria limitazione della teoria della degradazione (*rectius*, dell'affievolimento) al solo ambito dell'agire discrezionale della p.A. fu concepita da O. RANELLETTI, *Principii*, cit., il quale distinse tra diritti giuridicamente incondizionati di fronte all'interesse pubblico e diritti suscettibili di affievolimento. I primi, furono identificati dall'OA. in quei diritti <<normalmente garantiti, anche di fronte alla p.A., dalla giurisdizione dei tribunali ordinari, finché in quel rapporto essi si comportano come diritti soggettivi perfetti, cioè di fronte ad essi l'amministrazione si trova nella sua attività vincolata>> (438-439); i secondi, intesi quali <<diritti affievoliti nella loro forza, ed elastici di fronte all'interesse pubblico, a cui sono condizionati>> (440), furono teorizzati dall'OA. esclusivamente dinnanzi al potere discrezionale della p.A.

Come ha recentemente osservato autorevole dottrina (F.G. COCA, *La gestione dell'interesse legittimo*, cit., nota 78) l'equazione potere o attività vincolata=diritto perfetto/potere o attività discrezionale=diritto affievolito costituisce senza dubbio l'argomento più debole della teoria del RANELLETTI <<dato che contrappone due qualificazioni giuridiche, entrambe artatamente sforzate fino a snaturarle. La vincolatezza viene assunta da R. in una versione (per così dire) debole, come possibilità per l'amministrazione di operare le proprie scelte, ma nei limiti imposti dalla legge. A sua volta la discrezionalità viene elevata a possibilità di operare al di là di ogni disposizione legislativa. E' ovvio ora (ma lo era anche allora) che questo tipo di discrezionalità non è affatto aderente al diritto positivo, che si ispira al principio di legalità; e che la nozione di vincolatività del R. corrisponde in

ambiti di attività vincolata dell'agire amministrativo¹¹ e, successivamente, da meccanismo originariamente ricondotto alla mera sussistenza di un potere, fu considerato quale conseguenza discendente dall'efficacia del provvedimento emanato dalla p.A.¹².

Sebbene fu avversata con decisione da autorevole dottrina¹³, tale teorica riscosse un decisivo successo ed determinò, nei suoi risvolti applicativi, una progressiva erosione, a favore del G.A., della competenza a decidere su questioni inizialmente devolute alla giurisdizione del G.O.

Ciò nonostante, sul finire degli anni settanta tale *trend* subì una sia pur limitata inversione di tendenza.

A partire dalle sentenze 9 marzo 1979, n. 1463¹⁴ e 6 ottobre 1979, n. 5172¹⁵, le Sezioni Unite inaugurarono, infatti, quella che potrebbe essere individuata come la terza fase evolutiva del meccanismo della degradazione.

In particolare, da questo momento fu teorizzata l'esistenza di diritti soggettivi c. d. *indegradabili* dall'esercizio del potere amministrativo, dapprima riservando al G.O. la competenza a decidere, in via esclusiva, sulle questioni aventi ad oggetto la dimensione oppositiva di tali situazioni giuridiche soggettive (pur se coinvolte dall'esercizio dell'azione amministrativa)¹⁶;

sostanza alla nozione generalmente accolta, di discrezionalità amministrativa: possibilità per l'amministrazione di operare le sue scelte, ma sulla base, nei limiti e per gli scopi fissati dalla legge. Se si tiene conto di queste osservazioni cade totalmente il vero fondamento della distinzione tra diritti perfetti e diritti affievoliti; considerato anche che la differente sede (e il differente tipo) di tutela non è affatto una ragione di differenziazione tra due diverse figure di diritto, ma semplicemente la conseguenza processuale della (ritenuta) esistenza e della (ritenuta) inesistenza del diritto soggettivo>>.

¹¹ Tra le primissime pronunzie, cfr., Cass. Sez. Un., 11 ottobre 1955, n. 2994, in *Foro it.*, 1955, I, 1291 ss.

¹² Richiamando l'opinione fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza al suo tempo prevalenti, nella voce *Atto amministrativo* (in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 157 ss.) M.S. GIANNINI riconduce il fenomeno della degradazione agli effetti discendenti dall'emanazione del provvedimento amministrativo; nello specifico, in tale fondamentale contributo il GIANNINI si esprime in questi termini: <<la degradazione dei diritti consiste in questo: che l'emanazione del provvedimento amministrativo è fatto giuridico estintivo di diritti ed eventualmente costitutivo di interesse protetto. Per cui se il provvedimento amministrativo aveva di fronte a sé un diritto soggettivo, questo, in quanto colpito dal provvedimento (può esserlo in parte o per intero), degrada ad interesse legittimo in tale ipotesi, se viene esperita idonea misura contro il provvedimento, ossia se si impedisce che esso divenga inoppugnabile, il diritto quiesce sino alla decisione sulla misura, e potrà riprendere vigore in caso di misura annullativa; altrimenti, col sopraggiungere dell'inoppugnabilità, il diritto definitivamente si estingue>> (188).

¹³ Sul punto, cfr. § 4.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939 ss.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, 357 ss.

¹⁶ Come è noto, a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite 9 marzo 1979, n. 1463 e 6 ottobre 1979, n. 5172, il diritto alla salute è stato configurato dalla giurisprudenza come fondamentale diritto dell'individuo, assicurato al singolo incondizionatamente anche nei confronti dell'autorità pubblica. Ed

successivamente, ammettendo la possibilità di applicare il meccanismo *de quo* ogni qual volta venisse in rilievo la dimensione pretensiva di tali fondamentali situazioni giuridiche soggettive del privato¹⁷.

Negli anni a seguire, questo sistema raggiunse una certa stabilità e fu salutato con favore in quanto idoneo a riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, inizialmente non garantite dinnanzi al G.A.

Ed invero, i diritti fondamentali, concepiti quali veri e propri diritti incompressibili dal potere della p.A., hanno determinato una (ri)espansione dell'ambito della giurisdizione del G.O., comportando un significativo ampliamento degli strumenti di tutela previsti in favore del cittadino.

Di recente, tuttavia, la esclusiva devoluzione della tutela dei diritti fondamentali alla cognizione del G.O. è stata messa in discussione.

A partire dalla nota sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187, infatti, le Sezioni Unite hanno inaugurato la quarta fase evolutiva della teoria della degradazione e, pur riaffermando l'attualità della tesi per cui i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione sarebbero intangibili, hanno sancito l'innovativo principio (posto a fondamento anche della pronuncia qui annotata), secondo cui *<<in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione è 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, i competenti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie e circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il*

invero, muovendo dall'assunto dell'assoluta intangibilità di tale situazione giuridica soggettiva, il relativo potere di fruizione individuale è stato qualificato quale vero e proprio diritto soggettivo indegradabile a fronte del quale è stata esclusa la sussistenza di alcun potere idoneo ad affievolirlo a danno dell'interesse legittimo. Partendo da queste premesse, l'orientamento giurisprudenziale che si è formato negli anni a seguire è rimasto fedele alla suindicata impostazione e, ogni qual volta il *petitum* sostanziale dell'azione è stato identificato nella richiesta di salvaguardare tale fondamentale diritto, la giurisprudenza della Cassazione (seguita pedissequamente da quella del G.A.) ha riconosciuto al suo titolare una tutela forte. Il diritto soggettivo alla salute, concepito nella sua dimensione negativa, è stato infatti qualificato come una situazione giuridica soggettiva che impone una difesa o a tutta oltranza o avverso ogni iniziativa ostile ed ha acquistato il titolo, non solo per influire sulle relazioni private, ma anche per limitare l'esercizio dei pubblici poteri.

¹⁷ Nel corso degli anni a seguire, la teoria dell'indegradabilità, in origine limitata alla dimensione oppositiva del diritto *de quo*, è stata sviluppata dalla giurisprudenza per essere applicata alla sua componente pretensiva: differenziando tra situazioni soggettive o a nucleo variabile e situazioni giuridiche o a nucleo rigido, i giudici nazionali, in talune occasioni, hanno configurato il diritto alla salute come vero e proprio diritto soggettivo non degradabile; in altre hanno qualificato tale situazione giuridica soggettiva come interesse legittimo risultante dall'affievolimento del preesistente diritto.

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>> [nostro il corsivo].

La limitazione della cognizione del G.A. ai soli casi di giurisdizione esclusiva di recente operata dalla Suprema Corte suscita, come detto, notevoli perplessità in quanto continua a fare salva la teoria dell'indegradabilità, fondata, com'è noto, sull'erroneo presupposto che sussista una assoluta contraddizione tra carattere fondamentale del diritto e potere della p.A.

Tale paradosso non appare assolutamente insuperabile: ragioni di sistema consentono, infatti, di pervenire alle medesime conclusioni rassegnate dai giudici della Suprema Corte, abbandonando, tuttavia, il controverso paradigma teorico di riferimento sul quale le Sezioni Unite hanno erroneamente fondato il suesposto principio di diritto da ultimo affermato.

3. La teoria della degradazione, ovvero: una realtà spuria, inutile, che non esiste.

Il tentativo di ridefinire il paradigma teorico da utilizzare al fine di (ri)affermare la giurisdizione del G.A. sulle controversie inerenti la lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione per effetto di un comportamento conseguente ad atti illegittimi della p.A., non può che prendere le mosse dal contestare la valenza teorica del meccanismo della degradazione¹⁸.

