

# LA GIURISDIZIONE DEI DIRITTI COSTITUZIONALI TRA POTERE PUBBLICO E INTERESSE LEGITTIMO: LA *RELATIVIZZAZIONE* DELL'INVIOLABILITÀ<sup>1</sup>

Nicola Pignatelli<sup>2</sup>

SOMMARIO: 1. Una notazione preliminare: la separazione tra Costituzione statica e Costituzione dinamica. - 2. Diritti inviolabili e potere pubblico. - 3. I diritti inviolabili “senza potere”. - 4. Il potere pubblico “senza diritti”. 5. La giurisdizione dei diritti inviolabili alla luce della giurisprudenza Costituzionale. - 6. La relativizzazione dell’invio labilità innanzi al potere pubblico: l’interesse legittimo come dimensione naturale della Costituzione dei diritti. - 7. Il “giusto processo” come condizione costituzionale del riparto della giurisdizione dei diritti inviolabili. - 8. Il riparto di giurisdizione dei diritti costituzionali innanzi alle pressioni della dimensione sovranazionale.

## 1. *Una notazione preliminare: la separazione tra Costituzione statica e Costituzione dinamica*

Nella Costituzione sembra esservi una sorta di antinomia logica, un ossimoro, almeno apparente, che riguarda la stessa struttura del testo, dal quale emerge una frattura tra gli elementi essenziali e definitivi di una Costituzione, nella logica liberale, ovvero tra la dimensione dei *diritti* (garantiti) e la dimensione dei *poteri* (separati), *rectius*, tra il riconoscimento dei diritti e l’organizzazione dei poteri<sup>3</sup>.

Tale ossimoro consiste nella tensione costante tra, da una parte, l’enunciazione linguistica, a forte rilevanza ermeneutica, dell’*invio labilità* dei diritti dell’uomo, riconosciuta e garantita (art. 2), la cui dimensione resistenziale introduce una complicazione concettuale rispetto all’oggetto della effettività della tutela giurisdizionale, ossia gli interessi legittimi e i (meri) diritti soggettivi (art. 24 Cost.)<sup>4</sup>, e, dall’altra, il sistema di giustizia amministrativa, che presuppone (*rectius*, deve presupporre per essere conforme a Costituzione) l’esistenza attribuita di un potere pubblico<sup>5</sup> (discrezionale o vincolato che sia) idoneo ad incidere e quindi fattualmente a *violare* (in modo legittimo o illegittimo) i suddetti diritti inviolabili ed ancor prima la fonte di essi, ossia l’art. 2 Cost. ed analogamente le altre disposizioni recanti diritti resistenziali, alcune delle quali contengono espressamente l’evocazione della natura *invio labile* (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.)<sup>6</sup>, per quanto tale enunciazione non abbia certamente una forza escludente e quindi natura esclusiva.

Non può negarsi, infatti, come la matrice *ulteriore* di alcuni diritti soggettivi, di rango costituzionale, ad intensa intangibilità assiologica, in quanto tali fondamentali, in senso descrittivo della forma di Stato, faccia sorgere la problematica della compatibilità concettuale e più banalmente della coesistenza con il potere pubblico (esecutivo-amministrativo), innanzi al quale normalmente stanno gli interessi legittimi (che si oppongono ad esso o che pretendono da esso) e quindi

---

<sup>1</sup> Il presente scritto è un estratto del volume di N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’invio labilità*, Pisa, 2013.

<sup>2</sup> Avvocato, abilitato come Professore associato di Diritto amministrativo e di Diritto costituzionale.

<sup>3</sup> L’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 affermava, definendo *a contrario* il contenuto essenziale di una Costituzione, che “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione”.

<sup>4</sup> A tal proposito E. PICOZZA, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall’avvento della Costituzione ad oggi*, in AA. VV., *L’evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2004, 64, evidenzia come l’attenzione del costituente si sia focalizzata sui diritti fondamentali della persona e non sulla qualificazione del rapporto con l’Amministrazione.

<sup>5</sup> Cfr. A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203.

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

conseguentemente del radicamento della giurisdizione, la quale si fonda sul discrimine segnato tra l'esistenza di quel potere e la sua inesistenza.

In tale logica l'ossimoro strutturale, almeno apparente, tra diritti inviolabili e potere pubblico, è davvero un "amore difficile"<sup>7</sup>, caratterizzato da una potenziale "incomunicabilità"<sup>8</sup> ed "incociliabilità"<sup>9</sup>, tanto da far domandare se l'interesse legittimo, che presuppone il potere, "sia una figura compatibile con la tutela di fronte all'amministrazione dei diritti fondamentali"<sup>10</sup> e se si tratti quindi di un "binomio impossibile"<sup>11</sup>.

In sintesi sembra esservi una scissione tra una dimensione *statica* della Costituzione, che afferma e riconosce l'invulnerabilità di alcuni diritti, appartenenti alla identità della forma di Stato, e una dimensione *dinamica*, che costruendo la sindacabilità giurisdizionale del potere pubblico (art. 24, 103, 113 Cost.)<sup>12</sup>, presuppone che l'esercizio del medesimo da parte dell'Amministrazione competente possa di contro comprimere, compromettere e sacrificare (anche legittimamente) tali diritti, imponendo così un ripensamento dell'invulnerabilità.

Proprio tale scissione tra Costituzione statica e Costituzione dinamica<sup>13</sup>, entrambe dimensioni che riteniamo interne alla Costituzione formale, posto che la Costituzione materiale<sup>14</sup> può dirsi una sorta di interazione tra le prime, alla luce delle forze socio-politiche insistenti sulla dimensione formale, ha generato una strutturale criticità costituzionale nella definizione della giurisdizione comune dei diritti inviolabili, la quale deve misurarsi con la dinamica funzionale del *potere* e con le resistenze culturali legate ad un'ideologia dei diritti fondamentali che "per loro natura, resistono, resistono, resistono come su una irrinunciabile linea del Piave"<sup>15</sup>.

## 2. Diritti inviolabili e potere pubblico

L'ossimoro evocato, insito nella struttura della Costituzione, richiede di fissare in via sintetica i profili essenziali delle categorie costituzionali in tensione, ovvero dei *diritti inviolabili* e del *potere pubblico*.

I diritti inviolabili costituiscono un patrimonio valoriale ed assiologico espressivo dell'identità di una collettività, di una Nazione ancor prima di essere il catalogo sintetico della forma di Stato, quanto alla composizione del rapporto tra autorità e libertà, dal quale può desumersi il tasso di

---

<sup>7</sup> Nei termini calviniani riassume tale tensione F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); cfr. anche F. CARINGELLA, *Voglia di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

<sup>9</sup> Cfr. A. MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 241/2010*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

<sup>10</sup> U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 437.

<sup>11</sup> R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. app.*, 2005, 1157.

<sup>12</sup> Deve tenersi presente come la genesi della giustizia amministrativa sia intimamente connessa ad una esigenza di garanzia delle libertà individuali. Tale anima originaria trova una particolare valorizzazione in V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, 565 ss., il quale richiama in via esemplificativa il noto discorso di Silvio Spaventa (*La giustizia nell'amministrazione*, a cura di P. Altari, Torino, 1949, 57 ss.) e mette in evidenza come sotto il profilo storico, una volta riconosciuta l'esigenza di tutela anche delle categorie di interessi individuali non qualificabili come diritti soggettivi, perché confluenti nella sfera della discrezionalità amministrativa, ciò che impedì di considerare la possibilità di affidarla alla giurisdizione del giudice ordinario non fu lo scopo di attenuare la garanzia di quei diversi interessi ma la "radicata concezione del principio di separazione dei Poteri".

<sup>13</sup> A nostro avviso il medesimo rapporto tra Costituzione statica e Costituzione dinamica è quello che può leggersi in via esemplare tra l'enunciato costituzionale secondo il quale la sovranità appartiene al popolo (art. 1 Cost.) e la distribuzione del potere congegnata dinamicamente nella II Parte della Costituzione, che concretizza in via funzionale i limiti entro i quali la sovranità appartiene al popolo.

<sup>14</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

<sup>15</sup> F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 3.

protezione e quindi di valorizzazione della persona umana in un ordinamento giuridico<sup>16</sup>; in questa logica l'inviolabilità non si risolve quindi nella irriducibilità costituzionale, che di essa è un corollario<sup>17</sup>. Dalla giurisprudenza costituzionale emerge come la natura fondamentale, in senso descrittivo di essi, sia intimamente connessa alla loro "natura costituzionale"<sup>18</sup>, la cui matrice comune è desumibile in via ermeneutica, al di là del catalogo della Costituzione, attraverso la ricostruzione dello spirito espansivo dell'art. 2 Cost., fino al riconoscimento di diritti fondamentali "nuovi"<sup>19</sup>, in alcuni casi successivamente positivizzati da leggi dello Stato o dal diritto internazionale pattizio.

Per quanto rileva ai presenti fini i diritti fondamentali sono presidiati da una triplice garanzia costituzionale: una che attiene alla fonte, una che attiene al contenuto della fonte e una che attiene all'azionabilità di essi<sup>20</sup>. Più specificatamente dalla Costituzione si desume che:

- a) la disciplina di tali situazioni giuridiche soggettive debba essere riservata al legislatore;
- b) il legislatore debba espressamente *attribuire* ad un'Amministrazione pubblica il *potere* di incidere, trattare, limitare, soddisfare tali diritti fondamentali;
- c) il cattivo esercizio del potere pubblico debba essere sindacato in sede giurisdizionale, nei limiti del principio di separazione dei poteri, alla luce del quale deve negarsi che la magistratura amministrativa possa sostituirsi nella discrezionalità amministrativa, posto che un soggetto irresponsabile non può esercitare poteri di amministrazione attiva, dei quali non potrà essere chiamato a rispondere nel circuito politico.

In questa logica emerge chiaramente come, in seno al modello garantito dei diritti fondamentali, assuma un ruolo decisivo, quale architrave del sistema costituzionale, proprio il *potere*, quale espressione attizia dell'esercizio di una funzione pubblica. Non può negarsi, infatti, come nella dinamica socio-istituzionale i diritti fondamentali abbiano bisogno del potere e con esso della funzione sottesa, posto che in alcuni casi un diritto necessita dell'astensione dall'esercizio del potere (o dell'astensione dall'esercizio del potere con modalità illegittime) e in altri necessita di contro dell'esercizio del potere quale condizione di soddisfacimento di una pretesa ampliativa di una sfera di interesse, spesso intimamente connessa all'effettività del modello di Stato sociale, che scarica sul provvedimento amministrativo una funzione distributiva e redistributiva<sup>21</sup>. In sintesi, "non ha senso proclamare diritti se non vi è un potere che li protegga e consenta di farli valere"<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Per una configurazione "universale" dei diritti fondamentali cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico a cura di E. Vitale*, Roma-Bari, 2001, 5, che li definisce come "diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire".

<sup>17</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, 27 ss., il quale afferma in modo suggestivo come il concetto di inviolabilità dei diritti dell'uomo abbia un significato "complesso e molteplice, che soltanto nei suoi tratti più generici si lascia definire in modo semplice e uniforme (...) Ai fini della qualificazione della loro inviolabilità è opportuno ricordare che i diritti in questione si distinguono in due grandi categorie: quella dei diritti inviolabili in senso stretto o 'generali', cioè i classici diritti dell'uomo e del cittadino; quella dei diritti in senso ampio o 'speciali' (...). Tradizionalmente il concetto di inviolabilità è stato usato in relazione ai diritti dell'uomo e del cittadino, con particolare riferimento all'impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminarli, in tutto o in parte dall'ordinamento costituzionale positivo o, più semplicemente, di comprimerli sostanzialmente." Successivamente la cultura liberale ha utilizzato il concetto di inviolabilità per "denotare la loro indiscutibile superiorità assiologica e conseguentemente la loro intangibilità assoluta sia da parte dei poteri di modifica o compromissione astrattamente propri del legislatore ordinario e costituzionale, sia ad opera di eventuali interferenze dei privati".

<sup>18</sup> Corte cost. n. n. 168/2008.

<sup>19</sup> Cfr. D. ZOLO, *Nuovi Diritti e globalizzazione*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in [www.olir.it](http://www.olir.it). Appare suggestiva la classificazione di Zolo che, prestando particolare attenzione al momento del riconoscimento e a quello dell'effettività, distingue tra nuovi diritti "dichiarati ed effettivi", "enunciati ma non effettivi" ed "inascoltati".

<sup>20</sup> Cfr. sul punto F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incompressibili*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>21</sup> In questo senso la ricostruzione di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 236 ss., il quale ha sviluppato le tesi più risalenti di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 54 ss. Appaiono certamente perentorie, quanto alla valorizzazione della dimensione del potere come strumento di attuazione dei principi dello Stato sociale, le parole di V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, cit., 577, secondo cui "la

Risulta così inevitabile che un diritto enunciato come inviolabile entri in contatto con un potere idoneo a comprimere, sacrificare o a negare, frustrare il suo contenuto, quindi idoneo, in sintesi, a violarlo, foss'anche legittimamente, ossia nei limiti del principio di legalità, sia sotto il profilo attributivo del potere (quanto alla dimensione genetica-competenziale) sia sotto il profilo procedimentale (quanto al *quomodo* di esercizio di esso).

In questa prospettiva la solitudine dei diritti inviolabili, desumibile dalla Costituzione statica, si dissolve nella trama dinamica dell'organizzazione del potere (*rectius*, dei poteri)<sup>23</sup> e del sistema di giustiziabilità del potere, ovvero nel momento fisiologico e patologico di contatto tra diritti inviolabili e potere pubblico<sup>24</sup>.

La nozione di potere pubblico, evocata nel suddetto binomio, la quale deve tenersi distinta da quella di potere privato<sup>25</sup>, presuppone la esistenza di una norma legislativa *attributiva* di esso, pertanto la legittimazione riconosciuta in capo ad un'Amministrazione a produrre effetti giuridicamente rilevanti nell'ordinamento attraverso l'adozione di atti e provvedimenti<sup>26</sup>, dovendo comunque

---

democratizzazione delle strutture, la più ampia partecipazione a queste dei destinatari dell'azione amministrativa, il maggior grado possibile di circolarità del potere, non potranno escludere le sedi istituzionali pubbliche per realizzare lo Stato sociale. Le esigenze di questo *postulano tuttora il mantenimento di poteri autoritativi*, mentre i principi dello Stato di diritto, che caratterizzano il nostro ordinamento (artt. 24, 103 e 113 della Costituzione) garantendo la tutela giurisdizionale come diritto fondamentale impongono il controllo del giudice su quei poteri il cui esercizio pone i suoi destinatari in posizione certamente non paritaria. Ciò esclude di dover prevedere la completa assoggettabilità dell'azione amministrativa al diritto comune e quindi la soluzione delle relative controversie attraverso la medesima tecnica garantistica dei diritti soggettivi, perché altrimenti ne sarebbe sacrificato l'interesse generale che invece viene tenuto ben presente da Spaventa quando, nello schema di discorso per l'inaugurazione della IV Sezione, considera immanenti nell'amministrazione pubblica i tre momenti delle libertà, della solidarietà e dell'eguaglianza come, fattori inesauribili e perenni del diritto".

<sup>22</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1646, il quale afferma altresì in modo suggestivo che "senza un potere che li garantisca i diritti sono mere ipotesi o vane speculazioni, perché la pretesa dell'uno può prevalere sulla contrapposta pretesa dell'altro soltanto a condizione che un terzo, superiore (in forza, ancorché non in dignità), assegni la ragione e il torto".

<sup>23</sup> Tuttavia A. BARBERA, *art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1975, 58, rileva, pur con linguaggio diverso, una scissione funzionale tra Costituzione statica e Costituzione dinamica, proprio in merito al profilo oggetto della nostra indagine, affermando che "a parte una più o meno soddisfacente elencazione di astratti diritti è proprio la insufficienza di una strategia istituzionale delle libertà che appare più evidente nella nostra Costituzione: tesa più a riconoscere fragili 'diritti soggettivi' di libertà che ad esigere salde 'istituzioni di libertà', più a garantire 'azioni' che a promuovere 'partecipazione', più a confinare la libertà nella sfera privata che ad assumere la tutela mediante apposite istituzioni e a rafforzarne le garanzie mediante una diversa organizzazione della Pubblica amministrazione (resa ancorata al passato, peraltro, dal prestigioso carisma di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.)".

<sup>24</sup> Cfr. A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 205.

<sup>25</sup> Per un recente studio sulla dimensione privatistica del potere e sulla dimensione processuale di esso cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012. Quanto alla distinzione tra la categoria di potere pubblico e potere privato cfr. F. CARINGELLA, *Riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui le due categorie, per quanto strutturalmente accomunate dalla capacità di un soggetto di incidere in via unilaterale sulla sfera di altro soggetto sottoposto al suo potere, si differenziano sotto il profilo funzionale, in quanto la natura pubblicistica del potere deriva dalla presenza di una disciplina che consente di individuare un fine pubblico al cui raggiungimento il potere è preordinato, presupponendo un giudizio di conformità del potere rispetto all'interesse perseguito; "entrambe queste vicende sono sottratte alla disponibilità del titolare del potere". Diversamente nella dimensione privatistica entrambi gli elementi sono rimessi ad un autonomo giudizio del titolare stesso; "il potere privato non è funzionale ad un interesse pubblico che ne costituisce il limite teleologico ma è esercizio di un'autorità privata che incontra i suoi referenti, oltre che nelle norme, nei canoni privatistici di buona fede e tutela dell'affidamento".

<sup>26</sup> Alla luce della teoria generale del diritto può dirsi che il potere giuridico designa la possibilità accordata dall'ordinamento giuridico di operare nella realtà giuridica, producendo effetti giuridici rilevanti. Cfr. *ex plurimis* SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss.; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 610 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 175 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 139 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 114 ss.; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, 2 ss.

preciarsi come manchi nella Costituzione un uso omogeneo della nozione di potere<sup>27</sup>. Tuttavia ciò che rileva è la costante connessione tra l'esercizio del potere ed un singolo bene della vita coperto dalla fonte costituzionale che riconosce un diritto inviolabile, in altre parole il collegamento tra soggetto ed oggetto, che la dogmatica processualcivilistica appella come "legittimazione"<sup>28</sup> e che nella sfera del diritto pubblico può chiamarsi fungibilmente "competenza"<sup>29</sup>, quale delimitazione del potere (appunto) di potenziale incidenza su un diritto costituzionale, prescindendo in questa sede da suggestive ma non condivisibili ricostruzioni tese a diluire il potere pubblico nella logica del "rapporto" paritario tra cittadino e Amministrazione<sup>30</sup>.

In ogni caso spetterà all'Amministrazione nel momento applicativo della norma attributiva del potere o al giudice nel momento del sindacato giurisdizionale del potere accertare se la natura di esso sia discrezionale o vincolata, così da poter delimitare lo spazio di un'eventuale incidenza sui diritti costituzionali.

Sul versante della discrezionalità l'Amministrazione, nel rispetto del fine pubblico individuato ed attribuito alla cura di essa, spende poteri (*rectius*, competenze), il cui dispiegamento, teleologicamente orientato, può incidere in senso ampliativo o compressivo su un interesse connesso ad uno specifico bene della vita, la cui sorte naturale è quella della previa ponderazione, apprezzamento, misurazione, sintesi concettuale, in altre parole è quella del *bilanciamento* costituzionale tra l'interesse pubblico normativamente predeterminato, l'interesse privato coperto da una disposizione costituzionale recante un diritto fondamentale ed altri eventuali interessi di rango costituzionale e non costituzionale.

La logica del bilanciamento costituzionale, che trova una propria sede naturale proprio nel procedimento amministrativo, quale momento di composizione in concreto dei frammenti costituzionali dell'ordinamento, subisce però un irrigidimento quando la funzione sottesa al provvedimento da adottare all'esito del procedimento sia qualificabile come vincolata in tutto o in parte (per quanto con diversa modulazione sul versante dell'*an*, del *quando*, del *quid*, del *quomodo*)<sup>31</sup>.

In ogni caso ciò che rileva ai nostri fini è la configurabilità di uno spazio (più o meno ampio) di condizionamento del potere sui diritti costituzionali e sulla loro consistenza giuridica, per quanto tali diritti siano qualificati non soltanto dalla Costituzione come inviolabili (artt. 2, 13, 14, 15, 24 Cost.) e fondamentali (art. 32 Cost.) ma anche dalla giurisprudenza e della dottrina, in senso figurato e retorico, come indegradabili, inaffievolibili, irresistibili.

Proprio tale ossimoro tra inviolabilità enunciata ed impatto dinamico del potere sui diritti costituzionali genera forti problematiche connesse alla definizione della giurisdizione, posto che il

---

<sup>27</sup> A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, cit., 2, fa notare come "nella Costituzione (..) si riscontra l'impiego delle voci del verbo corrispondente (art. 76, 77, 82, 87, 2° e 11° co., ecc.), del resto già impiegate nella legislazione, con significato, peraltro, che sfugge ad una precisa definizione, non essendo chiaro se la parola evidenzia l'aspetto facoltativo o l'aspetto vincolante (per gli altri) della funzione (il *licere* o il *posse*, appunto)".

<sup>28</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 183; P. RESCIGNO, *Legittimazione (diritto sostanziale)*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1963, 716.

<sup>29</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1975, il quale precisa che in tale ambito la nozione di legittimazione è prevalentemente utilizzata per designare il rapporto di preposizione della persona fisica rispetto all'Ente e all'organo che agisce attraverso di essa.

<sup>30</sup> Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005. In senso critico si veda l'analisi di G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 114 ss., il quale afferma che "non è vero che non esiste il potere delle autorità pubbliche (e cioè la figura giuridica soggettiva che i giuristi chiamano potere), e la connessa situazione soggettiva degli individui rispetto all'autorità. Su questo punto specifico la trattazione di Orsi non mi soddisfa. Capisco le sue intenzioni, ma la critica della coppia potere-soggezione ed il tentativo di stabilire una specie di principio generale di parità tra individuo e pubblica amministrazione non riesce e soprattutto non è necessario: non riesce perché *il potere unilaterale delle autorità pubbliche è talmente evidente che nessun artificio verbale può nascondere il fatto che, di fronte agli atti legittimi di esercizio di tale potere, l'individuo soccombe*".

