

GIULIANO GRÜNER
Professore ordinario di diritto amministrativo Universitas Mercatorum
giuliano.gruner@gmail.com

INTERESSI LEGITTIMI “FONDAMENTALI” O “SEMPLICI” INTERESSI LEGITTIMI?

“FUNDAMENTAL” LEGITIMATE INTERESTS OR “SIMPLE” LEGITIMATE INTERESTS?

SINTESI

L'Autore si pone l'obiettivo di capire se la locuzione interessi legittimi “fondamentali”, che comincia ad essere utilizzata dalla dottrina (ma non dalla giurisprudenza), possa esprimere – allo stato normativo attuale – un concetto giuridico diverso da quello di “semplice” interesse legittimo. L'Autore muove dalla individuazione di quali situazioni giuridiche soggettive potrebbero incarnare gli interessi legittimi “fondamentali”, e si sofferma sulle inevitabili criticità concernenti il riparto di giurisdizione in ordine alle relative controversie. In particolare, si osserva che, seppure il filone inaugurato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 potrebbe aprire le porte al riconoscimento del concetto giuridico degli interessi legittimi “fondamentali”, tanto più se letto alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di misure amministrative restrittive adottate durante la pandemia, vi sono ancora due ostacoli al suo accoglimento. In primo luogo, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, la quale, attraverso la rivitalizzazione di risalenti – quanto discutibili – teorie (quella dei diritti così detti diritti “indegradabili” e quella secondo cui agli atti amministrativi vincolati corrisponderebbero sempre e soltanto diritti soggettivi), ricomprende le situazioni giuridiche soggettive in esame nell'alveo, per l'appunto, dei diritti soggettivi. In secondo luogo, talune scelte del legislatore, il quale affida direttamente alla giurisdizione ordinaria controversie di diritto pubblico nell'ambito delle quali ben potrebbero venire in considerazione interessi legittimi “fondamentali”. L'Autore critica queste imposta-

zioni, ma, al contempo, rileva che la locuzione interessi legittimi “fondamentali” potrebbe forse risultare superflua. In conclusione, l'Autore argomenta per una valorizzazione della reale portata defensionale del “semplice” interesse legittimo.

ABSTRACT

The Author aims to understand whether the term “fundamental” legitimate interests, which is starting to be used by doctrine (but not by jurisprudence), can express – in the current regulatory state – a legal concept different from that of “simple” legitimate interest. The Author starts from the identification of which subjective legal situations could embody the “fundamental” legitimate interests, and focuses on the inevitable critical issues concerning the division of jurisdiction in relation to the related disputes. In particular, it is noted that, although the trend inaugurated by the ruling of the Constitutional Court n. 204 of 2004 could open the doors to the recognition of the legal concept of “fundamental” legitimate interests, even more so if read in light of the recent jurisprudence of the Constitutional Court on the subject of restrictive administrative measures adopted during the pandemic, there are still two obstacles to its acceptance. Firstly, the jurisprudence of the United Sections of the Supreme Court of Cassation, which, through the revitalization of dating back – and questionable – theories (that of the so-called “non-degradable” rights and that according to which binding administrative acts always correspond only to subjective rights), includes the subjective legal situations under consideration, precisely, in the context of subjective rights. Secondly, certain choices made by the legislator, who directly entrusts public law disputes to ordinary jurisdiction in the context of which “fundamental” legitimate interests could well come into consideration. The Author criticizes these approaches, but, at the same time, notes that the term “fundamental” legitimate interests could perhaps be superfluous. In conclusion, the Author argues for a valorization of the real defense scope of the “simple” legitimate interest.

PAROLE CHIAVE: interesse legittimo; potere amministrativo; diritti fondamentali; giurisdizione.

KEYWORDS: legitimate interest; administrative power; fundamental rights; jurisdiction.

INDICE: 1. La locuzione interessi legittimi “fondamentali”; 2. Una possibile individuazione degli interessi legittimi “fondamentali”; 3. Questioni critiche sulla giurisdizione in ordine alle relative controversie; 4. La posizione della Corte costituzionale; 5. La recente posizione delle Sezioni Unite (e del Consiglio di Stato); 6. Ancora sulla posizione della Corte costituzionale; 7. Su talune controversie di diritto pubblico, anche concernenti interessi legittimi “fondamentali”, devolute alla giurisdizione del giudice civile; 8. Superfluità della locuzione interessi legittimi “fondamentali”? 9. La necessaria e opportuna riscoperta del “semplice” interesse legittimo e del giudice amministrativo come “vero” giudice del potere amministrativo autoritativo.

1. La locuzione interessi legittimi “fondamentali”

La locuzione interessi legittimi “fondamentali”, che ad oggi, almeno a quanto risulta, non ha rinvenuto riscontro presso la giurisprudenza amministrativa, compare nella *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, del 30 gennaio 2023, del Presidente del Consiglio di Stato¹. Ma essa era stata già impiegata in un significativo contributo pubblicato all'inizio del 2020 sul sito *web* istituzionale della giustizia amministrativa². Ancor prima, ad essa era stata dedicata una

1 L. MARUOTTI, *Insedimento del Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti e Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2023, 5 e ss.: «Durante la mia presidenza, mi impegnerò in ogni modo affinché la funzione giurisdizionale e quella consultiva della nostra Magistratura siano perfettamente conformi al modello disegnato dalla Costituzione. // Tale esigenza è tanto più significativa in questo periodo, in cui lo Stato, come storicamente avviene in ogni momento di crisi, ha dovuto ampliare il suo ruolo, non solo nel campo economico, ma anche in ambiti più direttamente incidenti sulle posizioni giuridiche individuali. // Il Giudice amministrativo, quale Giudice del potere pubblico, è diventato di conseguenza sempre più il Giudice dell'economia ed il Giudice dei diritti fondamentali incisi da atti dell'Autorità pubblica. // Si può affermare, quindi, che il Giudice amministrativo è *anche il Giudice degli interessi legittimi fondamentali*» (corsivi aggiunti).

2M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, Relazione al Convegno internazionale su *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 6 dicembre 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, il quale – in un'ottica complessiva, che in questa sede si condivide, volta a sminuire la discrezionalità come criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, e a valorizzare un criterio che tenga in considerazione la natura del rapporto, di diritto pubblico o di diritto privato, nell'ambito del quale si instaurino le controversie – afferma: «Né appare giustificato ritagliare un criterio di specie per i cd. diritti “indegradabili”, ovvero sia che la giurisdizione del giudice ordinario riemerge in presenza di un diritto “fondamentale” o del suo “core”. // Come è noto, una tale prospettiva è stata sconfessata dal giudice delle leggi [Corte cost. n. 140 del 2007], ma ciò che si vuole qui sottolineare è la sua intrinseca erroneità. // L'affermazione del carattere “indegradabile” del diritto è anzitutto un assunto di carattere sostanziale e non processuale: si vuole cioè intendere che quel diritto (o il suo *core*) si impone su ogni altro interesse concorrente. // Tutta altra e separata questione è se tale posizione sostanziale si imponga nell'ambito di rapporti di diritto pubblico o nell'ambito di rapporti di diritto privato e, conseguentemente, vada tutelata di fronte al giudice amministrativo o al giudice ordinario. // E non vi è alcun dubbio, per un “qualsiasi” interesse tutelato, che sia il giudice amministrativo ad apprestare naturalmente la mi-

parte di un lavoro monografico³, nonché una interessante tesi di dottorato⁴. Nelle pagine che seguono si tenterà una sintetica ricostruzione del relativo concetto, con le inevitabili criticità che esso pone rispetto al riparto di giurisdizione. Ci si concentrerà, segnatamente, sulle varie manifestazioni del diritto alla salute, inteso in senso lato, in relazione al potere amministrativo autoritativo, perché è proprio muovendo da questo diritto, l'unico ad essere definito come «*fondamentale*» dalla Costituzione, che la prospettiva in esame ha ricevuto i primi abbozzi di elaborazione. Non mancheranno, comunque, cenni, più o meno approfonditi, anche ad altre situazioni giuridiche soggettive fondamentali che potrebbero assumere le sembianze di interessi legittimi, per l'appunto, “fondamentali”.

gior tutela nei rapporti di diritto pubblico. Basti pensare, dalla cautela all'ottemperanza, alla ineguagliabile capacità di penetrazione conformativa e sostituiva che il giudice amministrativo può esercitare nei confronti dell'amministrazione. Anzi, tutto ciò induce semmai a ritenere che, a maggior ragione, un bene di rango superiore debba potere usufruire di una siffatta tutela. // Se proprio si vogliono poi declinare, in chiave processuale, i *diritti fondamentali* ai fini del riparto, ben potrà affermarsi che tali posizioni soggettive, ogni qual volta si incuneino in *rapporti di diritto pubblico*, diano luogo a “*interessi legittimi fondamentali*” (corsivi aggiunti).

3N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, pubblicato su www.giustamm.it, il quale – criticamente – osserva: «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 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 di 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» (corsivi dell'Autore).

4 L. GALLI, *Gli interessi legittimi “fondamentali”*. *Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche di rilievo costituzionale*, Scuola di dottorato dell'Università degli Studi Milano-Bicocca, Tutor Prof. Margherita Ramajoli, A.A. 2016/2017.

2. Una possibile individuazione degli interessi legittimi “fondamentali”

La ricostruzione di un plausibile orizzonte di senso della locuzione interessi legittimi “fondamentali”, ammesso e non concesso che esista, potrebbe essere la seguente: che essa stia ad indicare che il potere amministrativo autoritativo, attribuito dalla legge nell’osservanza del principio di legalità sostanziale⁵, sarebbe idoneo – fermi, naturalmente, i limiti esterni delle quattro riserve di giurisdizione, intangibili da parte del potere amministrativo autoritativo (art. 13, art. 14, con l’eccezione del comma 3, art. 15 e art. 21, con l’eccezione, sia pur

⁵ La bibliografia amministrativistica su questo principio è assai copiosa. Pertanto, si rinvia alle parole di Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115: «Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente “l’assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa. [...] // La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23). La riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all’autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. // Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l’espressione «in base alla legge», contenuta nell’art. 23 Cost., si deve interpretare “in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale”; questo principio “implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all’arbitrio dell’ente impositore la determinazione della prestazione” (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all’art. 23 Cost., è quanto meno necessario che “la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l’attività dell’amministrazione” (sentenza n. 190 del 2007). // È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall’art. 23 Cost. “unifica nella previsione i due tipi di prestazioni “imposte”” e “conserva a ciascuna di esse la sua autonomia”, estendendosi naturalmente agli “obblighi coattivi di fare” (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l’imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di “prestazione”, in quanto, imponendo l’omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch’essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare»

di poco momento, del comma 6, Cost.)⁶ ed i limiti interni posti dalle singole disposizioni costituzionali (ad esempio, i «motivi di sanità o di sicurezza» e le «ragioni politiche», di cui all'art. 16, comma 1) – ad incidere, in senso ampliativo o restrittivo, ma sempre nella rigorosa osservanza del principio di proporzionalità⁷ e di ragionevolezza⁸, sulle situazioni giuridiche soggettive previste dalla Costituzione nei suoi *Principi fondamentali* o nella sua *Parte I*, al fine di curare interessi pubblici ritenuti maggiormente meritevoli di tutela nei casi concreti: proprio tali situazioni giuridiche soggettive potrebbero essere, per l'appunto, gli interessi legittimi “fondamentali”.

6 Sulle quali cfr., per tutti, V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionale*, Padova, 1992. Rispetto alle riserve di giurisdizione, che non possono essere incise dal potere amministrativo, il problema – come si vedrà in seguito – ha sempre principalmente riguardato i rapporti tra l'art. 13 Cost., che, per l'appunto, ne rappresenta l'archetipo, cioè la libertà personale, e l'art. 16 Cost., il quale, diversamente, prevede riserve di legge, anche rinforzate, ma non riserve di giurisdizione. La Corte costituzionale, di recente, con la sentenza 26 maggio 2022, n. 127, nel ribadire che viene in considerazione la libertà personale ogniqualvolta vi sia incisione dell'*habeas corpus* (in *primis* sottoforma di limitazione della locomozione) e si dia degradazione giuridica della persona umana, mediante misure non soltanto obbligatorie, ma anche coercitive, e sempreché siano di apprezzabile durata, ha affermato che «Naturalmente, può essere complicato, talvolta, distinguere, tra le incisioni della facoltà di locomozione, quelle che convergono, in quanto degradanti, verso la libertà personale, e quindi di competenza dell'autorità giudiziaria, e quelle che, invece, afferiscono alla libertà di circolazione. Basti pensare, a tale proposito, che questa Corte ha ravvisato la pertinenza dell'art. 13 Cost. a fronte dell'obbligo, non coercibile, di comparire presso un ufficio di polizia durante lo svolgimento di manifestazioni sportive (sentenze n. 193 e n. 143 del 1996), ma la ha invece esclusa con riguardo al divieto di accedere agli stadi, perché l'assenza di un contatto con la pubblica autorità, in tal caso, determina una “minore incidenza sulla sfera della libertà del soggetto”, ovvero non ne comporta una degradazione giuridica afferente alla dignità della persona (sentenza n. 193 del 1996). // Non vi è in questi casi, e salvo eccezioni, quel sottostante giudizio sulla personalità morale del singolo, e la incidenza sulla pari dignità sociale dello stesso, che reclamano, ove posti a base di una misura restrittiva pur non coercitiva, l'apparato di garanzie predisposto a tutela della libertà personale. // Tuttavia, non è detto che questo sia sufficiente sul piano costituzionale, e che non debbano invece aggiungersi a ciò, in casi del tutto particolari, le garanzie offerte dall'art. 13 Cost., alla luce delle peculiarità con cui si è eventualmente manifestato l'intervento legislativo». Il problema, dunque, può rimanere aperto.

7 Sul quale cfr., per tutti, oltre a G.D. ROMAGNOSI, *Principij fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 3°, 15 e ss., A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

8 Sul quale cfr., per tutti, M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, *passim*, G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 202 ss., A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 453 e ss.

Essi verrebbero in considerazione in tutte quelle delicate controversie che vedono contrapporsi il potere amministrativo autoritativo e i soggetti amministrati in materia di salute, di istruzione, di disabilità, di ambiente, di paesaggio, di libertà di circolazione, di libertà di riunione, di libero esercizio del culto, di immigrazione, di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ecc.⁹

Tematiche sempre estremamente sensibili, ma molte delle quali sono deflagrate durante – e anche dopo – la pandemia, poi seguita dalla guerra in Ucraina e da altri gravi conflitti, e nel contesto di una globalizzazione che, anche con riferimento ai diritti, ha saputo mostrare un suo volto “ostile”¹⁰.

9 Cfr., sul punto, A. GIUSTI, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, 2021, 195 ss. (reperibile in www.giustizjainsieme.it), ove vengono passati in rassegna i principali casi in cui, di recente, il giudice amministrativo (e, per “contrapposizione”, anche il giudice ordinario) si sono occupati di situazioni soggettive fondamentali (caso Englaro; questione della illegittimità del decreto ministeriale che ha fissato gli oneri contributivi per il rilascio e per il rinnovo dei permessi di soggiorno; questione se, in assenza di un criterio fissato a livello nazionale, una distinzione tra le patologie neurodegenerative possa essere ragionevolmente individuata mediante l'esercizio di una scelta discrezionale da parte delle Regioni, competenti a gestire una certa sovvenzione; misure restrittive per contenere la pandemia; ecc.). Cfr., inoltre, la rassegna ragionata di M. NOCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, 2018, in www.sipotra.it.

10 Cfr., sul punto, il rapporto UNDP, *Human Development Report 2021/2022, Uncertain times, unsettled lives, Shaping our future in a transforming world*, in <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22>.

Cfr., inoltre, G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 905 e ss., nonché D. ZOLO, *Nuovi diritti e globalizzazione*, in www.treccani.it, 2009: «Contro queste peculiari richieste di nuovi diritti è stato osservato che l'espansione anomica del repertorio dei diritti fondamentali rischia di sollevare una grave aporia: se tutto è fondamentale, niente è fondamentale. D'altra parte è intuitivo che i diritti umani non possono essere tutti uguali – di eguale peso normativo – tanto più quando si trovino in tensione gli uni con gli altri. Alain Laquière [...] ha lucidamente sostenuto che quanto più il predicato ‘fondamentale’ si estende includendo una quantità crescente di diritti soggettivi, tanto più aumentano i rischi di una collisione fra il carattere fondamentale dei nuovi diritti e la necessità di relativizzarli e condizionarli ad altri diritti concorrenti. // Altri autori hanno sostenuto che lo sviluppo impetuoso dei nuovi diritti è il segno dell'incalzante dinamica evolutiva delle relazioni politiche internazionali nell'era della globalizzazione. Ma è stato anche osservato che l'inflazione normativa può rendere problematica l'effettività dei nuovi diritti e l'individuazione dei soggetti istituzionali provvisti della competenza necessaria per farli valere a livello nazionale e internazionale. Il fenomeno si è fatto sempre più rilevante sull'onda del processo di internazionalizzazione dei diritti umani, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza nel dicembre 2000. Quest'ultima è stata esaltata per aver incluso nel catalogo dei diritti soggettivi, accanto ai tradizionali diritti civili, politici ed economico-sociali, anche alcuni nuovi diritti in tema di bioetica e integrità del corpo umano, di divieto della clonazione riproduttiva, di salvaguardia dei dati personali, di tutela dell'ambiente e di protezione dei consumatori. Ma non è un mistero, come hanno sostenuto Dieter Grimm e Jo-

Il potere pubblico, segnatamente quello politico-amministrativo, si è ritrovato, quasi all'improvviso, e nell'ambito di una Unione Europea non sempre all'altezza della situazione, ad incidere in maniera massiva su quasi tutte, se non su tutte, le predette situazioni giuridiche soggettive (si pensi, per esempio, ai d.P.C.M. "pandemico-emergenziali" o alle più e meno recenti misure di "gestione" dei flussi migratori). Il potere amministrativo autoritativo, in sostanza, ha dovuto confrontarsi con i "diritti" – fondamentali, inviolabili, ecc. – nell'accezione che di essi offre il costituzionalismo contemporaneo¹¹.