Tale meccanismo, infatti, nel corso del tempo è stato sottoposto ad una accesa critica da parte di autorevole dottrina, la quale in più occasioni ha dimostrato come il nostro ordinamento offra una pluralità di elementi che potrebbero risultare idonei ad impedire di ritenere fondata la teoria sopraccitata¹⁹.

In proposito occorre innanzitutto rilevare come già la legge abolitrice del contenzioso amministrativo offrì argomenti utili ai fini del superamento del meccanismo dell'affievolimento.

Ed invero, il territorio attribuito dalla legge del 1865 al sindacato del G.O. era più ampio di quello riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza del tempo: il criterio distintivo per discriminare tra la sfera della c.d. *amministrazione pura* e l'ambito di giurisdizione del G.O. che era stato fondato sulla dicotomia atti *iure imperii* (= meri interessi) atti *iure gestionis* (=diritti civili e politici) poteva fondatamente essere considerato <<*radicalmente*

¹⁸ In termini generali, cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 670 ss.

¹⁹ In questo senso, cfr., E. CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Foro amm.*, 1963, 73.

sbagliato>>²⁰, in quanto l'articolo 2 L.A.C. non si limita(va) ad attribuire alla cognizione del G.O. i soli diritti nascenti da un rapporto di diritto privato, ma devolve(va) a quest'ultimo *tutti* i diritti soggettivi vantati dal singolo nei confronti della p.A..

Inoltre, dal momento che la disposizione sopraccitata prevede(va), testualmente, la devoluzione alla giurisdizione del G.O. di tutte le questioni aventi ad oggetto diritti civili e politici ancorché fossero <<emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa>>, si potrebbe altresì osservare come tale articolo in realtà non offra alcun argomento utile a sostenere che l'emanazione di un atto amministrativo costituisca elemento idoneo a precludere la giurisdizione civile.

Ulteriori rilievi critici potrebbero altresì essere mossi riflettendo sul fatto che, come è noto, la Costituzione repubblicana identifica diritto soggettivo ed interesse legittimo quali situazioni giuridiche soggettive di pari grado²¹, entrambe strutturate (anche) su interessi materiali protetti dall'ordinamento (sebbene con forme e modalità differenti).

²⁰ Si esprime in questi termini, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 146. In senso conforme E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento (voce)*, cit., 671.

²¹ Come noto, le forme di protezione riconosciute dall'ordinamento agli interessi materiali dei privati nei confronti della p.A. possono assumere le sembianze del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, che, è bene ricordare, identificano situazioni giuridiche soggettive di carattere sostanziale collocate sullo stesso piano dalla carta costituzionale (artt. 24, 103, 113 Cost.). In altri termini, l'interesse legittimo non costituisce una situazione giuridica soggettiva minore rispetto al diritto soggettivo, ma identifica una posizione di pari grado che ha una sua propria natura e che è funzionale ad assicurare la protezione ad interessi intenzionalmente protetti dall'ordinamento.

Sebbene siano posti sullo stesso piano, diritto soggettivo e interesse legittimo costituiscono situazioni giuridiche soggettive differenziate, dal momento che, pur trattandosi in entrambi i casi di posizioni che assumono ad oggetto un interesse materiale del privato (si badi, come per il diritto soggettivo, anche per l'interesse legittimo l'interesse materiale non costituisce il baricentro della relativa posizione giuridica ma si limita ad identificare solo uno degli elementi costitutivi di quest'ultima), diverso è il modo in cui l'ordinamento assicura la protezione nei confronti di quest'ultima. Più precisamente, mentre per il diritto soggettivo l'ordinamento tutela l'interesse materiale attribuendo in capo al singolo una serie di poteri atti a soddisfare pienamente l'interesse al bene, per l'interesse legittimo questa soddisfazione piena e sicura non si ha. Secondo il tradizionale insegnamento di autorevole dottrina, in conformità del quale l'interesse legittimo identifica quella particolare situazione giuridica soggettiva che dialoga con il potere della p.A., i titolari degli interessi materiali coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo non possono soddisfare questi ultimi se non attraverso il comportamento posto in essere dall'amministrazione. L'interesse legittimo costituisce, infatti, <<il solo modo possibile in cui gli interessi del privato sono protetti di fronte all'esercizio del potere amministrativo>> (così, F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 27), attraverso il riconoscimento della <<possibilità di influire sull'esercizio del potere, cooperando alla corretta esplicazione del medesimo ed intervenendo a correggerne le esplicazioni>> (così, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 101).

Ebbene, tale incontestabile premessa fornisce ulteriori argomenti da spendere contro l'ammissibilità della teoria della degradazione, posto che, diversamente opinando, da un lato l'individuazione dell'interesse legittimo verrebbe limitata ai soli casi in cui sussista la diversa situazione giuridica soggettiva presupponente di diritto soggettivo²²; dall'altro, verrebbe precluso ogni spazio al fenomeno della c.d. *coesistenza* tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, circostanza che ricorre allorché una norma di organizzazione attribuisce alla p.A. un potere ablatorio²³ ed il diritto soggettivo entra in contatto con l'esercizio del potere.

Nei procedimenti ablatori, infatti, di degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi non sembra corretto parlare, in quanto l'esercizio del potere amministrativo si risolve in un omero «effetto giuridico, consistente nell'estinzione, nella perdita, nella modificazione di un diritto ovvero nella nascita di un obbligo»²⁴: «ogni diritto soggettivo, in quanto entra in rapporti con la p.a. è accompagnato da un interesse legittimo oppositivo»²⁵ che acquista rilevanza al momento dell'inizio del procedimento²⁶ e coesiste²⁷ con il diritto del privato fino a quando

²² Tale tesi, come è noto, è stata superata dalla migliore dottrina, la quale da tempo ha dimostrato che a monte dell'interesse legittimo non vi è, sempre, un diritto soggettivo. Sul punto, cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 96. In senso conforme, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 267-268.

In giurisprudenza, cfr. la decisione 22 ottobre 2007, n. 12 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui: «ai fini della concreta verifica di questa è necessario poi ribadire che configurano situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che come tali originariamente nascono in capo al loro titolare sibbene anche quelle che pur qualificandosi genericamente ed in astratto di diritto soggettivo siano, in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in concreto come di interesse legittimo. Certo è necessario che procedimento e provvedimento siano svolti e decisi da un'autorità a ciò competente, senza che concorrano violazioni di legge, senza che intervengano sviamenti e note carenze».

²³ «I procedimenti ablatori, come dice la loro stessa denominazione, si possono genericamente indicare come quelli con cui il pubblico potere, per un vantaggio della collettività, sacrifica un interesse ad un bene della vita del privato» (così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, III ed., 1181).

²⁴ Così, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *Riv. dir. proc.*, 1963, 532.

²⁵ Così, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 123 il quale prosegue precisando: «in realtà vi è coesistenza delle due situazioni: e l'interesse legittimo si accoppia con il diritto soggettivo per il fatto che l'interesse di cui consiste il diritto soggettivo è parte della situazione obiettiva in relazione alla quale il potere è attribuito».

²⁶ In senso conforme, cfr., S. VINTI ó D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, secondo cui «la prima, e probabilmente più importante conferma la troviamo nella legge sul procedimento amministrativo che, attraverso gli istituti partecipativi, ha conferito una propria e specifica tutela all'interesse legittimo del destinatario

l'amministrazione non provvede incidendo negativamente sulla sfera giuridica di quest'ultimo.

Altre notazioni critiche potrebbero altresì essere tratte dalla lettura dell'art. 103, comma 1 Cost., posto che «<riesce difficile comprendere come mai i diritti soggettivi, attribuiti alla giurisdizione esclusiva, non risultino degradati dai provvedimenti amministrativi che li concernono>>²⁸,

Da ultimo, occorre rilevare che, se la teoria della degradazione poteva avere ancora senso prima che fosse abbattuto il muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi²⁹, la storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999³⁰ ed i successivi sviluppi normativi e giurisprudenziali hanno confermato la tesi secondo cui tale *modus procedendi* non avrebbe oramai più alcuna ragione di esistere in quanto, con la definitiva attribuzione all'interesse legittimo della natura di vera e propria situazione giuridica soggettiva sostanziale e con la conseguente esigenza di garantire a tale posizione giuridica piena ed effettiva tutela, si è determinato il superamento della regola che imponeva, una volta che fosse stata ottenuta la tutela davanti al G.A., di adire il G.O. per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno. L'accoglimento del principio della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo in conseguenza dell'illegittimità dell'atto amministrativo non è, in altri termini, compatibile con la passata esigenza di fondare il meccanismo risarcitorio sul collegamento tra danno patito e diritto soggettivo irrisarcibile dopo il precedente affievolimento.

I rilievi che precedono dimostrano la perdurante attualità della lucida descrizione (*rectius*, contestazione) della teoria della degradazione data dall'Autore³¹ che l'ha definita come una realtà:

dell'atto, già all'avvio del procedimento amministrativo, dimostrando come la posizione giuridica soggettiva de qua preesista al provvedimento riduttivo del diritto» (67).

²⁷ In questo caso l'interesse materiale già protetto come diritto soggettivo non si sottrae all'esercizio di quest'ultimo ma viene tutelato dall'ordinamento come vero e proprio interesse legittimo. In senso conforme, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, osserva che «<la relatività delle situazioni giuridiche soggettive non ammette che il potere amministrativo possa trasformare i diritti in interessi legittimi né a seguito dell'adozione del provvedimento, né in via anticipata, ossia per effetto della norma attributiva del potere. Secondo questa tesi l'interesse legittimo è situazione giuridica a sé stante, diversa e del tutto indipendente dal diritto soggettivo, con cui può coesistere e di cui non costituisce una forma degradata per la semplice ragione che il diritto è esente da qualsiasi effetto giuridico prodotto dal potere amministrativo>> (332).