<sup>31</sup> Cfr. L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

discrimine tra diritti soggettivi e interessi legittimi (art. 24, 103 Cost.) esce fortemente *confuso* dall'evocazione in giudizio di diritti soggettivi fondamentali, quale terza categoria costituzionale, critica sotto il profilo del rapporto con il potere e quindi con la giurisdizione che quel potere è chiamata a sindacare.

### 3. I diritti inviolabili “senza potere”

In realtà nella storia repubblicana si è progressivamente affermata una pericolosa ideologia dei diritti costituzionali, tutt'ora vivente, secondo la quale questi sarebbero da tutelarsi esclusivamente nella dimensione garantistica del *diritto soggettivo*, pieno ed incondizionato, anche innanzi ad un'Amministrazione pubblica ed ancor prima innanzi ad una norma attributiva di un *potere*, negando che un diritto inviolabile possa vivere dinamicamente come situazione giuridica mediata, in quanto connessa, da una funzione di interesse pubblico; tale ideologia rischia di neutralizzare in radice l'esercizio stesso del potere, non più tale innanzi ad un diritto incomprimibile ed esclusivamente tutelabile in seno alla giurisdizione ordinaria (e non a quella amministrativa). In sintesi, diritti “senza potere”.

Tale prospettiva porta con sé una mistificazione della cultura dei diritti costituzionali, una sorta di assolutizzazione dell'ideologia liberale<sup>32</sup> che appare inconciliabile con uno Stato sociale pluriclasse, nel quale i diritti costituzionali non possono essere attuati *in solitudine*, al di fuori di ogni logica relazione e funzionale, ovvero al di fuori di una connessione tra dimensione individuale dei diritti e principio di uguaglianza, quale sintesi costituzionale teleologica degli interessi pubblici legislativamente individuati ed assegnati in cura ad un'Amministrazione.

In questa logica si è progressivamente affermato una sorta di sdoppiamento tra una dimensione costituzionale *variabile* delle situazioni giuridiche, ossia quella alternativa degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, e una dimensione *statica*, quella immutabile dei diritti (soggettivi) costituzionali, insensibile alla previsione normativa di un potere pubblico, riconducibile esclusivamente nell'alveo di tutela della giurisdizione ordinaria, alla luce del quale potrebbe desumersi una sorta di distorta prevalenza strutturale della I parte della Costituzione sulla II parte della Costituzione, ossia una prevalenza della Costituzione *dei diritti* sulla Costituzione *dei poteri*, vista l'asserita impermeabilità dei diritti inviolabili rispetto all'organizzazione del potere e della giustizia amministrativa. In altre parole, nella nostra prospettiva, una prevalenza della Costituzione statica su quella dinamica.

Questo modello culturale ed ermeneutico, che pone i diritti fondamentali al vertice assoluto della piramide valoriale della Costituzione, ha come proprio presupposto la reviviscenza della teoria dell'affievolimento<sup>33</sup>, alla luce della quale gli interessi legittimi sarebbero una mera degradazione di un diritto soggettivo pieno (e quindi una dimensione debole dell'individuo nell'ordinamento), rispetto alla quale i diritti costituzionali *indegradabili*<sup>34</sup> rappresenterebbero una sorta di *eccezione in*

<sup>32</sup> In senso critico cfr. V. CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1971, 510 ss.; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 594, il quale afferma come “risolvere sempre la tutela degli interessi individuali, anche se appartenenti al novero dei diritti fondamentali, attraverso la tecnica garantistica del diritto soggettivo, significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza”.

<sup>33</sup> Cfr. *ex plurimis* O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici scelti, La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 70 ss.; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, 330 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1958, 187; E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 257 ss.; V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 140 ss.; S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1584 ss. Tuttavia tale logica, come noto, è stata da tempo superata dalla scienza amministrativistica. Cfr. *ex plurimis* M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950, 419 ss.; F.G., SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549 ss.; F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 180 ss.

<sup>34</sup> L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

*resistenza* rispetto al fenomeno giuridico dell'indebolimento del soggetto, così che in presenza di un diritto fondamentale non potrebbe esservi esercizio del potere, anche legittimamente esercitato, e senza di esso neppure giurisdizione amministrativa. In altri termini se i limiti della giurisdizione civile nei confronti degli atti dell'Amministrazione non sono altro che "i necessari riflessi processuali della soggezione del cittadino alla potestà sovrana dell'amministrazione o all'imperatività degli atti amministrativi, ancorchè illegittimi"<sup>35</sup>, costituirebbe, in tale prospettiva, un necessario riflesso processuale<sup>36</sup> il radicamento innanzi alla giurisdizione ordinaria della tutela dei diritti costituzionali, anche a *contatto* con il potere pubblico.

Evidentemente questo modello sostanziale e processuale dei diritti costituzionali poggia, da una parte, su un pre-giudizio riguardante l'effettività della tutela giurisdizionale, intesa come tale esclusivamente innanzi alla giurisdizione ordinaria, giurisdizione naturale dei diritti, *a fortiori* di quelli inviolabili, e, dall'altra, su una peculiare configurazione della gerarchia delle fonti, alla luce del quale la fonte costituzionale di alcuni diritti non potrebbe essere compromessa, lesa, intaccata da parte di una fonte (meramente) legislativa primaria, fondante in senso attributivo il potere amministrativo.

Tali presupposti palesano una complessiva diffidenza nei confronti della sensibilità costituzionale del giudice amministrativo<sup>37</sup> e più generalmente nei confronti dell'adeguatezza del processo amministrativo a garantire il nucleo essenziale dei diritti costituzionali (prescindendo per ora dalla loro consistenza giuridica come interessi legittimi o diritti soggettivi) nonché un'alterazione dei rapporti fisiologici tra Costituzione e legge rispetto all'attribuzione del potere, posto che è la Costituzione stessa, che organizzando nella sua II parte il potere pubblico e la sua sindacabilità, presuppone che esso entri in contatto *anche* con i diritti costituzionali.

Non può negarsi come questa ideologia dei diritti costituzionali e la sottesa sopravvalutazione dell'invulnerabilità, assecondata da una certa indeterminatezza ed elasticità dogmatica di tali diritti<sup>38</sup>, abbia storicamente determinato una dilatazione pretoria dell'area della giurisdizione ordinaria, in seno alla quale si sono cristallizzati dei diritti costituzionali insensibili al potere pubblico, negato, e più in generale fattualmente immodificabili dal potere. Per questa ragione si è assistito ad una distorsione del criterio di riparto fissato dall'art. 103 Cost., che attribuisce al giudice ordinario i diritti soggettivi, ma non certamente in via esclusiva i diritti costituzionali, e al giudice amministrativo gli interessi legittimi e, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, i diritti soggettivi (anche eventualmente costituzionali) connessi in via mediata all'esercizio del potere. In via speculare sono risultati distorti, anzi saltati, i limiti disegnati per il giudice ordinario dagli art. 4 e 5 l. n. 2248/1865 c.d. L.A.C., tutt'ora vigenti, visto che l'attribuzione in via esclusiva dei diritti costituzionali al giudice ordinario, anche al cospetto di un potere pubblico e quindi di un provvedimento amministrativo (pertanto nella naturale consistenza dell'interesse legittimo), ha legittimato tale giudice ad ordinare un *facere* di carattere pubblicistico<sup>39</sup> o ad annullare o

---

<sup>35</sup> L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, in *Trattato del processo civile*, Milano, 1960, 38.

<sup>36</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1988, 189 ss.; S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato di diritto. Osservazioni sul caso italiano*, cit., 3 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto.*, cit., 27 ss.

<sup>37</sup> Sulla problematica generale sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Sulla sensibilità costituzionale del giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e Diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 479 ss. nonché alla raccolta di scritti AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012.

<sup>38</sup> Cfr. A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1980, 1995.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Cass., S.U., 20.2.1992 n. 2092: "Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'Amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, 'agisce nel fatto', abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. 'Agisce nel fatto' perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa, per il diritto, 'non provvede', esplica comunque e soltanto attività materiale illecita. 'Agisce nel fatto' perché, allora, ciò che soltanto rileva è il suo mero 'fatto' illecito, comportamento privo, per definizione, del crisma di provenienza da legittimazione soggettiva della Pubblica Amministrazione. Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da

disapplicare, con una forte approssimazione nominalistica e processuale, provvedimenti amministrativi, per quanto appaia maggiormente coerente con la stessa impostazione della indegradabilità l'assunto secondo il quale la presenza di un diritto costituzionale determinerebbe (non la legittimazione del giudice ordinario a superare i suddetti divieti rispetto al provvedimento amministrativo ma) la *carezza in astratto* del potere<sup>40</sup> e quindi la inesistenza radicale del provvedimento (non annullabile nè disapplicabile<sup>41</sup>, in quanto inesistente); in questi termini l'agire dell'Amministrazione rispetto ad un diritto costituzionale sarebbe riconducibile nell'alveo del *fatto* e quindi dei *comportamenti* illeciti.

Da quanto detto emerge l'affermazione assoluta di una sorta di *anteriorità logico-giuridica* dei diritti fondamentali non tanto, in senso giusnaturalistico, rispetto al potere costituente, ma, in senso individualistico, rispetto all'esercizio dei poteri costituiti, non esercitabili innanzi ad essi, con un rigurgito, nell'ambito dell'ordinamento giuridico costituzionale, della categoria antistorica dei diritti pubblici soggettivi<sup>42</sup>, *rectius*, con una generalizzazione della categoria dei diritti pubblici soggettivi<sup>43</sup>, ossia delle situazioni di libertà garantite incodizionalmente nei confronti del potere amministrativo discrezionale.

Tuttavia tale riproposizione, prescindendo in questa sede dalla tenuta teorica della stessa categoria dommatica<sup>44</sup>, è soltanto *apparente* perchè lo strumentario concettuale dei diritti pubblici soggettivi è sorto a seguito dell'esigenza storica di arginare il potere, per quanto in seno ad un modello relazionale di subordinazione tra cittadino e Amministrazione (-Stato), garantendo così un fascio di diritti quale mero effetto *riflesso* delle norme che limitano le competenze dello Stato<sup>45</sup>. In questa logica, diversamente che nella suddetta ideologia dell'indegradabilità dei diritti inviolabili, i diritti non *precedevano* il potere, neutralizzandolo, ma erano essi stessi, almeno nella loro concezione originaria, proiezione derivata del potere (che si auto-limitava), risolvendosi in una pretesa di libertà, in un complessivo diritto alla legalità, al di là delle elencazioni dei singoli diritti soggettivi pubblici, operate dalla letteratura<sup>46</sup>.

Infatti i diritti soggettivi pubblici sono entrati in crisi<sup>47</sup> proprio nel momento in cui il costituzionalismo ha spostato il fondamento dei diritti dallo *Stato* alla *persona*, sulla base di un

---

revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario".

<sup>40</sup> Cfr. Cass., S.U., 9.3.1979 n. 1463, secondo cui "non c'è dubbio che si tratti di situazioni giurisdizionalmente tutelabili davanti al giudice ordinario anche nei confronti della P.A. le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere *senza alcun potere* che valga ad escludere o limitare la tutela delle situazioni stesse davanti a detto giudice". In senso identico Pret. Roma, 4.6.1980; Pret. Catania, 16.7.1980; Pret. Torino, 19.7.1988.

<sup>41</sup> Cfr. M. NIGRO, *Ma che cosa è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, I, 486, secondo cui "Non si può parlare di disapplicazione quando si nega all'atto efficacia degradatoria: invece, il giudice civile spesso ragiona proprio così: 'Io non potrei conoscere della vicenda perché c'è un atto amministrativo che degrada il diritto soggettivo, ma io disapplico l'atto e quindi il diritto soggettivo si riepande e io riacquisto la giurisdizione'".

<sup>42</sup> Nel senso di una riproposizione della teoria dei diritti soggettivi pubblici cfr. L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, cit., 496 ss. Per una ricostruzione storica e dogmatica della categoria dei diritti pubblici soggettivi cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, 1989, 1 ss.

<sup>43</sup> Parliamo di "generalizzazione" posto che, in realtà, la categoria dei diritti soggettivi pubblici appare riferibile ai soli diritti personali, ossia ad una *species* soltanto dei diritti inviolabili. Cfr. in questo senso L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, cit., 497.

<sup>44</sup> Per una critica cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 219, secondo il quale la categoria, pur in una logica di subordinazione, presupponeva un rapporto cittadino-Amministrazione di stampo privatistico, in cui al diritto del primo corrispondeva il dovere di astensione dell'altra; tale schema appariva inidoneo a spiegare la complessità pubblicistica della realtà giuridica.

<sup>45</sup> Così A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., 3.

<sup>46</sup> Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912; S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900; S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982.

<sup>47</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., 9, mette in evidenza come l'inesorabile declino di questa categoria dommatica sia stato generato dalla caduta delle premesse teoriche su cui si fondava: a) la concezione della Costituzione

modello liberal-individualistico<sup>48</sup>, il medesimo che oggi di contro alimenta la teoria dell'indegradabilità dei diritti costituzionali, assolutizzati al di là della relazionalità e della complessità sociale, configurando i diritti costituzionali come un *prius* rispetto al potere pubblico. Pertanto sussiste una differenza strutturale tra i diritti "senza potere" (quelli costituzionali indegradabili) e i diritti "riflessi dal potere" (quelli pubblici soggettivi); due categorie giuridiche non assimilabili.

L'impalcatura teorica della indegradabilità, che ha generato una sorta di riserva di giurisdizione ordinaria dei diritti costituzionali, è stata recepita ed applicata a partire da due note pronunce della Corte di Cassazione<sup>49</sup> della fine degli anni '70, relative a vicende processuali nelle quali gli attori avevano evocato in giudizio un pregiudizio grave per la salute, quale diritto fondamentale ed inviolabile, compromesso da provvedimenti autorizzatori di impianti di pubblica utilità (si trattava di una centrale di produzione d'energia elettrica e di un depuratore, localizzati nelle vicinanze di abitazioni); in altre parole si trattava della evocazione in giudizio di un diritto inviolabile compromesso dall'esercizio di un potere pubblico. La Cassazione con tali pronunce aveva affermato, disponendo la consulenza tecnica d'ufficio, che l'accertamento di un situazione pregiudizievole per la salute avrebbe determinato il travolgimento delle scelte operate dall'Amministrazione, *pur legittime*, nel senso di conformi alle norme sull'attribuzione del potere autorizzatorio e alle norme sul *quomodo* di esercizio di tale potere, con conseguente inibizione della prosecuzione dell'attività, posto che il potere amministrativo non avrebbe potuto sacrificare o comprimere il diritto fondamentale alla salute.

In questa logica si affermava chiaramente la teoria dei *diritti inaffievolibili* e quindi il principio generale, al di là della esclusiva dimensione costituzionale della salute<sup>50</sup>, secondo il quale i diritti

---

come una legge come le altre; b) la negazione dell'autonomia della dimensione sociale ed il suo riassorbimento nella sfera pubblica; c) la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico concepita come distinzione tra rapporti paritari e rapporti diseguali; d) il principio della superiorità dello Stato rispetto al diritto; e) il riconoscimento della titolarità dei diritti soggettivi pubblici in capo al singolo, non in quanto tale, ma in quanto cittadino, cioè in quanto membro della collettività nazionale. L'Autore rileva come "di questa complessa costruzione le Costituzioni democratiche adottate dopo la seconda guerra mondiale non hanno lasciato intatto alcun elemento": a) la Costituzione è una legge superiore nella gerarchia delle fonti; b) le formazioni sociali hanno assunto una dimensione costituzionalmente autonoma; c) i rapporti tra Stato e cittadino sono mutati, al di là di una logica di mera subordinazione; d) lo Stato è soggetto non soltanto alla legge ma anche alla Costituzione; e) i diritti sono riconosciuti in capo alla persona, a prescindere dall'appartenenza alla comunità nazionale.

<sup>48</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 1, afferma come storicamente, quanto alla ricerca del fondamento dei diritti costituzionali, vi sia stata una scissione tra ordinamenti dell'Europa continentale e ordinamenti anglo-americani: "mentri in questi ultimi, grazie ad una tradizione che affondava le sue radici storiche nei grandi movimenti politico-religiosi dell'Inghilterra del XVI-XVII secolo e che è stata reinterpretata in chiave moderna dalla Rivoluzione Americana, l'antiorità dei diritti fondamentali rispetto ad ogni potere statale positivo, compreso quello costituzionale, ha sempre rappresentato la pietra miliare su cui è stato costruito l'intero edificio costituzionale, al contrario negli ordinamenti dell'Europa continentale, a cominciare dalla Rivoluzione francese, l'antiorità di quei diritti, pur affermata in via di principio, è stata sempre relativizzata, sul piano del diritto positivo, rispetto a qualcosa di più elevato e di realmente supremo: nella versione francese la 'volontà generale' del popolo, impersonata senza residui dal legislatore sovrano, che quindi poteva riconoscere, garantire, limitare o sospendere a proprio piacimento il godimento di quei diritti; nella versione tedesca, diffusasi anche in Italia, lo Stato-persoma, vale a dire l'ente politico sovrano, vero 'Dio-mortale'".

<sup>49</sup> Cass., S.U., 9.3.1979 n. 1463; Cass., S.U., 6.10.1979 n. 5172.

<sup>50</sup> Un altro filone giurisprudenziale assai esemplificativo, relativo alla tutela della salute, è certamente quello relativo al rimborso delle spese sostenute per accedere a trattamenti sanitari e terapeutici. Secondo la impostazione conforme alla teoria dei diritti indegradabili, come sopra ricostruita, il contenzioso relativo all'impugnazione dei dinieghi di accesso a taluni trattamenti o all'impugnazione del diniego di rimborso delle spese sostenute all'estero per trattamenti specialistici dovrebbe essere ricondotto necessariamente nell'alveo della giurisdizione ordinaria, proprio sul presupposto che la salute sarebbe una situazione giuridica non degradabile ad interesse legittimo. Quanto alle spese sostenute per l'acquisto di farmaci indispensabili per la cura di patologie cfr. *ex plurimis* Cass., 14.2.2000 n. 1665; Cass., 11.9.1996 n. 8241; Cass., 8.1.1996 n. 65; Cass., 7.7.1972 n. 2283; quanto alle spese sostenute per cure ed interventi urgenti sostenuti presso centri non convenzionati cfr., ad esempio, Cass., 16.7.1999 n. 7537; Cass., S.U., 12.6.1997 n. 5297. Cfr. in una logica analoga anche Cass., S.U., 19.4.2007 n. 9322; Cass., S.U., 7.2.2007 n. 2688; Cass., S.U., 8.11.2006 n. 23735; Trib. Civitavecchia, 16.3.2005 n. 363; Trib. Milano, 21.3.2002. Tuttavia non può negarsi come questo indirizzo sia entrato

fondamentali devono essere tutelati nella forma incodizionata del diritto soggettivo<sup>51</sup> (e non nella forma dell'interesse legittimo) anche nei confronti (non semplicemente di un comportamento materiale di un'Amministrazione sciolto dall'esercizio di un potere ma anche nei confronti) di un provvedimento amministrativo, espressione di un potere normativamente previsto, per quanto degradato in concreto a mero comportamento per la presenza, al proprio cospetto, di un diritto fondamentale, con la conseguente traslazione definitiva dei diritti costituzionali nell'alveo della giurisdizione ordinaria.

L'Amministrazione quindi dinanzi ad un diritto costituzionale (*rectius*, ad una qualche compromissione del diritto costituzionale) agirebbe "nel fatto" attraverso un'attività meramente materiale ed illecita<sup>52</sup> (anche se paradossalmente conforme ai parametri di legittimità).

---

progressivamente in crisi, come si avrà modo di dire nel prossimo paragrafo, e sia stato fatto oggetto di un ripensamento, idoneo a svelare la debolezza della teoria dei diritti indegradabili. Cfr. in questo senso R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1943 ss. Sul tema cfr. anche Cfr. M. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di alta specializzazione: diritto soggettivo o interesse legittimo?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, cit., 19 ss. Peraltro la stessa Corte costituzionale, già alla metà degli anni '90 (sent. n. 304/1994), aveva messo in evidenza, ricostruendo il contenuto del diritto alla salute, come l'esercizio del diritto ad ottenere prestazioni sanitarie e terapeutiche passasse dalla necessaria interposizione dell'esercizio di un potere discrezionale di apprezzamento e bilanciamento con altri valori costituzionali: "il diritto ai trattamenti sanitari è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale *condizionato* dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento". Non mancano in ogni caso recenti riproposizioni assolute della teoria della indegradabilità. Cfr. Cass., S.U., 6.2.2009 n. 2867, secondo cui "ne discende univoca la conclusione che, in materia di richiesta di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico (art. 5, l. 23 ottobre 1985, n. 595 e relativo decreto del ministro della sanità del 3 novembre 1989, come successivamente modificato), la giurisdizione spetta al giudice ordinario sia nel caso che siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione 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".

<sup>51</sup> Sulla tesi della impossibilità di configurare i diritti fondamentali come interessi legittimi Cfr., ad esempio, E. PICOZZA, *Processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 163 ss.; E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, 6. Cfr. anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, Milano, 2002, 183 ss., secondo cui a fronte dei diritti fondamentali non può per definizione darsi un potere discrezionale dell'Amministrazione. In senso analogo cfr. G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, 29 ss.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., S.U., 20.2.1992 n. 2092, secondo cui "Ora, il diritto leso, nella vicenda concreta, dalla Cassa del Mezzogiorno, diritto denominato 'alla salute' ma meglio definibile 'di salute', cioè il diritto di star bene, 'fondamentale' per natura costituzionale e dalla tutela completa (artt. 2 e 32, primo comma, della Costituzione della Repubblica), è esso sovrastante all'Amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo (Cass. S.U. 23 giugno 1989 n. 2999) ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente. È un diritto 'primario' (Corte Cost. 18 dicembre 1987, n. 559) ed 'assoluto' dell'individuo (Corte Cost. 27 luglio 1979, n. 88), nei cui riguardi l'Amministrazione, spoglia delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma può essere passibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti (Cass. S.U. 6 ottobre 1975, n. 3164). Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'Amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, 'agisce nel fatto', abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. 'Agisce nel fatto' perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa, per il diritto, 'non provvede', esplica comunque e soltanto attività materiale illecita. 'Agisce nel fatto' perché, allora, ciò che soltanto rileva è il suo mero 'fatto' illecito, comportamento privo, per definizione, del crisma di provenienza da legittimazione soggettiva della Pubblica Amministrazione. Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario." Cfr. anche Cass., 7.2.1997 n. 1187; Cass.,

Efficace l'espressione sintetica e retorica della "difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile"<sup>53</sup>.