3. Questioni critiche sulla giurisdizione in ordine alle relative controversie

Poiché, peraltro, dal punto vista nominalistico, pur sempre di "interessi legittimi" si tratterebbe, la prospettiva considerata in questo contributo condurrebbe ad affermare che, almeno in linea di principio, le relative controversie, le quali sono per antonomasia di diritto pubblico, dovrebbero essere devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo: non soltanto a quella esclusiva, ma an-

seph Weiler [...], che l'effettività di questi nuovi diritti è in Europa, non meno che in altri continenti, lungi dall'essere minimamente soddisfacente».

11 Cfr., sul punto, gli studi di M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorso della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009 e G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013. Ma cfr., inoltre, in relazione a quanto si dirà nel testo, G. MONTEDORO ed E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., 13 e ss.: «L'art. 24, comma 1, Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela di propri diritti e interessi legittimi»), quale vera *grundnorm* del sistema giurisdizionale, introduce la piena equiordinazione di diritti soggettivi e interessi legittimi. Tale equiordinazione fonda quella dei sistemi di tutela, altrimenti l'una posizione soggettiva sarebbe in una condizione peggiore rispetto all'altra. Non c'è alcuna gerarchia fra diritti e interessi perché entrambi non sono altro che tecniche apprestate dall'ordinamento per la tutela in forma specifica di beni della vita, i quali a loro volta sono l'esito, in modo più o meno prossimo, del bilanciamento di principi costituzionali. Alla luce del moderno costituzionalismo per principi non ha senso discorrere di incomprimibilità dei diritti fondamentali: anche gli interessi legittimi, in base allo specifico bilanciamento fra principi che presiede alla norma attributiva del potere, partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali».

Altro e diverso discorso, poi, è quello – prevalentemente filosofico-costituzionalistico – che concerne quali siano i diritti fondamentali o inviolabili: cfr., senza alcuna pretesa di completezza, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 6 ss.; A. ROMANO, *Il riconoscimento costituzionale dei diritti. Alcune considerazioni sul tema dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali oggi*, A.V., Padova, 1995, 228 ss.; A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, ivi, 238; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 77 ss.; L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 143 ss.;

che, in sua assenza (e salve le ipotesi in cui ricorrano altre giurisdizioni speciali), a quella generale di legittimità. Al riguardo, si è di recente messo in luce che il presupposto di entrambe queste forme di giurisdizione è il medesimo, cioè la giuridica esistenza del potere amministrativo autoritativo¹², e, allo stato normativo attuale, queste due forme di giurisdizione pressoché in nulla si differenziano, quanto a pienezza ed effettività della tutela, sia tra di loro, sia – almeno sulla carta – con la giurisdizione ordinaria¹³.

Se, dunque, è vero che il “semplice” interesse legittimo è la situazione giuridica soggettiva che “dialoga” con il potere amministrativo autoritativo¹⁴, sembrerebbe del tutto fisiologico che anche le controversie che riguardino la sua versione “fondamentale” debbano essere devolute, in forza dell’art. 103, comma 1, Cost. (che fonda il criterio di riparto, mentre l’art. 113, comma 3, Cost. si riferisce ad altri aspetti: ma cfr. *infra*), alla giurisdizione del giudice amministrativo¹⁵.

12 F. G. COCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 1 e ss.: «A prescindere da casi (forse) particolari, ciò che lascia perplessi è la permanenza di vecchie sacche di incertezza, che si trascinano negli orientamenti di entrambi gli ordini giudiziari, mentre sono, e dovrebbero considerarsi definitivamente superate dalla legislazione in vigore, se esaminata con attenzione. Si aggiunga che sorgono problemi nuovi (successivi all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo), o nuovamente riportati all’ordine del giorno; e si potrà avere contezza della vasta e varia complessità della situazione in cui versa la (individuazione della) linea del riparto. // Prima di affrontare questi problemi, ritengo opportuno richiamare quanto vado ripetendo da tempo, ossia che *il criterio di riparto della giurisdizione non sia appoggiato più, secondo il diritto vivente, e non lo sia, appunto, da lungo tempo, sulla differente natura delle situazioni soggettive di cui sono titolari i cittadini, ma si collochi sulla esistenza o meno del potere (autoritativo) esercitato dall’amministrazione*. Per cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie “concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”» (corsivi aggiunti).

13 In altri termini, dopo il codice del processo amministrativo e le relative modifiche e integrazioni (e salve eccezioni), è come se – quantomeno sulla carta – anche la giurisdizione generale di legittimità fosse divenuta “piena”, nel senso attribuito da A. POLICE alla giurisdizione esclusiva in ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, e II, *Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2000.

14 F. G. COCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, 25 e ss. Cfr., più di recente, ID., *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

15 Sugli “obliqui” rapporti tra l’art. 103, comma 1, e l’art. 113, comma 3, Cost., sono state scritte molte pagine, a cominciare dai lavori preparatori dei due articoli (ora disponibili in <https://www.nascitacostituzione.it/index.htm>): cfr., per due approcci differenti, M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 293 e ss., maggiormente inclini a riconoscere una scarsa inno-

Sia pur con quelle immancabili eccezioni che caratterizzano, in misura maggiore o minore, tutti i sistemi dualistici di giurisdizione, come messo in luce da una condivisibile dottrina, che da circa tre lustri configura il giudice amministrativo come giudice naturale delle controversie di diritto pubblico¹⁶.

Ma di mere eccezioni, per l'appunto, dovrebbe trattarsi, concernenti, in buona sostanza, taluni istituti di così detta "amministrazione pubblica del diritto privato", le cui controversie, in ragione dei loro intensi legami con la sfera

vatività delle disposizioni costituzionali rispetto al precedente assetto normativo, e V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, maggiormente incline, viceversa, a ravvisare una tale innovatività (segnatamente, nell'art. 113, comma 3, Cost.).

Per un approccio differente rispetto a quello di cui al testo cfr. E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *La giurisdizione purale: giudici e potere amministrativo*, cit., 207 e ss.: «I diritti fondamentali sono e devono essere ricondotti al giudice amministrativo esclusivamente nella misura in cui afferiscano alla sfera di un potere e siano lesi da atti e comportamenti che di tale potere costituiscono esercizio. In questi termini, laddove il diritto fondamentale dipenda per la sua soddisfazione dall'esercizio del potere pubblico o la sua lesione sia in connessione con tale potere, la giurisdizione amministrativa costituisce un esito necessitato da un assetto sostanziale centrato sull'intermediazione amministrativa. E, ciò, innanzitutto per evidenti ragioni sistematiche relative al ruolo istituzionale del giudice amministrativo, nato proprio per assicurare una tutela "ulteriore" a fronte del potere e dell'autonomia dell'amministrazione. E poi per la peculiare (e potenziale) forza e incisività del suo sindacato non solo e non tanto attraverso la tutela demolitoria, ma anche e soprattutto conformativa, nell'ambito del sindacato sulla ragionevolezza del bilanciamento degli interessi e, più in generale, dell'esercizio dei poteri discrezionali. // Vi sono e persistono tuttavia ambiti nei quali, per tutelare pienamente i diritti fondamentali, occorre affiancare al giudice amministrativo il giudice ordinario. Il criterio discrezionale della linea di confine è il punto problematico su cui lavorare in futuro. Si tratta di questioni di notevole complessità. [...] Il punto è comprendere quando e in che misura il diritto fondamentale, che può dar luogo a ventagli di situazioni giuridiche soggettive – dal diritto perfetto di libertà alla pretesa di prestazione, all'interesse legittimo pretensivo o oppositivo – rientra nello spazio di azione del potere. // Ciò avviene innanzitutto attraverso un'interpretazione del dato normativo, che non esclude margini di adattamento giurisprudenziale della linea di confine e che richiede, per evitare incertezze nell'individuazione del giudice competente, prassi concordate e uniformi. A tal fine, come il giudice ordinario, anche il giudice amministrativo è chiamato a bilanciare principi costituzionali per l'accertamento del diritto fondamentale facendo diretta applicazione delle norme costituzionali, e questo sia dove manchi un'apposita previsione legislativa sia in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata di disposizioni apparentemente prive di limiti derivanti dal rispetto dei diritti fondamentali. // Nel definire in che limiti il diritto possa esser fatto rientrare nello spazio di azione del potere, si deve anche tenere conto della prospettiva multilivello in cui i diritti fondamentali si inseriscono. Questo chiama in causa non solo il nucleo duro dei diritti fondamentali, evocato dalla nostra Corte costituzionale anche nel noto caso Ilva a controbilanciare la sua massima apertura nella relativizzazione dei valori costituzionali, ma anche il limite del margine di apprezzamento prospettato dalla Corte Edu, oltre il quale i diritti fondamentali non entrano nel conflitto e nella mediazione con gli interessi generali e recuperano la loro dimensione, ridotta ma non depotenziata, di incomprimibilità».

16 M. MAZZAMUTO. *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2002, spec. 261 e ss.

privata dei soggetti amministrati, e della loro accentuata strumentalità rispetto a quest'ultima, da sempre sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario (iscrizioni nei registri delle imprese, attività documentali riferite a persone, ecc.). E non è un caso che, sul piano del diritto sostanziale, le relative competenze siano – per così dire – “scambiabili” tra la pubblica amministrazione e la giurisdizione civile¹⁷.

4. La posizione della Corte costituzionale

In effetti, la prospettiva qui in esame sembrerebbe aver rinvenuto, ormai da circa vent'anni, un solido appiglio nelle note pronunce della Corte costituzionale n. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 140 del 2007.

Attraverso di esse, appare opportuno ricordarlo, la Consulta ha affermato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – e, *a fortiori*, quella generale di legittimità – può e deve ricorrere laddove la pubblica amministrazione agisca come autorità, esercitando il suo potere autoritativo. Per quanto riguarda, in particolare, le materie di giurisdizione esclusiva, il legislatore ordinario ben può ampliarne l'area, ma purché lo faccia con riguardo, per l'appunto, a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la «pubblica amministrazione-autorità», la giurisdizione generale di legittimità¹⁸.

Anche le controversie concernenti i comportamenti della pubblica amministrazione possono (*recte*: devono) essere rimesse alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo qualora siano espressione, immediata o anche soltanto mediata, di potere amministrativo autoritativo (rimanendo alla cognizione

¹⁷ Sulla categoria, anch'essa estremamente controversa, della amministrazione pubblica del diritto privato, che probabilmente andrebbe rivitalizzata, cfr. A. AZZENA, *Amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1987, 238 e ss., e aggiornamento 2011, ove ampli richiami di dottrina, tra cui, naturalmente, G. ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917, e ID., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, 1918, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 19 e ss. Cfr., inoltre, A. DELLA RATTA RINALDI, *Amministrazione pubblica del diritto privato e classificazione delle manifestazioni dell'azione amministrativa*, Napoli, 1980.

¹⁸ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

del giudice ordinario i comportamenti assunti in carenza di potere o in via di mero fatto)¹⁹.

A tale sistema non osta – e ciò appare particolarmente rilevante ai fini di questo contributo – la natura “fondamentale” delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nelle controversie *de quibus*, 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. Peraltro, a questo riguardo la Corte costituzionale ha ritenuto di aggiungere che 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), risalente alle note sentenze del 1979, 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 la Corte stessa ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione. Il giudice amministrativo è, insomma, il «giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica», dotato di 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 amministrazione²⁰.

Queste pronunce, come si accennava, ancorché abbiano avuto ad oggetto specifico ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, hanno, al tempo stesso, chiarito che i principi espressi con riferimento a tale forma di giurisdizione non possono non valere – a maggior ragione – anche con riferimento alla giurisdizione generale di legittimità. In questo modo, si è giunti ad una vera e propria mutazione, sia pur non scritta, del criterio di riparto della

19 Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.

20 Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

giurisdizione. La dicotomia “nominalistica” diritti soggettivi / interessi legittimi rimane – sì – ferma, ma perché ad essa corrisponde un'altra dicotomia, di carattere prettamente “sostanziale”: amministrazione-non-autoritativa (diritto privato) / amministrazione-autoritativa (diritto pubblico). Il giudice amministrativo, in altri termini, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, sarebbe il giudice naturale dell'esercizio del potere amministrativo autoritativo, comprese le fattispecie – sembrerebbe potersi aggiungere – in cui quest'ultimo, pure in assenza di ipotesi di giurisdizione esclusiva, attinga situazioni giuridiche soggettive “fondamentali” (salute, ambiente, ecc.)²¹.

Appigli ancor più solidi, per venire a tempi più recenti, potrebbero rinvenirsi nelle pronunce della Corte costituzionale n. 37 del 2021, nella quale si legge che i d.P.C.M. “pandemico-emergenziali” sarebbero «comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo»²², e n. 198 del 2021, che ha affermato che il sistema ideato dallo stesso d.l. n. 19 del 2020, il cui perno era rappresentato dai medesimi d.P.C.M. “pandemico-emergenziali”, non sarebbe contrario

21 Cfr., sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., 20 e ss.: «La struttura del potere pubblico nonché le motivazioni di ordine storico e costituzionale che sono alla base dello stesso e lo differenziano dalle varie forme di “potestà” nel diritto privato rendono inevitabilmente diversa la logica del sindacato su quel potere dalla pronuncia di “spettanza” che il giudice ordinario svolge nel dirimere una controversia di diritto privato, quand'anche in essa sia coinvolta una pubblica amministrazione. [...] // Probabilmente le considerazioni svolte costituiscono il sostrato culturale di una tappa fondamentale per cogliere l'evoluzione nella continuità della giurisdizione amministrativa, a Costituzione vigente. Mi riferisco alla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale che, al di là delle affermazioni concernenti la questione sollevata (tutte condivisibili, dal limite posto alla tendenza espansiva della giurisdizione esclusiva, che talvolta va oltre l'esigenza di concentrazione, al carattere eminentemente “rimediale” del risarcimento del danno nel sistema della giurisdizione amministrativa), “legge” la giurisdizione amministrativa al culmine di un processo storico che la contrassegna come giurisdizione “generale” sui pubblici poteri, cioè come giurisdizione “naturale” sull'amministrazione che agisca in veste di autorità. Una lettura ovviamente coerente con la Costituzione, non foss'altro perché lo dice la Corte (anche se c'è chi di recente pare dubitare di questo assioma), che nella sostanza coglie l'essenza del criterio di riparto traendola dalle situazioni soggettive indicate nella Carta; *se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva che si contrappone al potere, il giudice dell'interesse legittimo è il giudice del potere che agisca in veste di autorità, cioè del potere pubblico in senso stretto*» (corsivi aggiunti).

22 Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37: «Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.M. adottati a tale scopo – *comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo* – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale» (corsivi aggiunti).

agli artt. 76, 77 e 78 della Costituzione, perché esso «ha [...] attribuito [al Presidente del Consiglio dei Ministri] unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati»²³.

Di poi, con le sentenze n. 127 e n. 220 del 2022, la Corte costituzionale ha riconosciuto che le misure restrittive imposte direttamente, sempre durante la pandemia, dal d.l. n. 33 del 2020 (senza più l'intermediazione dei d.P.C.M.), tra cui la così detta “quarantena obbligatoria”, hanno – sì – inciso sui «Diritti» previsti dalla *Parte I* della Costituzione, e segnatamente sul “diritto” di circolazione di cui all'art. 16, ma, per l'appunto, non sulle riserve di giurisdizione, segnatamente sulla libertà personale²⁴.

In definitiva, l'aspetto importante che emerge dalle menzionate pronunce della Corte costituzionale n. 37 del 2021, n. 198 del 2021, n. 127 del 2022 e n. 220 del 2022, lette congiuntamente tra loro, è che – in linea di principio, e salve sempre le riserve di giurisdizione – la Consulta ha ritenuto ammissibile che situazioni giuridiche soggettive fondamentali possano essere incise (anche) dal potere amministrativo autoritativo, e che la giurisdizione per le relative controversie possa essere quella dal giudice amministrativo, anche di legittimità²⁵.

23 Corte cost., 22 ottobre 2021, n. 198: «le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 4 del D.L. n. 19 del 2020 vanno dichiarate non fondate, poiché le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati».

24 Corte cost., 26 maggio 2022, n. 127 e Corte cost., ord. 25 ottobre 2022, n. 220. Le questioni di legittimità costituzionale riguardavano disposizioni di decreti-legge, di contenimento del Covid-19, che prevedevano fattispecie di reato contravvenzionale per coloro i quali, attinti da provvedimenti di così detta “quarantena obbligatoria”, avessero lasciato la propria abitazione o dimora. La Consulta, in estrema sintesi, non ha ravvisato vizi di legittimità costituzionale perché le misure adottabili attraverso i predetti atti amministrativi, comunque tipizzati, non imponevano coercizione diretta, non impingevano sull'*habeas corpus* e non determinavano degradazione giuridica dei soggetti attinti. Di qui, la loro non copertura da parte delle riserve di giurisdizione.

25 In queste evenienze, la Consulta sembrerebbe aver aderito alle posizioni di F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., 21 e ss.: «Le necessarie convergenze [tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa] possono essere individuate a due condizioni: che si abbandonino criteri ormai obsoleti che, pur potendo talvolta costituire in concreto un pratico parametro di riferimento o un utile meccanismo di discernimento, non sono privi di incertezze e utilizzano cate-

Sembrerebbe, così, aperta la strada per una costruzione concettuale della figura degli interessi legittimi “fondamentali”.