²⁸ Ancora, E. CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, cit., 74.

²⁹ Prima della svolta operata dalla sentenza 500/1999, infatti, il convincimento che la lesione dell'interesse legittimo non determinasse l'ingiustizia del danno era stato superato dalla giurisprudenza ricorrendo al meccanismo bifasico dell'affievolimento.

³⁰ Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.* 2000, 349.

³¹ Così, F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 23.

spuria, perché può limitarsi a estinguere, modificare o conformare un diritto, ma non lo può di certo trasformare con un artificio inammissibile in interesse legittimo; *inutile*, perché sebbene idonea a spiegare il meccanismo di riparto di giurisdizione nei casi in cui la p.A. agisca incidendo negativamente sulla sfera giuridica dell'amministrato, non riesce a giustificare tale meccanismo laddove quest'ultima agisca senza sacrificare (degradandolo) alcun diritto soggettivo, ma attribuendo al privato un *bene della vita* da lui desiderato; che *non esiste*, perché rappresenta la confusione in una unica situazione giuridica soggettiva di due diverse situazioni contemporaneamente spettanti al medesimo titolare.

Muovendo da simili premesse è ora opportuno ampliare l'ambito della riflessione, onde soffermarsi sui rilievi critici che potrebbero essere parimenti mossi nei confronti della tesi dei c.d. *indegradabili*.

4. Diritti fondamentali vs potere amministrativo. Osservazioni critiche.

Se nel corso del tempo la teoria della degradazione non ha raccolto il consenso unanime della dottrina, non diversa sorte è stata riservata alla tesi dell'*indegradabilità* dei diritti soggettivi in interessi legittimi.

In proposito, autorevole dottrina ha, infatti, rilevato che l'idea della resistibilità di alcuni diritti soggettivi di fronte all'esercizio dell'azione amministrativa verrebbe ad alterare la regola secondo cui compete al G.A. il sindacato sulla legittimità dell'esercizio della potestà amministrativa, determinando, nei suoi risvolti applicativi, l'effetto di falsare gli equilibri del sistema di riparto previsto nella nostra Costituzione³².

Altri autori hanno poi evidenziato come l'accoglimento di tale tesi comporterebbe la violazione degli artt. 2, 97 e 101 Cost. in quanto, in presenza di una norma attributiva del potere, da un lato, il titolare del diritto soggettivo insuscettibile di affievolimento potrebbe sistematicamente paralizzare l'attività amministrativa, contravvenendo ai principi costituzionali di solidarietà sociale e buon andamento³³; dall'altro, il G.O. sarebbe autorizzato ad operare una sorta di sindacato diffuso sulla costituzionalità delle

³² In senso conforme, cfr. V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1993, 151.

Sulla figura del G.A. come giudice del potere, cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in www.cortecostituzionale.it

³³ Sul punto, cfr. V. CAIANIELLO, *Giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Cento anni di giustizia amministrativa*, AA. VV., Napoli, 1996, 223 ss.; F. CARINGELLA, cit., 102; G. MICARI, *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 527.

leggi ordinarie, con la consequenziale possibilità di disapplicare la norme di attribuzione del potere amministrativo³⁴.

Considerando, poi, che tra le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo codificate dall'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, il legislatore del 2005 ha espressamente previsto il difetto assoluto di attribuzione, la c.d. teoria dei diritti resistenti a tutta oltranza è stata di recente criticata³⁵ da chi ha osservato che l'ipotesi di carenza di potere in astratto potrebbe ricorrere «solo laddove l'atto amministrativo abbia operato in concreto la limitazione del diritto individuale in mancanza di una legge che tale potere di compressione abbia previsto»³⁶, precisando al contempo che l'esercizio di un potere amministrativo conferito da una specifica norma di attribuzione non potrebbe che sortire effetti *oblatu sensu* degradatori³⁷ e radicare la giurisdizione del G.A..

Un ulteriore argomento è stato poi tratto dall'esame dell'art. 21, comma 8, della legge 1034/1971 (così come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000), disposizione che, nell'escludere la possibilità di subordinare a cauzione l'istanza cautelare inerente «interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale», dimostra come il legislatore abbia inteso superare la tesi dell'assoluta incompatibilità tra potere e diritti fondamentali, ammettendo implicitamente la possibilità che siffatte situazioni giuridiche soggettive possano essere protette non solo sotto forma di diritti soggettivi ma anche *sub specie* di interessi legittimi.

La compatibilità tra diritti fondamentali costituzionalmente rilevanti e potere della p.A. ha trovato, inoltre, espressa conferma in recenti interventi legislativi.

³⁴ In senso conforme, cfr. anche P. CARPENTIERI (*Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. ó TAR*, 2006, 2760 ss.), secondo cui «la teorica dei diritti incompressibili, consentendo al giudice di tutelare direttamente il diritto contro l'autorità amministrativa, ben può condurre in sostanza alla stessa disapplicazione della legge che regola la scelta amministrativa, secondo un criterio di legalità (governo dei giudici) che è estraneo al nostro sistema» (2770).

Per simili considerazioni, cfr. V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, cit., 147; G. FORMICHETTI, *Interesse legittimo oppositivo e diritti indegradabili*, in *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, B. CAVALLO (a cura di), Torino, 2002, 35 ss. cit., 88; G. MICARI, *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, cit., 526.

³⁵ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e G.A.: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. e app.*, 2005, 1159 ss. In senso conforme, G. MICARI, cit., 535.

³⁶ Così, R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e G.A.: un binomio davvero impossibile?*, cit., 1162.

³⁷ È opportuno precisare che il termine degradazione è in questa sede utilizzato in senso improprio posto che, come osservato in precedenza, «a rigore il diritto non degrada ad alcunché: o si estingue, o si modifica» (così, M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., 532).

Ed invero, se con il decreto legge 23 maggio 2008, n. 90³⁸ sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. <<tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti relative a diritti costituzionalmente tutelati>>³⁹, il recente d.d.l. sul "Codice del processo amministrativo", oltre a riaffermare il principio secondo cui <<la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale>> (cfr. artt. 66, comma 2), attribuisce alla giurisdizione esclusiva del G.A. alcune controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti che potrebbero incidere su diritti di primario rilievo costituzionale, quali il diritto alla salute o il diritto all'integrità dell'ambiente (cfr. art. 150, comma 1 lett. q ed r)⁴⁰.

5. Gli interessi costituzionalmente rilevanti come situazioni giuridiche soggettive. Tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

³⁸ Per un commento, cfr. G. SAPORITO, *Al TAR l'esclusiva della spazzatura (e lo smaltimento del cautelare pregresso)*, in www.giustamm.it Più di recente, cfr. F. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 377 ss., la quale ha rilevato che il d.l. 90/2008 sembrerebbe aver abbandonato la distinzione fra comportamenti espressivi dell'esercizio di un potere e le mere attività materiali, assicurando, in questo modo, la concentrazione davanti ad un unico giudice di tutte le questioni relative alla gestione delle discariche.

Il d.l. 23 maggio 2008, n. 90, successivamente convertito con la legge 14 luglio 2008, n. 123 è stato oggi abrogato d.l. 30 dicembre 2009, n. 195, a sua volta convertito nella legge 26 febbraio 2010, n. 26.

³⁹ L'art. 4 così dispone: <<ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 3 del decreto-legge 30 novembre 2005 n. 245, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 gennaio 2006, n. 21, con le risorse umane e strumentali previste a legislazione vigente, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

Le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1, cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del presente articolo>>.

⁴⁰ Tra le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. l'art. 150 del d.d.l. prevede, infatti: <<le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose>> (lett. q); <<le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempiuto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di risarcimento del danno ambientale>> (lett. r).

I rilievi che precedono non hanno tuttavia consentito il definitivo superamento né della teoria della degradazione⁴¹, né della teoria dei c.d. diritti resistenti a tutta oltranza.

L'asserita contraddizione tra diritti fondamentali e potere amministrativo sembra infatti aver di recente influenzato solo una parte della giurisprudenza: se da un lato, le perplessità manifestate nei confronti della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali sono state richiamate in alcune recenti pronunzie⁴², dall'altro, ampia parte della giurisprudenza fatica tuttora ad abbandonare questo equivoco ricorrente⁴³.

⁴¹ Di recente, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1502; Id., Sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 3896.