Deve precisarsi come la suddetta assolutizzazione resistenziale dei diritti inviolabili sia stata mitigata, in alcune pronunce, che hanno maggiormente valorizzato il profilo probatorio, dell'affermata necessità di una prova in concreto del danno alla salute<sup>54</sup>, introducendo così un ulteriore elemento di problematicità (*rectius*, di variabilità) rispetto alla definizione del riparto della giurisdizione<sup>55</sup>.

In ogni caso questa giurisprudenza, lasciando da parte le suddette mitigazioni, si è progressivamente dipanata nell'ordinamento ben al di là dei danni alla salute (derivanti, ad esempio, da provvedimenti autorizzatori di elettrodotti<sup>56</sup>, discariche<sup>57</sup>, centrali termoelettriche<sup>58</sup>), andando ad inglobare in modo bulimico altri diritti costituzionali *indegradabili* ed indegradati nei casi di specie, ossia tutti i "diritti primari in cui si esprimono le libertà fondamentali costituzionalmente garantite"<sup>59</sup>.

Si pensi a titolo esemplificativo alla giurisprudenza sviluppatasi in materia di libertà di coscienza e religione<sup>60</sup>, diritto all'istruzione<sup>61</sup>, diritto all'immagine<sup>62</sup>, diritto alla riservatezza<sup>63</sup>, diritto alla libertà di movimento<sup>64</sup>, diritti degli stranieri<sup>65</sup>, diritto di balneazione<sup>66</sup>.

---

8.8.1995 n. 8681; Cass., 29.7.1995 n. 8300; Cass., 20.11.1992 n. 12386; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.

<sup>53</sup> Così Cass., S.U., 6.10.1979 n. 5172.

<sup>54</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 27.7.2000 n. 9893.

<sup>55</sup> In ogni caso non può negarsi come in materia di tutela della salute il principio di precauzione, di matrice comunitaria, possa fungere processualmente e fattualmente da presunzione legale.

<sup>56</sup> Cfr. Trib. Padova, 17.11.1998; Trib. Como, 22.1.2002. La giurisdizione del giudice ordinario a fronte di un'azione inibitoria finalizzata alla tutela della salute è stata ribadita, in tema di onde elettromagnetiche anche dal giudice amministrativo dopo il varo della legge quadro n. 36/2001. Si è in tal modo affermata la giurisdizione ordinaria in relazione a controversie nelle quali si debba decidere, in relazione ad un'azione inibitoria, se, sulla base delle conoscenze scientifiche del tempo, vi sia pericolo per la conservazione della salute nell'esposizione ad un fattore inquinante, ancorchè tale esposizione sia rispettosa dei limiti massimi stabiliti dalla normativa vigente (Cons. St., sez. IV, n. 2329/2002).

<sup>57</sup> Cass., S.U., 7.2.1997 n. 1187; Cass., 17.11.1992 n. 12307; Cass. 3.7.1991 n. 7318; Cass., S.U., 12.6.1990 n. 5714.

<sup>58</sup> Cass., S.U., 17.1.1991 n. 400.

<sup>59</sup> Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432.

<sup>60</sup> Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432, in relazione alla previsione dei corsi alternativi obbligatori all'insegnamento della religione cattolica assunta come lesiva del diritto alla libertà religiosa dei non avvalenti. In merito alla nota vicenda dell'apposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, appare esemplificativo quanto affermato dal Tribunale de L'Aquila, in composizione monocratica, con l'ordinanza del 23.10.2003, adito in via cautelare (ex art. 700 c.p.c.) da un genitore che aveva chiesto al dirigente scolastico la rimozione del crocifisso esposto nelle aule frequentate dai figli professanti la religione islamica; il giudice abruzzese ha ritenuto di avere giurisdizione in materia, argomentando nel senso che si trattasse di una controversia attinente a un diritto soggettivo costituzionalmente sancito.

<sup>61</sup> Cfr. Trib. Roma, 17.12.2002.

<sup>62</sup> Cfr. Cass., S.U., 10.8.1999 n. 582.

<sup>63</sup> Cfr. Pret. Roma, 27.7.1987.

<sup>64</sup> Cfr. Pret. Roma, 4.6.1980.

<sup>65</sup> Cfr. Per una ricostruzione giurisprudenziale cfr. R. DI PACE, *Rapporto tra giurisdizioni. Il riparto della giurisdizione sui diritti fondamentali*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it). Cfr., nella più recente giurisprudenza, Cass., S.U., 30.3.2011 n. 7186. In senso critico su questa pronuncia cfr. le efficaci osservazioni di F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incompromibili*, cit. Cfr. anche L. DE GREGORIIS, *Provvedimenti amministrativi discriminatori e tutela delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche la giurisprudenza sviluppatasi in relazione ai dinieghi di permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, problematica affrontata sotto il profilo dei diritti fondamentali. Cfr. Tar Lazio, 4.2.2011 n. 10479, che ha dichiarato il ricorso avverso il diniego inammissibile per difetto di giurisdizione in quanto la situazione. In senso analogo cfr. Cass., 17.2.2011 n. 389811, con riferimento al rigetto da parte del giudice di pace di un ricorso relativo all'impugnazione di un decreto di espulsione emesso dalla prefettura di Roma. Cfr. anche, sulla medesima problematica, Cass., S.U., 9.9.2009 n. 19393. Su questa pronuncia si veda A. PAGANO, *La Corte di Cassazione ed il riparto della giurisdizione sui diritti fondamentali*, in *Urb. app.*, 2009, 1452 ss. Inoltre recentemente la giurisprudenza, ribadendo che un diritto fondamentale non può essere limitato dall'azione amministrativa e che esso appartiene, in quanto tale, alla giurisdizione ordinaria, ha ricondotto nell'alveo di questa ultima l'impugnazione di una circolare amministrativa limitativa del diritto ad accedere alle scuole per l'infanzia (Trib. Milano, 11.2.2008, segnalata da M. TROZZO, *I diritti indegradabili, evoluzioni e recenti tendenze*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)).

Peraltro quest'ideologia dei diritti è arrivata di recente ad essere ribadita anche dalle Sezioni Unite della Cassazione in alcune pronunce di rilievo sistemico, come quelle in materia di pregiudizialità amministrativa<sup>67</sup>, nonché ad essere specificata ulteriormente, anche da un punto di vista nominalistico, attraverso la distinzione tra “posizioni soggettive a nucleo rigido” e “posizioni soggettive a nucleo variabile”<sup>68</sup>, a conferma della tenuta culturale della stessa.

#### 4. Il potere pubblico “senza diritti”

L'ortodossia dei diritti inviolabili, come sopra ricostruita nei suoi profili teorici ed applicativi, si pone in contrasto con la Costituzione, posto che la tenuta della legge fondamentale non è accresciuta e non può reggersi sulla sopravvalutazione di una parte soltanto di essa, quella dei diritti, ma sull'equilibrio razionale tra le sue parti, quella dei *diritti* e quella dei *poteri*, entrambe essenziali perché possa dirsi esistente, nella logica liberale, ed effettiva, nella logica del costituzionalismo moderno, una Costituzione.

Un sistema di protezione dei diritti, a prescindere dai poteri, *rectius*, “senza poteri”, è anti-costituzionale.

Non può negarsi come la teorica dei diritti indegradabili si fondi sulla mistificazione dell'invulnerabilità ed ancor prima sul presupposto fallace del modello dell'affievolimento, rispetto al quale la indegradabilità opererebbe in eccezione; tale modello concepisce l'interesse legittimo come una mera *regressione* del diritto soggettivo (e non una alternativa ad esso, come desumibile dall'art. 24 Cost.), prescindendo completamente dall'essenza stessa della situazioni giuridiche soggettive in seno alla Costituzione, ossia dalla rilevanza dell'interesse giuridicamente rilevante, puro, sciolto dalla forma (diritto soggettivo o interesse legittimo), oggetto di qualificazione giuridica, il quale può essere coperto da una disposizione costituzionale e quindi ricondotto nell'alveo di un diritto costituzionale fondamentale, per quanto tale riconducibilità nulla dica sulla qualificazione di tale interesse (come interesse legittimo o diritto soggettivo).

In realtà “alla base del diritto affievolito c'è un equivoco”<sup>69</sup> e cadendo la teoria dei diritti affievoliti<sup>70</sup> cade anche di converso l'eccezione ad essa, quella dell'indegradabilità dei diritti

---

Quanto alla condizione giuridica dello straniero un'eco della teoria della indegradabilità dei diritti fondamentali e della conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario può leggersi, pur in modo isolato, anche nella giurisprudenza costituzionale. Cfr. Corte cost. n. 240/2006, che ha confermato la giurisdizione del giudice di pace *ex art.* 13, 8° comma, Dlgs. n. 286/1998 in merito alla impugnazione dei decreti di espulsione degli stranieri, mettendo in luce e valorizzando proprio l'incisione della libertà personale dello straniero accompagnato alla frontiera.

<sup>66</sup> Cfr. Tar Puglia, Lecce, 16.6.2011 n. 1095, che ha ritenuto il sussidio di cui al R.d.l. 8.5.1927 n. 798 (cd. baliatico) come oggetto di un diritto fondamentale di persone che si trovano in stato di bisogno economico e sociale, dichiarando inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso avverso il provvedimento di diniego di tale sussidio.

<sup>67</sup> Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.

<sup>68</sup> Cfr. Cass., S.U., 1.8.2006 n. 17461.

<sup>69</sup> Cfr. G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1989, 8 ss., secondo cui l'equivoco sarebbe dovuto al fatto che “si è voluta spiegare una vicenda tutta processuale (attinente al riparto delle giurisdizioni) con soluzioni di diritto sostanziale: poiché il diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo trova tutela dinanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso specifico di trasformarlo in interesse legittimo. La categoria di diritto affievolito è in realtà spuria ed inutile: spuria, perché il provvedimento può modificare conformare o anche estinguere il diritto soggettivo ma non può trasformarlo in interesse legittimo; inutile, perché il riparto di giurisdizioni, e in particolare l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a provvedimenti che abbiano sacrificato diritti, non presuppone affatto la vicenda (sostanziale) dell'affievolimento (...). In definitiva il diritto affievolito non esiste: esso è la confusione in una unica (mostruosa) situazione soggettiva di due diverse situazioni contemporaneamente spettanti ad un solo titolare”.

<sup>70</sup> Cfr. in senso critico in merito alla teoria dell'affievolimento B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Roma, 2003, 825; F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, cit., 180 ss. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *www.astrid.eu*, 8, mette in evidenza in modo specifico la carenza di qualsiasi fondamento costituzionale della teoria: “E non si rinviene neppure in Costituzione, all'incontrario, alcun aggancio del curioso principio consolidatosi in giurisprudenza della

inviolabili. Come può mutarsi dalla dottrina amministrativistica<sup>71</sup>, che sembra individuare il vero punto di equilibrio tra Costituzione statica e Costituzione dinamica, ciò che esiste come un *prius* rispetto alla relazionalità in concreto dell'ordinamento (sia questa una relazionalità tra soggetti privati o tra soggetti privati e pubblici o ancora tra soggetti pubblici) è un interesse materiale, intimamente connesso ad un singolo bene della vita (potenzialmente ed eventualmente di rilevanza costituzionale, ossia riconducibile ad una disposizione di rango costituzionale). Tale interesse è pluri-qualificabile (come interesse legittimo o diritto soggettivo), alla luce dell'esistenza (o della inesistenza) di una norma attributiva e fondativa di un *potere pubblico*.

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

Ciò che esiste *da prima* nell'ordinamento costituzionale non è quindi il diritto fondamentale, in quanto tale, sottratto all'affievolimento, ma un *interesse materiale* da qualificare e quindi un'esigenza ordinamentale di verifica dell'esistenza di una *norma genetica* del potere pubblico. Soltanto dopo aver verificato l'esistenza e lo spazio di discrezionalità del potere e dopo aver verificato se un interesse materiale è riconducibile nell'alveo di una disposizione costituzionale sui diritti, è possibile cogliere l'eventuale consistenza giuridica dei diritti inviolabili, *nella forma dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi*. Nell'ordinamento giuridico, infatti, non esiste e non può esistere, leggendo in modo sistemico la II parte della Costituzione rispetto alla I, una situazione giuridica *ex ante*, in astratto; non può essere tollerata, in altre parole, una qualificazione *a priori*, posto che un diritto costituzionale finirebbe banalmente per essere sempre un diritto soggettivo, a prescindere dalle logiche della Costituzione dinamica e quindi dell'organizzazione del potere.

In questa logica risulta palese la fallacia costituzionale della corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e diritti soggettivi, desunta come corollario dal modello dell'affievolimento. Probabilmente una sede di apprezzamento esemplare di tale erroneità concettuale e con essa della possibile consistenza dei diritti inviolabili nella forma dell'interesse legittimo è proprio il giudizio costituzionale in via incidentale, nel quale l'interesse legittimo assunto come leso dal ricorrente (non subisce una dilatazione, una sorta di riespansione ma più semplicemente) manifesta la sua matrice costituzionale inviolabile, divenendo in via parametrica, a seguito dell'ordinanza di rimessione, un diritto costituzionale fondamentale, posto che il sollevamento della questione di costituzionalità su una norma sulla base della quale sia stato adottato il provvedimento amministrativo impugnato può spostare l'oggetto del processo dalla violazione di un interesse legittimo (nel giudizio *a quo*) alla violazione di un diritto inviolabile (nel giudizio costituzionale), sotto la cui copertura costituzionale è riconducibile.

Pertanto l'ideologia dei diritti costituzionali ad oltranza, quelli spacciati come inaffievolibili, non fa altro che capovolgere irragionevolmente la formula sintetica di Lodovico Mortara, secondo cui "se c'è il potere, non c'è il diritto", sostituendola con quella pericolosa ed anti-costituzionale, secondo

---

'degradazione' dei diritti soggettivi a fronte del potere amministrativo. Dottrina questa infondata sul piano teorico (chè come ci insegnano i civilisti, la vicenda, ad esempio, del diritto di proprietà di fronte al potere espropriativo è del tutto raggugliata alla vicenda dello stesso diritto di proprietà di fronte alla azione esecutiva del creditore, cedevole in entrambi i casi), la quale semmai può trovare una smentita laddove più volte si afferma che il diritto soggettivo resta tutelato davanti al giudice ordinario a fronte del potere amministrativo, salvi i casi eccezionali in cui i diritti soggettivi sono tutelati davanti al giudice amministrativo, laddove previsto dalla legge".

<sup>71</sup> Rileva la teoria della pluriqualificazione ed il principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive. Tale logica spiega come un medesimo interesse materiale rispetto ad un bene possa assumere molteplici forme giuridiche e molteplici forme di tutela. Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 125 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., Bologna, 2001, 269 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 107 ss. Cfr. da ultimo, sul versante processualcivilistico, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit. 48 ss.

cui “se c'è il diritto, non c'è il potere”<sup>72</sup>, con automatica neutralizzazione della rilevanza dell'interesse pluri-qualificabile.

Il rischio che si annida nell'assolutizzazione dell'inviolabilità è quello della neutralizzazione del potere, meglio della sua degradazione (questa volta sì) a mero comportamento materiale, illecito per il solo fatto (probabile nella realtà delle cose) di essere al cospetto di un diritto astrattamente qualificato come fondamentale, indipendentemente dal rispetto del principio di legalità (ossia anche quando il parametro di legittimità sia rispettato ed attuato). In sostanza un *potere degradabile*.

Peraltro se si guarda a questa rischiosa dinamica sotto il profilo del controllo di costituzionalità delle leggi, ciò che emerge è una generalizzata disapplicazione diretta da parte del giudice ordinario, quale giudice asseritamente naturale dei diritti inviolabili, delle norme attributive del potere. Più specificatamente, nella logica dell'indegradabilità dei diritti inviolabili, il giudice ordinario finisce per inapplicare la norma che fonda e regola un potere non perché in *contrasto* con una disposizione della Costituzione ma semplicemente perché in *presenza* di una disposizione della Costituzione (una disposizione sui diritti) ed in costanza materiale di un sacrificio o di un pregiudizio, per quanto generato dall'esercizio di una funzione attribuita da una norma legislativa primaria.

Risulta così evidente la necessità sistemica di tornare, almeno nel momento iniziale di ricognizione ermeneutica della consistenza di un diritto costituzionale inviolabile, ad un “potere, senza diritti”.

In questa diversa prospettiva il diritto inviolabile non è altro che una categoria costituzionale descrittiva di un interesse, il quale, per essere preso sul serio e per essere fatto oggetto di protezione giurisdizionale (art. 24 Cost.), necessita di essere sottoposto, come visto sopra, ad un processo di qualificazione, che lo porterà verso il diritto soggettivo costituzionale o l'interesse legittimo costituzionale, posto che la riconducibilità *in astratto* di tale interesse nell'alveo di un diritto inviolabile nulla dice sulla sua forma giuridica<sup>73</sup>, essendo semplicemente indice della sua rilevanza assiologica, decisiva in un secondo momento, ossia nel momento del bilanciamento, che tuttavia presuppone l'attivazione del giudizio e quindi il radicamento della giurisdizione e quindi, ancor

---

<sup>72</sup> Come affermato da M. NIGRO, *Introduzione, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2143, secondo cui “Dalla formula di Mortara, c'è diritto soggettivo perché non c'è potere, si passa all'altra, completamente alla rovescia, non c'è potere perché c'è diritto soggettivo, dove potere significa ovviamente anche interesse legittimo e giurisdizione amministrativa”. La suggestione è stata ripresa di recente da F. CARINGELLA, *Voglia di giurisdizione*, cit., il quale afferma che “Il camuffamento degli interessi da diritti conosce poi una tappa ulteriore, a partire dal leading case del disinquinator napoletano del 1979, in piena emergenza terroristica, con l'elaborazione della mistica dei diritti inaffievolibili (o resistenti a tutta oltranza o indegradabili o a nucleo rigido o a nocciolo forte). Con bella disinvoltura la Cassazione seppellisce la nota formula mortariana se c'è il potere non c'è il diritto, sostituendola con quella opposta se c'è diritto fondamentale non c'è potere : detto altrimenti, i diritti fondamentali della persona, nel loro nocciolo duro, nella loro anima più intima, non sono suscettibili di affievolimento per mezzo dell'esercizio della *puissance publique*. La pugnalata inferta a Lodovico Mortara, quarantatre anni dopo la sua morte occorsa gli albori del 1937, si ispirava all'idea assai suggestiva secondo cui i diritti fondamentali della persona sono assistiti da una tutela costituzionale, ex art. 2 della Grundnorme, così radicale ed intollerante da doversi escludere in radice che la p.a. possa esplicare un vero potere onde affievolire o anche solo pregiudicare diritti che, secondo la nota espressione borrelliana, resistono, resistono, resistono, come su di un'irrinunciabile linea del Piave. I provvedimenti con cui la p.a. allunga i suoi tentacoli verso il cuore pulsante di tali diritti che qualificano la persona come tale sono allora adottati in carenza di potere, sono falsi atti che nascono veri illeciti; donde la permanenza in vita di diritti soggettivi intonsi nella loro purezza virginal, suscettibili di tutela piena ed incondizionata davanti al Giudice civile”.

<sup>73</sup> Appare significativo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria 22.10.2007 n. 12, 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. Questi, tuttavia, sono puntualmente i vizi rimessi allo scrutinio della giurisdizione amministrativa, individuabile anche in base al fondamentale criterio, appreso approfondito, della riconducibilità della lesione sofferta all'esercizio del potere autoritativo in astratto conferito all'autorità”.

prima, l'esatta qualificazione dell'interesse, in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, costituzionale<sup>74</sup>.

Pertanto un diritto fondamentale, quando esiste un potere, perché normativamente previsto ed attribuito, assumerà nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità la "consistenza"<sup>75</sup> giuridica di un interesse legittimo<sup>76</sup> e nell'ambito della giurisdizione esclusiva<sup>77</sup> (art. 103 Cost.; art. 7 c.p.a.; art. 133 c.p.a.) la consistenza dell'interesse legittimo o quella del diritto soggettivo, nei limiti stringenti fissati dalla giurisprudenza costituzionale ed ancor prima dalla Costituzione, che ammette in essa, infatti, soltanto i diritti soggettivi connessi al potere o a valle di esso. Finanche il principio di uguaglianza e una connessa pretesa antidiscriminatoria non possono cristallizzarsi nella forma del diritto soggettivo<sup>78</sup>, posto che ciò che conta è la qualificazione in concreto dell'interesse alla parità di trattamento e la sua eventuale relazione con un interesse pubblico curato a mezzo di un potere. In questi termini l'ordinamento costituzionale ha bisogno *anche* di un interesse legittimo alla parità di trattamento, un interesse legittimo costituzionale, pienamente attuativo di un diritto fondamentale.

In seno a questo modello, in cui i diritti inviolabili si misurano quotidianamente con il potere pubblico<sup>79</sup>, quest'ultimo non può essere concepito come un elemento *esterno* all'involucro della

---

<sup>74</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 8, mette in evidenza come alcune disposizioni costituzionali della I parte della Costituzione presuppongano espressamente l'incidenza del potere pubblico sui diritti inviolabili (cfr. artt. 13, 3° comma, 14, 3° comma, 16, 17, 21, 6° comma). D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009, 92, approfondisce l'autorevole rilievo di Pace, affermando che "la Costituzione implica direttamente l'interazione della libertà medesima con l'esercizio dei poteri autoritativi e discrezionali per la cura degli interessi pubblici. E questo dunque conferma che l'interesse legittimo non può essere incompatibile quantomeno con alcune di quelle libertà: circolazione ed espatrio (art. 16 Cost.); manifestazione del pensiero mediante alcuni mezzi (art. 21 Cost.); iniziativa ed intrapresa economica (art. 41 Cost.); proprietà privata (art. 42 Cost.); asilo politico ed incolato (art. 10, comma 3 Cost.); libertà di riunione (art. 17 Cost.); libertà di associazione (art. 18 Cost.); libertà religiosa (art. 19 Cost.)". Lo stesso Autore precisa come peraltro non sia configurabile una distinzione tra libertà costituzionali e libertà costituzionali espressamente qualificate dalla Costituzione come "inviolabili", quest'ultime soltanto non concretizzabili in interessi legittimi, posto che si introdurrebbe "un'arbitraria scala di valore tra le diverse situazioni soggettive protette in Costituzione".