5. La recente posizione delle Sezioni Unite (e del Consiglio di Stato)

Sennonché, la prospettiva ipotizzata al paragrafo precedente sembra destinata ad infrangersi innanzi alla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite proprio su quelli che potrebbero chiamarsi interessi legittimi “fondamentali”.

gorie nate in altri contesti. Mi riferisco in particolare alla teorica della degradazione del diritto in interesse (o della espansione dell'interesse in diritto) e alla distinzione tra carenza e cattivo uso del potere o tra attività vincolata e discrezionale. Il punto centrale del riparto è costituito dalla presenza e dall'esercizio del potere in una vicenda relazionale tra privato e amministrazione, o anche tra amministrazioni. Il potere può avere carattere (più o meno vincolato e più o meno discrezionale), ma se c'è esercizio del potere l'interesse del privato a contrapporsi assume consistenza di interesse legittimo. In altri termini, lo schema relazionale privatistico è quello “diritto-obbligo”, che costituiscono una fattispecie determinata e tendenzialmente statica; lo schema “potere-interesse” (si ripete, posizioni entrambe attive) rimanda alla consistenza di un interesse legittimo modernamente inteso, il modello normativo di riferimento è tendenzialmente “aperto” e “indeterminato”, la fattispecie cede il passo a una vicenda intrinsecamente diacronica. // Alla luce di questo “modello di convergenza”, cioè se si convenga su tale criterio, occorrerebbe risolvere le non numerose, ma spesso significative, criticità tra le due giurisdizioni. Non è questa la sede per esaminare la casistica dei profili critici del riparto nella più recente giurisprudenza, ma forse un tema va chiarito perché, dopo che esso sembrava sopito dopo l'intervento della Corte costituzionale nel 2007, sembra riaffacciarsi al dibattito con una recente decisione della Corte di cassazione (ord. 19 novembre 2020, n. 26391): la giurisdizione “esclusiva” del giudice ordinario in materie inerenti a diritti fondamentali (nella specie, revoca di patente, peraltro non più automatica a seguito degli interventi della Corte costituzionale). // Si è soliti far risalire l'attribuzione di una specifica valenza della natura fondamentale di un “diritto”, ai fini del riparto, a due note decisioni del 1979 della Cassazione in materia di diritto alla salute (nn. 1463 e 5172) concernenti la localizzazione di una centrale nucleare e l'impianto per il disinquinamento del golfo di Napoli. Prima di allora il giudice amministrativo – al pari di ogni giudice – pacificamente conosceva di diritti costituzionalmente protetti, procedendo anche a quel bilanciamento di “valori” e interessi connaturati a un sistema che spesso chiama il giudice, *in primis* costituzionale, a tale bilanciamento. // La dottrina segnalò da subito la singolarità dell'impostazione. Nigro osservò che si aveva un rovesciamento della formula di Mortara (da “c'è diritto soggettivo perché non c'è potere” in “non c'è potere perché c'è diritto soggettivo”) e per Follieri si assiste a un rovesciamento di prospettiva che conduce a una singolare “degradazione” del potere pubblico, in forza di un diritto soggettivo che determina l'assenza del potere anzi che essere la mancata attribuzione del potere a far riconoscere un diritto soggettivo. Più compiutamente, e in sede di teoria generale, Giannini descrive molto bene il rapporto autorità/libertà: la garanzia costituzionale dei diritti, anche dei diritti di libertà, non segna affatto il limite, cioè non delimita il campo dell'azione amministrativa; la detta garanzia costituzionale, infatti, opera mediante la riserva di legge (che nega spazio al potere), il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (che richiede il fondamento legislativo del potere) e i vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere), mai come un diaframma invalicabile per l'azione amministrativa. // La vicenda viene definitivamente (si pensava) chiarita dalla Corte costituzionale (la cui giurisprudenza peraltro sembra, anche alla luce di recenti arresti delle sezioni unite, non avere molta fortuna in materia di giurisdizione) con la sentenza n. 140 del

Giurisprudenza che, e questo lascia ancor più perplessi, sembrerebbe essere stata condivisa, per giunta in maniera contraddittoria, dalla stessa Corte costituzionale (su questo profilo cfr. *infra*).

Nel mese di luglio e poi nel mese di settembre del 2022, infatti, le Sezioni Unite, rivitalizzando alcuni loro antichi, quanto mai placati, cavalli di battaglia per conservare al giudice ordinario la maggior parte possibile di controversie di diritto pubblico, hanno (ri)affermato, attraverso una inedita miscellanea tra atti amministrativi vincolati e diritti così detti “indegradabili” (rievocando espressamente le sue due antiche pronunce del 9 marzo 1979, n. 1463 e 6 ottobre 1979, n. 5172)²⁶, che si devono configurare, sempre e soltanto, “diritti soggettivi”, con giurisdizione del giudice ordinario per le relative controversie:

2007, in cui si afferma espressamente che la natura fondamentale di un diritto (ma meglio sarebbe, anche sotto il profilo linguistico, parlare di situazione soggettiva, assunta essa la consistenza di diritto o interesse a seconda del tipo di interrelazione con il potere) non è di ostacolo alla configurazione della giurisdizione amministrativa, che sussiste tutte le volte (e solo in quelle) che la situazione del privato venga a contatto con l'esercizio, in forma mediata o immediata, del potere. // La tesi secondo cui il giudice ordinario è “il giudice *naturale* dei diritti fondamentali” (oltre a usare in senso evidentemente atecnico la nozione di “giudice naturale”: il giudice naturale è quello predeterminato per legge in relazione a una determinata controversia, astratta), sconta molte incongruenze: a) non abbiamo un catalogo positivo dei diritti fondamentali (Ferrajoli, tra i tanti), a meno di ritenere che tutti i diritti (quanto meno se contenuti in Costituzione) siano fondamentali; ma allora dovremmo ritenere che *non esista* potere capace di incidere su diritti fondamentali. Ma – ricordo Giannini – il diritto, anche fondamentale, non impedisce al potere di entrare in una sfera giuridica fatta di diritti e interessi legittimi; b) la tesi prova troppo: il diritto alla salute è la prima cosa (cit. Massimo Troisi a Fiorenza Marcheggiani in *Ricomincio da tre*, nella specie, rispetto all'amore). Ebbene, allora una localizzazione di centrale nucleare o di un'industria insalubre prevista in un atto di pianificazione urbanistica (caso della sentenza della Corte n. 140 del 2007) comporta la giurisdizione del giudice ordinario? E la soppressione di un ospedale nell'ambito di una riorganizzazione sanitaria comporta la giurisdizione del giudice ordinario? E tutti i provvedimenti della pandemia (divieto di spostamento tra Regioni, incidente un po' più sulla libertà di circolazione di una discrezionale revoca della patente; zone rosse e connesse limitazioni; apertura e chiusura delle scuole, etc.): tutti dal giudice ordinario? Il carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva (con tutte le difficoltà di riconoscerlo) non importa la ineluttabile e “vincolata” qualificazione della stessa in termini di diritto, quando le si contrapponga una situazione soggettiva, si badi, parimenti attiva, quale il potere pubblico (Scoca)».

26 Sulla teoria dei diritti indegradabili cfr., tra i molti, L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 e ss. Su Cass., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro It.*, 1979, I, 939 e ss., cfr. la nota C.E. GALLO, nonché, ivi, di G. BERTI, *In una causa dell'ENEL la Cassazione mette in penombra lo stato di diritto*. Su Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 342 ss., cfr. la nota di L. ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto dell'ambiente: un passo avanti della Cassazione*, e in *Giust. Civ.*, 1980, 357 ss., con nota di F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*.

sia a fronte di atti amministrativi che, pur essendo pacificamente prefigurati dal legislatore come discrezionali, o come espressivi di discrezionalità tecnica, incidano sul “nucleo essenziale”, sul “nocciolo duro”, sul “*core*” *et similia*, di diritti così detti “indegradabili”, giacché, in tutte queste evenienze, l'attività amministrativa di diritto pubblico diventerebbe – e riesce, francamente, difficile comprenderne il come e il perché –, vincolata (i diritti così detti “indegradabili”, naturalmente, rappresentano un catalogo “aperto”, individuato, di volta in volta, dalle Sezioni Unite, così come il loro “*core*”)²⁷;

27 Si allude a Cass., Sez. Un., 27 luglio 2022, n. 23436 (ma cfr. anche Cass., Sez. Un., ord. 14 aprile 2023, n. 10063). La questione concerneva l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, risolta a favore del giudice civile, a fronte di una controversia in cui taluni soggetti reclamavano il danno subito da persistenti immissioni di odori e di polveri provenienti da una azienda agricola posta nel territorio di un Comune, a causa della mancata adozione, da parte dello stesso Comune, del Sindaco di quel Comune in qualità di ufficiale del Governo, della Regione competente e del Ministero della salute dei provvedimenti amministrativi di loro spettanza, da adottarsi nei confronti dell'azienda agricola medesima, a tutela del territorio, della salute e dell'ambiente.

Si legge – tra l'altro – nella sentenza: «I diritti fondamentali sono – al pari di ogni diritto – soggetti al bilanciamento, e dunque alla possibilità che la tutela avvenga secondo gradazioni che dipendono dalla presenza e dalla rilevanza di altri interessi, da intendere – come è stato autorevolmente osservato in dottrina – anche in una prospettiva qualitativa, secondo la maggiore o minore afferenza rispetto alla dimensione essenziale della dignità della persona. Il valore della persona umana, infatti, è il valore primario, intorno al quale tutto ha da essere ordinato. // Ove detto bilanciamento sia già stato interamente effettuato dal legislatore, l'interesse fondamentale non può che avere la consistenza di un diritto soggettivo anche verso la pubblica amministrazione. // Ma può anche darsi che, per alcuni aspetti, la realizzazione dell'interesse fondamentale, ovvero il grado e le modalità di detta realizzazione, sia fatta dipendere da scelte che implicano (oltre quelle, eventualmente, già effettuate dal legislatore) valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, in relazione alle quali la posizione del privato si profila come posizione di interesse legittimo. // Il diritto e la giustizia sono fatti per le persone e agli appartenenti alla comunità la Costituzione assegna diritti inviolabili e doveri inderogabili, legati dal collante della solidarietà. Il diritto fondamentale vive in una dimensione solidale e richiede spesso l'intervento del potere pubblico a fini di bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali. // Tuttavia, vi è un carattere proprio dei diritti fondamentali in quanto diritti che godono di una copertura costituzionale: la presenza, in essi, di un contenuto minimo, di un contenuto di valore. // Nella misura in cui viene ad essere coinvolto il nucleo minimo essenziale di tali diritti, l'azione della P.A. difetta sin dall'origine di qualsiasi carattere di discrezionalità e si prospetta come un'azione vincolata, sicché la posizione del privato si configura come di diritto soggettivo pieno, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione. // Quando viene in gioco tale nucleo essenziale, il diritto alla salute si presenta come diritto soggettivo assoluto e primario, insuscettibile di qualsivoglia compressione e limitazione da parte così del legislatore ordinario come pure (e a maggior ragione) della P.A. La P.A. deve altresì ritenersi carente di discrezionalità in tutti quei casi in cui il bene salute, anche al di là della tutela del suo nucleo essenziale, risulta conformato dal legislatore ordinario senza lasciare in sede applicativa ulteriori margini di bilan-

sia a fronte di atti amministrativi asseritamente prefigurati dal legislatore come vincolati, ma del tutto indipendentemente – qui sarebbe l'elemento di novità – dal criterio, sino ad allora per lo più condiviso dalla giurisprudenza, dello “scopo della norma” (privatistico o pubblicistico)²⁸.

E non è certo un mero caso, a questo riguardo, che il 3 ottobre 2022, quindi appena quattro giorni prima l'ordinanza della Cassazione di cui da ulti-

ciamento con l'interesse pubblico».

Una tale impostazione sembra diversa da quella proposta da M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2018, 198 e ss., laddove l'Autrice assegna al giudice amministrativo le controversie che *ab origine* involgono la discrezionalità nell'esercizio del potere, mentre riconosce la giurisdizione civile per le controversie che, sempre *ab origine*, involgono fattispecie vincolate.

Peraltro, già con una pronuncia del novembre del 2020, le Sezioni Unite avevano riconosciuto la giurisdizione del giudice civile rispetto ad una controversia concernente l'impugnazione di un atto di revoca della patente di guida che il Prefetto, ai sensi dell'art. 120, comma 2, del d.lgs. n. 285 del 1992, come risultante da Corte cost., 15 maggio 2020, n. 89, «può», senza più automatismo, adottare nei confronti di persone attinte da una misura di prevenzione disposta dal Questore ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 159 del 2011, motivando, tra l'altro, nel senso per cui l'atto in questione «incide direttamente su una modalità di esercizio» – quindi: su una “proiezione”... – di una libertà fondamentale, quale la circolazione» e per cui il giudice civile sarebbe «il giudice naturale dei diritti fondamentali».

28 Cass., Sez. Un., ord. 29 settembre 2022, n. 28429. La questione riguardava un conflitto negativo di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo in ordine alla giurisdizione sulle controversie concernenti l'obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. Affermano le Sezioni Unite: «La giurisdizione spetta [...] al giudice ordinario, in quanto, alla luce del *petitum* sostanziale della promossa azione giudiziaria, la situazione di diritto soggettivo rivendicata dall'A.A. – ossia di continuare ad esercitare la professione sanitaria di fisioterapista, nonostante l'inadempimento all'obbligo vaccinale – non è intermedia dal potere amministrativo, ma soffre di limiti e condizioni previste esaustivamente dalla legge; e, del resto, immediatamente e direttamente contro le stesse disposizioni della fonte di rango primario, impositiva di detto obbligo, l'istante rivolge le proprie doglianze di “inefficacia” e di “illegittimità”. // Trova, dunque, evidenza – come anche posto in risalto nelle conclusioni scritte del Pubblico Ministero – la consolidata giurisprudenza di questa Corte regolatrice secondo cui appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all'esercizio di poteri di natura discrezionale (tra le altre, Cass., S.U., 25 settembre 2017, n. 22254; Cass., S.U., 11 maggio 2018, n. 11576; Cass., S.U., 28 maggio 2020, n. 10089; Cass., S.U., 14 marzo 2022, n. 8188). // In particolare, al fine di cogliere la differenza tra le situazioni, entrambe di carattere sostanziale, di diritto soggettivo ed interesse legittimo – che è pur sempre rilevante e necessaria ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in controversie (come quella in esame) in cui non si verte in ipotesi di giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a. –, occorre far riferimento al “dato distintivo per il quale in presenza di un potere discrezionale la situazione giuridica di cui è titolare il soggetto privato

mo si è detto, il Consiglio di Stato, richiamando la propria Adunanza plenaria n. 8 del 2008, nonché Corte cost., n. 127 del 2008, per cui sarebbe «un ‘postulato privo di qualsiasi fondamento’ il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo», aveva affermato la giurisdizione amministrativa di legittimità sulle controversie aventi ad oggetto l’impugnazione dell’atto amministrativo – asseritamente vincolato – di accertamento dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale, che determina(va) l’immediata so-

è di interesse legittimo” (così Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436). // L’interesse legittimo – come ancora precisato dalla citata Cass., S.U., n. 23436 del 2022 (cfr. il relativo p. 10) – si differenzia dal diritto soggettivo “per il fatto che l’acquisizione o la conservazione di un determinato bene della vita non è assicurata in modo immediato dalla norma, che tutela appunto in modo diretto l’interesse pubblico, bensì passa attraverso l’esercizio del potere amministrativo. // La norma è attributiva del potere quando conferisce all’autorità amministrativa la potestà di scelta discrezionale in ordine alla disposizione degli interessi e alla fissazione del precetto giuridico. // Se invece il diritto sostanziale è stato fissato dalla legge con la preventiva definizione della gerarchia degli interessi, il rapporto giuridico che viene così instaurato attiene a diritti soggettivi e l’autorità amministrativa può all’occorrenza essere preposta alla vigilanza circa l’osservanza del precetto giuridico o a darvi attuazione. // La norma attributiva del potere offre, in definitiva, al titolare dell’interesse legittimo una tutela strumentale, mediata attraverso l’esercizio del potere, anziché finale, come accade per il diritto soggettivo. Di fronte al potere discrezionale non vi è possibilità di ascrivere in modo immediato e diretto il vantaggio o bene della vita alla sfera giuridica del soggetto privato, ciò che caratterizza, al contrario, la struttura del diritto soggettivo. // Diversa è la situazione, invece, nel caso in cui il potere sia vincolato in tutti i suoi elementi dalla norma giuridica”. // Nel caso di specie, nessun potere discrezionale è attribuito alla pubblica amministrazione nella conformazione del diritto all’esercizio della professione sanitaria, il cui svolgimento – e, dunque, il suo pieno dispiegarsi come posizione soggettiva piena e immediatamente tutelabile – viene sospeso temporaneamente in ipotesi di inadempimento dell’obbligo vaccinale in forza delle previsioni dettagliatamente recate dalla fonte legislativa (D.L. n. 44 del 2021, art. 4, convertito, con modificazioni, nella L. n. 76 del 2021), le quali [...] stabiliscono una scansione procedimentale [...] alla quale la stessa pubblica amministrazione [...] deve soltanto dare mera attuazione. È la legge che, nella specie, ha risolto, di per sé, il conflitto tra gli interessi in gioco, di eminente rilievo costituzionale, dando prevalenza al diritto alla salute (individuale e – soprattutto – collettiva) rispetto a quello al lavoro e, al tempo stesso, dettato termini, modalità ed effetti dell’azione amministrativa, la quale deve esercitarsi, quindi, su un binario che non consente scelte discrezionali espressione del potere pubblico. // La ASL è tenuta unicamente ad accertare il compimento di una fattispecie legale specificamente regolata, ossia che – nei termini stabiliti dalle stesse disposizioni di legge – si sia determinato il “fatto” dell’inadempimento all’obbligo vaccinale e darne, quindi, attestazione e comunicazione [...]. // Da tale atto, di mera verifica dell’essersi determinato il “fatto” dell’inadempimento all’obbligo imposto dalla legge [...] discende, in modo automatico e senza alcun apprezzamento discrezionale di sorta, la sospensione del sanitario dall’esercizio della (libera) professione, che l’Ordine è, a sua volta, tenuto a comunicare al proprio iscritto. // Anche là dove la legge consente l’esonero dall’obbligo vaccinale o il suo differimento non trova evidenza l’esercizio del potere autoritativo discrezionale, bensì – come rilevato dal pubblico ministero nelle proprie conclusioni scritte – una “mera discrezionalità tecnica necessaria per riscontrare se sussista o meno l’unica causa codificata di esonero dall’obbligo vaccinale (id est l’accertato pericolo per la salute)”, la cui certificazione, sollecitata dall’interessato, deve provenire, peraltro,

spensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, adottato ai sensi del comma 4 dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, giacché, ad avviso del massimo consesso di giustizia amministrativa, il comma 1 del medesimo articolo dichiaratamente stabiliva che lo scopo della norma è pubblicistico: «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»²⁹. Lo stesso Consiglio di Stato ha poi cercato, per quanto ha potuto, di mantenere ferma questa posizione, e lo ha fatto «[n]onostante il contra-

non direttamente dalla medesima amministrazione agente, ma dal medico di medicina generale [...]. È, dunque, la stessa legge – all'esito del bilanciamento da essa stessa effettuato tra i diritti fondamentali implicati e, come detto, raggiunto in termini di prevalenza del diritto alla salute su quello al lavoro – ad avere assunto su di sé e regolato ogni aspetto riferibile all'attività provvedimentale e autoritativa della pubblica amministrazione incidente sul diritto risultato compreso, non lasciando ad essa margini di discrezionalità nell'esercizio del potere, affatto vincolato rispetto alla posizione di diritto soggettivo vantata dall'A.A., quale esercente la libera professione sanitaria di fisioterapista».

