

Rivista N°: 3/2015  
DATA PUBBLICAZIONE: 18/09/2015

AUTORE: Mario Midiri\*

## DIRITTI FONDAMENTALI, EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA, GIUDICE AMMINISTRATIVO\*\*

1. *Effettività e pienezza della tutela, organizzazione della giurisdizione.* – 2. *Diritti fondamentali e funzione amministrativa.* – 3. *I comportamenti dell'amministrazione, espressione di potere.* – 4. *Rimedi e giurisdizione.* – 5. *La giurisdizione tra Stato apparato e comunità.*

### 1. Effettività e pienezza della tutela, organizzazione della giurisdizione

Ora che si sono attenuate le tensioni sorte sulle materie che la legislazione del 1998-2000 ha attribuito, in giurisdizione esclusiva, al giudice amministrativo<sup>1</sup>, conviene riprendere l'esame della giurisprudenza che ha fatto seguito a detta normativa e riflettere sull'equilibrio tra i due plessi giurisdizionali (giudice civile/giudice amministrativo) per verificare la *qualità* della tutela offerta alle situazioni soggettive in gioco<sup>2</sup> e ai diritti fondamentali di cui il g.a. abbia cognizione<sup>3</sup>.

---

\* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Modena-Reggio Emilia — [mariomidiri27@gmail.com](mailto:mariomidiri27@gmail.com)

\*\* Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Gaetano Silvestri*.

<sup>1</sup> Il conferimento di "blocchi di materie" al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva è stato contestato dal giudice civile nelle ordinanze che hanno sollevato questione di legittimità degli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80/1998, sostituiti da legge n. 205/2000, dichiarata parzialmente fondata da Corte cost., sent. n. 204/2004: in base all'art. 103 Cost., dette materie sono particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità e partecipano della loro natura. Il legislatore può ampliare l'area della g.e. purché lo faccia con riguardo a materie che contemplerebbero pur sempre la giurisdizione di legittimità, in quanto vi opera l'amministrazione-autorità. Sulla sent. n. 204/04, A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva e arbitrato costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 983 ss.; M. CLARICH, *La tribunalizzazione del g.a. evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 973; A. POLICE, *La giurisdizione del g.a. è piena, ma non è più esclusiva*, *ivi*, 974; F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?* in *Giur. cost.*, 2004, 2209.

<sup>2</sup> Sulla determinazione del giudice tecnicamente più adeguato a tutelare le specifiche situazioni soggettive, v. G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione*, in *Scritti M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 707 ss.; *Id.*, *Giustizia e giurisdizione nella Costituzione italiana*, Torino, Giappichelli, 1997. Sull'interrelazione tra la sfera dell'organizzazione pubblica e la garanzia dei diritti, v. Corte cost.,

Occorre fare un passo indietro.

Per lungo tempo, la giurisdizione civile e quella amministrativa sono state raffigurate come *compartimenti stagni*. Diverse le materie trattate e le norme di riferimento: il diritto comune e la sfera dei diritti soggettivi, nella prima; le norme sul potere amministrativo e gli interessi da esso incisi, nella seconda. Con l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del g.a. a tutte le controversie in materia di pubblici servizi e dei provvedimenti e *comportamenti* in materia urbanistica ed edilizia e l'estensione della giurisdizione amministrativa al risarcimento del danno e ai diritti patrimoniali consequenziali, l'interpretazione delle norme civilistiche su obbligazioni, responsabilità e contratti non è più riservata al giudice civile, ma è svolta anche dal g.a. Ciò non sarebbe motivo di scandalo se le decisioni del giudice civile e di quello amministrativo fossero egualmente impugnabili - come in Germania (ma non in Francia) - innanzi a un'unica corte, sia pur divisa in sezioni specializzate<sup>4</sup>, dotata di strumenti atti ad superare i conflitti giurisprudenziali assicurando l'uniforme interpretazione del diritto. Da noi, però, l'art. 111, ult. co., Cost. consente il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per *i soli motivi inerenti alla giurisdizione* e non per ogni violazione di legge. Il principio di eguaglianza postula l'uniforme interpretazione della legge, e questa sarebbe compromessa (non essendo ricorribili le sentenze del g.a. per violazione di legge ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ.) da non comunicanti giurisprudenze<sup>5</sup>. Ne verrebbe indebolita la funzione giurisdizionale: non tanto per la divisione in più corpi organizzati retti da distinti sistemi di reclutamento, di valutazione e di carriera, ma per la mancata o difficoltosa penetrazione di concetti e indirizzi comuni. L'emersione di diverse *filosofie giudiziarie* renderebbe inevitabili i conflitti nelle zone di confine, con perdita di credibilità e di efficacia della funzione resa<sup>6</sup>.

Se si tiene presente tutto ciò, si può intendere la funzione arbitrale della sentenza n. 204 del 2004: la Corte, da una parte, conferma l'immagine del g.a. come "giudice del potere"; dall'altro, respinge le censure mosse alla cognizione delle domande risarcitorie, che non è attribuzione di nuova "materia", bensì strumento di tutela il quale si aggiunge a quello classico demolitorio (e conformativo).

---

sent. n. 383/1998 ("Non c'è organizzazione che, direttamente o indirettamente, non sia finalizzata a diritti. E non c'è diritto a prestazione che non condizioni a sua volta l'organizzazione").

<sup>3</sup> Eventualità, questa, espressamente contemplata da Corte cost., sent. n. 140/2007, *considerato in diritto*, n. 3, su cui *infra*, nel testo.

<sup>4</sup> V. anche per richiami al modello tedesco, A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 775, 783 ss.

<sup>5</sup> F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1475, 1479.

<sup>6</sup> Sul rischio che emergano, settore per settore, diverse culture della giurisdizione (già paventato da Piero Calamandrei), cfr. S. BARTOLE, *Il magistrato e l'ordine giudiziario: è ancora la magistratura "the least dangerous branch"?* in AA.VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, Bari-Roma, Laterza, III, 2006, 399 ss., 401 ss. Sulla questione della pluralità delle giurisdizioni v. G. SILVESTRI, *Giustizia e giurisdizione*, cit., 28 ss., e *L'organizzazione giudiziaria*, relazione al convegno *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 22-23 ottobre 2004, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it): l'assetto organizzatorio pluralista, se consiste soltanto in "rami specifici dell'unitaria funzione di applicazione della legge da soggetti posti in posizione di indipendenza", può essere mantenuto, a patto che si realizzi l'unificazione dello *status* di giudice anche con l'uniformizzazione delle regole deontologiche e della giurisprudenza disciplinare.

Compare il principio di *effettività della tutela*, ricondotto all'art. 24 Cost.: esso richiede che il giudice sia munito di adeguati poteri<sup>7</sup>.