<sup>75</sup> Di "consistenza" dei diritti fondamentali parla A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 8.

<sup>76</sup> Risulta esemplare, a livello legislativo, l'art. 2, 5° comma, TUIM, secondo cui "allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei *diritti e degli interessi legittimi*, nei rapporti con la pubblica amministrazione"; da tale formulazione letterale può desumersi come i diritti fondamentali dello straniero, in chiave antidiscriminatoria, non abbiano la esclusiva forma giuridica del diritto soggettivo. Cfr. in dottrina A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 8, secondo cui è la stessa Costituzione a presupporre l'incidenza dei pubblici poteri sull'esercizio dei diritti fondamentali e quindi "a porre le premesse logico-giuridiche perché i diritti costituzionali possano, a seguito dell'intervento del legislatore ordinario, avere la 'consistenza' dell'interesse legittimo (anziché del diritto soggettivo)".

<sup>77</sup> Sulla problematica specifica del rapporto tra giurisdizione amministrativa esclusiva e diritti inviolabili cfr. F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. Civ e prev.*, 2010, 1287 ss.; R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 200 ss.

<sup>78</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1023. In senso analogo cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 164, secondo cui quando l'Amministrazione agisce con il provvedimento attua il "momento dell'autorità e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati".

<sup>79</sup> In questa sede prescindiamo dal diverso problema, relativo all'atteggiamento culturale dei giudici amministrativi al cospetto di quegli interessi riconducibili nell'alveo dei diritti fondamentali. In senso critico cfr. U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 417, secondo cui "si avverte nel giudice amministrativo il timore della qualificazione degli interessi come formanti oggetto di diritti fondamentali per la forza espansiva e generalizzante ch'essa necessariamente dispiega così da renderla vincolante in situazioni in cui si preferisce una certa flessibilità di tali diritti". Sull'uso (anche retorico) della categoria dei diritti fondamentali cfr. S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 741 ss. Cfr. anche AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, *passim*. S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, cit., 1587 afferma che "il giudice amministrativo nella giurisdizione esclusiva non ha dato complessivamente buona prova di sé come giudice dei diritti". Sulla problematica sia consentito rinviare, per una diversa impostazione, a N. PIGNATELLI, *Sulla sensibilità costituzionale del giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI,

situazione giuridica qualificata ma come un limite *interno*, veicolo di una funzione sociale che si innesta nei diritti inviolabili come proiezione dello Stato repubblicano e sociale, come argine fisiologico all'ortodossia dei diritti costituzionali. Pertanto risulta connaturata alla stessa forma di Stato la *violabilità* dei diritti *inviolabili*; "se qualcosa cede dinanzi all'azione amministrativa questi sono soprattutto i diritti di libertà"<sup>80</sup> ma in genere tutti i diritti costituzionali<sup>81</sup>. In altre parole è vero che "il diritto fondamentale, insomma, non si comporta di fronte al potere amministrativo diversamente da ogni altro diritto"<sup>82</sup>.

Né può rinvenirsi un qualche serio fondamento costituzionale della teoria del *nucleo essenziale* dei diritti fondamentali, che vorrebbe sottrarre al potere pubblico *almeno* uno spazio minimo di essi, definito essenziale ed incompressibile, configurando un generale criterio di riparto di giurisdizione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, rispetto al quale esisterebbe in eccezione un' indefinita e imprecisata zona inattaccabile di indegradabilità dei diritti costituzionali, aventi sempre la consistenza del diritto soggettivo<sup>83</sup>.

Il potere pubblico legittima quindi l'Amministrazione a produrre un effetto conformativo sul nucleo essenziale del diritto inviolabile, ossia l'interesse privato giuridicamente rilevante, alla luce di un interesse pubblico o di più interessi pubblici curati da quel potere ed inevitabilmente dialoganti con l'interesse privato posto al cospetto del potere.

Accedendo, al contrario, all'idea che la mera presenza di un diritto inviolabile possa inibire il potere pubblico, fino a neutralizzarlo in radice, anche quando normativamente previsto, si determina a cascata un'abnorme sostituzione sistemica del giudice ordinario, rispetto all'Amministrazione<sup>84</sup>, spogliata del proprio potere, smarrito in astratto. In questo senso la negazione della teoria della indegradabilità si pone a presidio, pur in via indiretta, dello stesso principio di separazione dei poteri, alla luce del quale il giudice ordinario non può, in nome di un evocato diritto costituzionale, surrogare la discrezionalità amministrativa con la propria discrezionalità ermeneutica, ossia con una discrezionalità sciolta *dal potere*, diversamente da quella del giudice amministrativo che si muove nei limiti del sindacato *sul potere*.

L'ortodossia dei diritti costituzionali rischia, infatti, di alimentare una sorta di complessiva svalutazione del modello costituzionale di Amministrazione pubblica, contribuendo ad una delegittimazione sistemica dell'art. 97 Cost.<sup>85</sup>, il quale sembra essere presupposto in tale ideologia come irrealizzabile<sup>86</sup>, tanto da fondare un'alterazione del sistema giurisdizionale al fine di sottrarre al potere e al suo giudice naturale (almeno) i diritti fondamentali.

---

M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e Diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, cit., 479 ss.

<sup>80</sup> G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 283.

<sup>81</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 243, secondo cui "la maggior parte dei diritti fondamentali recede dinanzi all'esercizio della potestà pubblica, abbiano o non abbiano garanzia costituzionale".

<sup>82</sup> U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 417.

<sup>83</sup> Una lucida critica di questa teoria si trova in D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 68, secondo cui i sostenitori di tale impostazione "postulano l'illegittimità di ogni intervento pubblico incidente su quell'area intangibile che dunque rappresenta un ambito di prevalenza aprioristica".

<sup>84</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379, il quale, sottolineando il pericolo che "poteri privati travolgano le valutazioni amministrative sull'ambiente e paralizzino un'opera in corso", mette in evidenza come il radicamento della giurisdizione ordinaria determini la sostituzione del giudice ordinario all'Amministrazione, attribuendo ad esso stesso la funzione di "amministratore".

<sup>85</sup> Cfr. C. PINELLI, *art. 97 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 97 ss.

<sup>86</sup> Cfr. sulla problematica generale M. NIGRO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2141, secondo cui "il prestigio della pubblica amministrazione scende sempre più in basso e maggiormente la realtà di questa diverge da un modello ideale. Il modello rappresenta una amministrazione che opera nel rispetto della legge ponderando imparzialmente gli interessi in gioco e ricercando le soluzioni più efficienti. La realtà mostra invece un'amministrazione pigra, inerte, inefficiente, confusionaria, infetta di politicantismo diretto o indotto. Il giudice ordinario (...) si sente, da questa situazione, incoraggiato ad estendere il suo sindacato sui comportamenti amministrativi, anche per dare sollievo ad una opinione pubblica allarmata dalla pessima gestione della cosa pubblica".

Non può negarsi, però, come il rango costituzionale dell'interesse, ossia la sua riconducibilità in astratto sotto lo schermo di un diritto inviolabile, assuma una qualche rilevanza specifica, incidendo sulle dinamiche del *bilanciamento*, quale dimensione naturale dei diritti e dei valori della Costituzione, così da rendere l'esercizio del potere pubblico sottoposto ad un maggiore *stress* di ponderazione e valutazione<sup>87</sup>, ad uno stringente bisogno di soddisfacimento del principio di proporzionalità nel momento del sacrificio di tale interesse. I diritti inviolabili, insomma, incidono sul bilanciamento ma non lo negano, anche quando vi è un potere, *rectius*, soprattutto quando vi è un potere, posto che questo è attribuito per bilanciare interessi confliggenti: "la dura realtà ci insegna che non siamo venuti al mondo per vivere come bruti, che non siamo soli nell'universo, che Robinson Crusoe è solo una creatura di fantasia di Daniel Defoe del 1719, che ogni singolo convive con gli altri, che i diritti fondamentali dell'individuo trovano un limite nei diritti non meno fondamentali degli altri e nei superiori interessi pubblici e che l'opera di armonizzazione del diritto fondamentale del singolo con le posizioni altrui e con i poziori interessi pubblici è un'opera che non viene svolta, in modo compiuto e definitivo, da una legge disperatamente incapace di prevedere in astratto le variabili dei conflitti concreti, ma viene demandata alla Pubblica Amministrazione, chiamata, con la sua saggezza antica, ad individuare le soluzioni capaci di coniugare, anche limitandoli ed anche comprimendoli, e in sostanza conformandoli, i diritti fondamentali dei singoli in relazione alle posizioni antagoniste di pari dignità"<sup>88</sup>.

In sintesi può dirsi come la teoria dell'indegradabilità dei diritti fondamentali si fondi sull'irragionevole svalutazione di una parte della Costituzione, quella che organizza e distribuisce il potere pubblico, presupponendo in modo errato la "inesistenza, all'interno della Costituzione, di meccanismi di contemperamento tra i suddetti diritti asseritamente incomprimibili e altri interessi, pubblici o privati"<sup>89</sup>.

La logica del bilanciamento, come dimensione naturale del potere nell'ordinamento costituzionale, nega così in radice il mito dell'indegradabilità quale corollario dell'invulnerabilità enuncata nella Costituzione statica, così da far dire che "non se ne può più con ragionamenti ancora incentrati, solo per stabilire chi giudica e non chi ha ragione, su affievolimenti, degradazioni, riespansioni; su diritti che si affievoliscono (che dà l'idea di situazioni soggettive "mosce", quando non degradate)"<sup>90</sup>.

##### 5. La giurisdizione dei diritti inviolabili alla luce della giurisprudenza costituzionale

La debolezza della teoria dell'invulnerabilità assoluta dei diritti fondamentali è stata svelata anche dalla Corte costituzionale, la quale, assumendo un ruolo speciale di giudice della giurisdizione e contrapponendosi ad un indirizzo della Corte di cassazione, ha tentato di arginare le incertezze dell'ordinamento giuridico, strutturalmente in attrito con l'effettività del diritto ad un giudice sotto il profilo dell'instabilità e della incertezza del radicamento giurisdizionale, attraverso una ricostruzione del modello di riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa proprio intorno alla nozione di *potere pubblico*.

Non può negarsi come l'intensificarsi dei bisogni sociali mediati dal potere e lo sviluppo delle pretese del mercato nei confronti dei poteri pubblici abbiano scaricato sulla problematica della

---

<sup>87</sup> In questo senso devono essere lette le affermazioni della Corte costituzionale, che si è espressa sull'opportunità che non residui "un margine eccessivamente ampio alla discrezionalità amministrativa quando vengono in rilievo i diritti fondamentali" (così Corte cost. n. 36/1958).

<sup>88</sup> F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 2.

<sup>89</sup> Cfr. L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, cit., 20.

<sup>90</sup> F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incomprimibili*, cit. 1 ss. il quale afferma che il potere pubblico non trova limitazioni ulteriori rispetto a quelle imposte dalle garanzie costituzionali dei diritti: a) riserva di legge; b) norma attributiva del potere; c) sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi.

definizione della giurisdizione una forte aspettativa sistemica<sup>91</sup>, posto che la specialità dell'ordinamento giuridico italiano rispetto a quelli europei, quanto al binomio diritto soggettivo-interesse legittimo, non può in nessun modo complicare l'effettività della tutela giurisdizionale (al di là dell'operatività di correttivi postumi traslativi in seno al processo). In tal senso la tenuta razionale del riparto di giurisdizioni e la sua oggettiva prevedibilità (*rectius*, certezza giuridica) rappresentano il punto di equilibrio tra autonomia processuale degli Stati ed effettività del diritto ad un giudice (art. 6 CEDU, art. 47 Carta di Nizza).

Probabilmente il concordato giurisprudenziale degli anni '30, che si racconta essere maturato in via dei Condotti nello storico Caffè Greco, frequentato dal Presidente della Cassazione e da quello del Consiglio di Stato<sup>92</sup>, pur avendo affermato la regolazione del riparto di giurisdizione sulla base del criterio del *petitum* sostanziale<sup>93</sup>, alla luce del quale avrebbe assunto rilevanza la natura intrinseca della controversia, a prescindere quindi dalle prospettazioni di parte contenute nell'atto introduttivo del giudizio, non è stato seguito da un successivo e stabile concordato relativo alla stessa natura intrinseca delle situazioni giuridiche che la Costituzione avrebbe successivamente fissato nell'art. 103 Cost., tanto da scaricare col tempo sulla Corte costituzionale la responsabilità di una regolazione di confine, come emerso dalla giurisprudenza costituzionale nell'ultimo decennio.

Tuttavia già a partire dalla nota sentenza Ferrari<sup>94</sup>, di poco successiva ai lavori dell'Assemblea costituente<sup>95</sup>, è progressivamente emersa una lettura costituzionale, tra le altre, del riparto di giurisdizione ancorato all'esistenza del potere pubblico, e specificatamente al discrimine tra carenza di potere e cattivo uso del potere, alla luce della quale si è attribuita al giudice amministrativo la sindacabilità del potere, qualora previsto normativamente da una norma attributiva, e al giudice ordinario la cognizione in *assenza assoluta* nell'ordinamento di *una disposizione* che prevede il potere asseritamente esercitato o la cognizione *in presenza* di una *norma attributiva* (ma) nei confronti di un *plesso amministrativo radicalmente diverso* (accomunando in realtà due ipotesi che oggi, come si dirà, possono distinguersi come inesistenza e nullità per difetto assoluto di attribuzione con conseguente distinzione della giurisdizione).

Più di recente la Corte costituzionale<sup>96</sup>, dopo un travagliato percorso legislativo e giurisprudenziale, ha affermato chiaramente come la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la giurisdizione di legittimità partecipino della medesima natura, presupponendo entrambe che nel processo sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione come *autorità*, ed ha rilevato, quanto alla giurisdizione esclusiva, come dall'art. 103 Cost. debba desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nell'attribuzione di "blocchi" di materie al giudice amministrativo ma soltanto di uno spazio di attribuzione relativo a "particolari

---

<sup>91</sup> Sulla rilevanza sistemica della giurisdizione cfr. Ad. Pl., 22.10.2007 n. 12, secondo cui "permangono, nella giurisprudenza più recente, significativi contrasti in tema di discriminazione della giurisdizione, contrasti forse avvertiti con maggior disagio di quelli pur vivi nel secolo scorso ora che sussistono condizioni di ulteriore sviluppo sociale ed economico, di correlato aumento della legislazione e delle discipline così civili come amministrative e, perciò, di più forte richiesta di decisioni di merito pronte, facilmente accessibili, coerenti con le esigenze operative e con le aspettative di tutela delle pubbliche amministrazioni, delle imprese e di ciascun componente la comunità nazionale".

<sup>92</sup> Come rileva G. PELLEGRINO, *Pregiudiziale e contratto: un nuovo concordato tra SS.UU. e CdS*, in *www.giustamm.it*, n. 5, 2009.

<sup>93</sup> Cfr. Ad. Pl. n. 1/1930 e Cass. n. 2680/1930.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., S.U., 4.7.1949 n. 1657.

<sup>95</sup> Per un'analisi dei lavori della Costituente cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3032 ss.

<sup>96</sup> Cfr. Corte cost. n. 204/2004. Per una lettura critica di questa pronuncia, sotto il profilo della tutela dei diritti nell'ambito della giurisdizione amministrativa, cfr. M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*. Tuttavia la suddetta impostazione ha avuto autorevole riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Cfr. Ad. Pl., 30.7.2007 n. 9. Cfr. anche Ad. Pl., 30.7.2007 n. 10.

materie”, nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione oltre a riguardare interessi legittimi (come regola) investe (eccezionalmente, a rimorchio) “anche” diritti soggettivi<sup>97</sup>. In questa logica l’individuazione del *potere pubblico* assume la funzione di architrave della giurisdizione, dovendo così essere rimessi alla giurisdizione ordinaria i comportamenti puri<sup>98</sup>, ossia le attività materiali dell’Amministrazione, in assenza di potere, *rectius*, in assenza di una norma attributiva del potere (potendo parlarsi soltanto in questo caso di inesistenza del provvedimento amministrativo), posto che il mero difetto assoluto di attribuzione *ex art. 21 septies* l. n. 241/1990 (configurabile quando una norma attributiva del potere esista nell’ordinamento giuridico ma il potere sia stato esercitato da un’Amministrazione completamente diversa) è rimesso espressamente alla giurisdizione amministrativa<sup>99</sup>; tali comportamenti sono in ogni caso da tenersi distinti, pur problematicamente, rispetto ai comportamenti riconducibili *mediatamente* al potere pubblico, sussistenti quando l’Amministrazione si avvale di strumenti intrinsecamente privatistici ma intimamente connessi ad un potere pubblico o in esecuzione di esso<sup>100</sup>, posto che questi sono riconducibili nell’alveo della giurisdizione amministrativa, alla luce della loro intima relazione con il potere.

Lo stesso legislatore delegato, in sede di redazione del codice del processo amministrativo, ha recepito lo schema costruito dalla Corte, in espressa attuazione del principio contenuto nella legge delega (art. 44, 1° comma, l. n. 69/2009), secondo cui il Governo avrebbe dovuto riordinare “le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni”, imponendo che il riassetto si adeguasse “*alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*”, a conferma espressa peraltro dell’autorevole tesi secondo cui il diritto giurisprudenziale è una fonte del diritto<sup>101</sup>; l’art. 7 c.p.a. dispone, infatti, che: “1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o *comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere*, posti in essere da pubbliche amministrazioni<sup>102</sup>. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico.

---

<sup>97</sup> Per una diversa ricostruzione del quadro costituzionale sulla giurisdizione, con particolare riferimento alla problematica del rapporto tra libertà costituzionali e interesse legittimo, cfr. D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 7, secondo cui la estensione della giurisdizione esclusiva dovrebbe essere ancorata a due condizioni: o al fine di rafforzare la certezza del riparto con il giudice ordinario; oppure per aumentare la soglia di effettività e pienezza della tutela del singolo nei confronti dell’agire della pubblica amministrazione.

<sup>98</sup> Nella più recente giurisprudenza comune cfr. in senso analogo Cass. S.U., 25.3.2013 n. 7380; Tar Sardegna 2.8.2011 n. 859; Cons. St., sez. VI, 4.7.2011 n. 3997; Cons. St., sez. IV, 1.4.2011 n. 2058.

<sup>99</sup> L’art. 31, 4° comma, del Codice del processo amministrativo dispone espressamente che “La domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all’articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV”.

<sup>100</sup> Cfr. anche, sulla base delle premesse fissate dalla pronuncia sopra richiamata, Corte cost. n. 191/2006. Per un seguito specifico della suddetta pronuncia cfr. Cass., S.U., 22.12.2011 n. 28343. Più in generale, in senso conforme, nella più recente giurisprudenza comune cfr. *ex plurimis* Tar Puglia, Lecce, 22.5.2013 n. 1174; Cass., S.U., 5.4.2013 n. 8349; Tar Puglia, Lecce, 20.3.2013 n. 596; Tar Basilicata, 28.2.2013 n. 106; Cons. St., sez. IV, 28.11.2012 n. 6012; Trib. Firenze, 22.11.2011; Tar Calabria, Catanzaro, 25.8.2011 n. 1154.

<sup>101</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 287 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna - Roma, 2011, 144 ss., 536 ss., 745 ss.

<sup>102</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, cit., 2: “Con maggiore impegno esplicativo, non può escludersi che l’amministrazione agisca con modalità autoritative, senza tuttavia adottare alcuna determinazione attizia: non si sarà al cospetto, in tali ipotesi, di un ‘comportamento’ dell’amministrazione, ma di un intervento autoritativo, ancorché non materializzatosi nell’adozione di una determinazione provvedimentoale (...) All’interno della nozione di comportamento, si è allora distinto tra comportamenti in senso stretto (questi, certo, sottratti, alla cognizione del G.A.) e comportamenti ‘amministrativi’, per tali essendo intese quelle condotte dell’amministrazione, non destinate a sfociare nell’adozione di

2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

3. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma (...)”<sup>103</sup>.

Nell’ambito di questo modello, costruito intorno al potere pubblico, come sinteticamente richiamato ai nostri fini, la *presenza di un diritto inviolabile* si palesa paradossalmente *irrilevante*<sup>104</sup>.

L’operatività del criterio del *petitum* sostanziale<sup>105</sup>, quale regola generale di ricostruzione della giurisdizione idonea a neutralizzare le (enfatiche) evocazioni di parte dei diritti costituzionali, in combinato disposto con la logica di separazione tra carenza assoluta di potere e cattivo uso del potere, relegano i diritti inviolabili ad un ruolo *neutro* nell’organizzazione della sindacabilità giurisdizionale del potere.

Più specificatamente può dirsi che nell’ambito della giurisdizione di legittimità i diritti inviolabili non generano regressione del potere e quindi carenza assoluta di potere e con esso la traslazione verso la giurisdizione ordinaria, assumendo la consistenza di interessi legittimi (pur di rango costituzionale)<sup>106</sup>; nell’ambito della giurisdizione esclusiva, la cui natura è la medesima di quella di

---

un atto, e ciò nonostante legate a filo doppio all’esercizio del potere. Si è chiarito quindi che, nell’ambito della nozione di ‘comportamento’, è necessario distinguere i comportamenti in senso tecnico, per tali intendendosi le condotte dell’amministrazione del tutto svincolate dall’esercizio del potere, dai comportamenti c.d. ‘amministrativi’ che, collegati all’esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, continuano a rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo”.