29 Cons. St., III, 3 ottobre 2022, n. 8434. La sentenza prosegue in questi termini: «Oltre a questa decisiva considerazione, va rilevato che – per la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 24 maggio 2008 – sussiste la giurisdizione amministrativa a maggior ragione quando la legge abbia attribuito alla pubblica amministrazione un potere volto a tutelare gli interessi pubblici. // In tal senso, le disposizioni contenute nell'art. 4 del D.L. n. 44 del 2021 hanno mirato a tutelare il diritto alla salute, che ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione la Repubblica deve tutelare “come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”. // Infatti, il comma 1 dell'art. 4 ha disposto l'obbligo vaccinale “al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”. // Dunque il ‘diritto’ dell'interessato a svolgere liberamente un'attività professionale, ovvero un'attività lavorativa intellettuale di rilievo economico, ai sensi degli articoli 4 e 41 della Costituzione, oltre ad essere sottoposto all'esame di Stato ai sensi dell'articolo 43, quinto comma, viene conformato e limitato dalla legge affinché non si svolga, secondo la previsione dell'art. 41, secondo comma, “in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute”, oltreché “all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. // Come avviene in presoché tutti i settori nei quali gli atti autoritativi incidono su attività riconducibili all'esercizio di ‘diritti’, le posizioni correlative sono di interesse legittimo, che costituisce il diaframma intercorrente tra l'atto autoritativo e la sfera giuridica del suo destinatario (Cons. St., sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257). // Rilevano anche le considerazioni poste a base della sopra citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2008, per la quale “anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo”. // Per quanto attiene all'obbligo di vaccinazione contro il virus Sars-CoV-2 per il personale sanitario, come ha già chiarito la sentenza n. 7045 del 20 ottobre 2021, infatti, tutti gli atti della sequenza procedimentale introdotta e disciplinata dall'art. 4 del D.L. n. 44 del 2021, “a fronte di un potere vincolato, per l'amministrazione, ai presupposti determinati dalla legge e vincolante per i destinatari”, sono egualmente lesivi per la sfera giuridica dei ricorrenti che, si badi, non lamentano soltanto una violazione del loro diritto al lavoro e alla retribuzione (art. 36 Cost.), ma una violazione diretta, e radicale, anche del loro fondamentale diritto ad au-

rio, e autorevole, avviso» delle Sezioni Unite (del quale era venuto nel frattempo a conoscenza), in successive occasioni: Sez. III, 5 dicembre 2022, n. 10648 e Sez. III, 22 marzo 2023, n. 2916.

In sintesi, sembra potersi affermare che, in base allo stato attuale della giurisprudenza delle Sezioni Unite, il potere amministrativo autoritativo può incidere su situazioni giuridiche soggettive fondamentali, cioè su quelli che in questa sede sono stati chiamati interessi legittimi “fondamentali”, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie, soltanto se – in positivo – esso abbia carattere discrezionale oppure ricorra una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e – in negativo, rispetto ad entrambe questa due evenienze – non venga inciso il *core* o il nocciolo duro della situazione giuridica soggettiva fondamentale³⁰.

todeterminarsi (artt. 2 e 32 Cost.), diritto che, evidentemente, è lesa da tutto il procedimento inteso ad accertare l'inadempimento a tale obbligo, dal principio alla fine, in quanto ogni atto di questo procedimento, indipendentemente dalla maggiore e crescente incisività dei suoi effetti via via che il procedimento avanza, invade la sfera giuridica dei destinatari e l'ambito di autonomia decisionale e, per così dire, dell'*habeas corpus* che essi reclamano. // La Sezione ha riaffermato, come detto, questi principi nella più recente sentenza n. 5014 del 20 giugno 2022 e ad essi intende dare qui continuità, essendosi qui al cospetto di un potere, esercitato dall'autorità sanitaria (e poi attuato dall'Ordine competente), per garantire, attraverso la vaccinazione obbligatoria, il rispetto del fondamentale interesse pubblico ad evitare la diffusione del virus Sars-CoV-2 o, comunque, il propagarsi della malattia nelle sue forme più gravi e addirittura letali».

30 A ciò si deve aggiungere l'ipotesi, già vista sopra, di condotte della p.a. asseritamente materiali. Un catalogo abbastanza aggiornato delle ipotesi in cui sussisterebbe la giurisdizione del giudice civile per controversie contro la pubblica amministrazione che involgano il diritto alla salute, è fornito da Cass., Sez. Un., ord. 13 aprile 2023, n. 9837, concernente uno studente che aveva chiesto il risarcimento del danno al giudice civile perché il consiglio dei docenti lo aveva immotivatamente escluso dalla partecipazione ad una gita scolastica ad Amsterdam, cagionandogli, in una con altre condotte asseritamente discriminatorie, una compromissione alla sua salute psico-fisica: «Il riparto della giurisdizione in tema di diritto alla salute è – per diritto vivente – soggetto a tre principi: // una regola, un'eccezione ed un'eccezione all'eccezione (che ovviamente fa risorgere la regola). // La regola è che la domanda di risarcimento del danno da lesione della salute spetta al giudice ordinario, in quanto avente ad oggetto un diritto soggettivo. // L'eccezione è che è la suddetta domanda è devoluta al giudice amministrativo in caso di giurisdizione esclusiva. // L'eccezione all'eccezione è che anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, del danno alla salute conosce il giudice ordinario quando la lesione è causata da meri comportamenti materiali».

Un altro simile esempio di questo modo di ragionare delle Sezioni Unite, particolarmente significativo perché riguarda situazioni giuridiche soggettive che rinvengono i propri referenti costituzionali (quantomeno) nell'art. 2, nell'art. 3, commi 1 e 2, nell'art. 34, commi 1, 2 e 3 e nell'art. 38, comma 3, Cost., è quello dei piani educativi individualizzati in ambito scolastico (artt. 12 e ss. della l. n. 104 del 1992 e varie altre disposizioni normative). Allo stato attuale della giurisprudenza delle Sezioni Unite, sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo per

Le stesse Sezioni Unite, peraltro, con la più recente ord. del 30 giugno 2023, n. 18540, che pure richiama il suo pronunciamento del luglio del 2022, sembrano aver assunto posizioni un poco meno rigide, ma in relazione ad una vicenda del tutto particolare³¹.

le controversie che insorgano sino al momento della formalizzazione del p.e.i., mentre sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie successive a tale momento. Le ragioni di questa “frantumazione” della giurisdizione sarebbero da ravvisare, a seconda delle varie pronunce (la capostipite è rappresentata da Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011), nella carenza di discrezionalità dell'amministrazione scolastica nella fase di attuazione del p.e.i., di modo che la stessa amministrazione si ritroverebbe a svolgere un'attività del tutto vincolata, nella natura “fondamentale” e “incomprimibile” del diritto dello studente disabile e anche, laddove vengano prospettate, nella necessità di rimuovere discriminazioni, dirette o indirette, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 67 del 2006.

Per una efficace e puntuale critica di questo orientamento delle Sezioni Unite cfr., oltre a R. GIANI, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione*, in *La giurisdizione plurale: giudice e potere amministrativo*, cit., 209 e ss., M. RAMAJOLI, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 275 e ss.: «Alla luce di quanto illustrato, allo stato non è affatto pacifico a quale giurisdizione si debbano rivolgere i genitori del disabile per ottenere tutela. // Questa incertezza, che impedisce un pieno e soddisfacente accesso alla giustizia da parte delle persone disabili, è dovuta in parte a un difetto di coordinamento tra testi normativi, in parte a un modo di interpretare i criteri di riparto della giurisdizione differente a seconda dei diversi plessi giurisdizionali. [...] // In questo contesto normativo, ad alto rischio di sovrapposizione delle fattispecie, non vi è concordia sul criterio di riparto della giurisdizione da adottare, che talvolta viene fondato sulla distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata della pubblica amministrazione, talaltra sulla riconduzione della vertenza ad una specifica materia. Né, in via subordinata, è chiaro se il criterio di riparto della giurisdizione basato sulla riconduzione della vertenza ad una specifica materia faccia riferimento alla materia dei pubblici servizi oppure alla materia delle discriminazioni indirette. // Come illustrato, il più recente orientamento delle sezioni unite della Cassazione spezza in due la tutela giurisdizionale: attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato, mentre demanda alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie insorte dopo l'adozione del piano. Il criterio di riparto viene fatto poggiare sul carattere vincolato o meno dell'attività svolta dall'amministrazione, dal momento che la Cassazione ritiene che a seguito dell'emanazione del piano venga meno il potere discrezionale dell'amministrazione. // Tuttavia, non tutta giurisprudenza amministrativa segue questo nuovo criterio di ripartizione della giurisdizione, ma continua ad abbracciare il primigenio criterio che devolve al giudice amministrativo ogni controversia in materia. Molteplici e condivisibili le ragioni addotte, che sono collocabili su piani differenti, di natura vuoi sostanziale, vuoi processuale: dalla permanenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione anche a seguito dell'adozione del piano alla piena conciliabilità tra potere amministrativo e diritti fondamentali, per arrivare alla necessità di rispettare il principio generale di concentrazione della tutela giurisdizionale, precipitato diretto del principio d'effettività della tutela stessa. // Si rende oltremodo opportuno un riallineamen-

6. Ancora sulla posizione della Corte costituzionale

Ciò fermo, colpisce come la stessa Corte costituzionale, con tre pronunce del 2023, sembrerebbe aver condiviso, rispetto alla giurisdizione sulle controversie concernenti le così dette vaccinazioni obbligatorie per il personale esercente le professioni sanitarie, sia le tesi delle Sezioni Unite, sia quelle del Consiglio di Stato. Le quali, però, come si è visto, si pongono tra loro in irrimediabile contrasto.

to tra le due giurisdizioni. Le incertezze in ordine al riparto della giurisdizione sono sempre defatiganti per il privato cittadino, ma possono diventare addirittura odiose in ragione degli interessi in gioco, come è nel caso di specie».

31 La fattispecie riguardava una controversia in cui erano stati convenuti il Governo della Repubblica italiana in persona del Presidente del Consiglio, il Ministero della Salute, B.B. e D.D. davanti al Tribunale di Roma per ottenere l'accertamento che “la situazione di emergenza sanitaria verificatasi nel nostro Paese nel periodo febbraio giugno 2020 e che si prolunga sin ad ora, a seguito della pandemia COVID-19, è stata causata, esclusivamente, dalla inescusabile *mala gestio* colposa e/o dolosa del sistema sanitario nazionale posta in essere da parte dei convenuti” e che questi “hanno attuato misure di coartazione dei diritti fondamentali dei ricorrenti pur consapevoli della loro irrilevanza ed inutilità”, nonché per l'ulteriore accertamento che “i comportamenti negligenti complessivi sia con riferimento alla gestione sanitaria sia con riferimento alle altre misure collaterali... si sono posti in diretto ed esclusivo nesso causale con i danni patiti dagli attori in quanto hanno determinato la necessità di ricorrere a misure straordinarie di contenimento che sarebbero state, altrimenti, inutili e comunque illogiche, illegittime, anticostituzionali”, chiedendo conseguentemente la condanna in solido del Governo, del convenuto Ministero, e altresì di B.B. e D.D. “quali persone fisiche ove fosse accertata loro colpa grave ovvero dolo”, a risarcire i derivati danni non patrimoniali. Affermano le Sezioni Unite: «Le argomentazioni schierate dai controricorrenti e che il Procuratore Generale ha fatto proprie, non senza approfondimenti in relazione a più recenti arresti, sono condivisibili. // Quel che viene attribuito ai convenuti, infatti, quale fonte della lesione delle posizioni degli attori, è *ictu oculi* l'esercizio di potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione in ordine al fronteggiare l'epidemia e, a monte, a governare il sistema del servizio sanitario nazionale. // Né, ovviamente, una sorta di “estrazione” delle persone fisiche (qui, chi rivestiva il ruolo di Presidente del Consiglio dei Ministri e chi rivestiva il ruolo di Ministro della Salute) dagli enti che hanno esercitato tale potere può consentire di trasformare quel che è stato, *sine dubio*, esercizio del potere amministrativo in meri comportamenti che sarebbero entrati direttamente in frizione con i diritti soggettivi dei cittadini, cagionandone lesioni presentate come fonte della domanda risarcitoria. Si tratta, infatti, di una artificiosa scissione dell'ente dalla persona fisica *pro tempore*, naturalmente non accettabile in quanto, se la si consentisse, verrebbe a privare la persona giuridica della sua soggettività effettiva e completa e, parallelamente, a gravare illegittimamente e prima ancora irragionevolmente chi la rappresenta *pro tempore* di quel che è responsabilità diretta di un ente pubblico. // L'evidente ricorrenza della giurisdizione amministrativa in un caso come quello in esame è stata effettivamente già riconosciuta in analoghe controversie precedenti da questo giudice del riparto. Invero, la fonte delle pretese lesioni del diritto alla salute degli attori non è identificabile altro che nell'esercizio del potere amministrativo relativo alla struttura del servizio sanitario nazionale e comunque a quanto si correla alla tutela dalle epidemie, esercizio che è stato svolto dai convenuti nelle varie modalità che sono state evidenziate – e sono state quindi riportate – nel presente ricorso, senza pertanto fuoriuscire dall'ambito di un potere da un lato e dall'altro senza entrare in una condizione di inattività, ovvero senza integrare le due

Così, con le sentenze n. 15 e n. 16 del 9 febbraio 2023, la Consulta ha dichiarato inammissibile, per manifesta carenza di giurisdizione del giudice *a quo*, la questione di legittimità costituzionale, sollevata da vari tribunali amministrativi regionali, del già menzionato art. 4, commi 1 e 4, del d.l. n. 44 del 2021, e lo ha fatto richiamando e condividendo proprio il precedente delle Sezioni Unite del settembre del 2022 di cui si è detto poco sopra: in particolare, con la pronuncia n. 15 del 2023, la Corte costituzionale ha misconosciuto la giurisdizione del giudice *a quo* perché ha ritenuto che l'atto asseritamente vincolato di sospensione dal servizio fosse riconducibile a quelli adottati dal datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di impiego pubblico privatizzato³²; con la pronuncia

fattispecie che, alla luce anche delle più recenti pronunce di queste Sezioni Unite, condurrebbero al giudice ordinario. // Oltre agli arresti correttamente invocati, dunque, dal Procuratore Generale e qui condivisi, si è posta sulla medesima linea S.U. ord. 26 settembre 2022 n. 28022, che riconosce la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in un caso in cui era stato impugnato un provvedimento di un'Asl che, nell'ambito delle misure discrezionali dirette a contrastare la diffusione della pandemia Covid-19, aveva disposto l'isolamento domiciliare di sportivi professionisti contagiati anziché il cd. "isolamento in bolla", traducibile "in un divieto al regolare svolgimento dei campionati che solo indirettamente incide sul peculiare assetto degli interessi, individuali e collettivi, coinvolti". // Significativo è, d'altronde, il recente intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 14/2023, la quale, affrontando questione di legittimità costituzionale in ordine a normativa prevedente l'obbligo vaccinale in relazione al Covid per i sanitari, ha affermato che una siffatta "scelta tra le possibili opzioni" offerte dalla scienza nel momento storico "è esercizio di discrezionalità politica che, nei limiti della sua ragionevolezza e proporzionalità, non può essere sostituita". // In conclusione, se il pregiudizio prospettato deriva da provvedimenti adottati nello svolgimento di un pubblico servizio vale la giurisdizione amministrativa come già sopra evidenziato; e la natura di tutti gli atti rilevanti sopra riportata, come presente nel ricorso e tratta dall'atto di citazione, *ictu oculi* non è idonea a escluderli da tale ambito. // Si deve pertanto risolvere il regolamento dichiarando la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo con ogni conseguenza di legge».