L'«effetto di pacificazione» è stato conseguito<sup>8</sup> a costo di un irrigidimento dei concetti. Si rileva che la sent. 204/04 ripropone il *dualismo diritti - interessi legittimi* quale criterio di discriminazione tra le due giurisdizioni, mentre la giurisdizione esclusiva disegnata per “blocchi di materie” mirava a stemperare il dualismo per concentrare la tutela giudiziaria<sup>9</sup>. La motivazione ha, invero, un andamento dialettico, per chiaroscuri. La Corte vede recepiti in Costituzione i principi in materia di giustizia amministrativa evolutisi a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865. Ma aggiunge che resta traccia, nell'art. 102, 1° co., dell'orientamento favorevole all'unicità della giurisdizione. Ed esclude che la Costituzione abbia “immutabilmente cristallizzato la situazione esistente nel 1948”<sup>10</sup>.

Il richiamo che la Corte fa alla distinzione tra diritti e interessi legittimi, non può far dimenticare che detta bipartizione riflette un ordine dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, tra diritti soggettivi e potere, che non risponde al disegno costituzionale (e all'accresciuta complessità) dei rapporti tra cittadino e amministrazione<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> “Il superamento della regola che imponeva, ottenuta tutela davanti al g.a., di adire il giudice ordinario per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno, costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.”: sent. n. 204/04, *considerato in diritto*, n. 3.4.1. Nella giurisprudenza risalente, v. la sentenza della Corte sull'opposizione del terzo nel processo amministrativo, n. 177/1995. Come osserva V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 472 ss., 500, “tutte le situazioni protette debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento”. V. altresì F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 51 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Costituzione*, Napoli, Ed. scient. it., 2006, 505 ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo* (atti Varenna, 23-25 settembre 2010), Milano, Giuffrè, 2011, pp. 337 ss.; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, Ed. scient., 2013, spec. 8, 80 ss., 225 ss. Per una complessiva rivisitazione sul tema della “efficienza” della funzione giurisdizionale, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaaic.it* (2014).

<sup>8</sup> Sugli sviluppi giurisprudenziali successivi alla sent. n. 204/04 e sul “piccolo concordato” assicurato da Cass., 28 dicembre 2007, n. 27187, v. *infra*, nel testo.

<sup>9</sup> PAJNO, *Giurisdizione esclusiva*, cit., 983 ss.

<sup>10</sup> Sent. n. 204/04, *diritto*, nn. 2.1. e 3. Per il superamento dell'interpretazione tradizionale fondata sulla “convalida costituzionale” del preesistente sistema di riparto tra le due giurisdizioni, e per la diversa qualificazione come *ordinarie* delle giurisdizioni contemplate dall'art. 103 Cost., v. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 39 ss.; ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 710 ss. Contro la tesi della “cristallizzazione” (giustificata da una rigida applicazione del principio di separazione dei poteri), si pronunzia anche L. ELIA, *Appunti sul riparto tra le due giurisdizioni nella più recente giurisprudenza costituzionale (1980-1985)*, in *Studi Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, II, 163 ss., 172.

<sup>11</sup> V., in part., G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 7-8, 1903. Come osserva F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 483 ss., “la nozione di funzione non è servente rispetto al potere, non serve a legittimare un generale ‘potere amministrativo’, ma diviene essa la nozione generale”. Sulla ricollocazione dell'amministrazione in termini coerenti con la sua posizione costi-

L'interesse legittimo racchiude un'eterogenea congerie di interessi protetti. La figura del diritto soggettivo, a sua volta, è compendio di situazioni soggettive che differiscono pressoché sotto ogni profilo<sup>12</sup>.

L'evoluzione dell'ordinamento conduce ad omologare, quanto al bagaglio delle tutele, gli interessi legittimi ai diritti: si è superato, quanto a tutela risarcitoria, il divario tra diritti ed interessi altrimenti rilevanti, non potendosi differenziare a tal fine gli interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento e quelli che trovano *protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo*<sup>13</sup>.

Come messo in luce dalla giurisprudenza costituzionale, il legislatore può distribuire le attribuzioni giurisdizionali *a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione*, al fine di assicurare l'effettività della tutela. Ciò vale sia per il giudice ordinario, sia per il g.a. Non è precluso al legislatore - in casi rimessi alla sua scelta discrezionale - di attribuire al giudice ordinario anche un potere di annullamento e speciali effetti sostitutivi dell'azione dell'amministrazione, ove questa risulti inadempiente rispetto a diritti prioritari, anche qualora

---

tuzionale, che esclude una sovraordinazione originaria rispetto al cittadino, v. la giurisprudenza richiamata da Cass., III, 20/2/2006, n. 3651. La rilettura di norme rimaste immutate nel tenore testuale porta ad applicazione alla P.A. i seguenti principi: l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nei rapporti contrattuali (Cass., 2 giugno 1992, n. 6676; 7 aprile 1992, n. 4226; 10 dicembre 1987, n. 9129; 9 maggio 1983, n. 3152; sez. un., 11 gennaio 1977, n. 93; 21 ottobre 1974, n. 2972; 30 gennaio 1968, n. 297; 11 ottobre 1963, n. 2711); le regole in tema di arricchimento senza causa (Cass., 15 giugno 2005, n. 12850; 23 luglio 2003, n. 11454; 29 aprile 1998, n. 4364; 12 settembre 1992, n. 10433; 12 settembre 1992, n. 7694; 20 marzo 1991, n. 2965; 19 maggio 1983, n. 3450; 17 novembre 1981, n. 6094; 12 marzo 1973, n. 685); la responsabilità civile precontrattuale (Cass., 18 giugno 2005, n. 13164; 10 giugno 2005, n. 12313; 12 marzo 1993, n. 2973; 10 dicembre 1987, n. 9129; 11 dicembre 1978, n. 5831; 7 marzo 2001, n. 3272) ed extracontrattuale (Cass., 4 aprile 1995, n. 3935; 1 aprile 1995, n. 3829; 27 febbraio 1984, n. 1393; 27 gennaio 1982, n. 537); le norme in tema di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e di responsabilità per i danni provocati da cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c., come pure in tema di concorso di colpa ex art. 1227 c.c., comma 1.

<sup>12</sup> Non è *in rerum natura* il dualismo diritti-interessi: V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1622 ss., 1626. Si propone di dissolvere la figura dell'interesse legittimo in quella del diritto di credito: L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003, 99 ss., 175 ss. (ivi richiami, in part., a M. NIGRO, di cui v. *Ma che cos'è questo interesse legittimo?* in *Foro it.*, 1987, V, 469 ss. e in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1897); la pretesa all'attuazione del giudicato "assume senz'altro la consistenza del diritto di credito" (Cons. Stato, V, 6.8.2001, n. 4239): affermazione importante "se solo si riconoscesse che il giudicato non ha efficacia novativa della situazione soggettiva" (*loc. cit.*). L'interesse legittimo pretensivo sarebbe simile ad un diritto di credito per una prestazione non totalmente determinata: C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 657; prima, A. FALZEA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 678, 687 s. Per un parallelo con i diritti soggettivi *reactionnelles*, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA (partendo da P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963), *Sobre los derechos públicos subjetivos*, in *Rev. esp. derecho administr.*, 1975, n. 6, 427 e, in sintesi, Id., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa: un cambio di paradigma?* (2007), trad. it., Milano, Giuffrè, 2010.