<sup>103</sup> Per una specifica valorizzazione della suddetta disposizione cfr. Tar Catania, 10.2.2011 n. 290, secondo cui “è ormai codificata all’art. 7, commi 1 e 5 c.p.a. la giurisdizione amministrativa in tutte le controversie concernenti provvedimenti o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di potere amministrativo ancorché gli atti e i comportamenti siano stati posti in essere in carenza di potere, ovvero dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, comprese le domande risarcitorie nelle quali si fa questione di diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 c.p.a., tanto se proposte unitamente all’impugnazione di atti amministrativi sia se proposte autonomamente, come stabilito dall’art. 30, comma 1 c.p.a.”.

<sup>104</sup> Nel senso della irrilevanza cfr. A. TRAVI, *Nota* a Cons. St., 13.2.2006 n. 556, in *Foro it.*, 2006, 181, secondo cui “la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste tutte le volte che il ricorrente chieda la rimozione di un provvedimento amministrativo illegittimo, a nulla rilevando che da tale provvedimento siano derivati danni a diritti fondamentali della persona”. In senso analogo quanto ai comportamenti amministrativi, connessi mediatamente al potere, cfr. Trib. Foggia, 16.11.2011 n. 998, secondo cui “Ciò che ai predetti fini rileva, infatti, è esclusivamente la distinzione tra comportamenti riconducibili all’esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili, questi ultimi, in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non eserciti, nemmeno in via indiretta, alcun pubblico potere. Viceversa, anche se si tratti della tutela di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, che sia però espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a., compete al giudice amministrativo la cognizione esclusiva delle relative controversie circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il temperamento o la limitazione dei suddetti diritti con l’interesse generale pubblico all’ambiente salubre”.

<sup>105</sup> Cfr. nella più recente giurisprudenza Cass., S.U., 19.1.2007 n. 1139, secondo cui “la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione”.

<sup>106</sup> A tal proposito L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 5, afferma che “I diritti alla tutela della salute, all’istruzione, alla casa, al lavoro, sono in realtà interessi legittimi pretensivi, quando si chieda di ricevere una ‘prestazione’ (ad esempio il rimborso di una spesa sostenuta per un intervento chirurgico all’estero e da porre a carico del SSN, potendo l’amministrazione esercitare la propria discrezionalità tecnica e valutare se sussista la patologia, se l’intervento sia stato necessario e se poteva essere effettuato in Italia): alla stessa istanza può seguire un diniego, purché con adeguata motivazione, basata sulla esistenza di risorse o sulla peculiarità del caso. Allo stesso modo, sono configurabili interessi legittimi se vi sono istanze di assegnazione di case pubbliche, domande di partecipazione a concorsi pubblici di assunzione, istanze di ammissione o a

legittimità, ancorata anch'essa alla dimensione del potere, il giudice amministrativo conosce i diritti inviolabili sia nella consistenza degli interessi legittimi, come accade nell'ambito della giurisdizione di legittimità, sia nella consistenza dei diritti soggettivi, a patto in ogni caso che si tratti di diritti (soggettivi inviolabili) connessi a comportamenti posti in essere in esecuzione (mediata) di provvedimenti amministrativi (quindi di un potere)<sup>107</sup>.

L'unica eccezione rispetto a questo quadro può rinvenirsi nella Costituzione stessa, che individua delle ipotesi tassative in cui i diritti fondamentali non possono che assumere la consistenza di diritti soggettivi e non anche quella degli interessi legittimi<sup>108</sup>; si tratta delle disposizioni costituzionali che configurano una riserva di giurisdizione in senso sostanziale (art. 13, 14, 15 Cost.) a presidio della libertà personale, della libertà di domicilio e della libertà di corrispondenza. In questa logica può dirsi che la Costituzione afferma in via eccezionale come la limitazione delle suddette libertà possa essere generata non da un qualsiasi potere pubblico ma esclusivamente dal potere pubblico giudiziario, così che un provvedimento amministrativo *de libertate* dovrebbe ritenersi nullo o inesistente<sup>109</sup>.

Pertanto la cognizione del giudice amministrativo sui diritti inviolabili, fatta eccezione per la suddetta ipotesi, è costituzionalmente presupposta dallo stesso riparto di giurisdizione (art. 103 Cost.), fondato sulla corrispondenza in concreto di essi (art. 2 Cost.) alla struttura giuridica dell'interesse legittimo o del diritto soggettivo (art. 24 Cost.), non potendo così neppure essere limitata nell'alveo della giurisdizione esclusiva, per il solo fatto che in essa il giudice amministrativo conosce i diritti soggettivi<sup>110</sup>, vista la inconsistenza teorica della corrispondenza biunivoca tra diritto soggettivo e diritto inviolabile.

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

In merito ad una disposizione che attribuiva alla giurisdizione esclusiva il contenzioso relativo le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di generazione elettrica<sup>111</sup>, compresi i profili risarcitori, erano stati sollevati dubbi di legittimità proprio sul presupposto che la natura inaffievolibile ed indegradabile del diritto alla salute e del diritto ad un ambiente salubre avrebbero dovuto determinare una riserva in capo al giudice ordinario. Tuttavia la Corte, sulla base dei propri precedenti, e della ricostruzione del criterio costituzionale di riparto, fondato sulla verifica della

---

corsi universitari o a classi scolastiche, o per l'assegnazione di insegnanti di sostegno. L'amministrazione competente per legge può accogliere le istanze, sulla base delle risorse disponibili e valutando se sussistono i presupposti. Sono convinto che, oltre ai diritti fondamentali, vi sono gli 'interessi legittimi fondamentali', per la tutela dei bisogni fondamentali, legati al progresso materiale e civile della nazione e alle risorse disponibili".

<sup>107</sup> Rovesciando così la prospettiva appare chiaro come una lesione di un diritto inviolabile sia sempre possibile e che essa debba essere conosciuta dal giudice ordinario quando imputabile ad un comportamento puro oppure al giudice amministrativo quando imputabile ad un provvedimento amministrativo, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, o ad un provvedimento amministrativo o ad un comportamento mediatamente connesso ad esso, nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Con specifico riferimento ai comportamenti lesivi di diritti inviolabili si veda A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 39 ss.

<sup>108</sup> Cfr. V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 187 ss.; D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 96.

<sup>109</sup> M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 191.

<sup>110</sup> Come sembra presupporre Tar Liguria, 13.5.2010 n. 2529, secondo cui "Nel caso in cui si faccia questione su controversia appartenente a materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non sfugge affatto al giudice amministrativo il sindacato sull'atto amministrativo (autoritativo o comunque discrezionale) lesivo di diritti soggettivi, ossia dei diritti fondamentali, qual'è il diritto alla salute, presidiati direttamente dalla Costituzione e non suscettibili di degradazione".

<sup>111</sup> L'originaria disciplina (art. 1, 552° comma, l. n. 311/2004) è attualmente confluita nell'art. 133, 1° comma, let. o), c.p.a., che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti".

esistenza del potere, ha negato la configurabilità di una riserva di giurisdizione dei diritti fondamentali nei confronti del giudice ordinario: “La norma censurata, d'altronde, è conforme all'orientamento espresso nelle sentenze n. 204 del 2004 e, soprattutto, n. 191 del 2006 di questa Corte. Secondo tali pronunce, l'art. 103 Cost., pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare ‘particolari materie’ nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe ‘anche’ diritti soggettivi. Deve trattarsi tuttavia, di materie determinate nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere. La richiamata giurisprudenza di questa Corte esclude, poi, che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (sentenza n. 191 del 2006). Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché *quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.* (...) Né osta - va ribadito - alla validità costituzionale del ‘sistema’ in esame la *natura ‘fondamentale’* dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, *non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*”<sup>112</sup>.

In questa logica risulta palesemente negata l'idea di un'*unica* giurisdizione naturale (ordinaria) dei diritti fondamentali<sup>113</sup>, non potendo neppure operarsi, alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, alcuna discriminazione nei confronti della giurisdizione di legittimità, posta la matrice comune ed omogenea rispetto alla giurisdizione amministrativa esclusiva<sup>114</sup> e con essa quindi la identica idoneità a tutelare la effettività dei diritti costituzionali.

Analogamente la Corte ha dichiarato infondata, rispetto all'art. 103 Cost., una questione insistente su una disposizione che attribuiva alla giurisdizione esclusiva amministrativa tutte le controversie,

---

<sup>112</sup> Cfr. Corte cost. n. 140/2007, che afferma inoltre: “Peraltro, l'orientamento - espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione - circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute) risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale questa Corte ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione. Nel caso in esame, invece, si tratta di specifici provvedimenti o procedimenti tipizzati normativamente. Deve, dunque, concludersi che legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione”. Su questa pronuncia cfr. A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007, 169 ss.

<sup>113</sup> Tale assunto trova una espressa conferma anche in qualche illuminata pronuncia di merito (cfr. Tar Lombardia, 16.7.2009 n. 4392, secondo cui “*nessuna norma del vigente ordinamento giuridico riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*, per cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nel giudizio promosso per l'annullamento di un provvedimento regionale volto al riconoscimento di un contributo economico alle famiglie con tre o più figli e volto a denunciare una presunta discriminazione nei confronti di taluni nuclei familiari esclusi dal beneficio”) nonché in qualche minoritaria pronuncia della Cassazione (cfr. Cass., S.U., 29.4.2009 n. 9956: “Appartiene alla giurisdizione del g.a. la controversia che investe il potere dell'Amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione dello smaltimento dei rifiuti urbani, che, per espressa previsione normativa (...), costituisce ‘servizio pubblico’, trovando al riguardo applicazione l'art. 33 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, (...), il quale, nella materia dei pubblici servizi, attribuisce al g.a. la giurisdizione ove si sia in presenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche; tale giurisdizione si estende alle connesse domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invochi la tutela di diritti fondamentali, come quello alla salute, *stante l'inesistenza nell'ordinamento di un principio che riservi esclusivamente al g.o. la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*”.

<sup>114</sup> Come affermato da Corte cost. n. 204/2004.

anche della fase cautelare, attinenti al ciclo di gestione dei rifiuti, per quanto incidenti su taluni diritti costituzionalmente tutelati<sup>115</sup>, ribadendo così la debolezza del mito dell'indegradabilità.

---

<sup>115</sup> Cfr. Corte cost. n. 35/2010: “Nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all’origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell’ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi. In secondo luogo, è necessario che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di ‘blocchi di materie’, ma di materie determinate. Infine, è richiesto che l’amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali (...) sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell’esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario. 2.3. - La norma impugnata deve dunque essere interpretata alla luce delle indicate condizioni che delimitano, sul piano costituzionale, l’ambito della giurisdizione esclusiva. Il legislatore, nell’attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie attinenti alla complessa azione di gestione dei rifiuti, ha, innanzitutto, individuato una ‘particolare’ materia, rappresentata appunto dalla ‘gestione dei rifiuti’”. In senso analogo, in materia di gestione dei rifiuti, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, pur in un complessivo clima di resistenza della teorica della indegradabilità, cfr. Cass., S.U., 5.3.2010 n. 5290, secondo cui “anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 cost.) - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi (come quella, nel caso di specie, della gestione del territorio) - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all’interesse generale pubblico all’ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari 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”. Su questa pronuncia cfr. F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, cit., 1287 ss. Cfr. anche, in una diversa materia, Cass., S.U., 28.12.2007 n. 27187, che rappresenta la prima pronuncia in cui sia stato fatto uso del potere di enunciare un principio di diritto su questione di particolare importanza in un caso in cui il ricorso proposto era inammissibile: “Nella materia, riguardante l’uso del territorio e da qualificare quindi ‘urbanistica’, la tutela dei diritti, anche incompressibili a interessi legittimi, allorché siano lesi da comportamenti illeciti esecutivi di provvedimenti amministrativi, non spetta al giudice ordinario, che ha cognizione sulle sole controversie relative a comportamenti di mero fatto della P.A., per i quali la Corte costituzionale, con le sentenze n. 204 del 2004 e 191 del 2004 gli ha riconosciuto competenza per ogni controversia, anche di risarcimento dei danni. Quando, nelle materie di giurisdizione esclusiva, i comportamenti si fondano su atti amministrativi e esprimono poteri della P.A., pur se illegittimamente esercitati, di essi conosce il giudice amministrativo. Ogni impianto industriale ed opera pubblica ed ogni uso del territorio può incidere sul diritto alla salute e all’integrità dell’ambiente, e l’art. 34, comma 2, del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come successivamente modificato, riserva ai giudici amministrativi la materia urbanistica; la stessa ordinanza impugnata, peraltro, mentre nega ogni rilievo agli atti del commissario che dispongono l’attività da essa inibito, ne rileva il mancato approfondimento sotto il profilo dei pericoli per la salute e l’ambiente, avendo la P.A. dato rilievo solo a profili di comodità e rapidità nella scelta del sito per collocare la discarica. Nel caso, se vi è stata la lesione di posizioni soggettive dei ricorrenti, essa è dipesa da un atto del commissario, la cui legittimità doveva essere oggetto di cognizione dei giudici amministrativi, come del resto appare dalle stesse ordinanze delle S.U. n. 13659 e 13660 richiamate nel provvedimento oggetto di impugnazione. Non si è in presenza di una mera attività materiale e compete al giudice amministrativo conoscere il concreto esercizio del potere, come tale riconoscibile e dedotto, nel procedimento adottato dal Commissario per emettere il provvedimento con cui ha disposto l’invio di tecnici, per accertare le condizioni di fattibilità della discarica in un’area specificamente individuata del Comune di Serre. Nel caso, vi è stato un intervento inibitorio del giudice ordinario per impedire un’attività materiale esecutiva di un provvedimento della P.A., la cui legittimità poteva essere valutata dal solo giudice amministrativo, anche ai sensi dell’art. 4 della legge n. 2248 del 1865 all. E, essendo irrilevanti i richiami operati alle sentenze delle S.U. nell’ordinanza impugnata, in quanto oggetto di essi, allorché si è deciso sul riparto di giurisdizione in favore dell’A.G.O., sono stati sempre e solo comportamenti materiali e di fatto della P.A., in nessun caso conosciuti come espressione di un potere esercitato, sia pure illegittimamente, dalla amministrazione”. Su questa pronuncia cfr. P. VITTORIA, *Alcune considerazioni sulla questione di giurisdizione ed il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In una logica analoga alla suddetta pronuncia cfr., ad esempio, Cass., S.U., 26.5.2009 n. 12115; Cass., S.U., 21.5.2009 n. 11832; Cass., S.U., 29.4.2009 n. 9956.

Alla luce di questa ricomposizione del quadro costituzionale di riparto appaiono del tutto superflue e meramente ricognitive, perché insite nel sistema costituzionale, alcune precisazioni che il legislatore ha posto in essere, in modo rapsodico, quanto alla devoluzione in seno alla giurisdizione esclusiva amministrativa *anche* dei diritti inviolabili; si pensi, ad esempio, all'art. 133, 1° comma, let. p, relativo a “le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, *quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati*”<sup>116</sup>.

Peraltro sembra significativo come la demitizzazione dell'indegradabilità, emersa nella giurisprudenza costituzionale, abbia avuto un seguito e delle assonanze non soltanto nella giurisprudenza amministrativa<sup>117</sup>, ma anche in alcuni casi nella stessa giurisprudenza della Corte di

---

<sup>116</sup> Un'altra disposizione normativa da cui si desume in modo espresso la cognizione del giudice amministrativo sui diritti fondamentali è l'art. 55, 2° comma, c.p.a. (la quale riprende quanto previsto dall'art. 3 l. n. 205/2000), secondo cui “Qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il collegio può disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare. 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. Il provvedimento che impone la cauzione ne indica l'oggetto, il modo di prestarla e il termine entro cui la prestazione va eseguita”. In questo senso cfr. A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 35; M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, cit., 4.

<sup>117</sup> Cfr. Ad. Pl., 22.10.2007 n. 12, che fonda la critica alla teoria dell'assolutizzazione della inviolabilità proprio su una netta distinzione tra *agere* pubblicistico e comportamenti: “I ‘comportamenti’, cioè, che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva non sono tutti i comportamenti, ma solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni concreta fattispecie, non risultano riconducibili all'esercizio di un pubblico potere. Altrimenti detto, quando può affermarsi che nella specie sia rilevabile un obiettivo, e non meramente intenzionale, svolgersi di un'attività amministrativa costituente esercizio di un potere astrattamente riconosciuto alla pubblica amministrazione o ai soggetti ad essa equiparati, sussiste ogni elemento sufficiente ad affermare la giurisdizione amministrativa. Caratterizzante, perciò, non è la legittimità dell'esercizio del potere, che, se fosse richiesta, finirebbe per privare di causa la tutela appunto prevista per i casi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, né lo è il maggiore o minore spessore della illegittimità ovvero della situazione giuridica tutelata. Caratterizzante è, invece, la mera emersione di un agire causalmente riferibile ad una funzione che per legge appartenga all'amministrazione agente e che per legge questa sia autorizzata a svolgere e che, in concreto, risulti svolta. Se così è, l'in sé dell'esercizio del potere deve rilevarsi, prioritariamente, in materia comportamentale, non tanto dalle intenzioni e dalle generiche dichiarazioni del soggetto pubblico agente quanto dalle oggettive vicende procedurali che, mentre nella grande maggioranza dei casi precedono ed accompagnano il fenomeno comportamentale, testimoniano esse, oggettivamente, della rilevanza e della finalità e della consistenza del comportamento consentendo di individuarne la genesi e di distinguerlo dai casi di semplice generica presupposta esistenza del pubblico interesse. La illegittimità di questo o quel momento procedimentale, cioè di quella serie formale strumentalmente rivolta a realizzare l'interesse pubblico e sintomatica dell'agire autoritativo consentito dalla legge, può sì far concludere per la illegittimità e, nei congrui casi, per la illiceità del comportamento con effetti anche analoghi o uguali a quelli propri della accertata carenza del potere, ma tale conclusione spetta al giudice cui, con garanzie ed effettività di certo non inferiori a quelle apprestate dal giudizio ordinario, compete alla stregua dell'ordinamento: al ‘giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica’. E a questo giudice naturale compete, in diretta applicazione dei principi di effettività e di concentrazione della tutela nonché delle norme poste dal legislatore ordinario, di conoscere non solo delle domande intese all'annullamento dell'attività autoritativa e, comunque, impugnatorie ma di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali; risarcimento che, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, è disposto con procedure anche innovative”. Si veda inoltre, a mero titolo esemplificativo, proprio nella materia della tutela degli stranieri, nei quali si è sviluppata la teoria della indegradabilità, Tar Marche 7.2.2013 n. 116, secondo cui “Dev'essere, anzitutto, osservato che la rilevanza, nella fattispecie di cui si controverte, della componente pretensiva dei diritti fondamentali dello straniero non comunitario non consente, di per sé, di ritenere inconfigurabile la sfera di discrezionalità spettante all'amministrazione procedente, non sussistendo alcuna incompatibilità tra diritti inviolabili, nella loro componente pretensiva, e potere amministrativo. Tale considerazione trova riscontro in una lettura sistematica dell'ordinamento, come si evince, tra l'altro, dalla disciplina della liberalizzazione e della semplificazione dell'attività amministrativa in relazione alle

cassazione, pur storicamente protagonista dell'assolutizzazione dei diritti costituzionali, nell'ambito di problematiche sensibili come, ad esempio, quella dell'apposizione nelle aule scolastiche del crocifisso<sup>118</sup>, dell'impartizione ai minori, in assenza di consenso dei genitori, delle lezioni di educazione sessuale<sup>119</sup> o ancora dell'autorizzazione e localizzazione di impianti di energia o di gestione dei rifiuti<sup>120</sup>.

Tuttavia il panorama sembra rimanere magmatico ed incerto, posto che la logica dell'assolutizzazione dei diritti inviolabili, fino alla loro indegradabilità, continua ad essere riproposta ed a vivere nell'ordinamento<sup>121</sup>, anche sotto forma di scelte legislative<sup>122</sup>, soprattutto in

---

disposizioni normative concernenti la materia dell'immigrazione, dell'asilo politico, della cittadinanza. Si pensi, a titolo esemplificativo, al dettato di cui all'art. 19 della legge n° 241/1990, che, in seguito alla legge n° 69/2009, annovera tra le fattispecie escluse dalla D.I.A-SCIA, 'gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza', stante l'impossibilità di sostituire provvedimenti di natura discrezionale. L'art. 20, quarto comma, della legge n° 241/1990 esclude dal silenzio assenso gli atti e i procedimenti concernenti la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza. Deve ritenersi, pertanto, che, in tali settori, l'amministrazione sia titolare di poteri discrezionali, da svolgersi nei consueti limiti di logicità, ragionevolezza, imparzialità e nel corretto temperamento degli interessi coinvolti nella vicenda". In senso identico cfr. Tar Marche, 4.7.2013 n. 535.

<sup>118</sup> Cfr. Cass., 10.7.2006 n. 15614.

<sup>119</sup> Cfr. Cass., S.U., 5.2.2008 n. 2656.

<sup>120</sup> Cfr. Cass., S.U., 28.12.2007 n. 27187.