⁴² In proposito, possono essere ricordate:

a) la decisione 13 febbraio 2006, n. 556, con la quale la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha escluso la necessità di ammettere a priori la sussistenza della giurisdizione del G.O. rispetto a controversie inerenti situazioni di interesse in relazione con diritti fondamentali della persona, osservando che «<<quando la vertenza ha come oggetto la contestazione della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, ossia quando l'atto amministrativo sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita, ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l'annullamento, la posizione del cittadino si concreta come posizione di interesse legittimo>>»;

b) la sentenza della Corte Costituzionale 27 aprile 2007, n. 140, in occasione della quale la Consulta ha ammesso che l'esercizio illegittimo di un potere da parte della p.A. potrebbe danneggiare anche il diritto (non più indegradabile) alla salute del privato e, riconoscendo, la piena possibilità di una coesistenza tra potere amministrativo e diritti fondamentali, ha ribaltato la tradizionale formula di Mortara secondo cui c'è diritto soggettivo perché non c'è potere;

c) la decisione 22 ottobre 2007, n. 12 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la quale il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, pur evitando di approfondire la questione, ha definito «<<seriamente controvertibile una tesi che, muovendo dalla categoria dei diritti soggettivi incompressibili e varcando la soglia della sola descrittività, sancisca aprioristicamente limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa>>» e, confermando il principio secondo cui il G.A. è il giudice del potere, ha escluso che l'esercizio di un potere autoritativo in astratto conferito alla p. A. ed idoneo ad incidere sui diritti un tempo indegradabili, possa configurare una ipotesi di difetto assoluto di attribuzione;

d) l'ordinanza 22 maggio 2008, con la quale il TAR Lombardia ha rilevato che il G.A. può conoscere delle domande finalizzate alla tutela dei diritti fondamentali purché non si confrontino con meri comportamenti materiali della p.A. e, applicando il suesposto principio anche ai casi in cui tale diritto è fatto valere in chiave pretensiva, ha precisato che, in queste circostanze, l'interesse del privato non si correla ad una mera obbligazione ma investe direttamente una potestà tecnico discrezionale dell'amministrazione sanitaria;

e) la sentenza 26 gennaio 2009, n. 214, in occasione della quale il TAR Lombardia ha nuovamente osservato che nessun principio o norma riserva esclusivamente al G.O. la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

⁴³ Oltre alle contraddittorie affermazioni contenute nel principio espresso nell'ordinanza delle Sezioni Unite 5 marzo 2010 n. 5290, in proposito pare possibile richiamare:

Ciò nonostante, considerato che una pluralità di argomenti potrebbero essere adottati a confutazione della premessa metodologica su cui è fondata l'ordinanza qui annotata⁴⁴, esigenze di sistema impongono di verificare se, adottando un *iter* argomentativo più conforme ai *principi* del nostro ordinamento, sia possibile prospettare una differente ricostruzione teorica che tenga conto, tanto delle critiche che sono state mosse al meccanismo della (*in*)*degradabilità*, quanto dell'argomento *princeps* che è stato adottato da autorevole dottrina a giustificazione dell'atteggiamento assunto su questo punto dalla giurisprudenza maggioritaria: quello dell'effettività di tutela e delle sue ripercussioni in ordine al criterio di riparto delle giurisdizioni costruito sull'assunto secondo cui nel nostro ordinamento vi sarebbero taluni diritti c.d. *resistenti a tutta oltranza*.

A tal proposito, occorre innanzitutto principiare ricordando che, nel moderno Stato costituzionale, la distinzione tra *jus* e *lex* costituisce <<un principio giuridico operativo dal quale derivano conseguenze capitali>>: i *diritti*, infatti, non si possono identificare nelle sole situazioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli dalle *leges*, ma qualora riconosciuti in specifiche disposizioni dalla Carta costituzionale, individuano in realtà una <<dotazione giudica propria dei loro titolari indipendente dalla legge>>⁴⁵.

Ed invero, considerato che l'ordinamento attuale costituisce un sistema composto da *regole* (riconducibili principalmente alle disposizioni legislative) e *principi* (identificabili nelle norme costituzionali sui *diritti* e sulla *giustizia*) e che la Costituzione repubblicana impone una ricomposizione armonica delle prime ai secondi, è allora evidente che, in un sistema a costituzione rigida quale è il nostro, da un lato, i *principi* svolgono un ruolo <<costitutivo dell'ordinamento giudico>>; dall'altro le *regole*,

a) la sentenza 12 settembre 2009, n. 8650 del TAR del Lazio, in occasione della quale i Giudici Amministrativi hanno qualificato il diritto alla salute quale diritto soggettivo (indegradabile), declinando la giurisdizione su una controversia involgente la sua lesione;

b) le sentenze 20 giugno 2008 n. 6049 e 9 aprile 2009, n. 1883, con le quali il TAR Campania ha ritenuto che la tutela del fondamentale diritto alla salute garantito dall'art. 32 della Costituzione, pur in presenza di limitazioni introdotte da leggi, regolamenti od atti amministrativi di carattere generale, conserva la propria natura e non si presta ad essere affievolito dall'attività amministrativa di valutazione della gravità e dell'urgenza delle ragioni del ricovero, destinate a formare oggetto di verifica da parte del G.O.;

c) la sentenza 6 febbraio 2009, n. 2867, con la quale le Sezioni Unite hanno riaffermato la giurisdizione spetta al G.O. sulle controversie inerenti il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni.

⁴⁴ Secondo cui, ogni qual volta venga in rilievo una questione che interessa il diritto alla salute, il *discrimen* tra G.O. e G.A. dovrebbe essere costruito ricorrendo alla criticata teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive.

⁴⁵ Così si esprime G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 69.

subordinate a questi ultimi, <<non hanno alcuna forza costitutiva al di fuori di loro>>⁴⁶.

Sviluppando tale ragionamento e considerando che le norme costituzionali sui *diritti* e quelle sulla *giustizia* costituiscono differenti *species* riconducibili al comune *genus* dei *principi*, riteniamo che non sia possibile ricostruire l'effettiva natura dei diritti fondamentali se non coordinando il *valore* espresso dalle specifiche disposizioni costituzionali che li proteggono (quale è, ad esempio, l'art. 32 Cost.), tanto, con gli artt. 2 e 3 Cost. (disposizioni che identificano superiori principi di *giustizia* sostanziale dai quali è difficile prendere le distanze), quanto con gli artt. 24, 103 e 113 Cost. (espressione di valori di giustizia individuale che identificano principi supremi del nostro ordinamento, assicurando a ciascun individuo tutto e proprio tutto ciò che il diritto - inteso in senso lato - gli garantisce).

Ciò premesso, è evidente come la soluzione del problema che ci siamo posti nell'intento di abbandonare l'equivoco riconducibile alla teoria della *(in)degradabilità* di diritti costituzionalmente tutelati necessiti di una complessa indagine, nella quale le esigenze di *giustizia sostanziale* devono essere coordinate con quelle di carattere prettamente *processuale*, ritenute tradizionalmente sufficienti a giustificare la costruzione dei diritti c.d. *incomprimibili*.

La difficoltà di sostenere che la forma di protezione garantita ai fondamentali interessi protetti dalla Carta costituzionale debba essere in via assoluta identificata in un superiore diritto soggettivo *indegradabile* che non potrebbe mai dialogare con il potere della p.A. e che, di conseguenza, dovrebbe essere tutelato esclusivamente dinnanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria, potrebbe essere dimostrata portando ad esempio due significative vicende: il caso dell'emergenza rifiuti e quello delle prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale.

Nello specifico, è evidente che, qualora si ammettesse la tesi secondo cui il diritto alla salute ed il diritto alla salubrità dell'ambiente siano in via assoluta incompatibili con il potere amministrativo, allora qualsiasi interessato, azionando il fondamentale interesse di cui all'art. 32 Cost., potrebbe impedire l'installazione di nuove discariche per lo smaltimento dei rifiuti che giacciono per strada ottenendo i provvedimenti all'uopo necessari dal G.O.

In questo modo, l'interesse di un singolo soggetto (o di pochi individui) potrebbe prevalere in via assoluta sull'interesse pubblico a risolvere una situazione di emergenza dalla quale potrebbero conseguire maggiori pregiudizi, tanto per gli interessi di coloro che si trovano a convivere con le tonnellate di spazzatura ammassate sulle strade, quanto per il superiore interesse alla tutela dell'ambiente.

⁴⁶ Ancora, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 148.

Analizzando in termini di *costi/benefici* i risvolti che da una simile soluzione potrebbero discendere, non vi è dubbio del fatto che, così facendo, l'esigenza di tutelare in via assoluta il diritto alla salute òdi pochiö risulterebbe verosimilmente idoneo a cagionare gravi pregiudizi per la salute òdi moltiö, di modo che l'affermazione dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla costruzione dei diritti c.d. *incomprimibili* finirebbe per far prevalere una inaccettabile prospettiva parziale, individualistica (*rectius*, egoistica) ed idonea, in quanto tale, a minare il *giusto* assetto della pluralità di interessi⁴⁷ che deve essere necessariamente assicurato nella società in cui viviamo⁴⁸.

Diversamente, nel caso in cui si riconoscesse la possibilità di far dialogare l'interesse protetto dall'art. 32 Cost. con il potere amministrativo, allora sarebbe senza dubbio possibile conseguire il più alto effetto di far coesistere allo stesso tempo le esigenze di *giustizia* sostanziale⁴⁹ con quelle dei *diritti*⁵⁰, il tutto nel pieno rispetto di quello che costituisce uno pilastri su cui si erge la struttura del moderno Stato costituzionale: la logica dei *principi*, secondo la quale questi non esauriscono <<la loro efficacia in direzione delle regole giuridiche>>, ma <<pretendono una presa di posizione conforme al proprio ethos di fronte a tutte le non precisate né preventivamente precisabili evenienze concrete della vita in cui può essere sollevata, per l'appunto, una questione del principio>>⁵¹.

Se l'esempio che precede dimostra l'ammissibilità della tesi favorevole al superamento dell'assoluta indegradabilità di un diritto costituzionalmente rilevante quale è il diritto alla salute nella sua dimensione oppositiva, in quanto insuscettibile di dialogare con il potere esercitato dalla p.A., il caso delle prestazioni erogabili per conto del Servizio Sanitario Nazionale dimostra l'opportunità di abbandonare una simile impostazione anche allorquando venga in rilievo la componente òpretensivaö del diritto *de quo*.