<sup>13</sup> Dopo Cass. sez. un., n. 500/99, v. Cass. sez. un., nn. 13659, 13660, 13911/2006: "come era stato per le situazioni di diritto soggettivo, di norma dotate di una tutela ripristinatoria oltre che risarcitoria, così per gli interessi legittimi una tutela risarcitoria autonoma è stata affiancata alla tutela reale di annullamento". Quale fattispecie di risarcibilità degli interessi legittimi lesi in violazione del diritto comunitario v. la legge 19.2.1992, n. 142, art. 13, in attuazione di dir. Ce 665/89 del 21.12.1989.

ciò comporti valutazioni ed apprezzamenti del giudice non del tutto vincolati, ma riguardanti pur sempre situazioni regolate dalla legge<sup>14</sup>.

Resta la questione della tutela dei diritti fondamentali nelle materie di giurisdizione esclusiva del g.a. In una stringata sentenza, la n. 140/2007, la Corte dichiara che il g.a. è idoneo a dare piena tutela ai diritti soggettivi "coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa". Non vi è alcun principio che riservi la tutela dei diritti fondamentali al giudice ordinario escludendo il g.a.<sup>15</sup>.

L'indirizzo assunto dalla Corte ha influito sulla giurisprudenza della Cassazione. Lo vedremo esaminando l'orientamento inaugurato dalle Sezioni unite nella sent. 6 ottobre 1979, n. 5172, corretto a fine 2007<sup>16</sup>.

## 2. Diritti fondamentali e amministrazione.

Costruendo, alla fine degli anni '70 del secolo scorso, la dottrina della carenza di potere dell'amministrazione quando agisce in lesione dei diritti fondamentali. la Cassazione distrugge il dogma della necessaria preminenza della funzione amministrativa. Se la p.a. incide su un diritto fondamentale, in base al diritto essa *agisce nel fatto*. Non *provvede*, ma svolge *mera attività materiale illecita*: così la sent. n. 5172 del 1979<sup>17</sup>.

Da qui la lettura "stretta" dell'art. 7, legge n. 205/2000 prospettata dalle Sezioni unite nelle successive sentenze 21 marzo 2006, n. 6218; 1° agosto 2006, n. 17461; 8 novembre 2006, n. 23735 (che invocano Corte cost., sent. 204/04): la giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi è riconosciuta quando l'amministrazione, nell'esplicazione del servizio, è titolare di un *potere di supremazia*.

La possibilità di adire il giudice civile per *prevenire* la lesione del diritto alla salute apre la strada a interventi giudiziari che incidono sull'azione dei poteri pubblici. Il diritto alla salute, annoverato nei diritti assoluti della persona, influisce sulle relazioni private e limita anche l'esercizio dei pubblici poteri. Prima di Cass. n. 5172/79, si ritenevano improponibili

---

<sup>14</sup> Corte cost., ord. n. 140/01: *ivi* il richiamo dell'art. 113, 3° co., Cost., nella prospettiva dell'effettività della tutela "in modo da renderla immediatamente più efficace".

<sup>15</sup> Nella sent. n. 191/06, la Corte aveva chiarito che esulano dalla giurisdizione esclusiva del g.a. i comportamenti nei quali l'amministrazione non esercita *neppure mediamente* un pubblico potere (*i meri comportamenti*), mentre vanno ricompresi nell'esercizio del potere i comportamenti posti in essere in esecuzione di provvedimenti che costituiscono esercizio, ancorché viziato, della funzione; v. su *Giur. cost.*, 2006, 1935 ss., i commenti di S. LARICCIA e G. GRECO.

<sup>16</sup> Cass., 28.12.2007, n. 27187, ritiene sussistente la giurisdizione esclusiva del g.a. allorché la controversia abbia ad oggetto comportamenti materiali effetto di atti della p.a. o espressione di poteri di questa, anche se ledono diritti di rango fondamentale: v. *infra*, nel testo.

<sup>17</sup> La tutela giurisdizionale spetta al singolo anche quando non v'è attribuzione esclusiva del bene protetto. L'impostazione patrimoniale della giuridicità, che fondava la tutela sul collegamento esclusivo fra il bene ed un individuo o gruppo personificato, mortificava il principio di azionabilità delle pretese (art. 24 Cost.). La protezione può essere strutturata come difesa "ad oltranza", contro ogni forma di compressione, quando la natura del bene lo esiga. Tutto ciò tocca il rapporto tra singolo e amministrazione: la difesa è data "indipendentemente da ogni intervento dell'autorità amministrativa e persino contro di essa".

nei confronti della p.a. le azioni nunciative, in quanto volte a imporre un *facere* o un *non facere*. La Cassazione fa cadere la barriera eretta a protezione dell'amministrazione in termini di difetto di giurisdizione, sia che si ricomprenda la tutela della salute nei confini dell'azione nunciativa, sia che si enuclei da essa un'autonoma azione inibitoria a tutela della salute<sup>18</sup>. Si tratta di tutela piena contro ogni iniziativa ostile, *da chiunque provenga*: altri singoli, gruppi, persino l'autorità pubblica. La responsabilità civile assume compiti preventivi e sanzionatori, provvedendo non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato, *ma anche a prevenire* e sanzionare l'illecito. Alla luce dei valori costituzionali (principio della solidarietà), il *neminem laedere* - supporto della responsabilità aquiliana - comprende la riparazione delle menomazioni di beni di valore primario<sup>19</sup>.

Converge con tali conclusioni la tesi di chi esclude la soggezione dei diritti fondamentali al potere discrezionale dell'amministrazione<sup>20</sup>.

In una prospettiva più ampia, si rimarca la distinzione tra la sfera di quanto è regolato dalla legge - ed è incondizionatamente garantito - e quanto non è definito dalla legge e rientra nell'ambito delle valutazioni d'opportunità<sup>21</sup>. Non si nega che il diritto fondamentale incontri limiti in altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti; ma il principio di proporzionalità opera diversamente se si parte dal diritto fondamentale: la compressione del diritto dovrà risultare tollerabile (v. giurisprudenza tedesca) o rispondere al *balancing test*: dottrina americana<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> A. LENER, nota a Cass. n. 5172/79, in *Foro it.*, 1979, I, 2302. Sulla innovatività - e sui rischi - di tale pronuncia, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Mulino, 1984, 53 ss., 379; F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4, 2° co., l. 20.3.1865 n. 2248 all. E*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 606. Per la non configurabilità, in capo alla p.a., di alcun potere, non solo ablatorio, ma anche soltanto compressivo di tale diritto, Cass., s.u., 9.3.1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939, con nota di G. BERTI, *In una causa con l'Enel la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, *ivi*, 2909.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 21.3.2006 n. 6218; 1.8.2006 n. 17461; 8.11.2006 n. 23735: è possibile il ricorso all'art. 2043 c.c. sia nella forma della reintegrazione del patrimonio del danneggiato, *sia in quella della prevenzione dell'illecito* (Corte cost., sentt. nn. 641/87, 247/74 e 184/1986, in tema di lesione della salute umana, dell'integrità dell'ambiente naturale e di danno biologico).