<sup>121</sup> Si pensi alla recente giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di violazione della normativa antidiscriminatoria a tutela dello straniero. Cfr. Cass., S.U., 30.3.2011 n. 7186; Cass., S.U., 15.2.2011 n. 3670. Il mito dell'indegradabilità è riemerso in relazione alle controversie riguardanti la impugnazione di atti amministrativi per violazione della normativa a tutela dello straniero, che vieta forme discriminatorie fondate sulla nazionalità, sulla lingua, su motivi razziali, etnici, geografici o religiosi. Più specificatamente l'art. 44 Dlgs. n. 286/1998 dispone che "quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, e' possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione". In entrambi i casi le Sezioni Unite hanno ritenuto di far discendere dalla suddetta normativa un diritto soggettivo assoluto ed indegradabile all'antidiscriminazione, così da ritenere che qualsiasi atto amministrativo che neghi un'utilità allo straniero (nei casi di specie la stabilizzazione contrattuale ed il bonus bebè) debba degradare a comportamento illecito, con conseguente riespansione dell'originaria posizione di interesse legittimo e radicamento della giurisdizione ordinaria. In senso critico F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incompromibili*, cit., 1 ss, il quale smonta la costruzione di un astratto diritto fondamentale all'antidiscriminazione, sganciata dalla distinzione tra comportamenti discriminatori (riconducibili nell'alveo della giurisdizione ordinaria) e provvedimenti discriminatori (impugnabili innanzi al giudice amministrativo); proprio alla luce di tale assunto Patroni Griffi osserva come seguendo la logica della Cassazione si giungerebbe, ad esempio, a ricondurre irragionevolmente nell'alveo della giurisdizione ordinaria anche l'impugnazione di un bando concorsuale discriminatorio. Nella giurisprudenza di merito, in una logica conforme, a quanto sopra sostenuto cfr. Trib. Bologna, ord. 7 agosto 2008, secondo cui "gli artt. 43-44, T.U. stranieri si applicano contro i comportamenti (o gli atti) discriminatori di un privato o della P.A., ma nulla dicono a proposito della tutela contro i provvedimenti amministrativi né prevedono alcuna deroga ai criteri di riparto della giurisdizione: da un lato, la distinzione tra provvedimenti e meri comportamenti della P.A. rientra tra le nozioni istituzionali del diritto amministrativo ed è tuttora alla base degli orientamenti giurisprudenziali sul riparto tra le giurisdizioni, ordinaria e amministrativa (...) dall'altro (...) gli artt. 43-44 T.U. stranieri omettono ogni riferimento alla tutela esperibile contro i provvedimenti illegittimi e non introducono disposizioni derogatorie alle ordinarie norme sulla giurisdizione". Cfr. anche Trib. Mantova, ord. 21 aprile 2009, secondo cui "gli artt. 43 e 44 T.U. Immigrazione consentono all'interessato di chiedere al giudice ordinario la cessazione del comportamento discriminatorio posto in essere da un privato o da una pubblica amministrazione (...) ma per comportamento non si può intendere l'atto amministrativo in sé, ma semmai solo la condotta esecutiva che dia attuazione a comportamenti direttamente o indirettamente discriminatori". Nella giurisprudenza amministrativa cfr. Tar Lombardia, Milano, 16.7.2009 n. 4392: "Qualora, deducendo vizi tipici dell'atto, venga richiesto l'annullamento di un atto amministrativo emesso da una Regione nell'ambito di una attività discrezionale, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo anche quando venga prospettata la violazione di diritti fondamentali della persona e anche qualora il privato abbia a disposizione la speciale procedura avverso atti e comportamenti discriminatori di cui all'art. 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 215: detta procedura infatti non è sostitutiva dei mezzi di tutela ordinari, ma rappresenta uno strumento aggiuntivo e ulteriore che va a rafforzare la protezione nel caso di discriminazione". A tal proposito L. DE GREGORIIS, *Provvedimenti amministrativi discriminatori e tutela delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari*, cit., 3, mette in evidenza come "non sembra allora così traumatico ipotizzare una tutela dell'interesse alla parità di trattamento che, a fronte del potere amministrativo e in

alcuni ambiti in cui la retorica dei diritti fondamentali appare difficilmente scardinabile<sup>123</sup>, generando così effetti incontrollati, in distonia con il modello costituzionale di riparto della

---

conformità alla teorica della pluriqualificazione delle situazioni giuridiche soggettive, assuma le sembianze dell'interesse legittimo, e anzi a maggior ragione, ove si consideri che non v'è uniformità di vedute, in dottrina, sulla esatta identificazione del c.d. diritto alla parità di trattamento né, più in generale, sulla natura e classificazione dei 'diritti fondamentali'. È inoltre emblematica la disposizione di cui all'art. 2, c. 5, TUIM, secondo cui 'allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge', laddove l'interesse alla parità di trattamento 'relativo alla tutela' dell'interesse legittimo diviene, precisamente, l'interesse relativo all'oggetto di tutela di questo, ossia un interesse individuale che riceve protezione nei limiti della protezione accordata al superiore interesse pubblico, con ulteriore conferma della possibilità di concepire un interesse legittimo alla non discriminazione". Quanto alla sopravvivenza della teoria della indegradabilità cfr. inoltre Cass., S.U., 27.2.2012 n. 2932, la quale ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie azionate per il rimborso delle spese sanitarie sostenute in strutture specializzate all'estero in ipotesi di ricovero non urgente, non proceduto da richiesta di autorizzazione all'Amministrazione sanitaria statale, proprio sul presupposto che il diritto alla salute sarebbe qualificabile come un diritto fondamentale ed inviolabile, automaticamente prevalente sulle ragioni ordinamentali (copertura finanziaria, esercizio del potere di accertamento tecnico sulla indispensabilità dell'intervento e sulla carenza in Italia di strutture idonee, ecc.). In questa logica il contemperamento con gli interessi pubblici non può determinare una compressione di tale diritto costituzionale, relegandolo alla sfera dell'interesse legittimo. Anche in materia di tutela del diritto alla salute la teoria della indegradabilità continua a vivere e ad essere riproposta, pur nelle sue molteplici versioni interpretative di composizione dei rapporti tra il suddetto diritto costituzionale e i poteri autorizzatori rimessi all'Amministrazione sanitaria. Per un'efficace sintesi si rinvia a R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 1954 ss. Si sono sviluppati principalmente tre indirizzi. In una prima logica, coerente in modo assoluto con la teorica dei diritti inaffievolibili, il contenzioso in cui sia direttamente investito il diritto alla salute del singolo non può che essere devoluto alla giurisdizione ordinaria, quale sede naturale di tutela dei diritti, posto che la salute è, per definizione, una posizione giuridica soggettiva fondamentale non degradabile a mero interesse legittimo a fronte della spendita di potere pubblicistico. In una seconda prospettiva, maggiormente articolata, la giurisdizione dovrebbe essere determinata secondo che il diritto alla salute venga in considerazione nella sua declinazione di libertà negativa, ovvero positiva; qualora si controverta in ordine al diritto del singolo a non essere sottoposto a trattamenti sanitari per i quali non voglia manifestare valido consenso, dovrebbe configurarsi un diritto resistente a tutt'oltranza la cui tutela spetta al giudice ordinario; qualora, invece, la controversia abbia ad oggetto la pretesa di prestazioni sanitarie negate dall'Amministrazione, il diritto alla salute, posta la presenza di ulteriori interessi pubblici (costituzionalmente rilevanti) e di poteri di discrezionale apprezzamento, assume la consistenza di mero interesse legittimo. In una terza prospettiva giurisprudenziale, correttiva della seconda, ferma restando la cognizione del giudice ordinario in ordine alla tutela oppositiva del diritto alla salute, quanto alla pretesa di erogazione di un determinato trattamento sanitario ovvero alla somministrazione di uno specifico farmaco, si è affermato che laddove si versi in uno stato di pericolo di vita, ovvero di esposizione del cittadino ad uno stato di sofferenza conseguente al diniego dell'Amministrazione, la posizione giuridica soggettiva vantata è da qualificarsi in termini di diritto soggettivo inaffievolibile. Cfr. anche L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, cit., 19 ss.; M. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di alta specializzazione: diritto soggettivo o interesse legittimo?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, cit., 8 ss. Per una recente affermazione della teoria della indegradabilità anche in altri ambiti materiali cfr. anche Tribunale Firenze, 19.3.2012: "Appartengono alla giurisdizione del g.o. le controversie con la p.a. sui diritti fondamentali, come quelle inerenti all'azione inibitoria della utilizzazione o concessione in uso di spazi pubblici per lo svolgimento (nella specie) di concerti implicanti l'uso di impianti di diffusione del suono comportanti immissioni acustiche intollerabili"; Tar Lombardia, Brescia, 15.1.2010 n. 19: "L'ordinanza sindacale che stabilisce le modalità di riunione in luogo pubblico, e delle pratiche religiose aperte al pubblico fuori dai luoghi destinati al culto, prevedendo altresì che tutte le riunioni devono essere tenute in lingua italiana, introduce norme che incidono direttamente sui diritti soggettivi fondamentali e perfetti (libertà di riunione, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), di talché la controversia sulla loro violazione o meno rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario".

<sup>122</sup> Non può negarsi come esistano delle discipline legislative che costruiscono ipotesi di giurisdizione ordinaria, da intendersi non tanto come giurisdizione ordinaria esclusiva ma come sacche di indegradabilità dei diritti fondamentali. Si pensi al Dlgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali o alla l. n. 230/1998 in tema di obiezione di coscienza. Cfr. sul punto F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>123</sup> Nella materia del rilascio dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie lo strumentario concettuale della assolutizzazione dei diritti inviolabili è costantemente riproposto. Cfr. Tar Marche sez. I 23 novembre 2012 n. 761: "Rientra nella giurisdizione del g.o. la controversia avente ad oggetto il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per protezione internazionale, trattandosi di controversia che coinvolge diritti soggettivi dell'istante, rientranti nella categoria dei diritti umani fondamentali"; Tar Lazio, Roma, 5.4.2012 n. 279: "I provvedimenti della Questura che

giurisdizione, fino a prospettare la dissoluzione teorica della distinzione tra provvedimenti e comportamenti, tra norme di azione e norme di relazione<sup>124</sup>, quindi tra potere e non potere<sup>125</sup>

#### 6. *La relativizzazione dell'inviolabilità innanzi al potere pubblico: l'interesse legittimo come dimensione naturale della Costituzione dei diritti*

Alla luce di quanto argomentato sin qui emerge in modo chiaro come la mistificazione ideologica dei diritti inviolabili e l'assolutizzazione della natura dei diritti costituzionali non abbia alcun fondamento giuridico. Il sistema costituzionale, la sua architettura complessa, fondata su un equilibrio costante e su un'intima connessione, tra la prima e la seconda parte della Costituzione,

---

negano il permesso per motivi umanitari di cui all'art. 5 comma 6, d. lg. 25 luglio 1998 n. 286 devono essere impugnati dinanzi al giudice ordinario; il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari è da annoverarsi, infatti, tra i diritti umani fondamentali e deve godere quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 cost., con la conseguenza che l'eventuale bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate non può essere rimesso al potere discrezionale della p.a., potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali"; Tar Umbria, 11.6.2012 n. 208 "Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il diniego di rilascio a cittadino extracomunitario del permesso di soggiorno per motivi umanitari, atteso che le situazioni giuridiche rilevanti in questa materia si connotano come diritti soggettivi, da annoverarsi fra i diritti umani fondamentali"; Cons. St., sez. III, 14.9.2011 n. 5125: "Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per asilo politico, trattandosi di controversia che coinvolge diritti soggettivi dell'istante, rientranti nella categoria dei diritti umani fondamentali"; Tar Puglia, Lecce, 31.8.2010 n. 1865: "La pretesa volta ad ottenere il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo, con conseguente difetto di giurisdizione del g.a., tenuto conto che la situazione giuridica dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per asilo politico e/o per ragioni umanitarie è da annoverare tra i diritti umani fondamentali"; Tar Lazio, Roma, 2.2.2010 n. 1419, "Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto la 'revoca' dovuta di un permesso temporaneo, sul presupposto della qualificazione della situazione giuridica soggettiva posta a base della domanda di accertamento del diritto al permesso di soggiorno umanitario, come di diritto soggettivo da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali "; Tar Emilia, Bologna, 29.11.2011 n. 823: "La situazione giuridica dello straniero richiedente asilo politico ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2, Cost., esclude che dette situazioni possano essere degradate ad interessi legittimi, per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, cui può affidarsi solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato al legislatore: la giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al giudice ordinario, onde sussiste il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con correlativo rinvio della causa al giudice ordinario munito di giurisdizione, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda (translatio iudicii), ove riassunta nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria". In questa materia appare, invece, ragionevole quella giurisprudenza che riconosce la giurisdizione ordinaria non sulla base di un diritto inviolabile configurabile in astratto (pur retoricamente evocato) ma sulla base della mancanza di una norma attributiva di potere. Cfr. Tar Marche, 9.11.2012 n. 728: "*In mancanza di una norma espressa che disponga diversamente la giurisdizione sui diritti umani fondamentali, quale quello dello straniero che richieda il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, spetta al g.o.*"

<sup>124</sup> F. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004.

<sup>125</sup> Cfr., in modo irragionevolmente esemplare, Trib. Milano, 21.3.2002, ancora in materia di tutela antidiscriminatoria, secondo cui "irrelevante è (...) la circostanza che (...) l'art. 44 (...) si riferisca testualmente a 'comportamenti' discriminatori di privati o di pubbliche amministrazioni, senza nominare gli 'atti'. Il carattere di assolutezza del *diritto alla non discriminazione determina, infatti, proprio il superamento e l'irrelevanza della distinzione tra atto e comportamento* della pubblica amministrazione (...) poiché il diritto alla non discriminazione è un *diritto incompressibile*, che si sottrae al meccanismo dell'affievolimento, di fronte ad esso non vengono in rilievo atti amministrativi (...) ma semplici comportamenti, per definizione inidonei a determinare qualsiasi affievolimento". In tale pronuncia sembra scorgersi l'eco di una tradizione costituzionalistica che costruisce in senso assoluto il diritto alla parità di trattamento come un diritto soggettivo. Cfr. P. BARILE, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1972, 424 ss. In una diversa prospettiva, che nega la configurabilità dell'eguaglianza come diritto soggettivo, cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 213 ss.

impongono una *relativizzazione* dell'inviolabilità<sup>126</sup>, come categoria giuridica sintetica, e con essa dei suoi corollari descrittivi (ossia della assolutezza, della indisponibilità, della irrinunciabilità<sup>127</sup>).

In uno Stato costituzionale sociale, complesso e pluriclasse, i diritti costituzionali degli individui non sono assoluti ma nascono intimamente connessi al potere pubblico, strettamente legati all'esercizio del potere quale funzione socio-istituzionale attuativa, conformante e limitativa del contenuto essenziale degli stessi. Il potere pubblico, se attribuito dal legislatore, costituisce la condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, la garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali e quindi il presupposto di fattibilità di un diritto astrattamente enunciato nella I Parte della Costituzione.

Non esistono diritti inviolabili "senza potere", posto che i diritti costituzionali non sono nati per essere impenetrabili ed indegradabili ma per essere penetrati e permeati dai valori costituzionali della solidarietà, della libertà e dell'uguaglianza, veicolati all'interno di essi dal potere, come poteva desumersi, pur in un ordinamento profondamente diverso, già dal discorso di Spaventa nel 1889 in occasione della istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, il quale affermò chiaramente come tali valori richiedano un'opera di temperamento con l'interesse individuale; risolvere, infatti, la tutela degli interessi individuali, anche se appartenente al novero dei diritti fondamentali, attraverso la tecnica del diritto soggettivo "significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza"<sup>128</sup>.

In altre parole "se i diritti fondamentali sono in una democrazia i principali veicoli procedurali della volontà e delle preferenze dei singoli e dei gruppi sociali di cui si compone il popolo, la loro astratta e illimitata potenzialità, pur ammessa in via di principio, incontra inevitabilmente i limiti di valore in mancanza dei quali quei diritti non potrebbero svolgere il suddetto ruolo. Ma poiché questi valori pubblici o comunitari (in quanto limiti) non possono negare in maniera assoluta la libertà o la facoltà cui sono riferiti, è necessario ipotizzare che tra le une e gli altri si instauri una qualche azione di bilanciamento o di compromesso, cioè una *relativizzazione*. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l'assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili, poiché, mentre questa opera al livello del fondamento o della ragioni d'essere, che restano pur sempre del tutto incondizionati, l'altra si muove piuttosto sul piano dei contenuti"; evidentemente in rottura netta con una concezione nella quale i diritti inviolabili erano intesi come limiti al potere pubblico, postulanti una pretesa al rispetto e all'omissione avente ad oggetto la libertà naturale ed ancor prima l'esigenza di tutela della "ontologica *consistenza in se stessa* della persona individuale, cioè la libertà negativa"<sup>129</sup>.

In questa logica salta il corollario teorico dell'indegradabilità, ossia quello della corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e forma giuridica del diritto soggettivo, in assenza di potere pubblico. Nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali "la forma garantistica del diritto soggettivo risponde nella sua logica ad una ideologia individualistica che mal si concilia con gli ideali propri di una società pluralista ed in particolare con quelli della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà"<sup>130</sup>; se fosse vero, infatti, che "esistono diritti inviolabili della persona tutelabili ad oltranza (...) in favore di ciascuno, non si verrebbe mai a capo di nulla, poiché ognuno pretenderebbe di veder tutelato in assoluto il proprio diritto inviolabile (...). La regola della solidarietà, già nello Stato liberale, aveva risolto questo conflitto mediante il procedimento

---

<sup>126</sup> Sulla esigenza di relativizzazione cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 379; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14 ss.

<sup>127</sup> Su tali profili cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14 ss.

<sup>128</sup> Come rilevato da V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, cit., 596.

<sup>129</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 15.

<sup>130</sup> V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, cit., 594.

amministrativo e la discrezionalità amministrativa, quali strumenti volti appunto a contemperare le situazioni soggettive in principio fra loro incompatibili”<sup>131</sup>.

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

Tale punto di equilibrio si fonda proprio sull’assunto, sotto il profilo del rapporto tra Costituzione statica e Costituzione dinamica, secondo il quale un diritto fondamentale può avere la consistenza giuridica del diritto soggettivo così come quella dell’interesse legittimo, essendo così riconducibile sia nell’alveo della giurisdizione ordinaria sia nell’alveo della giurisdizione amministrativa, *senza alcuna riserva naturale di giurisdizione*. Più coerentemente può dirsi che nell’ordinamento costituzionale italiano un diritto inviolabile assume frequentemente la consistenza e la forma di un interesse legittimo<sup>132</sup>, quale dimensione che presuppone l’esistenza dell’attribuzione di un potere pubblico, qualunque esso sia, sorto ed organizzato per bilanciare, contemperare l’interesse sotteso ad un bene della vita, pur di rango costituzionale<sup>133</sup>, con gli interessi pubblici e gli altri interessi privati, potenzialmente di rango costituzionale. L’interesse legittimo, quale sintesi tra interesse pubblico e privato<sup>134</sup>, diviene così la regola della Costituzione dei diritti, ossia la dimensione paradossalmente naturale di un diritto fondamentale nella forma di Stato italiana, posto che soltanto rispetto ai valori della *relatività costituzionale*<sup>135</sup>, di cui il potere si fa portatore, è possibile comprendere il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, al di fuori della solitudine e dell’astrattezza di esso<sup>136</sup>. La teoria dell’indegradabilità, al contrario, finisce per oscurare proprio quella che è “la condizione normale (e costituzionale) di emersione dei diritti cioè il bilanciamento”<sup>137</sup>, posto che l’interesse legittimo, “più che una figura degradata, o meglio il risultato di una degradazione o di un affievolimento”, mostra di sé “un’immagine più complessa e forse più aderente alla realtà del bilanciamento costituzionale, nel quale tutti i diritti sono in qualche modo relativizzati, perché si confrontano e si scontrano, si definiscono e si rimodellano in rapporto alla pressione degli altri interessi”<sup>138</sup>. In altre parole la teoria dell’indegradabilità si basa sull’erroneo presupposto che nella Costituzione dinamica non vi siano meccanismi di contemperamento degli interessi<sup>139</sup> e non operi una virtuosa “gerarchia mobile” di valori<sup>140</sup>, alla luce della quale ciò che

---

<sup>131</sup> V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1321. Appare inoltre efficace quanto scrive F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta?*, in *Gius. Civ.*, 1980, 368: “è ben vero quello che si dice nella sentenza, secondo cui in ogni ordinamento taluni valori sono preminenti. Solo che, nella specie, tra l’interesse dell’inquilino di una casetta ad evitare quel certo tipo di lavori di bonifica e quello di un’intera comunità interessata alle opere di disinquinamento del golfo di Napoli, parrebbero prevalenti i valori espressi dalla p.a. chiamata a realizzare le opere di bonifica per la tutela della salute di tutti”.

<sup>132</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 8, mette in evidenza come l’interesse legittimo possa essere la manifestazione di un diritto fondamentale. In senso analogo cfr. G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, nota n. 39.

<sup>133</sup> Cfr. A. D’ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell’interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., 567.

<sup>134</sup> Così P.L. PORTALURI, *Interessi e formanti giurisprudenziali anti-Ranelletti*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, 2008, 158.

<sup>135</sup> In questo senso sia consentito dissentire dall’autorevole opinione di P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 144, secondo cui “rimane comunque il fatto” che la qualificazione dei diritti inviolabili in termini di interesse illegittimo “costituisce un’eccezione rispetto alla regola che vuole i diritti inviolabili assumere la consistenza del diritto soggettivo”.

<sup>136</sup> Cfr. M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it),

<sup>137</sup> Cfr. A. D’ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell’interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., 563.

<sup>138</sup> Cfr. A. D’ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell’interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., 578.

<sup>139</sup> Cfr. Tar Sicilia, Palermo, 25.9.2009 n. 1526.

conta è la libertà dell'individuo non come "monade" ma "nella società in cui vive e quindi in un contesto di solidarietà e di uguaglianza"<sup>141</sup>.

Peraltro la portata dell'interesse legittimo, quale categoria propria della Costituzione dei diritti, può desumersi *a contrario* e paradossalmente da una maturazione e da una dilatazione dell'idea liberale di Costituzione, come limitazione del potere pubblico. Per quanto una Costituzione nasca per limitare il potere, separandolo, la Costituzione stessa attribuisce al potere pubblico, pur limitato, la funzione di attuazione e conformazione costituzionale del nucleo essenziale dei diritti costituzionali; il potere come condizione necessaria dei diritti costituzionali, come elemento essenziale di essi.

Il potere pubblico per questa ragione deve rimanere *potere* anche innanzi ai diritti inviolabili, per i quali tuttavia deve porsi a presidio, come visto, la triplice garanzia costituzionale della necessaria attribuzione di esso, del rango legislativo della fonte di attribuzione e della sua sindacabilità giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, quale giudice dei poteri e, nell'ottica qui indagata, anche dei diritti inviolabili. La natura dei diritti costituzionali non opera così, come nella storia dello Stato legislativo parlamentare ottocentesco, quale mero limite negativo al potere amministrativo (-esecutivo), con il quale vive in intima connessione ai fini della sua stessa attuazione, ma agisce *ex ante* quale limite al potere legislativo e ancor prima al potere di revisione costituzionale; non può negarsi quindi come i diritti inviolabili non possano neutralizzare, degradare ed inibire in nessun caso il potere pubblico, posto che esso nasce, in via attributiva, proprio per attuare il catalogo dei diritti costituzionali<sup>142</sup>.