⁴⁷ Per simili osservazioni, cfr. L. VIOLA, *L'emergenza rifiuti approda avanti al G.A., tra effetto n.i.m.b.y. e analisi economica del diritto*, in www.giustamm.it

⁴⁸ Come rileva L. VIOLA, *L'emergenza rifiuti approda avanti al G.A., tra effetto n.i.m.b.y. e analisi economica del diritto*, cit., che fonda la sua critica alla teoria dei diritti incomprimibili prediligendo una ricostruzione in termini di analisi economica del diritto, è evidente come la costruzione giurisprudenziale qui avversata <<non costituisca certo un fattore di stabilizzazione delle decisioni amministrative in materia di localizzazione delle opere di pubblica utilità>> in quanto questi òsuperdiritti incomprimibili (potrebbero diventare) <<una sorta di òmine vagantiö capaci di far òsaltareö in qualsiasi momento l'assetto degli interessi democraticamente definito secondo principi di legalità>>.

⁴⁹ Con tale espressione ci riferiamo a quelle esigenze che identificano nella salute un fondamentale interesse della collettività.

⁵⁰ In questa dimensione la salute consisterebbe in un esclusivo diritto del singolo individuo.

⁵¹ Non si può omettere di richiamare ancora una volta le lucide espressioni con cui si esprime G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 160.

Ed infatti, qualora si riconoscesse all'art. 32 Cost. l'efficacia precettiva di attribuire a ciascun individuo il diritto (soggettivo) *indegradabile* ad ottenere qualsiasi trattamento a carico del Servizio Sanitario Nazionale, allora è evidente che le illimitate disponibilità economiche che si verrebbero a confrontare con le numerose richieste di tutela avanzate dai singoli impedirebbero la piena realizzazione delle pretese dei molti richiedenti.

Così facendo, però, la logica della *giustizia* verrebbe ad essere piegata a quella dei *diritti*, pregiudicando le condizioni che, invece, potrebbero assicurare un giusto ordine tra le molteplici pretese dei singoli nelle quali si sostanziano i diritti individuali attribuiti a ciascuno dalla Carta costituzionale.

È proprio muovendo da simili premesse che, a nostro avviso, non pare possibile disconoscere la correttezza della posizione, in più occasioni fatta propria dalla Consulta, secondo cui, come ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, anche il diritto alla salute, considerato sotto il profilo del diritto ai trattamenti sanitari, non può non essere condizionato dal bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti.

In questo modo non si realizzerebbe, infatti, una subordinazione delle *regole* ai *principi*, né si finirebbe nuovamente per cadere nell'insanabile conflitto tra i *diritti* e la *giustizia*.

Qualora si consentisse al legislatore ed alla p.A. di scegliere, nell'esercizio dei rispettivi poteri, con quali strumenti, tra i diversi a disposizione, assicurare un adeguato livello di tutela della salute degli individui, si potrebbe invece garantire un giusto equilibrio, sicuramente più coerente con la struttura del moderno Stato costituzionale.

Tale bilanciamento, occorre precisare, non sarebbe tuttavia privo di limitazioni, ma dovrebbe tenere conto, sia dei limiti oggettivi che il legislatore e la p.A. incontrano nella loro opera di attuazione in relazione alle risorse tecniche, organizzative e finanziarie disponibili in un determinato momento storico; sia del superiore principio che impone di proteggere l'ambito inviolabile della dignità umana, costituito dal *nucleo irrinunciabile* della salute dell'individuo.

Di conseguenza, nei casi di particolare gravità (come ad esempio avviene quando la salute potrebbe essere tutelata unicamente con un determinato intervento che non sia altrimenti sostituibile), l'esigenza di assicurare il *nucleo essenziale* assumerebbe il valore di *principio (rectius, vero e proprio diritto)* fondamentale e non potrebbe non essere garantito dall'esercizio comunque necessario del potere. L'eventuale violazione di questo limite che fosse posta in essere da parte del legislatore o dalla p.A. sarebbe senza dubbio irragionevole e viziata da una palese illegittimità, di talché la *regola* particolare, venendo a confliggere con un *principio* costituzionale di rango superiore, non potrebbe

non soccombere in favore di quest'ultimo sotto i colpi, nel primo caso, della Corte costituzionale⁵², nella seconda ipotesi, del G.A.

Le notazioni che precedono dimostrano come gli interessi fondamentali costituzionalmente rilevanti (qual è, ad esempio, il *diritto alla salute*⁵³) non possano essere ricondotti, secondo la logica del *semel-semper*, alle situazioni giuridiche soggettive dei c.d. diritti soggettivi *incomprimibili*⁵⁴.

Volendo essere più precisi, a mero titolo esemplificativo si potrebbe richiamare all'attenzione il già menzionato caso del c.d. *diritto alla salute*.

Ed invero, premesso che tale fondamentale bene della vita potrebbe essere scomposto in due distinte componenti, l'una di natura *difensiva*, l'altra di carattere *pretesivo*, prendendo in esame la dimensione oppositiva, si potrebbe sostenere che l'art. 32 Cost.: da un lato, costituisca una norma precettiva da cui nascono

⁵² In tal senso, in più occasioni la Corte costituzionale ha affermato che «questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa» (sentenze nn. 27 del 1975, 226 e 559 del 1987, 992 del 1988, 319 del 1989, 127 e 298 del 1990).

⁵³ In realtà, l'espressione *diritto alla salute* riassume una situazione giuridica di vasta portata che, muovendo da principi comuni, si articola in situazioni giuridiche soggettive differenti in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana, tenendo conto dei rapporti giuridici cui in concreto inerisce. In senso conforme, A. POLICE, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, osserva che «il diritto costituzionale alla salute è assolutamente variegato comprendendo in sé, sia situazioni giuridiche soggettive perfette, riconducibili al diritto fondamentale costituzionalmente garantito, sia a situazioni giuridiche soggettive non piene (e non perfette) in quanto condizionate e subordinate al collegato interesse della collettività» (1179-1180). Nello stesso senso, cfr. M. LUCIANI, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, secondo cui «l'espressione diritto alla salute deve considerarsi formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni giuridiche assai differenziate tra loro e talvolta legate da un nesso tutt'altro che diretto» (5); C. M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, V agg., 2001, il quale afferma che «la tutela di questo valore si svolge in dimensioni differenti, in relazione a ciascuna delle quali assume una diversa coloritura» (1037). In giurisprudenza, cfr. Corte Cost., 16 ottobre 1990, n. in www.cortecostituzionale.it

⁵⁴ È questa la tesi espressa da A. POLICE, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, cit., il quale distingue tra «*diritti fondamentali* (che hanno la consistenza di diritti assoluti e non rinunciabili) e che si fondano sulle previsioni costituzionali immediatamente precettive; *diritti soggettivi tout court* (e quindi rinunciabili) che si fondano sulle previsioni del legislatore; *interessi legittimi* le cui pretese si fondano su provvedimenti discrezionali dell'amministrazione» (1186-1187).

<<diritti soggettivi perfetti, direttamente azionabili davanti all'autorità giudiziaria>>⁵⁵, diritti, in altri termini, tutelati attraverso il riconoscimento, in favore di qualsiasi individuo, della pretesa a che i terzi (soggetti pubblici o privati) si astengano da qualsiasi comportamento che possa arrecare pregiudizio; dall'altro, non escluda la possibilità di operare un bilanciamento di tale interesse costituzionalmente protetto con valori di pari grado, proteggendo questo fondamentale bene della vita come interesse legittimo oppositivo e creando, di conseguenza, le condizioni per prospettare una ipotesi di coesistenza di situazioni giuridiche soggettive.

Ponendo invece l'attenzione alla dimensione pretensiva del sopracitato interesse fondamentale, si potrebbe parimenti rilevare che: l'art. 32 Cost. identifica norma programmatica impositiva di un determinato fine da raggiungere; il diritto ai trattamenti sanitari costituisca un diritto sociale costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi protetti nella Carta costituzionale, potendo essere legittimamente tutelato sia come diritto soggettivo, sia come interesse legittimo pretensivo (allorquando emerga come situazione soggettiva correlata ad un potere della p.A.); il nucleo essenziale del diritto alla salute costituisca un vero e proprio diritto imposto da un principio costituzionale di carattere superiore⁵⁶ e finalizzato a proteggere un valore fondamentale insuscettibile di essere derogato da qualsiasi tipo di regola; l'articolo 32 Cost. si risolva, pertanto, in una vera e propria norma autoapplicativa a garanzia di un superiore interesse dell'individuo che non può non essergli garantito, sia questo ricondotto alla figura del diritto soggettivo, sia esso inquadrato nella distinta situazione giuridica soggettiva costituita dall'interesse legittimo (pretensivo)⁵⁷.

⁵⁵ Così, M. LUCIANI, *Salute (diritto alla)*, cit., 5.

⁵⁶ Nello stesso senso, cfr. A. POLICE, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, cit., il quale osserva altresì che, al fine di stabilire se si sia in presenza (o meno) di un diritto fondamentale, occorre valutare le circostanze di fatto <<per desumere da esse se la prestazione che si ritiene dovuta sia da ritenersi essenziale per assicurare la integrità psico-fisica della persona umana>> (1189).

⁵⁷ In tal senso, *ex plurimis*, cfr. Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui <<il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto [] Questo nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso>>. In senso conforme, Id., 17 luglio 2001, n. 252, ivi; Id., 20 novembre 2000, n. 509, ivi; Id., 16 luglio 1999, n. 309, ivi.