32 Nella sentenza 9 febbraio 2023, n. 15, si legge quanto segue: «Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lombardia con l'ordinanza iscritta al n. 86 del registro ordinanze 2022 sono inammissibili. Il Tribunale rimettente, invero, disattendendo la contraria eccezione proposta dai resistenti, ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto, pur rientrando il rapporto di lavoro dedotto nel giudizio *a quo* nell'ambito dell'impiego pubblico privatizzato, il *petitum* sostanziale della controversia contesta l'effetto legale automatico conseguente all'esercizio del potere vincolato di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, ovvero l'immediata sospensione dal servizio senza la previsione di una retribuzione, ancorché ridotta, e senza l'attribuzione di adeguate misure di sostegno. Pertanto, ad avviso del TAR, pur a fronte di un'attività amministrativa priva di margini di valutazione discrezionale, quale quella delineata dalla disciplina in oggetto a tutela dell'interesse pubblico, si configurerebbe una situazione soggettiva di interesse legittimo del privato, tale da radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

// Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il difetto di giurisdizione del giudice *a quo* determina l'inammissibilità delle questioni, per difetto di rilevanza, quando sia palese e ri-

n. 16 del 2023, invece, non venendo in considerazione alcun rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, lo ha fatto attraverso un rinvio *tout-court* all'ordinanza delle Sezioni Unite 29 settembre 2022, n. 28429³³.

Ma, tutto al contrario, la medesima Consulta, con la sentenza n. 14 dello stesso giorno, e cioè il 9 febbraio 2023, si è pronunciata nel merito sulla questione di legittimità costituzionale sempre dell'art. 4, commi 1 e 4, del d.l. n. 44 del 2021, sollevata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Si-

levabile *ictu oculi* (*ex plurimis*, sentenze n. 79 del 2022, n. 65 e n. 57 del 2021, n. 267 e n. 99 del 2020, n. 189 del 2018, n. 106 del 2013 e n. 179 del 1999). // Qualora sussista l'evidenza del vizio, o nel giudizio *a quo* siano state sollevate specifiche eccezioni a riguardo, come nel caso di specie, è richiesta al giudice rimettente una motivazione esplicita (sentenze n. 65 del 2021 e n. 267 del 2020), rispetto alla quale spetta a questa Corte una verifica esterna e strumentale al riscontro della rilevanza delle questioni (sentenze n. 24 del 2020, n. 52 del 2018 e n. 269 del 2016). // Orbene, la motivazione, alla stregua della quale il rimettente ha ritenuto di disattendere l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, non supera il vaglio della non implausibilità al quale si attiene questa Corte in relazione alla verifica della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale. // Invero, nel giudizio principale è stato chiesto l'annullamento degli atti di accertamento del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale e di sospensione dal lavoro adottati, nei confronti di una operatrice sociosanitaria, da un'azienda sanitaria pubblica. Come riconosciuto dallo stesso TAR rimettente, i provvedimenti in questione sono stati emessi nell'ambito di un rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, in relazione al quale la giurisdizione spetta, in via generale, al giudice ordinario. In particolare, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario qualora la domanda del dipendente pubblico, individuata sulla base del *petitum* sostanziale in funzione della *causa petendi*, miri alla tutela di posizioni giuridiche soggettive afferenti al rapporto di lavoro, asseritamente violate da atti illegittimi, tra cui un atto di sospensione dal servizio. Del resto, le sezioni unite civili della Corte di cassazione, con ordinanza 29 settembre 2022, n. 28429, hanno affermato, in un caso analogo a quello in questa sede in esame, che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'annullamento dell'atto di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria per mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del D.L. n. 44 del 2021, come convertito, venendo primariamente in rilievo il diritto soggettivo a continuare ad esercitare la professione sanitaria. // In conformità a tale orientamento, l'evidente carenza di giurisdizione del giudice rimettente comporta l'inammissibilità delle questioni sollevate dal TAR Lombardia». Le argomentazioni di questa pronuncia, come si vede, impingono sulla circostanza per cui l'atto vincolato sarebbe inquadrabile nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego privatizzato, come manifestazioni di esso.

33 Diverso, come si dice nel testo, è l'impianto argomentativo di Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 16, giacché, in tal caso, ad essere attinta dal medesimo atto asseritamente vincolato era stata una psicologa, iscritta all'Ordine professionale, esercente la professione in forma autonoma. Afferma la Consulta: «In punto di rilevanza, il TAR riferisce che l'Ordine professionale, parte resistente nel giudizio principale, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito. Tale eccezione, secondo il rimettente, sarebbe priva di fondamento, perché l'Ordine ha esercitato un potere autoritativo di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 del codice del processo amministrativo. // La motivazione dell'ordinanza di rimessione in ordine all'eccepito difetto di giurisdizione non supera il vaglio della non implausibilità, al quale si attiene questa Corte in relazione alla verifica della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, venendo in rilievo, nel giudizio

ciliana, affermando, quanto alla sussistenza della giurisdizione del giudice *a quo*, che «N[on] sussistono dubbi sulla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto nel giudizio a quo è impugnato il provvedimento del Rettore e del Direttore generale dell'università con il quale si subordinava alla somministrazione vaccinale anti COVID-19 la prosecuzione dei tirocini di area medico-sanitaria in presenza all'interno delle strutture sanitarie».

A questo riguardo, occorre porre in evidenza, rispetto alle pronunce n. 15 e n. 16, che il rapporto tra gli studenti tirocinanti e le strutture ove essi prestano la propria attività non è contemplato né tra i rapporti di pubblico impiego contrattualizzato, né tra i rapporti di lavoro autonomo di soggetti appartenenti ad ordini professionali, né tra i rapporti di impiego in regime di diritto pubblico dall'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, le cui controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e ancora che non risulta che sussista alcuna altra ipotesi di giurisdizione esclusiva al riguardo. Del resto, in questa sentenza, la Corte costituzionale non ha operato riferimento ad alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice *a quo*.

In conclusione, a fronte del medesimo atto (amministrativo?), si configurerebbero, in due casi, diritti “fondamentali”, con giurisdizione per le relative controversie del giudice ordinario, mentre, in un altro caso, si configurerebbero

principale, il diritto soggettivo a continuare a esercitare la professione sanitaria. // Le sezioni unite civili della Corte di cassazione, infatti, con ordinanza 29 settembre 2022, n. 28429, hanno confermato la sussistenza della giurisdizione ordinaria proprio in relazione all'impugnazione, da parte di un fisioterapista libero professionista, del provvedimento con cui l'Ordine professionale territorialmente competente lo ha sospeso dall'esercizio della professione sanitaria, per mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale. // In tale pronuncia la Corte di cassazione ha ritenuto che appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui viene in rilievo un diritto soggettivo – nella specie, quello ad esercitare la professione sanitaria – non intermedio dall'esercizio del potere amministrativo. Lo svolgimento dell'attività libero professionale, infatti, “viene sospeso temporaneamente [...] in forza delle previsioni dettagliatamente recate dalla fonte legislativa, che pone un requisito la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 per l'esercizio della stessa”. // È evidente, pertanto, la carenza di giurisdizione del rimettente sulla controversia relativa alla sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, che – come sottolineato dalla richiamata ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione – “discende, in modo automatico” dall'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, configurato come “requisito essenziale” imposto dalla legge a tutela della salute pubblica e della sicurezza delle cure. // Per tale ragione, le questioni vanno dichiarate inammissibili».

interessi legittimi che ben potrebbero definirsi, anch'essi, "fondamentali", con giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per le relative controversie.

7. Su talune controversie di diritto pubblico, anche concernenti interessi legittimi "fondamentali", devolute alla giurisdizione del giudice ordinario da parte del legislatore

Fermo quanto rilevato ai paragrafi che precedono, occorre notare come vi siano numerose controversie, indubabilmente di diritto pubblico, e con riferimento alle quali, ancora una volta, ben potrebbero postularsi interessi legittimi "fondamentali", che vengono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario direttamente da parte del legislatore: ne rappresentano un esempio assai significativo quelle in materia di immigrazione (in senso lato)³⁴.

Circoscrivendo l'esame al d.lgs. n. 286 del 1998³⁵, al d.lgs. n. 251 del 2007³⁶, al d.lgs. n. 25 del 2008³⁷ e al d.lgs. n. 142 del 2015³⁸, può osservarsi come, seppure diverse di tali controversie siano devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo³⁹, molte altre, invece, sono devo-

34 Questa materia è stata oggetto di numerosi contributi, anche monografici, da parte della dottrina amministrativistica. Ai fini del presente contributo, appare opportuno rinviare alla Rivista digitale *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, ove tali contributi, in una con copiosi articoli e saggi, vengono puntualmente richiamati.

35 «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero».

36 «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta».

37 «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato»

38 «Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale».

39 In estrema ed incompleta sintesi, può rilevarsi, con riguardo al d.lgs. n. 286 del 1998, come vengano devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie concernenti i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 4-ter, che disciplina la prorga del visto, dell'art. 5, che disciplina il permesso di soggiorno (con eccezione di quello per motivi familiari: cfr. *infra*), e dell'art. 6, che disciplina le facoltà e gli obblighi inerenti al soggiorno (cfr. lo stesso art. 6, comma 10). Ancora, ai sensi del comma 11 dell'art. 13, sono attribuite alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo le controversie concernenti i provvedimenti di espulsione di cui al comma 1 dello stesso art. 13, cioè quelli che riguardano lo straniero, anche non residente nel territorio dello Stato, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, nonché quelle concernenti l'articolo 9, comma 10, primo periodo, aventi ad oggetto

lute alla giurisdizione del giudice ordinario (talvolta del giudice di pace, talaltra delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea), anche qualora non vengano in considerazione riserve di giurisdizione (sotto il profilo della libertà personale)⁴⁰.

Queste ultime evenienze sembrerebbero dar luogo ad altrettante manifestazioni di così detta “giurisdizione esclusiva” del giudice ordinario. In tali con-

le espulsioni del titolare del permesso di soggiorno UE, per soggiornanti di lungo periodo, per gravi motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, adottate dal Ministro dell'interno. Il giudice amministrativo ha poi giurisdizione, con competenza funzionale del Tar per il Lazio, per le controversie concernenti i provvedimenti di espulsione di cittadini extracomunitari per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 135, comma 1, lett. i), cod. proc. amm.), nonché per le controversie in materia di allontanamento di cittadini comunitari per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico di cui all'articolo 20, comma 1, del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, e successive modificazioni (ai sensi dell'art. 113, comma 1, lett. l), cod. proc. amm.). Ancora, è ammesso ricorso innanzi alla giurisdizione amministrativa di legittimità, ai sensi del comma 2-*sexies* dell'art.13, avverso il provvedimento previsto dal comma 2-*ter* del medesimo articolo (divieto di reingresso nel territorio dello Stato), nonché avverso l'espulsione, per motivi di terrorismo, ai sensi dell'art 3 del d.lgs. n. 144 del 2005. Infine, l'art. 18, comma 1, lett. c), n. 2), del d.l. n. 69 del 2023 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 103 del 2023), ha inserito il comma 1-*bis* nell'art. 10 del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale – sconfessando un orientamento pacifico delle Sezioni Unite – dispone che «*Contro i provvedimenti di respingimento alla frontiera di applicazione immediata adottati ai sensi del comma 1 è ammesso ricorso al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio di polizia di frontiera che ha disposto il respingimento*». Il giudice amministrativo, da ultimo, pur nel silenzio della legge, è munito di giurisdizione (generale di legittimità) per le controversie concernenti le misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali (art. 20 del d.lgs. n. 286 del 1998), nonché, per espressa previsione normativa, per quelle in materia di riduzione o revoca delle condizioni di accoglienza ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 142 del 2015.

40 Ai sensi del d.lgs. n. 150 del 2001, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, con rito semplificato di cognizione, le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, di espulsione per gravi motivi di pubblica sicurezza dei cittadini stranieri in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, nonché di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, di espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea, di accertamento dello stato di apolidia, di diniego o revoca dei permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, di opposizione al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare.

Ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 13 del 2017 sono rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario, con cognizione delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'unione europea, le seguenti controversie in materia di: a) [...] mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30; b) [...] impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per

troversie, cioè, la pubblica amministrazione agisce senza dubbio come «amministrazione-autorità», spesso è chiamata a compiere ampie e complesse valutazioni discrezionali (anche tecniche), ma, ciò nondimeno, delle medesime controversie conosce il giudice ordinario. Nonostante la Corte costituzionale abbia più volte affermato che la tutela dell'interesse legittimo è riservata al giudice amministrativo⁴¹.

È vero, peraltro, che, in passato, la stessa Corte costituzionale ha avallato un tale modo di operare del legislatore⁴², ma è altrettanto vero che, come si è

motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, ovvero per i motivi di cui all'articolo 21 del medesimo decreto legislativo, nonché per i procedimenti di convalida dei provvedimenti previsti dall'articolo 20-ter del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30; c) [...] impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, anche relative al mancato riconoscimento dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'articolo 32, comma 3, del medesimo decreto legislativo, per i procedimenti per la convalida del provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento del richiedente protezione internazionale, adottati a norma dell'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, e dell'articolo 10-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come introdotto dal presente decreto, nonché dell'articolo 28 del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, nonché per la convalida dei provvedimenti di cui all'articolo 14, comma 6, del predetto decreto legislativo n. 142 del 2015; d) [...] rifiuto di rilascio, diniego di rinnovo e di revoca del permesso di soggiorno per protezione speciale nei casi di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25; d-bis) [...] rifiuto di rilascio, di diniego di rinnovo e di revoca dei permessi di soggiorno di cui agli articoli 18, 18-bis, 19, comma 2, lettere d) e d-bis), 20-bis, 22, comma 12-*quater*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; e) [...] diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'articolo 30, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; e-bis) [...] impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013; accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

41 Corte cost., 12 luglio 1979, n. 100; Id., 10 dicembre 1981, n. 185

42 Il riferimento è a Corte cost., ord. 18 dicembre 2001, n. 414, che ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 10, e 13, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., sollevata da un Tar, nella parte in cui non devolvono ad un unico giudice, segnatamente al giudice amministrativo, le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia, posto che l'art. 6, comma 10, per le controversie in tema di regolarizzazione, da parte del Questore, del permesso di soggiorno, prevede la giurisdizione amministrativa, mentre l'art. 13, comma 8, per le conseguenti controversie concernenti le espulsioni disposte dal Prefetto, per mancata regolarizzazione del permesso di soggiorno, prevede la giurisdizione del giudice ordinario: «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annulla-

visto, a muovere dal filone inaugurato dalla successiva sentenza n. 204 del 2004, il criterio sostanziale di riparto di giurisdizione sembra essere mutato (controversie di diritto pubblico /controversie di diritto privato): eppure, è come se le fattispecie richiamate nelle note a piè di pagina che precedono presupponessero che il giudice naturale delle controversie di diritto pubblico, proprio laddove

re un atto della Pubblica Amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali (sent. n. 275 del 2001); // che, allo stesso modo, rientra nella discrezionalità del legislatore, ripartire, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, la giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario, conferendo anche un eventuale potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge (si veda l'ord. n. 165 del 2001); // che il provvedimento prefettizio di espulsione di un cittadino extracomunitario dal territorio nazionale è ben diverso dagli altri provvedimenti in ordine al permesso di soggiorno (art. 5 del D.Lgs. n. 286 del 1998), attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 6, comma 10, del D.Lgs. n. 286 del 1998), dal punto di vista dei poteri e della discrezionalità esercitata, dei presupposti oggettivi e soggettivi, della sfera dei diritti soggettivi coinvolti e delle esigenze di garanzie (art. 18, comma 2); // che, pertanto, deve escludersi una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero (si vedano sent. n. 105 del 2001; ord. n. 297 del 2001), che si trovi nel territorio nazionale al di fuori dei limiti di vigilanza della frontiera, per la esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera; // che qualunque sia l'interpretazione da dare all'ampiezza della innovazione processuale dell'ambito dei motivi aggiunti come mezzo per impugnare i provvedimenti sopravvenuti, connessi all'oggetto del ricorso originario, adottati tra le stesse parti in pendenza del ricorso stesso, certamente la norma consente un simultaneo processo, con riunione di azioni ed ampliamento dell'ambito originario, ma presuppone sempre che la domanda e l'oggetto nuovi rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo; // che, infatti, non esiste sul piano costituzionale una esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione (non prevista dalla procedura) avanti ad unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione ed al principio di precostituzione del giudice; // che non sono isolate le differenziazioni di tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, secondo le fasi procedimentali e la posizione fatta valere dal privato, come ad esempio nella tutela contro il decreto di espropriazione e la liquidazione della indennità di esproprio; // che non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali, per alcuni atti avanti al giudice ordinario e per altri innanzi al giudice amministrativo, secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria, come sopra rilevato; // che d'altro canto, dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo di permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita». Si tratta, comunque, di una pronuncia anteriore al

più che altrove il potere amministrativo si manifesta in tutta la sua autoritarità, sia il giudice ordinario⁴³.

Peraltro, il fondamento giuridico-razionale di queste scelte del legislatore si appalesa alquanto oscuro, o – come è stato rilevato – affidato ad «una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche»⁴⁴, che però non si riesce ad individuare.

Ad esempio, è arduo comprendere la ragione per cui, nell'ambito dell'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998 (rubricato «*Espulsione amministrativa*»), le espulsioni dello straniero, disposte dal prefetto ai sensi del comma 2, sono suscettibili, ai sensi del comma 8, di ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria (giudice di pace), mentre quelle disposte dal Ministro dell'interno, ai sensi del comma 1 (nonché dell'art. 9, comma 10, primo periodo), sono suscettibili, ai sensi del comma 11, di ricorso davanti al giudice amministrativo (in sede di giurisdizione generale di legittimità e con competenza funzionale del Tar per il Lazio): è vero, infatti, che le espulsioni del Ministro dell'interno vengono disposte per «motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato», e che quindi sono caratterizzate da ampia discrezionalità amministrativa; ma è anche vero che pure le espulsioni prefettizie ben possono esserlo: si consideri che il comma 2, lett. c), si riferisce allo straniero che appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Ancora, se è vero che l'art. 9, comma 10, primo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998 dispone che «Nei confronti del titolare del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, l'espulsione può essere disposta per gravi motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato dal Ministro dell'interno, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro

filone inaugurato con la sentenza n. 204 del 2004, e che lascia assai perplessi quanto al principio di concentrazione delle tutele.