<sup>20</sup> A. PUBUSA, U. ALLEGRETTI, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Garanzie cost. e diritti fondamentali*, Roma, Ist. Enc. Treccani, 1977, 414 ss.

<sup>21</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005. Nel dibattito che è seguito, v. M. CAMMELLI, D. SORACE, G. SILVESTRI, F.G. SCOCA, G. AZZARITI, A. TRAVI, G.U. RESCIGNO, C. MARZUOLI, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1 ss. Per Orsi B., nella sfera regolata dalla legge si deve riconoscere al cittadino la garanzia piena all'osservanza della legge; quando la posizione del cittadino è giuridicamente protetta, l'amministrazione è titolare di obblighi. Si pone dunque in discussione la figura stessa del *potere amministrativo*. Si obietta che ogni situazione giuridica ha nel suo nucleo la garanzia di un comportamento legittimo delle altre parti; il fenomeno che O.B. riconduce al diritto alla legittimità (la tutela si incentra sulla legittimità di una condotta senza assicurare un'utilità finale) è comune a tutte le ipotesi di obbligazione di mezzi: v. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, cit., 91 ss.. Già G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovene, 1923, 33, osservava che in tutti i diritti - più che la garanzia del raggiungimento *effettivo* del bene della vita - v'è la *tensione* verso di esso: "i diritti sono vari, come vari sono i modi di tendere a un bene della vita e i beni stessi".

<sup>22</sup> PUBUSA, ALLEGRETTI, cit., 438. Limiti all'esperibilità del bilanciamento sono individuati dalla giurisprudenza a salvaguardia di *preferred positions* (Corte suprema USA) o del contenuto essenziale, intangibile, dei diritti fondamentali (Trib. cost. tedesco in riferimento all'art. 19.3, Legge fond.). Sull'assenza, nei testi costituzionali, di

Secondo la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza n. 5172/1979, ripresa fino al 2006, la “dimensione costituzionale” dei diritti a nucleo rigido, la loro inerenza a valori primari della persona, porta a negare l’esistenza di un potere discrezionale; l’amministrazione può soltanto accertare la carenza delle condizioni e dei presupposti richiesti perché la pretesa del cittadino assuma, nello specifico contesto, lo spessore idoneo ad assicurarle tutela rafforzata<sup>23</sup>.

Siffatto indirizzo giurisprudenziale presuppone l’*inesistenza* del provvedimento amministrativo che, pur emesso in applicazione di legge, incida in concreto su tali diritti. Emerge, nella giurisprudenza della Cassazione, la figura della disapplicazione *in senso ampio*: qui il giudice - nell’esercizio della sua competenza principale - verifica la carenza di potere amministrativo; accerta la situazione giuridica come disegnata in via originaria, *senza la mediazione dell’atto* amministrativo, perché quest’ultimo non trova fondamento nell’attribuzione di un potere idoneo a regolare, con effetti costitutivi, la situazione giuridica<sup>24</sup>.

Ritenendo che l’amministrazione sia *necessariamente* carente di potere in presenza di un diritto fondamentale, il g.o. procede alla disapplicazione dell’atto amministrativo pur in presenza di una norma di legge attributiva del potere (norma che si assume illegittima per indebita incisione del diritto fondamentale). La legge - che aveva conferito all’amministrazione il potere di modulare l’esercizio del diritto - recede, al momento della concreta applicazione, rispetto alla norma direttamente desunta dal testo costituzionale. L’interrogativo è se non si intacchi la sfera del sindacato riservata alla Corte costituzionale<sup>25</sup>.

---

nessi gerarchici che definiscano previamente le modalità del bilanciamento, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, 79 ss., 142 (trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012); analog., L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, 110 s., 132 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, 33 s.; G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, 35, 78 ss.

<sup>23</sup> Cass. n. 17461/06, cit. e prima Cass., sez. un., 29.12.1990 n. 12218; 20.2.1992, n. 2092; 28.10.1998 n. 10737; sul diritto alla salute come diritto “forte” che impone una “difesa a oltranza contro ogni iniziativa ostile”, Cass. s.u. n. 5172/79 e 1463/79. cit.

<sup>24</sup> L’atto è ritenuto privo di effetti anche fuori del processo e con efficacia di giudicato. Si menzionano le ragioni d’urgenza che comportano per l’assistito pericoli di vita o di aggravamento della malattia, evitabili con cure tempestive, non ottenibili dalla struttura pubblica; si nega, in tali evenienze, la sussistenza di qualsiasi potere autorizzatorio discrezionale dell’amministrazione. Non rileva in contrario l’eventuale discrezionalità tecnica nell’apprrezzamento dei motivi di urgenza, perché oggetto della domanda è il diritto alla salute, il cui temperamento con altri interessi - quali i vincoli finanziari - non vale a privarlo della consistenza di diritto soggettivo perfetto: Cass., sez. un., 117/1999; 558/2000; 194/2001; 10964/2001; Cass., sez. lav., 26.4.2004, n. 7912. La disapplicazione per carenza di potere viene distinta dalla disapplicazione in senso tecnico, dove si considera *tamquam non esset*, ai soli fini del processo e della decisione di una questione di diritto soggettivo, il provvedimento autoritativo non conforme a legge, che continua fuori del processo ad esplicare la sua efficacia tipica: Cass., sez. lav., 26.4.2004, n. 7912; prima, Cass., sez. un., 5705/1990; 6001/1995; 232/2002.

<sup>25</sup> Ci si può dunque chiedere se la dottrina della disapplicazione “in senso ampio” dell’atto non rientri tra le modalità di disapplicazione della legge via via sperimentate in sede giurisdizionale, secondo una linea censurata già da Corte cost., sent. n. 285/1990, ma poi riemersa in diversi contesti. La disapplicazione di norma di legge in forza dei principi CEDU è stata avversata, com’è noto, dalla Corte cost. nelle sentt. nn. 348 e 349/2007: sul tema v. da ult. A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione da parte di Corte cost. n. 223/2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*.

Questo indirizzo non è stato condiviso dalla giurisprudenza amministrativa. Va segnalata – anche per la sua inedita *vis* polemica – la decisione n. 12/07 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: non vale sostenere che l'amministrazione – quando si trova innanzi a diritti fondamentali – agisca nel fatto. Non si può parlare genericamente di *comportamenti*. Occorre distinguere, e verificare se vi sia un agire causalmente riferibile ad una funzione. Esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva solo i comportamenti non riconducibili all'esercizio di un potere. Il Consiglio di Stato richiama, poi, le difficoltà nel discriminare il diritto soggettivo dall'interesse legittimo: “ne prescinde la legislazione, che preferisce enucleare *spezzoni* di situazioni soggettive e ancor più spesso *aspetti analitici*, riferibili solo mediamente a situazioni di diritto o di interesse”<sup>26</sup>.

Una soluzione, nel senso della conciliazione, affiora infine nella giurisprudenza della Cassazione, a fine 2007, sul punto della distinzione tra comportamenti di mero fatto e comportamenti espressione di poteri autoritativi<sup>27</sup> e della diretta applicabilità dell'art. 32 Cost. Questo profilo – che rileva ai fini del riparto di giurisdizione – merita un approfondimento.