Ciò precisato, è però evidente che la differente chiave di lettura che in questa sede si intende prospettare potrebbe risultare incompleta ove fosse limitata alla trattazione che precede.

Ed invero, considerato che, secondo l'opinione diffusa fino ad un recente passato nella prevalente dottrina⁵⁸, la costruzione dei diritti c.d. *incomprimibili* avrebbe potuto essere giustificata quale valvola di fuga idonea ad evitare eventuali pregiudizi ai *supremi principi* sanciti dalla Carta costituzionale⁵⁹, occorre ora valutare se (ed in quali termini) il superamento della teoria dei diritti c.d. resistenti a tutta oltranza possa essere compatibile con il non meno importante valore di *giustizia* individuale che è costituito dal principio di *effettività* della tutela giurisdizionale.

Questo ultimo aspetto costituisce lo snodo centrale del discorso qui affrontato e merita, pertanto, di essere approfondito in quanto, pur essendo indiscutibile il fatto che il *proprium* insito nella tutela giurisdizionale sia costituito dal suo carattere individualistico⁶⁰, è altresì vero che il *giudizio* identifica il momento culminante dell'ordinamento in cui questo «celebra il rito della sua giuridicità»⁶¹, garantendo l'equilibrio tra *diritti* e *giustizia* ed assicurando la supremazia dei *principi* sulle *regole* a questi eventualmente difformi⁶².

⁵⁸ In dottrina era infatti diffusa l'opinione secondo cui la violazione del diritto di cui all'art. 32 Cost. potesse essere sanzionata incisivamente solo dal G.O. in quanto si riteneva che la tutela giurisdizionale offerta dal G.A. si traducesse sempre in una forma di protezione meno immediata ed efficace. In senso conforme, prima delle riforme che hanno investito il processo amministrativo, cfr. A. BARTOLINI, *Sulla giurisdizione concorrente in materia di "diritto al farmaco": il caso della somatostatina*, in *Rass. giur. umbra*, 1998, 247 ss.

⁵⁹ In senso conforme, cfr. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del G.O. e attività della p.A.*, Torino, 2002, 242 ss. In proposito, l'Autore rileva che sebbene «la ricostruzione in termini di diritto soggettivo *tout court* della posizione del cittadino riguardo alla propria salute» abbia «portato con sé non pochi inconvenienti, primo fra tutti quello della indegradabilità della situazione soggettiva di riferimento» potrebbe qualificare il sindacato del giudice come un sindacato di giurisdizione piena nel senso cioè di privilegiare prioritariamente i richiamati principi di *effettività* della tutela offerta dall'ordinamento».

⁶⁰ Secondo il combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113 Cost., il diritto alla tutela giurisdizionale costituisce un diritto fondamentale costruito sulle situazioni giuridiche soggettive parieordinate di diritto soggettivo e di interesse legittimo, situazioni che, identificando gradazioni diverse di situazioni di vantaggio di carattere sostanziale, devono essere salvaguardate con una pronuncia di merito in ordine allo specifico *bene della vita* oggetto della contesa a prescindere dal giudice competente a decidere nel caso concreto (sull'*effettività* di tutela, di recente, cfr. Corte cost., 12 marzo 2007, ord. n. 77, in *www.cortecostituzionale.it*).

⁶¹ Richiamandosi alle tesi di F. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss. si esprime in questi termini, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 49.

⁶² Questi elementi identificano alcuni dei fondamentali presupposti su cui si fonda il moderno Stato costituzionale (separazione tra *iura* e *leges*;

E così, consapevoli del fatto che⁶³ il riconoscimento dell'accesso alla giustizia sarebbe palesemente vanificato qualora l'interessato non potesse ottenere una forma di tutela adeguata dall'organo giurisdizionale adito «qualunque sia la controparte e la natura della situazione giuridica soggettiva da preservare»⁶⁴ e ciò a prescindere dal fatto che sia stato emanato un atto amministrativo⁶⁵, vediamo ora in quale sede e con quali strumenti dovrebbe essere assicurata la tutela al diritto (per noi *non più incompressibile*) qual è, ad esempio, quello alla salute.

Su questo punto, va subito premesso che, a nostro avviso, non pare possibile ipotizzare una soluzione unitaria.

Quattro sono infatti le combinazioni che si potrebbero presentare.

Nello specifico, qualora venga in rilievo la *dimensione oppositiva* dell'interesse fondamentale costituzionalmente garantito e non sussista una norma di organizzazione che attribuisca alla p.A. alcun potere *ablatorio* che sia idoneo a pregiudicarlo con l'emanazione di un apposito provvedimento, allora l'amministrazione verserebbe in una situazione di *difetto assoluto di attribuzione*; la lesione subita sarebbe conseguenza di un comportamento materiale non collegato con alcun potere esercitato (*rectius*, esercitabile) da parte della p.A.; la giurisdizione sulle eventuali controversie non potrebbe che spettare al G.O., il quale potrebbe emanare una sentenza di condanna ad un *facere* specifico con cui inibire la prosecuzione dell'attività dell'amministrazione, ordinare l'eventuale ripristino dello *status quo ante* e disporre l'eventuale risarcimento del danno in favore del privato che sia stato pregiudicato.

Diversamente, nel caso in cui sussista una norma di organizzazione che attribuisca alla p.A. il potere *ablatorio* capace di incidere negativamente sull'interesse del privato, allora la giurisdizione sulle eventuali controversie inerenti alla legittimità del provvedimento emanato dovrebbe essere (tendenzialmente) devoluta al G.A., ricorrendo, in questo caso, una situazione di *cattivo esercizio del potere*. Come di recente affermato dalla Corte costituzionale non sussiste, infatti, alcun «principio o norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al G.O. o escludendone il G.A. o la tutela dei diritti costituzionalmente protetti», essendo «il giudice naturale della legittimità

affermazione dei *principi* sulle *regole*; coesistenza ed equilibrio tra *diritti* e *giustizia*).

⁶³ Sul principio di effettività di tutela, per più approfondite argomentazioni, si veda F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del G.O. e attività della p.A.*, cit., 26 ss.

⁶⁴ «Il processo deve dare a chi ha diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire», così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 81.

⁶⁵ F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del G.O. e attività della p.A.*, cit., «l'esistenza di un provvedimento non può rappresentare un ostacolo alla tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.A. ».

dell'esercizio della funzione pubblica (dotato di) poteri idonei ad assicurare *piena* tutela per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegitto esercizio del potere pubblico da parte della p.A.>>⁶⁶.

Ciò premesso, su questo aspetto si rendono tuttavia necessarie talune precisazioni, in quanto, nella circostanza esaminata, due sono le eventualità che si potrebbero presentare, a seconda che l'emanazione del provvedimento lesivo sia il frutto dell'esercizio di un potere attribuito da una norma che sia rispettosa, o meno, dei vincoli imposti al legislatore dalla Costituzione repubblicana.

Nel primo caso, il privato potrebbe far valere il suo *interesse legittimo oppositivo* ricorrendo davanti al G.A., al fine di ottenere: in sede cautelare, un provvedimento idoneo ad assicurare internamente gli effetti della decisione definitiva; al termine del giudizio di merito, una sentenza di annullamento del provvedimento illegittimo con cui l'autorità adita, garantendo una tutela *piena* della situazione giuridica azionata dal privato, potrebbe altresì disporre le eventuali misure risarcitorie in forma specifica o per equivalente (anche di carattere non patrimoniale⁶⁷) che siano state eventualmente richieste⁶⁸.

In questo modo, a nostro avviso l'interesse (legittimo) del ricorrente sarebbe debitamente garantito, atteso che: da un lato il venir meno dell'atto impugnato impedirebbe all'amministrazione di porre in essere il comportamento materiale esecutivo del potere; dall'altro, l'effetto conformativo della sentenza vincolerebbe il successivo operato dell'autorità competente, predeterminando i criteri cui questa si dovrebbe attenere nell'eventuale riesercizio del potere.

Nella diversa ipotesi in cui il provvedimento sia stato emanato sulla base di una norma attributiva del potere che presenti fondati profili di incostituzionalità (ad esempio perché lesiva del *nucleo essenziale* dell'interesse protetto in via incondizionata dall'art. 32 Cost.), la situazione giuridica soggettiva del privato potrebbe essere tutelata sostanzialmente negli stessi termini, ma con una pronuncia il cui contenuto sarebbe condizionato dal modo in cui si costruisce il fenomeno della trasmissione dell'antigiuridicità per sopravvenuta illegittimità costituzionale

⁶⁶ Corte cost., aprile 2007, n. 140, cit.

⁶⁷ Nei più recenti sviluppi giurisprudenziali, il danno non patrimoniale è stato ritenuto risarcibile anche se cagionato dalla p.A. In questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2005 n. 109, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2015, *ivi*; Id., 08 settembre 2009, n. 5266; Tar Puglia, Bari, Sez. II, 15 ottobre 2005 n. 3888, *ivi*.; Tar Piemonte, Sez. I, 15 giugno 2007, n. 2623, *ivi*; Tar Abruzzo, 23 marzo 2007, n. 339, *ivi*; Tar Campania Napoli, Sez. VIII, 28 maggio 2009, n. 2994 *ivi*; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 05 ottobre 2009, n. 1022, *ivi*; Tar Sardegna, sez. I, 24 ottobre 2009, n. 1562, *ivi*.