Risulta così evidente, anche sotto questo ulteriore profilo, relativo al rapporto tra diritti inviolabili e potere amministrativo, analogamente a quanto teorizzato in merito al rapporto tra diritti inviolabili e potere politico, come occorra rifuggire da un "costituzionalismo irenico", quello dei diritti celebrati, per valorizzare un "costituzionalismo polemico che si misuri con il potere"<sup>143</sup>, presupponendolo tuttavia come architrave del sistema costituzionale.

In questa logica l'*invulnerabilità*, spogliata della sua mistificazione ideologica e culturale, assume la propria funzione costituzionale (oltre che come limite alla revisione costituzionale<sup>144</sup>) in seno al controllo di costituzionalità delle leggi<sup>145</sup>, ossia in seno al controllo di legittimità costituzionale

---

<sup>140</sup> Di gerarchia mobile parla Cass., sez. lav., 5.8.2010 n. 18297, secondo cui "Nelle controversie in cui configura una contrapposizione tra due diritti, aventi ciascuno di essi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il c.d. *criterio di gerarchia mobile*, dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico *thema decidendum* alla individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di una equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico. Ne consegue che il richiamo ad opera di una parte processuale al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla privacy - cui il legislatore assicura in ogni sede adeguati strumenti di garanzia - non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost., comma 2), non può incontrare nel suo esercizio ostacoli ed impedimenti nell'accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile *vulnus* alla sua onorabilità e, talvolta anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro".

<sup>141</sup> Così V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., 577.

<sup>142</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., secondo cui "il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi, ma i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi. Senza una fondazione giuridica (contrattualistica) non c'è potere legittimo, ma senza potere legittimo non c'è sicurezza dei diritti (in particolare, del diritto di proprietà)".

<sup>143</sup> Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1646.

<sup>144</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 53 il quale precisa in ogni caso che l'irrivocabilità costituzionale attiene al nucleo essenziale dei diritti, potendo essere assoggetta a revisione le "modalità dell'esercizio dei diritti".

<sup>145</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 1, mette in evidenza come nella logica liberale i diritti della persona fossero concepiti come una "difesa dell'individuo unicamente contro le interferenze illegittime dell'Esecutivo, e non già contro le interferenze del Legislatore (sia ordinario che costituzionale): una tradizione che supponeva, pertanto, la preesistenza o l'antiorità logica dello Stato, quanto meno sotto forma di Stato-legislatore, rispetto ai diritti

delle scelte operata dal legislatore nella definizione dei presupposti e dei limiti del potere pubblico, ovvero dei presupposti del potere di bilanciamento nel procedimento amministrativo, rispetto al nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sia che questo sia fatto valere in via parametrica dal giudice *a quo* nella logica incidentale sia che sia fatto valere dallo Stato nella impugnazione in via principale di una legge regionale<sup>146</sup>.

Tuttavia deve precisarsi come il legislatore non possa in alcun modo definire una volta per tutte il bilanciamento degli interessi, dovendo se mai congegnare proporzionalmente i presupposti e le modalità di esercizio del potere di bilanciamento, la cui concreta ed effettiva operatività è rimessa all'Amministrazione<sup>147</sup>, non più nemico naturale ma sempre più, in un ordinamento complesso, potenziale garante dei diritti fondamentali e della loro attuazione<sup>148</sup>, proprio alla luce di un'inevitabile "incompletezza"<sup>149</sup> della dimensione dei diritti costituzionali enunciati in astratto e staticamente "senza potere".

### 7. Il "giusto processo" come condizione costituzionale del riparto della giurisdizione dei diritti inviolabili

Alla debolezza della teoria dell'indegradabilità dei diritti inviolabili, sotto il versante della consistenza costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive e del rapporto con il *potere*, deve aggiungersi anche il progressivo esaurimento delle *ragioni della diffidenza* (ma non sempre, in realtà, della *diffidenza*) nei confronti della giustizia amministrativa, ossia l'esaurimento delle ragioni che hanno storicamente alimentato il bisogno di giurisdizione ordinaria dei diritti costituzionali.

Evidentemente se ci si pone nella prospettiva bobbiana secondo la quale il problema vero di un ordinamento giuridico non è quello di fondare i diritti costituzionali ma quello di proteggerli allora la trama concettuale del rapporto tra potere pubblico e diritti inviolabili si sposta sul versante della *effettività* giurisdizionale; "ciò che conta è la loro effettività"<sup>150</sup>, visto che tale valore assume il rango di principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale<sup>151</sup>.

Non può negarsi come in origine la principale ragione che aveva indotto a teorizzare il mito dell'indegradabilità dei diritti inviolabili risiedeva nella preclusione, in seno al processo amministrativo, all'esperibilità dell'azione risarcitoria per lesione degli interessi legittimi, quindi in un problema di *ineffettività*<sup>152</sup>. Tale carenza aveva fatto sorgere l'esigenza di porre una sorta di

---

fondamentali del cittadino" e come successivamente il costituzionalismo moderno abbia spostato la dimensione dell'invulnerabilità sul versante del legislatore (ordinario e costituzionale).

<sup>146</sup> Evidentemente il sindacato incidentale della Corte costituzionale, che presuppone l'esistenza del potere pubblico, ossia la predeterminazione normativa di essa, trova la propria naturale sede di attivazione proprio nel processo amministrativo, ossia nel processo naturalmente preordinato a tale sindacato, e il suo portiere nel giudice di quel processo.

<sup>147</sup> Su tale profilo cfr. D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 78.

<sup>148</sup> Si pensi, ad esempio, al ruolo dell'Amministrazione pubblica nei procedimenti amministrativi di accesso ai documenti contenenti dati personali e personalissimi di soggetti terzi controinteressati e alla quotidiana funzione di bilanciamento costituzionale da essa esercitata. In questo senso sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Diritto di accesso vs. diritto di privacy: P.A. e casi di bilanciamento costituzionale*, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI, (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, 83-97.

<sup>149</sup> Di incompletezza costituzionale parla V. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 1, richiamando una decisione del giudice amministrativo tedesco (Urteil des BverwGE, 24.12.1954 BverwG, 1, 303).

<sup>150</sup> Come sottolinea M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, cit., 1. In questo senso anche U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 431.

<sup>151</sup> Corte cost. n. 190/1985.

<sup>152</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 3.

argine alla devoluzione dei diritti fondamentali (nella forma giuridica degli interessi legittimi) nell'ambito di una giurisdizione debole.

Tuttavia questo limite processuale è stato superato da tempo<sup>153</sup>, essendo caduto il pericoloso dogma dell'irrisarcibilità<sup>154</sup>. Pertanto sembra essersi dissolta anche la principale fonte di paura e diffidenza giurisidionale, così che la teorizzazione dell'indegradabilità è rimasta ideologicamente nuda ed incomprensibile<sup>155</sup>, per quanto la "voglia di giurisdizione" del giudice amministrativo non debba risolversi in un'abdicazione fattuale della giustizia risarcitoria<sup>156</sup> attraverso una riemersione di forme di pregiudizialità mascherata o surrettizia<sup>157</sup>, veicolata a mezzo di un'interpretazione dell'art. 30, 3° comma, c.p.a., che riconosce rilevanza nel merito al comportamento processuale del ricorrente e alle sue negligenze, in distonia con il sistema costituzionale e con il diritto ad un giudice.

Peraltro l'esaurimento delle ragioni della diffidenza e del pregiudizio relativo alla inidoneità del sistema di giustizia amministrativa a tutelare i diritti costituzionali è andato ben al di là della problematica risarcitoria, essendo emersa una progressiva e generale spinta sistemica verso l'equiparazione funzionale delle giurisdizioni, proprio sotto il profilo della effettività, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU sviluppatasi intorno al binomio processo amministrativo statale – art. 6 CEDU<sup>158</sup>.

La stessa Corte costituzionale, nella ricomposizione del quadro del riparto, affermando che la giurisdizione non possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento dei danni patiti, ha fondato tale assunto sul presupposto che il giudizio amministrativo assicura "la tutela di ogni diritto" non soltanto per effetto dell'esigenza connessa al principio di concentrazione giurisidionale, desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., ma anche perché "quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa"<sup>159</sup>; la pluralità dei giudici ordinari e speciali non può mai risolversi, infatti, in "una minore effettività o addirittura in una vanificazione della tutela giurisidionale"<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> A partire dalla storica Cass., S.U., 22.7.1999 n. 500.

<sup>154</sup> Sulla problematica specifica della risarcibilità dei diritti inviolabili cfr. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

<sup>155</sup> Una conferma di tale assunto può desumersi da Ad. Pl., 22.10.2007 n. 12, secondo cui "Il dibattito, in proposito, è continuo e basti segnalare, di recente, la distinzione proposta dalla Corte di Cassazione (Sez. un. 1 agosto 2006, n. 17461) che rivendica la giurisdizione del giudice ordinario in ogni caso quando si sia in presenza di 'posizioni soggettive a nucleo rigido' (es. in tema di salute e di ambiente) che, a differenza di quelle 'a nucleo variabile', sarebbero assolutamente incompressibili. Siffatta tesi, espressamente contraddetta dalla Corte Costituzionale (sent. 27 aprile 2007, n. 140), reca in sé il corollario della inesistenza del provvedimento amministrativo che, pur emesso in applicazione di legge, siffatti incompressibili diritti in concreto incidesse. Corollario che sembra meritare attenti approfondimenti nel punto in cui pare prescindere e dalle attribuzioni esclusive della Corte Costituzionale in tema di verifica della costituzionalità delle leggi e dalle attribuzioni del giudice amministrativo in tema di provvedimenti che conformemente a legge incidono su situazioni soggettive degradandole, come si è soliti ripetere, ad interesse legittimo. Riconosciuta a quest'ultimo giudice, com'è doveroso per chiunque, 'piena dignità di giudice' e tenuto conto della compiuta effettività della sua tutela, organizzata positivamente come efficace e sollecita, non si vede la ragione perché le regole di discriminazione della giurisdizione debbano essere, a fronte dei diritti c.d. 'a nucleo rigido', di categoria, cioè, suscettibile di estensione ben oltre i casi esemplificati, né si comprende la sottesa, asserita pretesa di una minore incisività della giurisdizione amministrativa".

<sup>156</sup> In questi termini puntualmente F. CARINGELLA, *Voglia di giurisdizione*, cit., 6.

<sup>157</sup> G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 994, il quale mette in evidenza, come si assista ad un passaggio dalla pregiudizialità di rito alla pregiudizialità di merito.

<sup>158</sup> Cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, *passim*.

<sup>159</sup> Corte cost. n. 140/2007.

<sup>160</sup> Corte cost. n. 77/2007. A tal proposito C.E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari*, cit., afferma che esiste "un principio fondamentale dell'ordinamento il quale riconosce, bensì l'esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia". La suddetta pronuncia è valorizzata anche da F. BILE, *La Costituzione ha 60 anni: la giurisdizione nel quadro costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), il quale afferma che "una disciplina, potenzialmente

Tale assimilazione funzionale delle giurisdizioni ha un proprio solido fondamento costituzionale, relativo alla natura medesima delle situazioni giuridiche soggettive; risulta evidente, infatti, come dal contenuto dell'art. 24 Cost. possa desumersi un generale principio di *parità valoriale* tra diritti soggettivi ed interessi legittimi<sup>161</sup> (analogo alla parità valoriale e "morale" tra i coniugi affermata dall'art. 29, 2° comma, Cost.) e con essa un bisogno sistemico di un analogo *standard* di tutela, apprezzabile sotto il profilo della consistenza degli strumenti processuali, così da dover essere negata la configurabilità costituzionale di giudici riservatari di diritti e monopolisti di tecniche<sup>162</sup>, qualunque esse siano ed indipendentemente dalla natura della giurisdizione, sia essa ordinaria, amministrativa di legittimità o amministrativa esclusiva.

Già Nigro alla fine degli anni '80, rispondendo al provocatorio interrogativo "ma che cosa è questo interesse legittimo?", affermava in modo schietto ed efficace che "le situazioni di interesse legittimo possono assicurare la tutela a cui giustamente si aspira. *Esse non hanno nulla che le condanni a garantire una protezione di serie B*. Strutturalmente e funzionalmente l'interesse legittimo non determina inidoneità o incapacità istituzionali"<sup>163</sup>.

Pertanto nella prospettiva dell'equivalenza valoriale delle situazioni giuridiche soggettive, e del corollario dell'analogo effettività di tutela giurisdizionale<sup>164</sup>, quale natura identitaria anche del "giusto processo" amministrativo, non appare soltanto suggestiva e provocatoria ma costituzionalmente coerente l'idea che nell'ordinamento vi siano *due giudici generali*, il giudice ordinario e quello amministrativo, ossia i giudici che tutelano le situazioni giuridiche affermate dall'art. 24 Cost., ed *altri* giudici, solo questi realmente speciali<sup>165</sup>.

Certamente il passaggio decisivo verso il consolidarsi dell'effettività della tutela giurisdizionale in seno al processo amministrativo ed ancor prima verso l'affidabilità culturale della giurisdizione amministrativa a maneggiare diritti costituzionali è stato rappresentato dalla recente codificazione (Dlgs. n. 104/2010 All. A), oltre che dall'esplicita affermazione in essa, che tale processo "attuа i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione"<sup>166</sup> (art. 2, 1° comma, c.p.a.), per quanto tale principio, anche nei

---

lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, che riconosce bensì l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni (ordinaria e speciali) ma al fine di assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, non già con il rischio di compromettere la possibilità stessa che a tale domanda sia data risposta". Peraltro la stessa Corte costituzionale (Corte cost. n. 15/1964), già all'inizio degli anni '60, aveva affermato che "il chiaro dettato dell'art. 113 citato non si può dubitare che l'ordinamento giuridico consenta che alcun diritto o interesse legittimo possa restare privo di tutela giudiziaria garantita dalla Costituzione".

<sup>161</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, cit., 3, secondo cui "il testo costituzionale contempla principi innovativi dell'antico sistema (...). Anzitutto in quello che possiamo denominare il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, principio che emerge dall'art. 24, laddove la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, come tutela piena, capace di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento; e nell'art. 113, 2° co., laddove si stabilisce che questa tutela non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione, secondo quanto, viceversa, veniva praticato nell'antecedente legislazione".

<sup>162</sup> Cfr. A. PAJNO, *Per una lettura unificante delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Astrid-Rassegna*, 2006, 6. Sotto il profilo soggettivo, sulla piena dignità del giudice amministrativo nel sistema costituzionale cfr. G. ABBAMONTE, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 335.

<sup>163</sup> Così M. NIGRO, *Ma che cosa è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, I, 481, il quale afferma anche "(...) a patto che il giudice amministrativo si liberi totalmente del complesso della necessaria considerazione dell'interesse pubblico considerato in astratto e in generale, acquisti consapevolezza del nuovo modo di essere, dialettico e partecipato, della potestà amministrativa, e riesca a creare nel processo equilibrio tra pretese del ricorrente (o in genere delle parti private) e pretese dell'amministrazione che costituisce la rappresentazione esistente sul terreno sostanziale".

<sup>164</sup> Cfr. in senso analogo D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, cit., 4, secondo cui la parificazione dei livelli di tutela è divenuta "l'obiettivo cui improntare l'intero sistema, ma nel contesto differenziato del riparto di giurisdizione amministrativa ed ordinaria".

<sup>165</sup> G. BERTI, *Art. 113 (e 103, 1° e 2° c.)*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 113.

<sup>166</sup> Per una forte valorizzazione delle scelte codicistiche cfr. L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 1 ss.

rapporti tra Amministrazione e cittadino, potesse desumersi in via interpretativa dallo stesso quadro costituzionale, posto che il “ricco coacervo di norme costituzionali” (artt. 24, 97, 103 e 113 Cost.) “tende ad uno scopo fondamentale: quello di assicurare alle parti la parità delle armi e quindi la parità (anche) dei risultati astrattamente conseguibili nei processi di ogni tipo (...). Parità che parte dall’azionabilità della pretesa e giunge allo svolgimento di un processo leale, cioè poggiante su di un costante contraddittorio tra le parti viste in condizioni di parità, pubbliche o private che siano. Il diritto di azione (...) sembra fare da suggello ai diritti fondamentali in quanto destinato a dare concretezza alla tutela della libertà. Sotto questo aspetto la tutela giudiziaria viene vista come una funzione strumentale, al fine di realizzare diritti ed interessi di qualunque natura”<sup>167</sup>.

Abbiamo assistito negli ultimi anni ad un complesso dibattito che ha portato alla razionale positivizzazione dei principi e delle regole sviluppatasi soprattutto in tema di parità delle armi processuali<sup>168</sup>, di ragionevole durata (art. 111 Cost.), di garanzia della precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.)<sup>169</sup> e della imparzialità del giudice, anche sotto il profilo della fissazione delle regole dell’astensione e della ricusazione<sup>170</sup>. Tale processo di sistematizzazione ha palesato una sorta di attuazione costituzionale del processo amministrativo sotto il suo profilo *oggettivo*, relativo alle regole interne ad esso (anche se in alcuni casi riguardanti il giudice nel processo).

Tuttavia non si può tacere un’ulteriore problematica irrisolta, che rischia di alimentare o di mantenere in vita l’originaria diffidenza verso l’idoneità della giustizia amministrativa a tutelare i diritti inviolabili e con essa la teoria della indegradabilità di essi, con ricadute sul riparto di giurisdizione. Appare singolare, infatti, come non si sia sviluppata nel nostro ordinamento, fatta eccezione per qualche autorevole contributo scientifico, un’analoga e parallela riflessione istituzionale sui profili costituzionali *soggettivi*, ovvero sullo *status* del giudice amministrativo, al di fuori del processo (*rectius*, prima del processo). In altre parole può dirsi come si sia assistito ad un tentativo di attuazione costituzionale del *giudizio* amministrativo in carenza di una ristrutturazione del *giudice* amministrativo.

Il mancato coordinamento della riforma del codice del processo amministrativo con una complessiva riforma dell’ordinamento giudiziario amministrativo rischia, infatti, di depotenziare *in nuce* l’attuazione costituzionale del giudizio ed ancor prima di lasciare su di essa un dubbio di *apparenza* di effettività.

In questa logica non crediamo che la specialità storica del nostro sistema di tutela dei cittadini dinanzi ai pubblici poteri (art. 103, 113 Cost.) abbia bisogno di una riforma costituzionale nel senso dell’unità della giurisdizione<sup>171</sup>, la cui portata rivoluzionaria rischierebbe di vanificare in via

<sup>167</sup> P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 287.

<sup>168</sup> Cfr. G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in G. SCOCA (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 146 ss.; M. MENGOSI, *Giusto processo e processo amministrativo, profili costituzionali*, Milano, 2009; F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, cit., 4 ss.; F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 1 ss.

<sup>169</sup> Sai consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Tutela cautelare e competenza nel “nuovo” processo amministrativo: l’attuazione costituzionale del principio del giudice naturale*, in AA.VV. (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali, Il ruolo delle giurisprudenze nell’evoluzione degli ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2010, 409 ss.

<sup>170</sup> Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Profili costituzionali dell’astensione e della ricusazione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2013, 635 ss.

<sup>171</sup> Per tutti sulla problematica si veda l’opera di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di Diritto*, cit., *passim*, nonché la lettura che di essa hanno dato i Suoi amici e colleghi ricordando l’Autore; tali contributi sono pubblicati nella Rivista *Diritto pubblico*, 2006. Cfr. M. CAMMELLI, *Ricordo di Andrea*, 1 ss.; D. SORACE, *L’epistemologia del diritto pubblico e del diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, 9 ss.; G. SILVESTRI, *Un libro che fa ‘respirare’*, 61 ss.; F.G. SCOCA, *Un pensatore generoso*, 69 ss.; G. AZZARITI, *Interpretazione sistemica della Costituzione, riparto delle giurisdizioni e vocazione espansiva dell’art. 102 Cost.*, 75 ss.; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, 91 ss.; G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, 111 ss. Sulla diversa tesi della modifica costituzionale dell’art. 111 Cost., nel senso della introduzione del ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per violazione dei diritti soggettivi nell’ambito della giurisdizione esclusiva, cfr. A. PROTO PISANI, *Riparto di giurisdizione per blocchi di materia, funzione nomofilattica della Corte di cassazione e unicità della giurisdizione*, in Atti del Convegno tenutosi presso il CSM il 21-23 gennaio 2002.

definitiva o comunque di diluire la utilità e la virtuosa qualità dello strumentario giuridico-istituzionale del giudice amministrativo; “il recupero dell’idea dell’unità della giurisdizione, se intesa in senso ordinamentale e non funzionale, è oggi un esercizio intellettuale antistorico”<sup>172</sup>.

La soluzione che appare un ragionevole bilanciamento tra conservazione della qualità tecnica della giurisdizione e piena effettività giurisdizionale (anche sotto il profilo soggettivo) sembra essere quella di un’unificazione delle garanzie aderenti allo *status* del giudice amministrativo<sup>173</sup>.

#### 8. *Il riparto di giurisdizione dei diritti costituzionali innanzi alle pressioni della dimensione sovranazionale.*

Una conferma ulteriore dell’inconsistenza del mito dell’indegradabilità dei diritti (*rectius*, dell’assolutizzazione della natura inviolabile dei diritti), della tenuta costituzionale dell’interesse legittimo e della centralità dell’effettività della tutela giurisdizionale, al di là della forma delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, può desumersi anche al di fuori dell’ordinamento statale, indagando le dinamiche sostanziali e processuali sia dell’ordinamento comunitario dei diritti sia del sistema di tutela CEDU, pur tenendo ferma la diversità genetica delle due dimensioni e quindi la diversa operatività di esse quali limiti veicolati attraverso l’art. 117, 1° comma, Cost.: rispettivamente “vincoli comunitari” e “obblighi internazionali”.

In via approssimativa potrebbe ipotizzarsi un’incompatibilità strutturale e sistemica della categoria costituzionale dell’interesse legittimo, peculiarità della storia giuridica italiana, con l’ordinamento comunitario così come con quello CEDU, posto che entrambi riconoscono e tutelano esclusivamente *diritti*.