⁴³ Appare, invero, molto più autoritativo un provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato adottato dal Prefetto che non un provvedimento di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica, del tutto indipendentemente dalla circostanza per cui, rispetto a quest'ultima, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁴⁴ S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 592.

degli affari esteri e della cooperazione internazionale e si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13, comma 11», esso stesso, al secondo periodo, dispone che «Quando ricorrono gravi motivi di pubblica sicurezza l'espulsione è disposta dal prefetto. Avverso il provvedimento del prefetto può essere presentato ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. Si applica l'articolo 13, comma 3» (tribunale sede della Sezione specializzata in materia di immigrazione protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea). Le due fattispecie sembrano addirittura sovrapporsi, sia pur in parte, ma con giurisdizioni diverse per le relative controversie⁴⁵.

Dal canto suo, l'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2017, prevede la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico di cui all'art. 20, comma 1, il quale ultimo, a sua volta, si riferisce a limitazioni per motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza e altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

Ma l'art. 8 dello stesso decreto legislativo rimette alla giurisdizione del giudice ordinario (tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea) le controversie avverso il provvedimento di rifiuto e di revoca del diritto di cui agli articoli 6 (diritto di soggiorno fino a tre mesi) e 7 (diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi).

Non risulta affatto chiaro, insomma, quale possa essere – e se vi sia – una *ratio* ispiratrice di queste scelte del legislatore. Al di fuori delle riserve di giurisdizione, infatti, il criterio di riparto impiegato dal legislatore, come è stato osservato, non sembra poter essere rappresentato né dalla dicotomia attività di-

45 Si è parlato, al riguardo, ma con argomentazioni critiche rispetto agli attuali ed incerti confini della giurisdizione amministrativa, di *Maionese impazzita delle giurisdizioni*: così A. LAMORGESE, in *Questione giustizia*, 2021.

screzionale / attività vincolata⁴⁶, perché, così come il giudice ordinario può pronunciarsi su fattispecie ampiamente discrezionali⁴⁷, il giudice amministrativo ben può pronunciarsi su fattispecie asseritamente vincolate⁴⁸; né su una condizione, da parte del legislatore, della teoria dei diritti così detti “indegredabili”, perché vi sono delle controversie, rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo, che attingono in maniera diretta e immediata proprio la posizione sog-

46 Del quale, invece, le Sezioni Unite fanno uso per affermare la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo per le controversie in materia di cittadinanza per naturalizzazione. Nonostante la previsione dell'art. 3 del d.l. n. 13 del 2017, infatti, che per le Sezioni Unite non fonda il riparto di giurisdizione tra le due giurisdizioni, ma semplicemente ripartisce tra i giudici ordinari le relative controversie, secondo le stesse Sezioni Unite le controversie in questione, ai sensi art. 9, co. 1, lett. f), l. 91 del 1992, rientrano nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto atti discrezionali. Cfr., sul punto, sia pur in termini molto critici e che in questa sede non possono condividersi, C. CUDIA, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, in *Dir. imm. citt.*, 2022: «Non è un mistero che le due giurisdizioni diano una diversa rappresentazione del rapporto tra autorità e individuo, che nell'ambito della giurisdizione amministrativa “muove sul piano generale ed *ex parte auctoritatis* dalla correttezza del potere autoritativo, conferito all'autorità, e nell'ambito della giurisdizione ordinaria prende le mosse, sul piano particolare, ed *ex parte subiecti* dalla consistenza della posizione giuridica soggettiva riconosciuta al privato». // La radicale diversità di approccio tra i due giudici ha indotto gli interpreti a ritenere preferibile che le controversie in tema di cittadinanza siano affidate al “giudice naturale della legittimità del potere e, cioè, al giudice amministrativo, chiamato a effettuare la ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, secondi rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti”. // E questa stessa inclinazione, talora, ha addirittura condotto non solo a criticare la “sopravalutazione dell'inviolabilità” dei diritti o la “retorica dei diritti umani”, ma a enucleare la categoria degli interessi legittimi costituzionali o fondamentali, la cui tutela rimarrebbe affidata al giudice amministrativo anche a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo. // Tralasciando la circostanza che la critica alla assolutezza dei diritti fondamentali si pone in contrasto con la disciplina costituzionale e sovranazionale, è chiaro che questa ricostruzione finirebbe per negare la possibilità stessa di una coesistenza tra potere (o tra amministrazione) e diritti, anche qui in evidentissima collisione non solo con il criterio di riparto tra le giurisdizioni prefigurato dalla Costituzione ma, ancora più in alto, con i principi costitutivi dello stato di diritto (tra tutti legalità e priorità della persona). // Non può che ribadirsi che il sindacato giurisdizionale deve dipendere solo ed esclusivamente dai contenuti della situazione giuridica azionata nella misura e nei limiti in cui essa trova riconoscimento dalla norma che attribuisce e disciplina il potere dell'amministrazione. // Una impostazione di questo tipo è irrinunciabile in un ambito così sensibile, nel quale si impongono non solo le ragioni (assolute) della legalità e della giustiziabilità, ma anche quelle dell'inclusione e del pluralismo. // Se, dunque, il procedimento per l'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione non coinvolge un potere connotato da discrezionalità politica-amministrativa ma si appoggia (al più) su concetti elastici o indeterminati, ciò di cui si discuterà in giudizio sarà la sussistenza o meno dei requisiti fissati dalla legge e – in parallelo – la sussistenza o meno della pretesa (del diritto) del richiedente a ottenere il relativo provvedimento: correlativamente, di tali controversie dovrebbe occuparsi, appunto, il giudice dei diritti».

gettiva annoverabile tra quelle indegradabili⁴⁹; né – come è stato proposto in dottrina – su altri assunti, i quali, però, sembrano riferirsi più a questioni di politica del diritto, che non a questioni prettamente giuridiche, giacché, rispetto alle ipotesi nelle quali ricorre la giurisdizione amministrativa, pongono l'accento su «ponderazion[i] comparativ[e]» – effettuate dallo stesso giudice amministrativo – «di un interesse pubblico primario in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, *secondari* rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti»⁵⁰.

47 Si pensi alle controversie, in buona parte non concernenti riserve di giurisdizione, rimesse alla cognizione delle Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea: sembra sufficiente, ad esempio, la lettura degli artt. 26 e ss. del d.lgs. n. 25 del 2008 per rendersi conto di come l'attività delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale siano caratterizzate da una amplissima discrezionalità tecnico-valutativa, poi sindacata dal giudice ordinario (lo stesso avviene con riferimento alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 251 del 2007).

48 Ad esempio, un diniego di permesso di soggiorno determinato dalla commissione dei reati previsti dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998.

49 Ad esempio, l'espulsione ai sensi dell'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2017, nonché, da ultimo, le controversie in materia di respingimento immediato.

50 Cfr., in particolare, M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., 5: «è possibile in via sintetica affermare che, tendenzialmente, al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali il giudice, nel valutare il corretto o meno esercizio di un potere pubblico, è chiamato a sindacare, oltre che la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, inteso a regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale per limitati periodi o l'ottenimento di uno *status* a tempo indeterminato (quello di lungosoggiornante UE, ai sensi dell'art. 9 T.U.I., o, addirittura, di cittadino), in presenza di determinati requisiti, predisposti dal legislatore, o nella valutazione di situazioni anche non tipizzate, affidate alla discrezionalità amministrativa, che rivelino la pericolosità della sua presenza per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. // L'esercizio di tale potere, inteso a regolare i *flussi migratori* ammessi per specifiche ipotesi (i visti di ingresso, i diversi permessi di soggiorno previsti dal TUI) e a prevenire *situazioni di pericolo* per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, può intersecare, e spesso interseca, *indirettamente* situazioni fondamentali dell'individuo, inscindibilmente legate ad esso (si pensi alla situazione familiare del richiedente il permesso di soggiorno per motivi di lavoro), ma nell'ottica del legislatore resta preminente la volontà di affidarne la cognizione al giudice naturale della legittimità del potere e, cioè, al giudice amministrativo, chiamato ad effettuare la ponderazione comparativa di un interesse pubblico *primario* in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, *secondari* rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti. // Anche i diritti fondamentali possono essere lesi e conformati dall'esercizio del potere amministrativo [...], perché essi non sono *assoluti*, nel senso di *ab-soluti*, e cioè sciolti dalla doverosa comparazione, secondo le tecniche del bilanciamento, con altri valori assurti nella valutazione dal legislatore, nell'esercizio non irragionevole della propria discrezionalità, a preminente interesse pubblico. Le controversie affidate al giudice ordinario si connotano, invece, perché la valutazione circa la correttezza del potere esercitato, imprescindibile anche in molte di tali controversie, incide *direttamente* su tali situazioni fondamentali i permessi di soggiorno per motivi familiari, le condotte discriminatorie a danno dello straniero di cui all'art. 43 TUI, i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte

In questo settore, probabilmente, è da condividere chi, preso atto del «groviglio del riparto», per cui «[a]nche solo abbozzare un quadro generale risulta sconcertante», ritiene preferibile – *de iure condendo* –, anche per ragioni di concentrazione e di effettività della tutela, e a fronte di un armamentario del giudice amministrativo che ormai nulla ha più da invidiare a quello del giudice ordinario, «una unificazione delle tutele del migrante presso un'unica giurisdizione, che allo stato sarebbe preferibile fosse quella del giudice amministrativo»⁵¹.

le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari, la posizione giuridica soggettiva dei cittadini UE), e per questo l'incisione diretta, da parte del provvedimento, radica la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti» (corsivi dell'Autore).

Questa elegante ricostruzione non può essere accolta, perché assegna al giudice amministrativo un ruolo prettamente amministrativo (e non giurisdizionale), e perché – come si è visto – non mancano affatto ipotesi in cui provvedimenti, dei quali conosce il giudice amministrativo, incidano in maniera immediata e diretta sulla posizione soggettiva dell'amministrato, che ben può corrispondere ad un diritto fondamentale: cfr., ancora, l'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1988.

51 Così G. TROPEA, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, in *Dir. imm. citt.*, 2022, il quale prosegue in questi termini: «Viceversa, la concentrazione dinanzi al giudice ordinario richiederebbe un incisivo e globale intervento del legislatore anche sui limiti interni di tale giurisdizione, ovvero sulle azioni esperibili e i relativi poteri del giudice. // Dal punto di vista sostanziale non regge più la teoria dei diritti incompressibili o indegradabili, anche alla luce di una più generale consapevolezza della compatibilità – positiva e teorica – tra diritto soggettivo, organizzazione servizi pubblici e attività amministrativa: la controversia di diritto pubblico implica, così, la riconfigurazione di un dinamico interesse legittimo *fondamentale o costituzionale*, più in linea con le società pluralistiche e multiculturali e i loro ordinamenti, nei quali il conflitto e il bilanciamento fra diritti e diritti, e fra diritti e interessi, è la regola. Quanto al diritto dell'immigrazione, questa esigenza si traduce in una condivisibile prospettiva di superamento della retorica "universalista" che pervade la letteratura sul tema: l'assolutezza dei diritti umani e il mero approccio antidiscriminatorio, infatti, non tengono in debito conto della multiforme dimensione amministrativa del conflitto, come emerge in questioni nodali anche sul tema della tutela quali la regolazione del confine. // In questo modo si potrebbe pure evitare di invocare *de iure condendo* l'inserimento di una materia di giurisdizione esclusiva in tema di tutela del migrante nell'art. 133 c.p.a., o andare volta a volta a cercare in quella disposizione materie che possano incrociare il contenzioso, come il potere sindacale di ordinanza o il servizio pubblico. // Correlativamente, anche la distinzione fra atto discrezionale e atto vincolato perde forza euristica nella definizione della giurisdizione: il suo fascino, da tempo minoritario in dottrina, a maggior ragione deve attenuarsi in giurisprudenza, presso la quale invece persiste sia pure come argomento di contorno o rafforzamento. Come si è visto, tuttavia, di vero e proprio rafforzamento a favore della giurisdizione del giudice ordinario non si può parlare, nella misura in cui il criterio del potere discrezionale entra in contraddizione con quello della *causa petendi*, e rischia di trasformare quest'ultimo nella "corsa" alle giurisdizioni concorrenti, riesumando l'ormai archiviata – e comunque altrettanto incerta – teoria della prospettiva. Il contenzioso antidiscriminatorio appare emblematico. Dal punto di vista processuale la concentrazione dinanzi al giudice amministrativo sarebbe soprattutto opportuna a causa della persistenza

Ai fini del presente contributo, si può osservare che il settore della immigrazione è uno di quelli in cui più che in altri potrebbero, in astratto, configurarsi interessi legittimi “fondamentali”. Il giudice amministrativo se ne occupa – sì – ma soltanto se e nei limiti in cui le singole disposizioni di legge gli rimettono la giurisdizione per le relative controversie. Per tutto il resto, e al di là delle riserve di giurisdizione, continuano a campeggiare soltanto pretesi “diritti fondamentali” o pretesi diritti soggettivi a fronte di pretesi atti vincolati, ancorché appaia evidente che, al di là delle diverse tecniche di sindacato del giudice ordinario che li riguardino, a fonte di essi si pone pur sempre un potere, e che quindi, nella sostanza, i medesimi sono interessi legittimi⁵².

del giudice ordinario, e soprattutto della Cassazione, a ricostruire la figura della disapplicazione “in negativo” rispetto all’ampiezza della giurisdizione amministrativa. Corsi e ricorsi storici si dirà, solo che in questo caso il *self restraint* è doppiamente esecrabile, in quanto va a danno dei più deboli e meno tutelati. [...] // In base alla più coraggiosa e dirimente prospettiva sostanziale, fondata sull’assunto secondo cui nelle società complesse contemporanee nessun diritto è “tiranno”, è ormai possibile configurare la sussistenza di interessi legittimi *costituzionali* o *fondamentali*, la cui tutela è affidata al giudice amministrativo a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest’ultimo. Diversi segnali portano a ritenere che è questa la prospettiva verso la quale ci si sta avviando, anche se forse ciò condurrà alla definitiva sparizione della giurisdizione esclusiva a favore di un più moderno criterio di riparto fondato sulla distinzione fra controversie di diritto pubblico e rapporti di diritto privato. // L’incontro con il potere non è né un privilegio né pericolo, è semplicemente una realtà. La negazione di questa realtà rappresenta, a ben vedere, il pericolo. I diritti fondamentali, se li intendiamo come intangibili e non irrelati con il potere, diventano diritti virtuali non esercitabili, mere enunciazioni programmatiche. // L’indegradabilità è categoria che nasce indubbiamente a fini di maggiore protezione, ma, come spesso avviene, l’eccesso di protezione concretizza il pericolo che si voleva scongiurare. // I diritti c.d. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono solo nella dialettica del bilanciamento/condizionalità, intesa non in accezione compromissoria e “diminutiva”, ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà, e quindi come sede di inveroamento e concretizzazione. Il pubblico potere non va banalmente inteso come limite ma come presidio di effettività. In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisorii e per l’ormai consolidato principio di atipicità delle azioni dinanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l’effettività della situazione giuridica considerata. // A me pare che vi sia una persistente centralità dello Stato amministrativo in una materia che si vorrebbe più di altre pervasa di Stato costituzionale e del carattere umanitario del diritto internazionale contemporaneo, specie nel settore dei richiedenti asilo. [...] // Il nomadismo giurisdizionale non si è rivelato un arricchimento ma una fonte di incertezza e di ritardo nella tutela del migrante, e per tale ragione va superato».

52 Cfr., sul punto, il paragrafo 9.

Altre evenienze in cui il legislatore attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione su controversie di diritto pubblico, potenzialmente concernenti interessi legittimi “fondamentali”, possono rinvenirsi scorrendo le disposizioni del d.lgs. n. 150 del 2011. Ad esempio, l’opposizione all’ordinanza ingiunzione, di cui all’articolo 22 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ben può riguardare interessi legittimi “fondamentali”, perché le sanzioni amministrative pecuniarie hanno uno spettro di applicazione vastissimo: dalla prevenzione degli infortuni sul lavoro, all’ambiente e al paesaggio, ecc. Lo stesso può dirsi delle controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali. Oppure della opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio, ovvero, ancora, della impugnazione delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell’Ordine dei giornalisti. L’elenco potrebbe continuare⁵³.

8. Superfluità della locuzione interessi legittimi “fondamentali”?

Giunti a questo punto dell’analisi, potrebbe sorgere la domanda se la prospettiva degli interessi legittimi “fondamentali”, pur apparendo giuridicamente suggestiva, non si riveli – forse – superflua o ultronea.

Le ragioni di ciò potrebbero essere affidate ad un “semplice” sillogismo:

- poiché è lo stesso art. 2 Cost. che incarica la Repubblica di riconoscere e di garantire i «diritti inviolabili dell’uomo», e quindi le situazioni giuridiche soggettive fondamentali;
- poiché nella *Parte II* della Costituzione, intitolata all’«Ordinamento della Repubblica», di non minore dignità e rilievo rispetto alla *Parte I*, è ricompresa la *Sezione II* del *Titolo III*, intitolata a «La Pubblica Amministrazione»;
- poiché l’art. 54, comma 2, Cost., impone ai cittadini ai quali «sono affidate funzioni pubbliche» – non «servizi pubblici», previsti dall’art. 43

⁵³ Un corposo elenco di casi di “giurisdizione nominata” del giudice ordinario è offerto da R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in www.treccani.it, 2015.