### 3. I comportamenti dell'amministrazione, espressione di potere.

Nelle sentenze della Corte nn. 191/06 e 140/07, e poi nella sent. n. 35/10, si intravedono i segni del confronto con la Cassazione: la giurisdizione non compete al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (sentenza n. 191 del 2006); ma in presenza di *meri comportamenti* dell'amministrazione è da escludere che nella giurisdizione esclusiva del g.a. rientri la cognizione del risarcimento del danno<sup>28</sup>. Nessuna condivisione dell'assunto secondo cui, innanzi ad un diritto fondamentale, la p.a. opera nel fatto, sicché non sarebbe giuridicamente configurabile un suo potere<sup>29</sup>.

La Cassazione aveva recepito la distinzione tra i comportamenti posti in carenza di potere e quelli collegati all'ambito funzionale, richiedendo che l'esercizio – pur illegittimo – del potere sia *riconoscibile*, perché deliberato *nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti dalla legge*, e non in mera via di fatto<sup>30</sup>. Se il potere incide illegittimamente sui diritti fondamentali (nella specie, salute, integrità fisica), la giurisdizione è sempre del g.o., secondo la tesi affermata ancora da Cass., n. 2688/2007<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Ad. plen. n. 12/07 (corsivo ns.).

<sup>27</sup> In questa seconda ipotesi, come già anticipato, la Cassazione riconosce la cognizione esclusiva del g.a. nelle materie riservate alla sua giurisdizione esclusiva: sez. un., 28.12.2007, n. 27187, precisando l'indirizzo inaugurato dalle “sentenze apripista” nn. 1463 e 5172 del 1979, fino alla sent. n. 17461/2006.

<sup>28</sup> Quando vengono in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere rientrano nella giurisdizione del g.o.: v. sent. n. 35/2010.

<sup>29</sup> Tesi, questa, ribadita ancora da Cass., nn. 13660/06 e 23735/06: la p.a. è “priva di qualunque potere di affievolimento delle posizioni soggettive valutate come assolute”.

<sup>30</sup> Cass., sez. un., nn. 13659 e 13660/06; n. 14842/06; n. 2688/07.

<sup>31</sup> Ovvero quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, e in genere quando il suo operato sia ascrivibile a mera attività materiale perché l'esercizio del potere non è ascendente, neppure



Nella sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187, le Sezioni unite della Cassazione tornano sul tema e pongono il principio secondo cui anche in materia di diritti fondamentali, allorché la lesione sia dedotta come effetto di un comportamento espressione di poteri autoritativi, sussiste la cognizione del g.a. in materie di giurisdizione esclusiva circa la sussistenza del diritto vantato e il suo contemperamento o limitazione in rapporto all'interesse pubblico<sup>32</sup>.

Mentre la Corte costituzionale sembra propendere per una lettura larga dei comportamenti nei quali *mediatamente* si esprime il potere amministrativo, la Cassazione - pur "conciliativa" nei principi - è attenta a circoscrivere siffatta figura: il comportamento, per rientrare nella sfera della giurisdizione esclusiva del g.a., deve essere espressione di poteri autoritativi e conseguente ad *atti della p.a.* di cui sia denunciata l'illegittimità<sup>33</sup>.

Sulle linee di fondo - nonostante qualche schermaglia<sup>34</sup> e prevedibili resistenze<sup>35</sup> - si intravede una possibile consonanza, nella prospettiva di un bilanciamento *secundum Constitutionem* dei beni in gioco, che deve trovare *standard* di riferimento comuni ai due plessi giurisdizionali<sup>36</sup>.

---

indiretto, della vicenda dedotta in giudizio: Cass., s.u., 7.2.2007, n. 2688, con richiamo di sez. un. nn. 13659, 13660, 14842 del 2006.

<sup>32</sup> Cass., sez. un., 28.12.2007, n. 27187: allorché il riparto di giurisdizione si fondava solo sulla bipartizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e sull'individuazione del c.d. *petitum* sostanziale, la Cassazione aveva riservato al g.o. ogni controversia in materia di danno alla salute (s.u., 17.11.1992 n. 12307 e 28.11.1990 n. 11457). Dopo il d.lgs. n. 80/1998, mod. da l. 205/2000, nelle materie di giurisdizione esclusiva è il g.a. a conoscere della controversia avente ad oggetto "comportamenti materiali che siano effetto di atti o espressione di poteri della p.a. e ledano diritti, anche se fondamentali e tutelati dalla Costituzione, secondo quanto chiarito da Corte cost. sentt. nn. 204/04 e 191/06". Si ricorda la tutela cautelare nel processo amministrativo, assimilabile a quella di cui all'art. 700 c.p.c. (art. 21 l. n. 1034/1971, mod. da l. n. 205/2000, art. 3; v. ora art. 55, c. 2, c.p.a.).

<sup>33</sup> Cass. n. 27187/07, cit., richiamando s.u. 8.3.2006 n. 4908.

<sup>34</sup> Si pensi alla critica mossa da Cons. Stato, ad. plen., n. 12/2007: la Cassazione nell'esercizio del potere regolatore può vincolare il Consiglio di Stato e la Corte di Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma non potrebbe vincolarli quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione. Cass., s.u., n. 30254/2008, ha poi esercitato nei confronti di Cons. Stato, ad. plen., n. 12/2007, il sindacato preannunciato.

<sup>35</sup> Riserve sull'indirizzo "conciliativo" formulato da Cass., n. 27187/07 nella giurisprudenza di merito: v., ad es., Trib. Salerno, ord. 30.1.2008, in *Foro it.*, 2008, n. 2, 13, che ricorda le pronunce di diverso segno e cioè s.u. 8.11.2006, n. 23735; 13.6.2006, n. 13660; 13.6.2006, n. 13659; 17.6.2006, n. 4908.

<sup>36</sup> La tendenza all'osmosi della tutela è testimoniata anche dalle pronunce della Cassazione (s.u. 22.2.2007 n. 4109) e della Corte cost. (sent. 12.3.2007 n. 77) sulla *translatio iudicii*, che esprimono una concezione unitaria della giurisdizione. Quanto al tema del bilanciamento, un passaggio significativo si rinviene in Corte cost., sent. n. 85/2013 (caso Ilva: red. Silvestri), *cons. diritto*, n. 9: la definizione dell'ambiente e della salute come valori primari (sent. n. 365/1993) non implica una rigida gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione richiede "un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi". Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - *secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*" (corsivo ns.).

#### 4. Rimedi e giurisdizione.

Emerge una prospettiva empirica, *rimediale*, tesa a valorizzare l'efficacia della tutela senza le rigidità che vengono dalla ripartizione diritti - interessi legittimi, in modo da renderla "più efficace anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione"; ciò vale sia per il giudice ordinario, sia per il g.a. (secondo la linea posta da Corte cost., ord. n. 140/01).