⁶⁸ In senso conforme, cfr. P. CARPENTIERI, *Ancora due righe sui diritti incompressibili*, in www.giustamm.it

della norma di attribuzione che sia stata, nelle more del giudizio, dichiarata illegittima con sentenza della Corte costituzionale (autorità, questa, cui spetterebbe la superiore funzione di garantire l'equilibrio tra le pretese vantate dai singoli e le esigenze di *giustizia*, attraverso un sindacato preordinato ad assicurare la corretta subordinazione delle *regole*⁶⁹ ai *principi*).

Più precisamente, il meccanismo di tutela potrebbe essere riassunto nei termini che seguono.

Accogliendo la tesi secondo cui l'incostituzionalità della disposizione censurata non sarebbe idonea a far venir meno in via retroattiva l'esistenza del potere, allora l'interessato potrebbe ricorrere al competente tribunale amministrativo regionale (nel rispetto dell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni) ed ottenere: nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale dovesse superare il giudizio di non manifesta infondatezza da parte dell'autorità adita, la sospensione cautelare⁷⁰ dell'atto impugnato; all'esito del giudizio di merito, qualora la questione predetta dovesse essere ritenuta fondata dalla Consulta, una sentenza costitutiva di annullamento⁷¹ del provvedimento con cui potrebbe

⁶⁹ In questo caso, il giudizio posto in essere dalla Corte costituzionale si tradurrebbe in uno strumento funzionale ad assicurare la giuridicità dell'ordinamento in due giudizi distinti, ma strettamente collegati. Ed invero, se da un lato, la Consulta potrebbe operare un sindacato sulla compatibilità della *regola generale* (dettata con la legge) ai *principi* imposti dalla Carta costituzionale, dall'altro lato l'esito del giudizio di costituzionalità sulla norma di attribuzione determinerebbe la possibilità di verificare se la *regola* del caso concreto (dettata con l'emanazione del provvedimento amministrativo impugnato) sia rispettosa o meno dei superiori diritti attribuiti dalla Costituzione repubblicana ai singoli individui.

⁷⁰ Nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale prospettata dal ricorrente dovesse superare positivamente il giudizio di non manifesta infondatezza, allora potrebbe ritenersi soddisfatto il requisito del *fumus boni iuris*, in quanto la sospensione del giudizio e la successiva trasmissione degli atti alla Consulta conseguirebbe alla fondata presunzione di incostituzionalità della norma di attribuzione censurata (che per il giudice *a quo* non potrebbe essere interpretata con una lettura conforme a Costituzione) dalla quale, molto probabilmente, potrebbe derivare la successiva invalidità del provvedimento impugnato. Ed invero, se la *ratio* che sta alla base della tutela cautelare è quella di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore, allora l'eventuale diniego di una c.d. sospensiva potrebbe essere considerato non solo irragionevole, ma anche contrario al principio di effettività di tutela che sta alla base del moderno Stato costituzionale.

⁷¹ In senso conforme, in giurisprudenza *ex multis* cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 8 aprile 1963, n. 8; Consiglio di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2007, n. 381; Id., Sez. VI, 10 maggio 2006, n. 2575; Id., Sez. IV, 11 febbraio 2004, n. 546; Tar Calabria, Catanzaro, 26 giugno 2007, n. 1721. In dottrina, cfr. A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 391 ss.; C. ESPOSITO, <<Inesistenza>> o <<illegittima esistenza>> di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?, in *Giur. cost.*, 1960, 330 ss.

Sul regime dell'atto amministrativo emanato in base ad una norma di attribuzione del potere incostituzionale, in termini generali, cfr. F.

essere altresì disposto l'eventuale risarcimento del danno (anche non patrimoniale) che sia stato eventualmente richiesto nell'atto introduttivo del relativo giudizio.

Aderendo, invece, alla diversa e più convincente impostazione⁷² secondo cui, in virtù della retroattività della pronuncia di incostituzionalità di una norma attributiva del potere, gli effetti della legge investita dalla sentenza sarebbero caducati *ex tunc*, è evidente il potere che in essa avrebbe dovuto trovare fondamento è come se non fosse mai esistito, con conseguente invalidità del provvedimento emanato in base ad esso poiché affetto da una nullità *sui generis* (in quanto originaria *quod causam* ma sopravvenuta *quod effectum*)⁷³ ed integrante una fattispecie di *fictio juris*⁷⁴.

Muovendo da simili premesse, si potrebbe allora ritenere che, mentre sul piano sostanziale la *nullità sopravvenuta* sarebbe idonea a determinare la degradazione (questa sì) degli effetti *medio tempore* prodotti dal provvedimento invalido in meri *risultati materiali*, sul piano processuale il *diritto soggettivo* costituzionalmente garantito potrebbe essere azionato dinnanzi al G.O. o, qualora la questione ricada in una materia devoluta alla giurisdizione del G.A. (come nel caso previsto ai sensi del recente decreto legge n. 90/2008), davanti a quest'ultima autorità. In tal

CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; R. CHIEPPA, *Atto amministrativo emanato in base ad una legge incostituzionale*, in *Tem di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 237 ss.

⁷² Tale tesi è sostenuta con convincenti argomentazioni da A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 281 ss., il quale ha rilevato che mentre la pronuncia di incostituzionalità di una norma di attribuzione del potere determinerebbe una ipotesi di <<nullità sopravvenuta>>, la pronuncia di incostituzionalità di una norma sull'esercizio del potere sarebbe idonea a configurare una ipotesi di <<annullabilità sopravvenuta>>. In senso conforme, cfr. F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 875 ss.

⁷³ Questa soluzione non è adottata dalla giurisprudenza amministrativa. Tra le poche sentenze favorevoli, si segnala Tar Lombardia, Brescia, 24 agosto 2004, n. 934, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷⁴ Si parla di *fictio juris* in quanto l'atto è esistito *medio tempore*, non solo quale fatto storico, ma anche quale atto giuridico produttivo di effetti che, tuttavia, vengono meno in virtù della finzione caratteristica delle pronunce costitutive con effetto retroattivo. Su questo punto, si ritiene opportuno richiamare le interessanti notazioni di BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit, secondo cui: <<se, per un verso, non si può negare che il provvedimento sino al momento del venire in essere della causa sopravvenuta è valido e produttivo di effetti, per altro verso è innegabile che in forza della *fictio iuris*, derivante dalla retroazione, il provvedimento debba essere considerato come adottato in una situazione di carenza di potere: il provvedimento, anche se originariamente valido, viene a trovarsi in virtù della finzione retroattiva, in una situazione di contrasto con l'imperativo categorico sulla previa e necessaria attribuzione della potestà amministrativa. In questo quadro la nullità sopravvenuta *quoad causam* ed originaria *quoad effectum* comporta la degradazione degli effetti, medio tempore prodotti, in risultati>> (284-285).

caso, l'esercizio dell'azione non sarebbe condizionato dalla necessità di rispettare il rigoroso termine decadenziale di sessanta giorni ed il giudice competente a decidere sulla specifica questione, oltre ad accertare la nullità dell'eventuale provvedimento amministrativo, potrebbe altresì condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico⁷⁵, inibendo a quest'ultima di dare esecuzione al provvedimento impugnato, tanto in sede cautelare, quanto con la pronuncia della sentenza definitiva.

Volgendo invece l'attenzione alla dimensione *pretensiva*, le ipotesi che si potrebbero verificare potrebbero essere due: da un lato, la p.A. potrebbe essere titolare, sulla base di specifiche disposizioni di legge, del potere funzionale a soddisfare in via diretta la pretesa del richiedente; dall'altro, potrebbero mancare specifiche previsioni che legittimino in via esplicita l'autorità amministrativa a soddisfare le pretese del privato.

In entrambe le ipotesi, non vi è dubbio che l'interesse del privato sarebbe protetto quale situazione giuridica soggettiva correlata ad un *potere* della p.A.

Ciò nonostante, anche in questo caso⁷⁶ a noi sembra fuori luogo far ricorso alla teoria dell'*indegradabilità* al fine di riconoscere le debite garanzie che spettano a tutela delle situazioni soggettive costituzionalmente garantite del privato. Anche quando quest'ultime si correlano alla *potestà* della p.A. il G.A. non potrebbe limitarsi ad esercitare un astratto sindacato della legittimità dell'azione amministrativa, ma dovrebbe operare <<con specifico riferimento alla pretesa sostanziale fatta valere in giudizio dal ricorrente ed alla sua fondatezza>>⁷⁷, fermo restando il limite inderogabile che viene individuato in quelle ipotesi in cui l'attività è connotata da margini di discrezionalità amministrativa c.d. *pura* (anziché solo tecnica)⁷⁸.

Diversamente opinando, si finirebbe infatti per vulnerare l'essenza del principio sancito dall'art. 24 Cost.

In altri termini, ferma restando la consapevolezza della necessità di evitare una ingerenza del giudice nella sfera esclusiva dell'amministrazione⁷⁹, nei diversi casi in cui l'esercizio del potere sia correlato ad *attività vincolata* o sia tutto al più connotato di

⁷⁵ In senso conforme, in dottrina F. CARINGELLA, *La tutela dei diritti soggettivi affidati alla giurisdizione esclusiva*, in *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 669.

⁷⁶ Per analoghe considerazioni, cfr. TAR Lombardia, 8 maggio 2008, n. 1370, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷⁷ Viene descritto in questi termini l'operato del G.A. nell'esercizio della sua attività di piena giurisdizione da A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al G.A.*, II, Padova, 2001, 327-328.