Cost. – il «dovere di adempierle con disciplina e onore, presentando giuramento nei casi previsti dalla legge»;

potrebbe conseguirne che è la Costituzione medesima, proprio a muovere dai suoi *Principi fondamentali*, a concepire (anche) il potere amministrativo autoritativo alla stregua di presupposto per il riconoscimento e per la garanzia, in termini effettivi e concreti, dei «diritti inviolabili dell'uomo» e, quindi, delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali⁵⁴.

54 Cfr., sul punto, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1646 e ss., il quale, a muovere dal pensiero di Thomas Hobbes, scrive: «Il modello acquisisce dunque contorni precisi: 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). Nulla di diverso dirà Locke quando vedrà nel patto sociale lo strumento per dare a tutti “comodità, sicurezza e pace, nel sicuro possesso delle proprie proprietà”, anche se tutto questo sarà detto sulla base dell'idea che la proprietà non è assegnata dal sovrano, ma costituisce un diritto anteriore all'edificazione della società politica (e questo era un presupposto totalmente diverso da quello immaginato da Hobbes, che non concepiva un “diritto” di proprietà nello stato di natura e prima della creazione dello Stato). // Il quadro, adesso, è completo. Già *statu nascenti*, il costituzionalismo vede nel potere (oltre che l'indirizzatario delle proprie pretese fondative) sia l'oggetto che il soggetto delle proprie pretese garantiste, nel senso che il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti; per l'altro è il soggetto che a quelle garanzie consente di esistere e di funzionare, tanto è vero che dove non vi è potere non vi è rimedio alle “ingiustizie”. Nel momento in cui smarrisce il senso di questa molteplicità del rapporto fra diritto, potere e diritti, il costituzionalismo subirebbe una vera e propria mutazione genetica. // [...] Il potere è, oggi più che mai, il *problema* del costituzionalismo. A me sembra evidente che la moltiplicazione dei livelli decisionali, sia entro gli Stati (si pensi al travolgente sviluppo della autorità “indipendenti”), sia a livello dei rapporti sovranazionali e internazionali, non sia soltanto la conseguenza dell'accentuata pluralità e dell'oggettiva complessificazione dei rapporti sociali, ma sia anche una scelta *politica* soggettiva e consapevole, che tende a spostare all'infinito la sede della responsabilità e – conseguentemente – a rendere inafferrabile il potere. Anche la ridislocazione della decisione in sedi politicamente irresponsabili quali sono le Corti (intendo: i giudici, non solo costituzionali), se non retamente operata, potrebbe avere (paradossalmente, perché in origine il rafforzamento della giurisdizione era lo strumento per limitare al massimo il potere sovrano) la stessa funzione. Il potere ha imparato la lezione. Oggi sa che il costituzionalismo può afferrarlo e limitarlo, sicché la migliore strategia a sua disposizione è conformarsi all'imperativo *lathe biasas*. Per questo rovescia la pluralità/molteplicità (che in astratto ne sarebbe una limitazione) in una risorsa.

// In queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi “a rete” o “multilivello”. Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere. È davanti a *pólemos*, non ad *eiréne*, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide. In una parola: rimbocchiamoci le maniche e riprendiamo il nostro antico e duro lavoro, senza illuderci che il costituzionalismo abbia vinto una volta per tutte (Guantanamo, ricordiamolo, non è un incubo del passato, ma è qui ed oggi) e che la storia

Le quali ultime, proprio perché poste in relazione ad un potere amministrativo autoritativo, potrebbero essere assunte, per l'appunto, alla stregua – essenzialmente nominalistica – di interessi legittimi “fondamentali”⁵⁵.

Ma, al tempo stesso, sono proprio queste medesime considerazioni – tutte interne alla lettera e allo spirito della Costituzione – a rivelare che, in realtà, le situazioni giuridiche soggettive fondamentali qui in esame sono non già interessi legittimi “fondamentali”, ma “semplici” interessi legittimi: per tali intendendo quelli, così denominati, senza ulteriori qualificazioni, dall'art. 24 Cost.⁵⁶

abbia una fine, alla quale abbiamo avuto in sorte di essere già arrivati».

55 Cfr., sul punto, N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2020, 178 e ss., ad avviso del quale sussisterebbe, in seno alla Costituzione, una antinomia logica tra la dimensione dei diritti e la dimensione dei poteri, o tra il riconoscimento dei diritti e l'organizzazione dei poteri: «Tale antinomia consiste nella tensione costante tra l'enunciazione linguistica, a forte rilevanza ermeneutica, dell'*inviolabilità* dei diritti dell'uomo, riconosciuta e garantita (art. 2), e il sistema di giustizia amministrativa, che deve presupporre, per essere conforme a Costituzione, l'esistenza attribuita di un *potere pubblico* idoneo ad incidere sui suddetti diritti inviolabili ed ancor prima sulla fonte di essi, ossia sull'art. 2 Cost. ed analogamente sulle altre disposizioni recanti diritti costituzionali, alcune delle quali contengono espressamente l'evocazione della natura *inviolabile* (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.). // La natura dei diritti inviolabili, a vocazione resistenziale, introduce certamente una complicazione concettuale, una sorta di terza categoria (almeno apparente), rispetto all'oggetto dell'effettività della tutela giurisdizionale, ossia rispetto agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi (art. 24 Cost.); proprio la natura dei diritti inviolabili, ad intensa intangibilità assiologica, genera la problematica della compatibilità concettuale con il potere pubblico, innanzi al quale normalmente stanno gli interessi legittimi (che si oppongono ad esso o che pretendono da esso) e quindi conseguentemente del radicamento della giurisdizione. // In sintesi sembra esservi una scissione tra una dimensione *statica* della Costituzione, che afferma e riconosce l'inviolabilità di alcuni diritti, e una dimensione *dinamica*, che costruendo la sindacabilità giurisdizionale del potere pubblico (art. 24, 103, 113 Cost.), presuppone che l'esercizio del medesimo da parte dell'Amministrazione competente possa conformare o sacrificare (anche legittimamente) tali diritti». La scissione, tuttavia, vi sarebbe anche nell'ipotesi di un sistema monistico di giurisdizione.

56 Che poi, in realtà, come è noto, possono essere immensamente più complesse rispetto ai diritti soggettivi. Di diverso avviso, ma con conclusioni non dissimili a quelle alle quali si perviene in questo contributo, N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., 196 e ss., che ravvisa «l'interesse legittimo fondamentale come elemento costitutivo della forma di Stato»: «Davanti alle richiamate resistenze giurisprudenziali, è necessario ribadire l'esigenza costituzionale della categoria dell'*interesse legittimo fondamentale*, quale elemento costitutivo della forma di Stato, e con essa della giurisdizione amministrativa sui diritti inviolabili. // L'architettura costituzionale, fondata su un equilibrio costante e su un'intima connessione, tra la prima e la seconda parte della Costituzione, impone una *relativizzazione* dell'inviolabilità e con essa dei suoi corollari descrittivi (ossia della assolutezza, della indisponibilità, della irrinunciabilità). 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

Sotto questo profilo, sono da condividere, e per nulla suonano provocatorie, le recenti ed autorevoli parole secondo le quali «senza l'ospedale non vi è diritto al ricovero». Nel senso che, senza il potere amministrativo autoritativo, in questo esempio quello di organizzazione del servizio sanitario, con tutti gli altri numerosi poteri amministrativi autoritativi che esso implica (pianificatori, ablatori, *lato sensu* concessori, autorizzatori, ecc.), sarebbe semplicemente impossibile che esistesse e che funzionasse l'ospedale stesso. La «salute», quindi, quand'anche assunta soltanto nella sua primigenia declinazione di «fondamentale diritto dell'individuo», non sarebbe tutelata dalla Repubblica⁵⁷. E lo stesso ordine di idee potrebbe valere, *mutatis mutandis*, e sia pur con le rispettive differenze, per pressoché tutte le altre situazioni giuridiche soggettive riconosciute nei *Principi fondamentali* e nella *Parte I* della Costituzione⁵⁸.

dal legislatore, costituisce la condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, la garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali astrattamente enunciati nella I Parte della Costituzione. // Non esistono diritti inviolabili “senza potere”, posto che i diritti costituzionali non sono nati per essere impenetrabili e indegradabili ma per essere penetrati e permeati dai valori costituzionali della solidarietà, della libertà e dell'uguaglianza, veicolati all'interno di essi dal potere; risolvere, infatti, la tutela degli interessi individuali, anche se appartenenti al novero dei diritti fondamentali, nella dimensione del diritto soggettivo “significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza”. In altre parole è necessario ipotizzare che “si instauri una qualche azione di bilanciamento o di compromesso, cioè una *relativizzazione*. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l'assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili”. // Pertanto deve essere riconosciuto che nell'ordinamento costituzionale italiano un diritto inviolabile assume frequentemente la consistenza e la forma di un interesse legittimo, quale dimensione che presuppone l'esistenza dell'attribuzione di un potere pubblico, sorto ed organizzato per bilanciare, temperare l'interesse sotteso ad un bene della vita, pur di rango costituzionale, con gli interessi pubblici e altri interessi privati. L'interesse legittimo, quale sintesi tra interesse pubblico e privato, 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*, 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. 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” 100, posto che l'interesse legittimo, “più che una figura degradata, o meglio il risultato di una degradazione o di un affievolimento”, mostra di sé “un'immagine più complessa e forse più aderente alla realtà del bilanciamento costituzionale».

57 G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 121.

58 Proprio questo, invero, sembra il senso di Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe

Voler immaginare che a tutte le situazioni giuridiche soggettive che l'art. 24 Cost. denomina «interessi legittimi» non possa corrispondere alcuno dei «Diritti» ai quali è intitolata la *Parte I* della Costituzione (non a caso insieme ai «doveri dei cittadini») o che siano previsti nei suoi *Principi fondamentali*, per il solo fatto che li denomina, per l'appunto, «Diritti», sembra giuridicamente insostenibile, perché, da un lato, lo stesso art. 24 è collocato al suo interno (cioè, all'interno della *Parte I*), e riferisce la inviolabilità della difesa anche agli «interessi legittimi», e, dall'altro, è difficile ravvisare, nella *Parte II* della Costituzione, una qualche situazione giuridica soggettiva alla quale possa corrispondere un «interesse legittimo» (a parte, ovviamente, quelle che, insieme a varie altre situazioni giuridiche soggettive, si riconnettono all'organizzazione dei poteri del-

l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. // Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, 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. // Lo stesso giudice rimettente ritiene che la norma censurata «annienti completamente il diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di quello economico e produttivo». Se questa valutazione fosse rispondente alla realtà normativa, ci si troverebbe senza dubbio di fronte ad una violazione dell'art. 32 Cost., in quanto nessuna esigenza, per quanto costituzionalmente fondata, potrebbe giustificare la totale compromissione della salute e dell'ambiente, per le ragioni prima illustrate. Tale conclusione non è tuttavia suffragata da una analisi puntuale della disposizione censurata. // Come si è rilevato nei paragrafi precedenti, l'autorizzazione al proseguimento dell'attività produttiva è subordinata, dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 207 del 2012, all'osservanza delle prescrizioni dell'AIA riesaminata. La natura di tale atto è amministrativa, con la conseguenza che contro lo stesso sono azionabili tutti i rimedi previsti dall'ordinamento per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti alla giurisdizione ordinaria e amministrativa».

Su questi aspetti, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 114 ss.

lo Stato, all'esercizio della funzione giurisdizionale, ecc.). Più che mai attuale si rivela oggi la celebre domanda: «Ma che cos'è questo interesse legittimo?»⁵⁹.

Sembra meno implausibile, invece, alla luce del “semplice” sillogismo proposto sopra, immaginare che tutti i «Diritti», così denominati nei *Principi fondamentali* e nella *Parte I* della Costituzione, a fronte del potere amministrativo autoritativo, siano – non “degradino” a: siano, già di per sé – “semplici” interessi legittimi: fermi, lo si ripete ancora, i limiti esterni delle quattro riserve di giurisdizione, i limiti interni delle singole disposizioni costituzionali e il limite del principio di legalità sostanziale nell'attribuzione del medesimo potere amministrativo autoritativo, nonché i paradigmi della proporzionalità e della ragionevolezza nel suo concreto esercizio⁶⁰.

9. La necessaria e opportuna riscoperta del “semplice” interesse legittimo e del giudice amministrativo come “vero” giudice del potere amministrativo autoritativo

Non sembra, dunque, che – allo stato – la locuzione interessi legittimi “fondamentali” possa esprimere un concetto giuridico diverso da quello del “semplice” interesse legittimo. Al massimo, si può dire che, specialmente a muovere da tempi relativamente recenti, il giudice amministrativo ha avuto più di frequente “occasione” – questo sì – di confrontarsi con la tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive fondamentali, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ed è proprio l’“occasionale” incontro tra queste situazioni giuridiche fondamentali e questa forma di giurisdizione del giudice

⁵⁹ M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 469 ss., e, in particolare, il par. 9, ove lo Studioso ragiona su *L'interesse legittimo e l'assetto dei rapporti tra cittadino-pubblica amministrazione. Le tendenze di fondo delle società contemporanee: la garanzia dei diritti fondamentali e l'immedesimazione della società con l'organizzazione amministrativa. La nuova figura della potestà amministrativa*. Ma cfr. anche il paragrafo conclusivo.

⁶⁰ Ed in una con il notevole progredire delle tecniche di tutela per essi apprestabili – almeno sulla carta – da parte del giudice amministrativo a seguito dell'introduzione del codice del processo amministrativo. Al riguardo, la dottrina da citare sarebbe sterminata. Si rinvia, per tutti, quanto all'esaurimento della discrezionalità ad esito del processo amministrativo, a M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, nonché, quanto alle azioni esperibili, ad A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. Entrambe queste opere, peraltro, fanno giustamente salva la più rigorosa applicazione del principio di separazione dei poteri.

amministrativo che sembra aver indotto voci autorevoli della dottrina (per ora soltanto della dottrina) ad avanzare l'idea che possano esistere interessi legittimi "fondamentali"⁶¹.

Sono belle le parole recentemente rivolte da un Presidente emerito del Consiglio di Stato, ora Giudice costituzionale, ad un Professore emerito di diritto amministrativo: «la visione relazionale di tutte le situazioni soggettive e l'ancoraggio ad essa della differente graduazione (non quantitativa, ma) qualita-

61 Interessanti, sul punto, le conclusioni cui perviene L. GALLI, *Gli interessi legittimi "fondamentali". Il giudice amministrativo e le situazioni giuridiche di rilievo costituzionale*, cit., 195 e ss., il quale, nel premettere che «Il quadro tracciato nelle precedenti pagine ci consegna poche certezze e numerosi spunti di riflessione. // Tra le prime ricade sicuramente quella per cui, ad oggi, il giudice amministrativo non è il giudice ordinario dei diritti "fondamentali" incisi dai pubblici poteri. // Secondo l'orientamento tracciato dalla Corte di cassazione, come arbitro del riparto di giurisdizione, il giudice della pubblica amministrazione può conoscere dei diritti "fondamentali" solo qualora ricadano in una materia di giurisdizione esclusiva», e ciò in quanto, storicamente, il giudice ordinario avrebbe sovvenuto – per "emergenza" – alle carenze di tecniche di tutela adeguate da parte del giudice amministrativo, osserva che, allo stato normativo attuale, e cioè superata l'"emergenza" (con il codice del processo amministrativo, ecc.), «Ricondurre a normalità i diritti "fondamentali" è presupposto logico per ammetterne la coesistenza coi pubblici poteri, i quali, in conformità con la Costituzione e con gli elementi strutturali dello stato di diritto, sono chiamati non solo a promuoverne il soddisfacimento, ma anche a bilanciarli tra loro e con gli interessi pubblici, in un contesto sociale in cui tale mediazione fra le differenti esigenze risulta più che mai indispensabile. // Ancora, il superamento dell'emergenza è permesso dal riconoscimento, in dottrina e giurisprudenza, dell'interesse legittimo come situazione sostanziale, che sorge e dialoga con il potere amministrativo in modo da consentire la piena protezione dell'interesse privato nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico. // Infine, le trasformazioni che hanno caratterizzato il giudice e il processo amministrativi, culminate con l'adozione del codice del processo amministrativo, hanno enormemente ridimensionato il senso di emergenza che conseguiva dall'inefficienza della sua tutela, dotandolo di tutti quegli strumenti che il giudice ordinario si era riconosciuto – anche in deroga ai limiti imposti dall'all. E, l. n. 2248/1865 – ai fini della tutela dei diritti "fondamentali" incisi dall'azione amministrativa. // Da ciò, pertanto, più che la civilizzazione del giudice amministrativo, è conseguita la sua costituzionalizzazione, risultando lo stesso dotato degli strumenti necessari e idonei a garantire la protezione effettiva della situazione del privato coinvolta nell'esercizio dei poteri pubblici, sia essa "fondamentale" o meno. // Sembra tramontata, dunque, l'utilità della "incomprimibilità di diritti fondamentali" che, attribuendo tali situazioni alla giurisdizione ordinaria anche quando coinvolte nell'esercizio dei pubblici poteri, comporta ad oggi un'amministrativizzazione del giudice civile, il quale si vede costretto ad arrogarsi gli strumenti che ordinariamente spettano al giudice amministrativo, derogando alle previsioni di legge inerenti i suoi limiti interni, così da fornire ai diritti "fondamentali" la necessaria protezione. // Ammettere come superata l'emergenza, dunque, non solo non escluderebbe la piena salvaguardia delle situazioni giuridiche "fondamentali", ma per di più garantirebbe il rispetto di altre previsioni costituzionali quali quelle che riconoscono nel giudice amministrativo una componente irrinunciabile del nostro equilibrio istituzionale e, conseguentemente, ne garantiscono le specifiche attribuzioni. // [...] In conclusione, l'esito di questa ricerca non è solo quello di ipotizzare il superamento della categoria giuridica dei diritti "fondamentali", quanto meno in relazione al riparto di giurisdizione, ma anche quello di estendere la portata della fondamentalità quale caratteristica valoriale di un bene che può es-

tiva delle tutele possono fondare, *già a Costituzione vigente*, un criterio di riparto che individui il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico, cioè il giudice della P.a. che agisca come autorità, a tutela degli interessi che sono alla base del bisogno concreto di tutela, e non di astratte configurazioni di diritti o interessi svincolate dalla correlazione con altre situazioni soggettive. È questo il senso di fondo della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Ed è anche il senso attuale del giudice amministrativo»⁶².