Lo sviluppo dell'ordinamento dà rilievo alla funzione di giustizia da espletare<sup>37</sup>, alla luce degli artt. 24 e 111 Cost. e anche dell'art. 6 CEDU, negli svolgimenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo<sup>38</sup>. E si è visto poc'anzi che è in nome dell'effettività della tutela che la Corte salva, nella sentenza 204/04, il potere del g.a. di disporre il risarcimento del danno ingiusto quale strumento ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio.

La Carta di Nizza, art. 47, proclama il diritto a un ricorso *effettivo* e a un giudice imparziale. L'art. 19, TUE dispone che "gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione". E merita attenzione la giurisprudenza comunitaria sui rimedi in tema di appalti pubblici<sup>39</sup>.

Emerge, in questa impostazione *pratico-rimediale*, l'interesse delle parti ad usufruire della tutela giurisdizionale che assicuri l'*utilità* più vasta ed *immediata*<sup>40</sup>. Invero, ove si guardi all'effettività della tutela, vi è una comune doglianza sui tempi lunghi del processo, anche se si coltivano poi opposte prospettive di sistema<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> L'approccio rimediale si raccorda a *bisogni di tutela* che emergono al momento della violazione e possono non essere predicati in anticipo dalle norme primarie: A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 341 ss.

<sup>38</sup> Sulla *funzione interpretativa eminente* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. Corte cost., sent. n. 348/2007, red. Silvestri, *considerato in diritto*, n. 4.6. Sul diritto di accesso a un giudice "di piena giurisdizione", v., in part., Corte EDU, sentenze 4.3.2014, *Grande Stevens*, su ricorso n. 18640/10, e 27.9.2011, *Menarini*, su ricorso n. 43509/08, e *ivi* l'opinione dissenziente del giudice De Albuquerque, sull'importanza di salvaguardare il contenuto "effettivo, reale e pratico del diritto di accesso a un giudice".

<sup>39</sup> V. sui "ricorsi efficaci" avverso le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici e sul contrasto con il diritto comunitario della regola nazionale che imponga in via generale la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento cautelare, v. Corte giust. 15.5.2003, C-214/00, Comm. c. Spagna, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897 con nota di M.P. CHITI; Corte giust. CE, IV, 29.4.2004, C-202/03. Sul principio di effettività come "principio immanente nell'ordinamento", già prima della enunciazione nel Codice del processo amministrativo (art. 1), v. Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5166; sez. V, 31 luglio 2012, n. 4352. Sul suo fondamento (ricondotto dalla giurisprudenza agli artt. 24, 111, 113 Cost. e all'art. 6 CEDU), v. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit.

<sup>40</sup> Sugli "intenti terreni" del magistero della dottrina e della giurisprudenza, pagine significative in ANDRIOLI, *Bilancio della l. 20 marzo 1865*, cit., 1626.

<sup>41</sup> Sui limiti del concordato giurisprudenziale del 1927-1930 quanto a capacità di offrire tutela effettiva, A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 776 ss. (con lo sguardo volto al sistema di giurisdizione unica articolato in sezioni per materia). Si invocano a sostegno della giurisdizione esclusiva argomenti "di ragion pratica": la tecnica della separazione provocherebbe "maggiore sforzo e dispendio di energie" (B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva tra Costituzione e Corte cost.*, in *Rass. forense*, 2005, n. 1-2, 311 ss.).

La differenziazione tra gli ambiti giurisdizionali può trovare una giustificazione – sempre che non rechi *vulnus* alla pienezza della tutela – nell’istanza di adattamento del sindacato all’oggetto del giudizio. L’introduzione della giurisdizione unica - che mantiene un forte valore simbolico e di prospettiva - non cancellerebbe la diversa tipologia delle controversie. Anche in un contesto di giurisdizione unica occorrerebbe considerare le specifiche fattispecie che vengono in essere nei rapporti tra soggetti privati e poteri pubblici<sup>42</sup>. Soccorre la comparazione: la Gran Bretagna viene citata come esempio di un ordinamento monistico che si è aperto ad una forma di giustizia specializzata, pur se resta la veste formale della unitarietà della giurisdizione<sup>43</sup>. Si pensi poi al Belgio, prototipo del modello monistico a livello continentale e punto di riferimento per il legislatore del 1865: nel secondo dopoguerra ha sviluppato una giurisdizione amministrativa (artt. 92 ss. cost.) per ragioni pragmatiche di piena tutela nei confronti dell’amministrazione, che il giudice ordinario non riusciva a realizzare<sup>44</sup>. Si può ricordare pure la normativa spagnola sul contenzioso amministrativo, in una cornice costituzionale di magistratura unica, ma con ordini distinti e ruoli diversi<sup>45</sup>. Anche qui i principi che concorrono sono quello della piena giustiziabilità dell’azione amministrativa e la considerazione degli spazi di discrezionalità amministrativa nei casi in cui si ponga un’istanza di selezione degli interessi<sup>46</sup>.

Nell’ottica della effettività della tutela, non sarebbe soddisfacente una devoluzione della giustizia amministrativa al giudice ordinario, il cui effetto sia di rendere meno incisivo il controllo giurisdizionale<sup>47</sup>. In questa luce, riprende forza l’osservazione che il sindacato giuri-

---

<sup>42</sup> Riassuntivamente, G. VERDE, *Ma che cos’è questa giustizia amministrativa?* in *Dir. proc. amm.*, 1993, 587 ss., 602, con richiami di Benvenuti, Bachelet, Berti e la sottolineatura del contributo di Nigro per la “forza di penetrazione” in studiosi di altri rami del diritto (in part. A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, III, Milano, 1993, 18 ss.).

<sup>43</sup> Sulla riforma del 1977, prevista in via regolamentare (*Order 53*) con modifica delle regole procedurali della *High Court*, perfezionata con il *Supreme Court act* del 1981, v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 483 ss.; D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.* in G. FALCON, *Diritto amministrativo dei Paesi europei*, Padova, Cedam, 2005, 203 ss.; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale* in M.P. CHITI, G. GRECO, cur., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>44</sup> M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”*, in *Astrid rass.* n. 35/06.

<sup>45</sup> Sul quadro istituzionale a giurisdizione unica con distinzione di competenza tra *orden civil, penal, contencioso-administrativo* e *social*, v. ley orgánica 6/1985 (*del Poder Judicial*), artt. 3 ss., 9. Osserva L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss., 570, che il giudice spagnolo è sì giudice specializzato, ma non strutturalmente diversificato; il giudice amministrativo tedesco appartiene all’ordine giudiziario non diversamente da quanto avviene per il giudice civile e penale, come è testimoniato dal fatto che non esiste un tribunale dei conflitti.

<sup>46</sup> Sul ruolo costituzionale dell’amministrazione pubblica la cui azione deve essere informata al principio di efficacia (art. 103.1 cost. sp.), da contemperare con l’istanza della tutela giudiziaria effettiva, Tribunal Constitucional, sent. 238/1992, sulla tutela cautelare.