⁷⁸ TAR Lombardia, Milano, 22 maggio 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷⁹ Con tale espressione ci riferiamo all'ambito dell'azione amministrativa afferente al merito ed alle valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti, nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, in www.giustizia-amministrativa.it

*discrezionalità tecnica*⁸⁰, si potrebbe sostenere che il G.A. sia tenuto (nel rispetto del principio della domanda) ad esercitare i suoi poteri cognitori e ad operare un sindacato <<diretto, pieno e sostitutivo>> sugli accertamenti e sulle valutazioni preventivamente operate dalla amministrazione resistente, onde assicurare con la sua decisione tutto quello e proprio tutto quello che il ricorrente ha diritto di conseguire.

Con specifico riferimento ai poteri decisorii, in attesa dell'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo (l'art. 40 del d.d.l. prevede, infatti, l'introduzione di una azione di adempimento costruita sul modello della *Verpflichtungsklage* tedesca), si potrebbe in proposito osservare che, almeno nei casi in cui non residui in capo all'amministrazione alcun margine di discrezionalità (c.d. *pura*)⁸¹, la possibilità di ottenere la condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico attraverso l'esercizio di una vera e propria *azione di adempimento* potrebbe essere costruita sul principio di *effettività* di tutela e sul suo logico corollario costituito da quello di *atipicità* delle forme di tutela⁸².

Qualora questa tesi non si ritenesse convincente, rimarrebbe comunque aperta la strada più tradizionale che, se associata ai pregnanti poteri di cognizione e di decisione propri della giurisdizione *piena*, potrebbe assicurare al ricorrente adeguati spazi di tutela.

⁸⁰ Che <<è altra cosa dal merito amministrativo e ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere, deve far ricorso ed applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta>>, così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al G.A.*, cit., (433-434). Per una approfondita ricostruzione di questo concetto giuridico ancora indeterminato, cfr. A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2007.

⁸¹ Il rinvio è dovuto a M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁸² Sulla stretta relazione intercorrente tra principio di effettività e principio di atipicità di tutela si è espresso, di recente il Consiglio di Stato (Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in www.giustizia-amministrativa.it), affermando che <<uno dei corollari dell'effettività della tutela è anche il principio della atipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile. E non vi è ragione di differenziare, in linea di principio, sotto il profilo delle implicazioni che possono trarsi dall'art. 24 della Costituzione, il processo amministrativo dal processo civile, soprattutto se si riconosce all'interesse legittimo, come ormai pacifico, una rilevanza sostanziale analoga a quella del diritto soggettivo. Deve, allora, condividersi l'opinione di quanti sostengono che l'esigenza dell'effettività della tutela non può dirsi soddisfatta solo perché l'ordinamento consenta un rimedio giurisdizionale qualsiasi al diritto (o all'interesse) che si assume violato o insoddisfatto: occorre invece che la tutela assicuri in modo specifico l'attuazione della pretesa sostanziale>>. Tale decisione è stata annotata da A. FORMICA, *L'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Urb. app.* 2009 e da 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, 1245 ss.

Nello specifico, l'effettiva soddisfazione della pretesa sostanziale fatta valere dal privato potrebbe essere in questo caso assicurata con l'emaneazione di una pronuncia che, contenendo un accertamento del rapporto sostanziale⁸³ intercorrente tra il ricorrente e la p.A., oltre ad annullare l'atto impugnato, potrebbe vincolare la futura azione amministrativa in virtù dell'evidente effetto conformativo che discenderebbe dall'accertamento in essa contenuto⁸⁴. In tale circostanza, si potrebbe parlare di <<sentenza costitutiva di annullamento e di condanna all'emaneazione dell'atto amministrativo>>⁸⁵.

6. Conclusioni.

Le notazioni che precedono consentono di superare gli equivoci sottesi all'ordinanza in esame.

Il diverso approccio metodologico qui adottato permette, infatti, di pervenire alle medesime conclusioni rassegnate dalla Suprema Corte senza, tuttavia, dover nuovamente chiamare in

⁸³ Una lettura sostanzialistica delle norme sul processo amministrativo che lo sincronizzi con le coordinate costituzionali in punto di *effettività* di tutela (specie nei casi in cui venga in rilievo la necessità di tutelare i diritti attribuiti ai singoli da superiori principi della Carta costituzionale), permette, infatti, al G.A. uno scrutinio, non più limitato alla mera declaratoria dell'illegittimità dell'atto impugnato, ma esteso alla *piena* cognizione del rapporto e, quindi, all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale vantata dal ricorrente. Sull'oggetto del processo amministrativo, *ex multis*, cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al G.A.*, cit., secondo cui: <<nell'ambito della piena giurisdizione ó l'oggetto del processo, sia che venga ricondotto alla pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente, sia che venga ravvisato nelle situazioni giuridiche soggettive della cui lesione il ricorrente si duole, sarà sempre e comunque coincidente con l'accertamento giudiziale del rapporto sostanziale intercorrente fra la p.A. ed il ricorrente>> (501).

⁸⁴ Sul contenuto della sentenza del G.A. nelle ipotesi di giurisdizione *piena*, cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al G.A.*, cit., secondo cui: <<nella giurisdizione piena, in altri termini, la lesione delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo determinate da ipotesi di provvedimenti illegittimi della p.A., non trova esclusivamente una tutela di annullamento del provvedimento, né si esercita attraverso una vera e propria azione costitutiva (o di accertamento costitutivo)í Nelle ipotesi di giurisdizione piena, la pronuncia del giudice sarà una sentenzaá che avrà come suo presupposto l'accertamento del rapporto sostanziale intercorrente tra il cittadino e l'Amministrazione e, come sua finalità precipua, quella di assicurare soddisfazione alle pretese sostanziali del ricorrente (ove esse risultino fondate all'esito del giudizio)í l'annullamento potrà costituire il contenuto (o parte del contenuto) di tale sentenza di condanna, ma non sarà l'unicoí In primo luogo, infatti, la sentenza di condanna sarà caratterizzata dall'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, vincolando a tale accertamento l'azione futura dell'amministrazione>> (accertamento costitutivo). In secondo luogo, il giudice vincolerà lo stesso operato futuro dell'amministrazione>> (173-174).

⁸⁵ L'espressione è ripresa da E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili, in Giustizia amministrativa*, F.G. COCCA (a cura di), Torino, 2006, 172.

causa la controversa teoria dell'*(in)degradabilità* dei diritti costituzionalmente tutelati.

Ed invero, pur ricadendo la fattispecie in esame in una materia di giurisdizione esclusiva del G.A., a fronte del potere della p.A. l'interesse del privato costituzionalmente tutelato non può che assumere le forme di vero e proprio interesse legittimo.

In altri termini, la situazione che si verifica allorché una lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione sia stata dedotta quale effetto di un comportamento espressivo di un potere autoritativo e, pertanto, consequenziale ad atti illegittimi della p.A., può (*rectius*, deve) essere spiegata alla luce del su menzionato principio di relatività delle situazioni giuridiche soggettive⁸⁶.

In tale circostanza, infatti, il diritto soggettivo del privato assume solo valore indiretto, in quanto, oggetto di tutela nel giudizio è costituito dall'interesse legittimo oppositivo dialogante⁸⁷ con il potere esercitato dalla p.A.

Il richiamo operato dalle Sezioni Unite alla sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A. non può, nè deve essere pertanto sopravvalutato: in casi analoghi a quello in esame, il G.A. pronuncia, pur se in sede di giurisdizione esclusiva, come giudice di legittimità, assicurando ciò nonostante agli interessi legittimi del privato quella pienezza ed effettività di tutela loro riconosciuta dalla Carta costituzionale⁸⁸.

Il sistema di giustizia amministrativa presenta, infatti, tutti gli strumenti idonei ad assicurare meccanismi di tutela assimilabili in termini di *effettività* a quelli che potrebbe garantire il G.O.

In attesa delle future decisioni, non rimane che auspicare che si prosegua in questa direzione e che la giurisprudenza prenda il coraggio di compiere l'ultimo passo e, abbandonando la teoria dell'*(in)degradabilità*, attribuisca finalmente al G.A. il ruolo che gli è

⁸⁶ Nella teoria della relatività delle situazioni giuridiche soggettive, nota anche come c.d. teoria della pluriquificazione, «uno stesso e identico rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, a seconda dei casi e dei momenti e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere (s'intende, non ad arbitrio, ma servendosi di elementi obiettivi) ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto» *sub specie* di interesse legittimo (in tal senso, cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 61; Id., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, 293).

⁸⁷ Sulla ricostruzione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva dialogante con il potere della p.A., il rinvio è dovuto a F. G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1 ss.; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit.; Id., *Le situazioni giuridiche soggettive. Nozioni generali*, in *Diritto amministrativo*, F. G. SCOCA (a cura di), cit., 137.

⁸⁸ In proposito vale la pena ricordare che «nella giurisdizione esclusiva il giudice pronuncia ora come giudice della legittimità, ora come giudice di merito, a seconda che le materie in essa confluite siano state attribuite al giudice in cognizione piena o limitata» (in senso conforme, cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia Amministrativa*, F. G. SCOCA (a cura di), Torino, 2006, 103).

assegnato dalla Costituzione: quello di titolare del potere di attuare nel giudizio l'effettività dell'ordinamento⁸⁹. Anche allorquando ad essere azionati in giudizio siano situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo.

GIORGIO VERCILLO

⁸⁹ In tal senso, cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.