Più specificatamente, quanto al sistema CEDU, non può negarsi come un certo bene della vita coperto da un diritto del catalogo convenzionale possa aver già assunto nei processi statali celebrati la diversa consistenza di interesse legittimo, facendo sorgere qualche dubbio sulla conformità dello stesso sistema statale con quello sovranazionale e magari una qualche tentazione adeguatrice di revisione costituzionale, nel senso della unità della giurisdizione interna, avente ad oggetto esclusivamente diritti; analogamente rispetto al sistema comunitario, caratterizzato da una sorta di semplificazione e concentrazione delle situazioni giuridiche soggettive, riconosciute indistintamente come diritti<sup>174</sup>, la qualificabilità in concreto, nel singolo giudizio statale, di una certa situazione come interesse legittimo potrebbe generare tentazioni di diffusa disapplicazione delle norme statali (anche costituzionali) fondanti lo stesso interesse legittimo dedotto in giudizio, con esiti imprevedibili per il processo statale e per la giurisdizione.

In altre parole un’antinomia tra una situazione giuridica statale (l’interesse legittimo) e i diritti dell’uomo, da una parte, e i diritti soggettivi comunitari, dall’altra<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Così R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, cit., 9.

<sup>173</sup> Cfr. A. D’ALOIA, *L’autogoverno delle magistrature “non ordinarie” nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996, 172 ss.

<sup>174</sup> Cfr. sulla problematica generale delle situazioni giuridiche comunitarie E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, Torino, 2004, 105 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 499 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Padova, 1999, 3 ss.; P. BILANCIA, *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1992, *passim*. Cfr. anche G. PEPE, *Principi generali dell’ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, 226, secondo cui “in ambito comunitario, tuttavia, è sconosciuta la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, in quanto ad essere utilizzata è la generica espressione ‘diritti’, quale contenitore di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva attiva e di vantaggio”, per quanto P. BIAVATI, *Diritto processuale dell’Unione europea*, Milano, 2005, 15, rilevi come l’ordinamento comunitario conosca un istituto analogo all’interesse legittimo, ovvero quello della situazione giuridica “ad utilità condizionata”.

<sup>175</sup> Deve in ogni caso precisarsi come la suddetta antinomia si consumi, quanto al sistema CEDU, ai limitati fini *esterni*, nel momento di proposizione di un ricorso subsidiario rispetto ai mezzi giurisdizionali statali esauriti; quanto al sistema comunitario, in relazione, per quello che rileva ai nostri fini, a quelle situazioni giuridiche assimilabili per matrice a

Tuttavia tali antinomie sono soltanto *apparenti* (anch'esse, come quella tra potere pubblico e diritti costituzionali) e comunque prive di esigenze di rimedio. In realtà i diritti convenzionali e quelli comunitari non determinano ed impongono alcuno stravolgimento del sistema giurisdizionale statale e con esso della logica binaria (diritto soggettivo - interesse legittimo).

Non vi è alcuna criticità nella discrasia tra l'oggetto del processo amministrativo statale (interesse legittimo) e quello successivo del processo innanzi alla Corte EDU (diritto dell'uomo). Tale non coincidenza è presupposta ed ammessa dal sistema sovranazionale, rispettoso dell'organizzazione costituzionale della giurisdizione statale. La situazione giuridica dedotta dal ricorrente nell'ordinamento statale *parte* interesse legittimo ed *arriva* diritto nel sistema sovranazionale; la situazione giuridica lesa, qualificabile nell'autonomia della dimensione statale come interesse legittimo, assume la diversa *consistenza* del diritto dell'uomo in sede sovranazionale, palesando semplicemente come un sistema di protezione dei diritti (sia esso costituzionale o convenzionale) possa ammettere la configurabilità dell'interesse legittimo e la sua compatibilità con la nozione sostanziale di diritto riconosciuta dalla Carta di riferimento (Costituzione o Convenzione) non soltanto nel processo che tale situazione giuridica deve tutelare, come nell'ordinamento statale, secondo le logiche indagate sin qui, ma anche nel processo preteso presupposto rispetto al quale quello sovranazionale è sussidiario, come per il giudizio innanzi alla Corte EDU. Anche in questa logica l'interesse legittimo, come nell'ordinamento costituzionale statale, svela una *forma* dei diritti in astratto, quelli enunciati dalla CEDU. L'antinomia apparente tra il catalogo dei diritti della CEDU e la consistenza statale in termini di interesse legittimo della medesima situazione giuridica costituisce una conferma ulteriore dell'irrelevanza della *forma* giuridica dei diritti e della necessità di verificare nella sostanza il grado di *effettività* di tutela (interna) di un sistema.

La stessa Corte EDU ha affermato, proprio ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU (c.d. diritto ad un giudice), il quale parla di "diritti civili", come una situazione giuridica qualificata come interesse legittimo nell'ordinamento statale possa essere ricondotta nell'alveo della suddetta disposizione e quindi della nozione lata di "diritti civili" della Carta<sup>176</sup>. La giurisprudenza europea ha generato, infatti, una dilatazione della matrice meramente *civilistica* della nozione di "diritti", contenuta nella suddetta disposizione, superando la distinzione italiana tra diritti soggettivi ed interessi legittimi<sup>177</sup> (e spostando così l'attenzione sugli *standards* di protezione), attraverso una valorizzazione sostanziale della patrimonialità delle situazioni giuridiche soggettive nonché dell'interesse del titolare ad un bene della vita e quindi dell'interesse ad un'utilità meritevole di tutela<sup>178</sup>, *al di là della forma* delle stesse situazioni giuridiche. Tale dilatazione, pur operata in relazione all'ambito di applicazione di una singola disposizione della Convenzione (art. 6 CEDU), riassume in modo chiaro il modello generale del rapporto tra la categoria statale dell'interesse legittimo ed i diritti riconosciuti e tutelati della CEDU, caratterizzato da una compatibilità dinamica, apprezzabile nella continuità processuale tra il giudizio statale, avente ad oggetto interessi legittimi, ed il giudizio EDU, avente ad oggetto diritti, per quanto aderenti al medesimo bene della vita sotteso all'interesse legittimo e violato dall'Amministrazione statale.

Le perplessità emerse nella giurisprudenza europea rispetto alla figura dell'interesse legittimo sono sorte esclusivamente in relazione a talune specifiche carenze di *effettività* del processo amministrativo statale<sup>179</sup>; in ogni caso anche tali perplessità presupponevano il riconoscimento di

---

quelle fondamentali della Costituzione italiana, nel momento *interno* di attivazione del giudizio innanzi al giudice statale, davanti al quale le situazioni giuridiche comunitarie devono essere fatte valere.

<sup>176</sup> Cfr. Corte EDU n. 33804/2000. Su questa pronuncia cfr. D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001, 1335 ss.; M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, 2001, 144 ss.

<sup>177</sup> Cfr. S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. pubbl. com. europeo*, 2001, 312 ss. Per un'analisi giurisprudenziale relativa all'art. 6 CEDU cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 227 ss.

<sup>178</sup> Cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 227 ss., 413 ss.

<sup>179</sup> Cfr., ad esempio, Corte EDU n. 24638/1994; Corte EDU n. 31524/1996.

un'inattaccabile autonomia processuale degli Stati e quindi il rispetto del criterio costituzionale del riparto giurisdizionale.

Alla luce di quanto detto appare del tutto erroneo quindi quell'indirizzo giurisprudenziale statale secondo il quale l'evocazione dei diritti CEDU nel processo statale (analogamente a quella dei diritti costituzionali) determinerebbe, alla luce di un'applicazione diretta di essi, un'automata devoluzione della causa alla giurisdizione ordinaria, posta la natura incompressibile di tali diritti<sup>180</sup>. Anche l'indegradabilità dei diritti CEDU rimane quindi un mito inutile, ignaro della dimensione costituzionale dell'interesse legittimo statale, il quale può costituire la forma giuridica non soltanto dei diritti costituzionali ma anche di quelli convenzionali.

Analoga conclusione può essere articolata in merito ai diritti soggettivi comunitari.

Nell'ordinamento comunitario può rilevarsi la configurabilità (a) di situazioni giuridiche comunitarie in senso stretto, *rectius*, diritti soggettivi comunitari, ossia quelli che sorgono sulla base di una norma comunitaria<sup>181</sup> e che trovano tutela procedimentale e processuale anche nell'ordinamento statale; (b) di situazioni giuridiche a conformazione mista, ossia disciplinate in interazione concorrenziale sia da fonti comunitarie che da fonti statali, posta la vigenza concorrente di più livelli regolatori; nonché (c) di situazioni soggettive disciplinate da norme statali ma influenzate da principi del sistema comunitario (c.d. *spill over effect*)<sup>182</sup>.

Tuttavia la suddetta classificazione delle situazioni giuridiche comunitarie, per quanto sia sconosciuta alla dimensione europea la figura dell'interesse legittimo, risulta irrilevante ai fini della *qualificazione interna* di esse. Il processo ermeneutico di definizione di una situazione giuridica comunitaria, intendendo con tale espressione quelle situazioni giuridiche fondate o ancorate in qualche modo alle norme comunitarie, è riservato, infatti, alla dimensione statale, posto che la logica monolitica dei diritti comunitari non può alterare in alcun modo l'attività statale di qualificazione delle situazioni soggettive presupposta dal sistema costituzionale (art. 24, 103 Cost.) e con esso la resistenza dell'interesse legittimo; una situazione giuridica comunitaria che *parte* come diritto, perché enunciata come tale a livello europeo, può *arrivare* come interesse legittimo nel processo statale<sup>183</sup>, perché qualificata in concreto come tale nel rispetto del modello costituzionale del riparto di giurisdizione; in tale logica la discrasia tra il momento sovranazionale (situazione giuridica comunitaria) ed il successivo momento statale (interesse legittimo) si palesa invertita rispetto alla discrasia relativa al sistema CEDU, rispetto al quale, come detto, una situazione giuridica *parte* interesse legittimo nel processo amministrativo statale per *arrivare* nel momento sovranazionale come diritto dell'uomo.

---

<sup>180</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, 12.9.2009 n. 8650, secondo cui "Ove si deduca la violazione degli art. 32, comma 2, cost., 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 1 l. n. 180 del 1978 a opera dell'atto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, datato 16 dicembre 2008 e indirizzato ai presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, "rivolto a richiamare principi di carattere generale, al fine di garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale e di rendere omogenee le pratiche in campo sanitario con riferimento a profili essenziali come la nutrizione e l'alimentazione nei confronti delle persone in stato vegetativo persistente", va affermata la giurisdizione del g.o., versandosi in ipotesi di lesione di posizioni che attengono al diritto della dignità umana e di godere del migliore stato di salute possibile".

<sup>181</sup> Cfr. Corte gius., 5.2.1963, C-26/62, secondo cui "il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle Istituzioni comunitarie".

<sup>182</sup> Cfr. G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, cit., 218; P. BILANCIA, *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 57 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, cit., 499 ss.; R. CARANTA, *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 981 ss.; M.C. BARUFFI, *Sulla tutela dei "diritti soggettivi comunitari"*, in *Foro it.*, IV, 1995, 230 ss.

<sup>183</sup> Nulla esclude evidentemente che una situazione giuridica comunitaria possa assumere la consistenza statale di un diritto soggettivo. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, Cass., S.U., 4.2.2005 n. 2203, che riconosceva la giurisdizione ordinaria sulla domanda dei laureati in medicina specializzandi che avanzavano pretese risarcitorie per la mancata trasposizione di una direttiva dettagliata che riconosceva un diritto al pagamento di uno specifico trattamento economico.

Pertanto può dirsi come sia “l’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta”<sup>184</sup>; la stessa Corte di giustizia, negando che sia proprio compito operare all’interno degli Stati una individuazione delle situazioni giuridiche prodotte dal diritto comunitario come diritti soggettivi, ha affermato espressamente che spetta agli organi interni, secondo il modello costituzionale sulla giurisdizione, l’attività di qualificazione giuridica<sup>185</sup>. In una logica analoga la Corte di cassazione ha ribadito l’invalidità del limite consistente nell’autonomia processuale statale, nell’articolazione costituzionale del sistema giurisdizionale e sulla base di esso nella qualificazione (in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo) dei diritti comunitari: “non esclude posizioni di interesse legittimo e la loro tutela nella sede della giurisdizione generale di legittimità la diretta applicazione (...) della normativa CEE, essendo stato già, senza contrasti, stabilito che, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, *la posizione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) dedotta dal privato contro la pubblica amministrazione in forza di norme comunitarie, va individuata e qualificata con esclusivo riferimento ai criteri dell’ordinamento giuridico interno e in base al cosiddetto petitum sostanziale, nulla rilevando che l’ordinamento comunitario non contenga la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi*”<sup>186</sup>.

Non può negarsi però come la suddetta autonomia processuale degli Stati e con essa la presupposta discrasia tra il momento *sostanziale* di enunciazione comunitaria di una situazione giuridica (diritto soggettivo comunitario) ed il momento interno della tutela *processuale* (interesse legittimo) incontrino una sorta di contro-limite dell’ordinamento comunitario, consistente nel rispetto del principio di *equivalenza ed effettività*<sup>187</sup>. La qualificazione di una situazione giuridica comunitaria in termini di interesse legittimo è ammissibile, infatti, per l’ordinamento europeo, a patto che il sistema processuale statale garantisca piena tutela a tale forma giuridica, non soltanto negando in radice qualsiasi disparità di trattamento tra interessi legittimi comunitari ed interessi legittimi statali ma anche garantendo una tutela effettiva in sé degli interessi legittimi comunitari, analoga a quella dei diritti soggettivi statali e comunitari. In altre parole il riconoscimento della competenza statale nell’articolazione della giurisdizione e delle azioni è sottoposto ad una condizione sul *quomodo* della tutela delle situazioni giuridiche, secondo la quale le suddette modalità statali “non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale né, in alcun caso possono essere strutturate in modo da rendere praticamente impossibile l’esercizio dei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare”<sup>188</sup>; il potere di adattamento dello

<sup>184</sup> Cfr. Corte gius., 5.3.1980, C-265/78.

<sup>185</sup> Così Corte gius., 17.9.1997, C-54/96. In senso analogo cfr. Corte gius., 12.5.1998, C-367/96; Corte gius., 21.9.1999, C-120/97. In dottrina cfr. A. TIZZANO, *Diritto comunitario e tutela giurisdizionale nel diritto interno, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in AA.VV., *Attività amministrativa e tutela degli interessati, l’influenza del diritto comunitario*, in *Quad. Cons. St.*, Torino, 1997, secondo cui “quando la Corte afferma (...) che una certa disposizione del diritto comunitario ha efficacia diretta ed attribuisce al singolo dei diritti che il giudice nazionale è tenuto a salvaguardare, essa non intende dare al termine diritti una specifica e formale valenza che non sia genericamente quella di situazioni giuridiche soggettive. E dunque non intende né limitarsi ai diritti soggettivi né trasformare in diritti soggettivi tutte le situazioni giuridiche soggettive dei privati”. In questa stessa logica M. STIPO, *L’interesse legittimo nella prospettiva storica*, in *Studi per il centenario della Giustizia amministrativa (1903)* di Cino Vitta, Roma, 2006: “la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo può tranquillamente continuare a sopravvivere negli ordinamenti nazionali che espressamente la contemplano, per quanto l’ordinamento comunitario non la conosca”.

<sup>186</sup> Così Cass., S.U., 10.8.1996 n. 7410. Cfr. in senso analogo Cass., S.U., 14.3.1977 n. 1009; Cass., S.U., 18.6.1981 n. 3967; Cass., S.U., 27.7.1993 n. 8335.

<sup>187</sup> Sulla problematica generale cfr. R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l’influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006. Per una specifica applicazione del principio di equivalenza ed effettività come contro-limite comunitario sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *L’illegittimità comunitaria dell’atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3635 ss.

<sup>188</sup> Cfr. Corte gius., 5.3.1980, C-265/78. Cfr. *ex plurimis* Corte gius., 18.6.2002, C-92/00; Corte gius., 27.2.2003, C-327/00.

Stato nazionale “resta libero di qualificare la situazione giuridica soggettiva designando il giudice competente per la sua tutela: ma l’ordinamento comunitario esige che tale garanzia sia effettiva, analoga e non impossibile. E quindi evidente che in tali casi non è tanto la scelta del diritto sostanziale ad assicurare l’effettività ed analogia, bensì la concreta conformazione e gestione delle azioni e dei processi mediante i quali dette situazioni giuridiche soggettive debbono essere tutelate”<sup>189</sup>. Pertanto l’interesse legittimo non costituisce “in sé un ostacolo alla effettività della tutela. L’ostacolo si manifesta solo se e nella misura in cui l’interesse legittimo viene dotato di un livello di protezione processuale non appagante”<sup>190</sup>.

Alla luce di quanto detto in merito alla compatibilità tra interesse legittimo e diritti sovranazionali (comunitari o convenzionali) possono formularsi alcune ultime osservazioni, meramente confermativa di quanto argomentato nei precedenti paragrafi.

In primo luogo giova ribadire come dalla *compatibilità* tra l’enunciazione dei diritti sovranazionali e la categoria costituzionale dell’interesse legittimo possa desumersi un riscontro ulteriore relativo all’inconsistenza della teoria dell’indegradabilità dei diritti costituzionali statali, dovendo ritenersi sussistente, infatti, proprio alla luce della suddetta compatibilità un generale principio secondo il quale la categoria giuridica dei *diritti fondamentali ed inviolabili*, siano essi riconosciuti dalla Costituzione, dalla CEDU o dall’ordinamento comunitario, non nega l’assunzione, all’interno dell’ordinamento statale, della consistenza dell’interesse legittimo (art. 24 Cost.), quale forma costituzionale di essi, alternativa al diritto soggettivo. Pertanto risulta generalmente infondata la pretesa di corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e diritti soggettivi, con automatica devoluzione di essi alla giurisdizione ordinaria; la natura della situazione giuridica, anche quando caratterizzante la forma di Stato, non può alterare in alcun modo il criterio costituzionale di riparto della giurisdizione (art. 103 Cost.). In tale prospettiva risulta *relativizzata* la natura della inviolabilità assoluta di taluni diritti e ricondotta nella dimensione dinamica dell’organizzazione del potere pubblico e delle regole di sindacabilità di esso.

In secondo luogo anche dall’indagine relativa al rapporto tra la categoria dell’interesse legittimo statale e i diritti sovranazionali emerge chiaramente come il vero problema non sia quello della *forma* delle situazioni giuridiche ma quello della *pienezza* della tutela dell’interesse legittimo, sia essa apprezzabile in termini di *giusto processo* (art. 111 Cost.), quando gli interessi legittimi costituiscono la forma dei diritti costituzionali inviolabili, sia in termini di *diritto ad un giudice* (art. 6 CEDU), quando gli interessi legittimi partono come tali ed arrivano come diritti convenzionali dell’uomo, oppure in termini di *effettività ed equivalenza* della tutela, quando gli interessi legittimi arrivano come tali, partendo come diritti soggettivi comunitari.

In terzo luogo la resistenza del sistema giurisdizionale statale, fondato sulla bipartizione diritto soggettivo - interesse legittimo (art. 24, 103 Cost.), alle pressioni potenziali provenienti dall’ordinamento comunitario e dall’ordinamento CEDU, che conoscono e parlano esclusivamente di diritti, svela la natura della stessa categoria dell’interesse legittimo, elemento caratterizzante l’identità dell’ordinamento giuridico italiano, il quale “permette di conservare la formula dello Stato sociale”<sup>191</sup>. Da tale funzione essenziale emerge anche una conferma dell’idea secondo cui il problema vero non è quello della “qualificazione dei caratteri dell’atto giuridico ma della stessa situazione dinamica del potere amministrativo”<sup>192</sup>, ovvero una conferma della centralità del potere pubblico, della sua organizzazione e delle regole giurisdizionali di sindacabilità di esso, rispetto alle quali vive l’interesse legittimo, anche come forma concreta dei diritti fondamentali. In questa logica

---

<sup>189</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, cit., 161, il quale mette in evidenza inoltre come “sotto questo profilo soprattutto il giudice amministrativo è sottoposto ad un elevato stress giuridico dovendo contemperare gli obblighi comunitari con il rispetto della identità nazionale (di cui come già sopra affermato la categoria dell’interesse legittimo sembra essere parte integrante)”.

<sup>190</sup> S. TARULLO, *Giusto processo amministrativo, Studio sulla effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, cit., 123.

<sup>191</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, cit., 111.

<sup>192</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, cit., 118.

non esistono e non possono esistere diritti inviolabili enunciati in astratto (dalla Costituzione, dalla CEDU o da una disposizione comunitaria), ovvero “diritti, senza potere”, posto che fisiologicamente i diritti fondamentali ed inviolabili, per rimanere ancorati alla forma di Stato, necessitano dinamicamente di una funzionalizzazione e di una relativizzazione sistemica che soltanto il potere pubblico, attribuito da una norma legislativa ad un’Amministrazione preposta alla cura di tale diritti, può assicurare. Dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia europea emerge da tempo come i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute ma devono essere considerati in relazione alla loro funzione sociale con la conseguenza che ad essi possono essere apportate delle restrizioni veicolate dal potere pubblico, a patto che tali limitazioni siano proporzionalmente necessarie al soddisfacimento dell’interesse pubblico connesso<sup>193</sup>.

Ciò detto, fermo il difetto assoluto (interno) di competenza dei giudici statali nonché il difetto assoluto (esterno) di competenza della Corte EDU e della Corte di giustizia, quanto alla possibile modifica in via ermeneutica del modello giurisdizionale statale, oltre alla carenza di legittimazione politica di tali giudici<sup>194</sup>, in sintesi può affermarsi come ciò che viva, a *Costituzione invariata*, sia la categoria costituzionale dell’interesse legittimo, nella dimensione della Costituzione dinamica, quale punto di equilibrio tra diritti costituzionali, relativizzazione dell’invulnerabilità, potere pubblico, giurisdizione sul potere e forma di Stato, intesa non soltanto come rapporto tra autorità e libertà ma come rapporto tra autorità, libertà ed *eguaglianza*.

---

<sup>193</sup> Cfr. Corte gius. 12.1.1969, C-29/1969.

<sup>194</sup> R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell’ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 864.