<sup>47</sup> Dinanzi all’obiezione che la devoluzione pura e semplice della giustizia amministrativa al g.o. ridurrebbe l’incisività del sindacato esercitato dal g.a. per il tramite del vizio di eccesso di potere, si replica che tale sindacato, “*seppur penetrante*”, è quanto di meno comprensibile anche agli addetti ai lavori ove si allontanano dalle figure sintomatiche” e sarebbe meno controllabile dello stesso giudizio di fatto. Non rassicura la conclusione: “Ben venga - a seguito della devoluzione della giustizia amministrativa al g.o. - una riduzione dell’incisività di tale sindacato: ciò che si perderebbe sarebbe ampiamente compensato dall’aumento di trasparenza delle motivazioni, dal-

sdizionale - per essere efficace - deve adeguarsi al suo oggetto. È essenziale, però, che si assicurino un “livello comune” di tutela<sup>48</sup>, assistito da omogenee garanzie di indipendenza<sup>49</sup>.

Quando si controverte della legittimità dell'azione amministrativa – qualunque sia il giudice a ciò deputato - viene poi in gioco la certezza dei rapporti giuridici. Questa istanza rileverebbe nella conformazione degli strumenti di tutela: in un processo meramente risarcitorio risulterebbe monca la considerazione degli interessi collettivi e generali<sup>50</sup>. Anche nella giurisprudenza costituzionale si rinviene un'indicazione sfavorevole alla limitazione della tute-

---

l'aumento della loro controllabilità”: PROTO PISANI, *Intervento breve*, cit., 785 (corsivo ns.). Torna sulla questione FERRARA, *Attualità*, cit., 572 s., trattando della *deference* del g.o. nei confronti dell'amministrazione e della asserita riduzione della tutela dei pubblici impiegati dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro, che sarebbe però compensata dai “vantaggi che si collegano a una diversa tecnica di tutela, più certa in quanto derivante dalla preesistenza di diritti soggettivi”; l'alternativa che si pone è tra disciplina (e sindacato) del potere e disciplina (e sindacato) del rapporto; in entrambi i casi “vi sono perdite e guadagni”.

<sup>48</sup> Ci si duole, in part., della giurisprudenza del g.a. in tema di risarcimento dell'interesse legittimo, ove si contano “molte affermazioni di principio e poche condanne”, come pure della mancanza di un termine preclusivo per l'attività difensiva dell'amministrazione intimata (FERRARA, *Attualità*, cit., 578). Un passo importante è stato fatto, invero, con l'ampliamento delle azioni ammissibili nel processo amministrativo e, nella specie, dell'azione di condanna ad emettere il provvedimento richiesto. Per la chiara enunciazione del principio della atipicità delle azioni, in nome dei principi di pienezza ed effettività della tutela e dell'art. 24 Cost., v., Cons. Stato, ad. plen. n. 15/11 (“corollario indefettibile dell'effettività della tutela è il principio della atipicità delle forme di tutela”) e, con un'interessante applicazione, Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28. Sulla base delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza e prima ancora dalla dottrina (CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento*, cit., 557 ss.; RENNA, *Giusto processo ed effettività*, cit., 505 ss.; TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice*, cit., 337 ss.), il d.lgs. correttivo 14.9.2012 n. 160 ha integrato l'art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. prevedendo l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, da esercitare contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio. Si è così rimediato al “taglio censorio” – su cui, in part., da F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *www.giust.amm.it* (2010) - effettuato dal Governo in sede di approvazione del testo del Codice rispetto al testo proposto dalla commissione redigente.

<sup>49</sup> SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit.; ID., *Giustizia e giudici*, cit., 40, nel senso di superare l'alternativa assorbimento/separazione: sono da qualificare come ordinarie le giurisdizioni di cui all'art. 103 senza postulare necessariamente il loro incardinamento nel troncone originario della magistratura civile, ma con la consapevolezza che la Costituzione “ammette un solo tipo di magistrato, tranne particolari eccezioni che, per essere tali, si trovano in una posizione marginale rispetto alla giurisdizione vera e propria”. Se si riconosce, come ha fatto il Consiglio di Stato (ad. plen., nn. 3 e 15 del 2011) che il giudizio amministrativo è un processo di parti che ha ad oggetto il rapporto amministrativo, il problema dell'indipendenza ed imparzialità del giudice diventa centrale: D. SORACE, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze Univ. Press, 2009, IX; M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità dei giudici nel processo amministrativo*, in G. PIPERATA, A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni*, Napoli, Ed. scient., 2012, 101; FERRARA, *Attualità*, cit., 577. Non ha giovato all'immagine pubblica del g.a. la marcata presenza in apparati di istituzioni pubbliche (a partire dai Gabinetti ministeriali) dei consiglieri di Stato, che ne provocato una sovraesposizione. Sull'amministrazione “che blocca le riforme” v. la polemica avviata da E. GALLI DELLA LOGGIA, *Qual è il vero potere forte*, in *Corriere della sera*, 24 gennaio 2014. Sulle critiche mosse alla giustizia amministrativa nel più ampio dibattito sulla questione amministrativa, v., se si vuole, il ns. *Crisi e questione amministrativa*, in *Quad. cost.*, 2014, 465 ss.

<sup>50</sup> È il giudizio di *annullamento* che assicura nel modo più esauriente le esigenze di controllo della legittimità dell'azione autoritativa: Cons. Stato, ad. plen., n. 12/2007; in dottrina, M.A. SANDULLI, *Buona amministrazione e costituzione europea*, in A. CELOTTO (a cura di) *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, con rif. a Corte giust. 7 gennaio 2004, in C-201/02.

la demolitoria<sup>51</sup>. Tuttavia, la garanzia della stabilità dello stato di fatto originato dall'atto potrebbe indurre il legislatore a calibrare i meccanismi di tutela. Non vi è un principio di regolamentazione uniforme per tutte le situazioni. L'istanza conservativa potrebbe prevalere (come in alcune fattispecie, in effetti, prevale) sull'astratta esigenza di ripristinare dell'ordine violato<sup>52</sup>.

Né si può insistere più di tanto sul nesso tra azione di annullamento e salvaguardia della legalità: "non si può pretendere che siano i cittadini, per mezzo dei loro ricorsi, a costituire i gendarmi dell'ordinamento"<sup>53</sup>.

Da qui le spinte a introdurre un potere d'azione *ex lege* delle autorità amministrative indipendenti<sup>54</sup>; tale legittimazione solleva questioni su cui qui occorre sorvolare, mentre vi è apprezzamento per l'apertura della giurisprudenza in punto di legittimazione delle parti private ove sussistano "esigenze e ragioni peculiari" atte a giustificare la deroga al principio che vuole la legittimazione al ricorso come proiezione di una situazione differenziata<sup>55</sup>, come pure per la legittimazione riconosciuta ai soggetti pubblici, esponenziali di comunità, che intendano agire a garanzia di interessi superindividuali<sup>56</sup>.

## 5. La giurisdizione tra Stato apparato e comunità.

La funzione giurisdizionale è uno snodo tra Stato apparato e Stato comunità tanto più importante in sistemi a vocazione maggioritaria<sup>57</sup>.