Ma, affinché ciò possa essere così, occorrerebbe, *de iure condito*, e sulla scia dell'impostazione inaugurata, ormai circa venti anni fa, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, interpretare la locuzione «interessi legittimi», contenuta nell'art. 103, comma 1, Cost., alla stregua di situazioni giuridiche soggettive che si relazionano con un potere amministrativo autoritativo, e – soprattutto – interpretare la parola «atti», contenuta nell'art. 113, commi 1 e 3 Cost., alla stregua di «atti di diritto privato», laddove riferita ai «diritti» e agli «organi di giurisdizione ordinaria», e alla stregua di «atti di diritto pubblico», laddove riferita agli «interessi legittimi» e agli «organi di giurisdizione [...] amministrativa», salve soltanto le fisiologiche eccezioni di cui si è detto sopra (unicamente alle quali, in tale prospettiva, potrebbero trovare applicazione le disposizioni degli artt. 2, 3, 4 e 5 dell'Allegato E alla l. n. 2248 del 1865)⁶³.

sere tutelato sia sotto forma di diritto soggettivo sia di interesse legittimo. // Il carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva perde così di rilevanza giuridica, forse perché a essere diritto “fondamentale” è prima di tutto quello alla tutela giurisdizionale, che deve risultare altrettanto piena, inviolabile, incompressibile ed effettiva qualunque sia la situazione giuridica azionata e qualunque sia il giudice innanzi al quale tale diritto viene esercitato.

62 F. PATRONI GRIFFI, *Contributo alla discussione sui Saggi e scritti scelti*, in *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, a cura di F. Grassi e O. Hagi Kassim, Roma, 2021, 97 e ss. (corsivi dell'Autore).

63 Si tratta, a ben vedere, di una proposta non eccessivamente dissimile da quella di M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., 98 e ss., il quale, premettendo che «Questa riserva [degli interessi legittimi al giudice amministrativo] va in realtà tradotta nel senso che sono rimesse alla competenza esclusiva del giudice amministrativo le controversie di diritto pubblico», perché «non vi altro significato dell'interesse legittimo come criterio di riparto», afferma: «Questa disposizione [l'art. 113] sembra [...] lasciare aperta la possibilità che il legislatore, nella sua discrezionalità, possa attribuire la tutela costitutiva e dunque il sindacato sugli atti amministrativi anche al giudice ordinario. Ed in tal senso si è anche infatti pronunciato il giudice delle leggi [Corte cost., n. 32 del 1970]. // Sennonché, è del tutto evidente che questa possibilità si pone in diretta contraddizione con la riserva del giudice

In questa prospettiva, voler distinguere tra “semplici” interessi legittimi e interessi legittimi “fondamentali” perderebbe di senso. Tutte le controversie di diritto pubblico, salvo eccezioni propriamente tali, risulterebbero attratte al «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica». Da quelle economico-sociali (sia pur potenzialmente importantissime) a quelle che involgono situazioni giuridiche soggettive “fondamentali”, qualora incise dal potere amministrativo autoritativo.

amministrativo in materia di controversie di diritto pubblico [sulla riserva degli interessi legittimi al giudice amministrativo cfr. Corte cost., 12 luglio 1979, n. 100 e Id, 10 dicembre 1981, n. 185]. // Rappresentato con il “lessico” degli equivoci: se l'interesse legittimo è riservato al giudice amministrativo e se di fronte al provvedimento vi può essere soltanto un interesse legittimo, il sindacato sul provvedimento e dunque il suo annullamento non può che spettare allo stesso giudice amministrativo. // E non è non è un caso infatti che proprio il citato art. 113 sia spesso evocato come norma di rottura dell'assetto preesistente, nella prospettiva di recuperare un ruolo del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico. // E qui, per quanto possa apparire paradossale, la Costituzione si presenta, ancora una volta, conservativa, ma in un senso del tutto diverso. // Non si conserva soltanto il diritto vivente del riparto, con tutta la coda dei meri equivoci “lessicali”, ma si conserva (o si recupera) anche l'origine di questi stessi equivoci, si riapre cioè la porta ai principi della legge del 1865. In sostanza, il mai sopito conflitto nella nostra “cultura” giuridica, tra monismo e dualismo, rinnovatosi nelle note vicende dei lavori dei costituenti, ha trovato anche nel dettato costituzionale un suo punto di compromesso. Non a caso la dottrina ha sottolineato che nella costituzione vi sono “due direttive” che “sono in via di principio contraddittorie”. // Si ripete così la storia delle antinomie “normative” di sistema, per quanto non con l'immediatezza pratica del passato, trattandosi di una previsione che rimanda al legislatore. // L'art. 113 occupa in sostanza lo stesso spazio esegetico della clausola di salvaguardia della giurisdizione del giudice ordinario contenuta nella legge del 1889. // Ma così come la “lettera” di quella clausola nulla poté di fronte al dato strutturale della contestuale istituzione della IV Sezione, allo stesso modo, la “lettera” dell'art. 113 nulla potrebbe di fronte all'art. 103, di fronte cioè alla sanzione costituzionale del giudice amministrativo. // L'unica residuale efficacia che con massima prudenza si potrebbe attribuire a questa disposizione, compatibilmente con una lettura sistematica della Costituzione, è quella di consentire, al pari di altri consolidati ordinamenti dualisti, che, in determinate materie, senza dunque concorrenza col giudice amministrativo, si conferiscano in via del tutto eccezionale al giudice ordinario controversie di diritto pubblico. Ed è in effetti quanto avvenuto in questi decenni nel nostro ordinamento, col caso emblematico delle sanzioni amministrative (legge n. 689/1981), insieme a qualche altro caso pur sempre marginale, e che ha indotto parte della nostra dottrina ad evidenziare il carattere appunto eccezionale di tali deroghe alla giurisdizione generale del giudice amministrativo. [...] // Tutto ciò non poteva ovviamente che coinvolgere anche l'art. 113 co. 3 nella misura in cui con il conferimento del potere di annullamento al giudice ordinario si tocca il sindacato sull'interesse legittimo, *id est* sull'atto amministrativo. // Ammettere ipotesi eccezionali di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico non significa altro che parlare della riserva del giudice amministrativo in termini di riserva “relativa”. Ma, ai nostri fini, di una “riserva” pur sempre si tratta: una riserva cioè che caratterizza inequivocabilmente il nostro sistema nel novero dei sistemi dualistici classici».

Per una prospettiva completamente diversa cfr., invece, A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2015, V, 184 e ss.; G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione*

Ma questa stessa prospettiva si appalesa – almeno allo stato – ancora non (del tutto) realizzata. Da un lato, infatti, come si è visto, sembrano troppo numerose e troppo rilevanti, per rappresentare delle mere eccezioni ad un principio di segno contrario, le controversie di diritto pubblico, anche relative a situazioni soggettive “fondamentali”, che vengono rimesse alla cognizione del giudice ordinario direttamente da parte del legislatore. Dall’altro lato, e soprattutto, nel silenzio di quest’ultimo, la giurisprudenza delle Sezioni Unite, talvolta – come si è visto – seguita da quella della Corte costituzionale, continua a pervenire al medesimo risultato utilizzando la teorica dei diritti così detti “indegradabili” ovvero quella degli atti amministrativi vincolati.

Quanto alle scelte del legislatore, non può che auspicarsi – *de iure condendo* – l’acquisizione, da parte sua, di una maggiore consapevolezza del ruolo istituzionale e costituzionale assegnato al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa⁶⁴.

Quanto alla teorica dei diritti “indegradabili”, si è già rilevato in altra sede che, a parte il pressoché unanime superamento, quantomeno in dottrina, dello stesso presupposto da cui essa muove (cioè, l’interesse legittimo come “degradazione” del diritto soggettivo), e a parte la sua negazione ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale (tra le altre, la sentenza n. 35 del 2018), il punto critico, insuperabile, risiede in ciò: poiché è questa stessa teorica a riconoscere che il potere amministrativo, che incide su diritti così detti indegradabili, sarebbe attribuito dalla legge, ancorché condannato a “degradare” – esso si – a mero antecedente fattuale innanzi al giudice ordinario, quest’ultimo, proprio per rinvenire giuridico fondamento della teorica medesima, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale della legge attributiva del potere ammini-

secondo Riccardo Villata, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 696 e ss.; A. CARRATA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 27 e ss.

64 A meno che non si preferisca la via abolizionistica, rispetto alla quale L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, 2015, 106 e ss., ha rinvenuto una decina di argomentazioni che deporrebbero nel senso della non specialità del giudice amministrativo italiano, e, quindi, della sua non ragion d’essere rispetto al giudice comune.

strativo che incida sul diritto asseritamente indegradabile, anziché... “disapplicarla”. I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Almeno ad essa, per l'appunto, dovrebbero soggiacere.

Rispetto agli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, che non sarebbero espressione di potere amministrativo, perché si risolverebbero, per la pubblica amministrazione, in meri adempimenti di obblighi o in mere esecuzioni di doveri, a seconda che gli stessi siano ad effetti favorevoli (o ampliativi) ovvero ad effetti sfavorevoli (o limitativi) delle sfere giuridiche soggettive dei propri destinatari, le quali ultime sarebbero comunque ascrivibili al diritto soggettivo (e non all'interesse legittimo) può innanzitutto osservarsi, come pure si era già fatto in altra sede, che la giurisprudenza della Corte costituzionale è di segno opposto: si è visto che nell'unica occasione in cui essa ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione, ha affermato che sarebbe un «postulato privo di qualsiasi fondamento» quello per cui «di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi, e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi» (16 aprile 1998, n. 127).

Sul piano della teoria generale, la sensazione è ancora quella per cui la giurisprudenza delle Giurisdizioni superiori e della Corte costituzionale sia sostanzialmente ferma, ma in maniera rapsodica, alle ricostruzioni giuridiche, di segno diametralmente opposto, di un importante esponente della Scuola fiorentina, del 1988⁶⁵, e di un illustre esponente della Scuola romana, del 1995⁶⁶, nonostante i fondamentali ed interessantissimi contributi ed accrescimenti ad esse apportati da successivi studiosi, e sia pur a fronte di taluni recenti dati di diritto positivo, che farebbero propendere, per ora, per la preferenza della ricostruzione offerta del secondo Studioso⁶⁷.

65 A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 e ss.

66 F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 e ss.

67 Li individua lo stesso F.G. COCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., par. 6, nell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990 e nel combinato disposto dell'art.

Ciò fermo, e come si è già rilevato in altra sede, il punto critico insuperabile è questo, e attiene non già all'attività, bensì all'organizzazione amministrativa.

La legge, infatti, riserva alla pubblica amministrazione, proprio attraverso l'adozione degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, la funzione di cognizione, di accertamento e di restituzione dei presupposti previsti dalla legge medesima ai fini della produzione in concreto degli effetti giuridici: se così non fosse, infatti, gli atti in questione – e con essi, ancor prima, le stesse amministrazioni pubbliche che li adottano – non avrebbero ragione di esistere.

Con riferimento a quelli ampliativi, qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come non sussistenti, gli effetti giuridici non si producono (ad esempio: il rimborso, da parte del servizio sanitario nazionale, delle spese sostenute per talune tipologie di cure). Con riferimento a quelli limitativi, viceversa, gli effetti giuridici si producono (ad esem-

34, comma 1, lett. c), e dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm. (cui potrebbe aggiungersi l'art. 55, comma 2, cod. proc. Amm.).

Quanto agli Studiosi che si sono occupati della materia, cfr., per tutti, il lavoro, ricchissimo di riferimenti bibliografici, di F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 2017, nel quale, premettendosi che comunque l'atto amministrativo vincolato sarebbe espressione di una decisione («l'ordinamento giuridico accorda all'amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati», perché «l'amministrazione deve decidere conformemente alle meta-norme, ma non è detto che lo faccia», e «se l'amministrazione non decide conformemente a quelle norme, il provvedimento produce gli effetti e persegue i fini voluti dall'amministrazione, anche se invalido»), si conclude nel senso per cui «Diverso, invece, è il discorso in relazione alle situazioni giuridiche soggettive del cittadino dinanzi ad un provvedimento vincolato. Esso dipende dall'elemento che la nozione di interesse legittimo (e, correlativamente, di diritto soggettivo) privilegia: se la sussistenza del potere in capo all'amministrazione (l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo) oppure il grado di "certezza" di soddisfazione che l'ordinamento assicura alla pretesa del cittadino (l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale). Nel primo caso, dinanzi ad un potere vincolato v'è un interesse legittimo, ancorché assistito da una serie di rimedi più "intensi" (come l'azione di adempimento, per gli interessi pretensivi). Nel secondo, dinanzi ad un potere vincolato v'è un diritto soggettivo, dal momento che il cittadino dinanzi ad un potere vincolato vanta una pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è obbligatoria (ancorché tale obbligo, come ogni altro, possa rimanere inadempito). Tale questione, perciò, non può essere risolta dalla qualificazione dell'atto vincolato come decisione». Nel testo, come si vedrà, si privilegia la prima delle due impostazioni.

pio: l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato), qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come sussistenti.

Ma ciò – e qui può risiedere l'equivoco – prescinde completamente dalla (ampia e intensa) gradazione della tutela giurisdizionale accordabile avverso gli atti in questione.

Piuttosto, preme evidenziare che tale tutela, proprio in forza della riserva della funzione in capo alla pubblica amministrazione, non può, sul piano logico-giuridico, muovere dal lato della esistenza o della inesistenza, in sé e per sé considerate, del diritto. Essa, sempre in forza della riserva, non può che muovere dal lato della corretta (cioè: legittima) cognizione, del corretto (cioè: legittimo) accertamento e della corretta (cioè: legittima) restituzione, da parte degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, della esistenza o della inesistenza dei presupposti previsti dalla legge⁶⁸.

Per il resto, la logica della tecnica di tutela giurisdizionale corrisponde a quella delle disposizioni degli artt. 34, comma 2, e 31, comma 3, cod. proc. amm., con la conseguenza per cui, al di là di qualsivoglia vacua enfasi, gli atti amministrativi vincolati sono, anch'essi, espressione di potere amministrativo e, al loro cospetto, le situazioni giuridiche soggettive, anche fondamentali, sono “semplici” interessi legittimi. Sia pur tutelabili in maniera più ampia e più intensa: nel senso che è astrattamente possibile per il giudice – che, almeno in linea di principio, dovrebbe essere quello amministrativo – «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio», senza oltrepassare il principio di separazione dei poteri dello Stato (cfr. sia pur in un ordine concettuale in parte differente da quello proposto, CGARS, 13 settembre 2021, n. 802).

Il sistema, salvo eccezioni (che tali dovrebbero rimanere), potrebbe essere questo, già a Costituzione invariata, qualora il legislatore evitasse di assegnare

⁶⁸ Per questo non si possono condividere le pur autorevoli posizioni di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 65 e ss.

direttamente al giudice ordinario controversie di diritto pubblico, per giunta senza che emerga un fondamento razionale di tali scelte.

Il perché ciò non sia così è difficile da capire, se non rievocando l'osservazione, anch'essa oggi più che mai attuale, per cui quella del riparto di giurisdizione, nel nostro Paese, è – ed è sempre stata – davvero una «commedia degli equivoci»⁶⁹, i cui principali protagonisti sono e sono sempre stati il più sterile dei nominalismi e la più insidiosa delle insincerità.

Più in profondità, forse l'*ubi consistam* della questione ha carattere meta-giuridico. Le Sezioni Unite continuano a vedere ovunque “diritti soggettivi”, sempre più “fondamentali”, che scalciano via i “semplici” interessi legittimi, e con essi il giudice amministrativo, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, è noto che, in termini sociologici, una organizzazione, alla quale viene attribuito un potere, tende – in maniera fisiologica – sempre ad aumentarlo: questo potere, in capo alle Sezioni Unite, è quello rimesso loro dall'art. 111, comma 8, Cost.

In secondo luogo, però, è anche vero che il giudice amministrativo, ancora troppo spesso, si ostina a non voler accedere fino in fondo al fatto e, specialmente in taluni settori, a non sindacare davvero né la discrezionalità amministrativa, né quella tecnica, e neppure l'interpretazione delle norme fornita dalla pubblica amministrazione, talvolta riconducendo surrettiziamente quest'ultima alle prime due: ciò che rappresenta, a ben vedere, la negazione della verace capacità defensionale dell'interesse legittimo.

In conclusione, anziché proporre concetti giuridici “suggestionanti” come gli interessi legittimi “fondamentali”, che forse creano soltanto ulteriore confusione, sarebbe più opportuno riscoprire l'*ubi consistam* dei “semplici” interessi legittimi, i quali, anche storicamente, sono le situazioni giuridiche soggettive (se si vuole: i diritti soggettivi pubblici) riconosciuti e tutelati in maniera piena e diretta dall'ordinamento giuridico a che la pubblica amministrazione eser-

⁶⁹ A. PIRAS e M.S. GIANNINI, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 293, 294 e ss.

citi in maniera legittima il potere amministrativo autoritativo che l'ordinamento stesso le attribuisce per la cura in concreto degli interessi pubblici, quand'anche siano coinvolte, dal lato dei soggetti amministrati, dal lato della pubblica amministrazioni o da entrambi, situazioni giuridiche soggettive fondamentali.