In un ordinamento a costituzione rigida che garantisce i diritti individuali e collettivi - intangibili da parte dello stesso legislatore - gli organi della giurisdizione hanno un ruolo peculiare che non ha riscontro in nessun altro caso di pubblici uffici. Viene da qui l'idea che essi

---

<sup>51</sup> V., con riguardo al risarcimento del danno per i dirigenti pubblici incisi dallo *spoils system*, Corte cost., sent. n. 351/08, su cui, volendo, MIDIRI, *Spoils system, interesse pubblico, risarcimento del danno*, in *Giur. cost.*, 2008, 3874 ss.

<sup>52</sup> Cass, s.u., n. 30254/2008: come l'ordinamento assoggetta l'esercizio dei diritti a termini di prescrizione o di decadenza e dispone circa i tempi di accesso alla tutela giurisdizionale, così può escludere in casi specifici determinate situazioni soggettive dall'attribuzione di una tra le forme di tutela riconosciute in via generale a situazioni dello stesso tipo e, quando riconosce più forme di tutela in concorso, può prevedere regole di coordinamento. Cfr., su questo, le norme dettate dal Codice del processo in tema di appalti pubblici, artt. 121-125 (tipizzazione dei casi in cui all'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'inefficacia del contratto; sanzioni alternative; risarcimento del danno solo per equivalente nelle controversie relative a infrastrutture strategiche, etc.)

<sup>53</sup> G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amm.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 705 ss.

<sup>54</sup> Il potere d'azione, circoscritto all'impugnazione degli atti che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, è conferito all'Autorità garante della concorrenza dall'art. 21-bis, legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'art. 35, d.l. n. 201/2011, convertito in l. 214/2011.

<sup>55</sup> V., con riguardo all'impugnativa di atti anticoncorrenziali, Cons. Stato, ad. plen. n. 4/11.

<sup>56</sup> Cons. Stato, IV, 9.12.2010, n. 8683, che muta l'indirizzo di IV sez., n. 399/2007. Sulla scelta ordinamentale di conferire la legittimazione a soggetti "portatori" degli interessi collettivi, v. in gen., V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo - La legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979, 105 ss. (in una sistemazione della legittimazione come strumento per regolare l'uso del servizio giudiziario: *ivi*, 69 s.).

<sup>57</sup> G. AMATO, *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 1994, 171 ss.

si pongano in una posizione mediana tra l'attuazione della volontà della *lex* e l'intangibilità degli *jura*, intermediari tra il potere politico-legislativo e la società<sup>58</sup>.

I diritti individuali e sociali cercano, a seconda degli ambiti in cui si esplicano, un'immagine adeguata di giudice e di giurisdizione: l'organizzazione della giurisdizione risulta oggi condizionata ai diritti "più di quanto i diritti non fossero un tempo condizionati all'organizzazione pubblica"<sup>59</sup>.

L'effettività della tutela dei singoli è condizione affinché si percepisca la *giustizia* nell'azione dei pubblici poteri, e vi sia il sentimento di *accettazione* di quest'azione.

Il dibattito sulla pluralità degli assetti organizzativi della giurisdizione, e se convenga, o no, perseguire *de futuro* la giurisdizione unica, deve incentrarsi allora sull'istanza fondamentale dell'efficacia ed adeguatezza dei mezzi di tutela processuale. Tanto più oggi che è al tramonto, in un contesto globale in cui entrano in concorrenza gli stessi ordinamenti giuridici, l'idea della giustizia come espressione della sovranità statale<sup>60</sup>.

L'incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi è incompatibile con la Costituzione, che ha assegnato all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. La disciplina processuale non è fine a se stessa, ma è funzionale alla qualità della decisione di merito. Due sono le istanze costituzionali: la garanzia del giudice naturale; l'idoneità a rendere la migliore decisione di merito<sup>61</sup>.

Qui cade l'accento, più che sulla classificazione delle situazioni soggettive. Quello che resterà di vitale nella sentenza n. 204 non sarà il richiamo alla distinzione diritti-interessi, ma il principio che la piena tutela porta con sé l'attribuzione di adeguati poteri al giudice<sup>62</sup>.

L'ordinamento va avanti, e la giurisprudenza rivela una feconda capacità di rielaborazione concettuale. Si pensi all'indirizzo che coniuga clausole generali e principi costituzionali di organizzazione<sup>63</sup> per colpire l'abuso delle situazioni giuridiche di potere.

---

<sup>58</sup> Nell'impossibilità di adeguati richiami, si v. almeno G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, Bari, Laterza, 2009.

<sup>59</sup> Secondo l'immagine di G. BERTI, *Artt. 113 e 103, 1° e 2° co.*, in *Comm. Branca della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1987, 85, 92.

<sup>60</sup> Cass., sez. un., n. 24883/2008.

<sup>61</sup> La pluralità dei giudici non può risolversi in una minore effettività della tutela. Il che avviene quando la disciplina dei loro rapporti è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) si risolve in pregiudizio dell'esame nel merito della domanda: Corte cost., sent. n. 77/2007.

<sup>62</sup> In ciò si potrebbe vedere la ripresa dell'antica matrice che intendeva concepire, ed enunciare, il diritto sotto l'aspetto processuale, piuttosto che sostanziale: cfr., in generale, J. BINDER, *Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig, 1927 (e v. poi *La fondazione della filosofia del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., 1937, trad. it. di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1945).

<sup>63</sup> V., in gen., P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, 84 ss. Sul richiamo delle clausole di correttezza e buona fede che "procedimentalizzano" l'esercizio del potere (obbligando a valutazioni comparative, a forme adeguate di partecipazione e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte), Cass., sez. lav., 14.4.2008, n. 9814 (viene così integrata la giurisprudenza che riconduce le determinazioni di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali ai poteri del privato datore di lavoro: Cass., sez. lav., 20.3.2004 n. 5659; sez. un., 9.12.2004 n. 22990; 7.7.2005 n. 14252; 11.1.2007 n. 308). Secondo V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217, 266 ss., il sindacato sui poteri esercitati

Questa potenzialità di sviluppo, grazie alla contaminazione, trova la sua ragion d'essere nell'adeguatezza della risposta assicurata al bisogno di giustizia<sup>64</sup>. Su questo i giudici (civile e amministrativo) giocheranno il loro ruolo, la loro immagine pubblica.

---

dall'amministrazione (ad es., nei rapporti di lavoro con i dipendenti) si estende, anche se affidato al g.o., a tutte le manifestazioni dell'illegittimità amministrativa e perciò anche all'eccesso di potere: v. però A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, 234 ss.: l'imparzialità e il buon andamento, fruiti dal giudice ordinario per il tramite della buona fede, non esprimono il dover essere del potere (privato) esercitato dall'amministrazione; indicano piuttosto le linee del suo particolare *modo d'essere*, il confine oltre il quale esso non può spingersi; questo confine è "la frontiera del diritto altrui".

<sup>64</sup> Sul desiderio di recupero del nesso tra *jus* e *justitia*, A. SCHIAVONE, *Ius l'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, 361 ss., che richiama il celebre passaggio di Ulpiano, *Istituzioni*, libro primo, scelto dai redattori giustinianeî ad apertura dei *Digesta*.