

FULVIO CORTESE
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
fulvio.cortese@unitn.it

**DIRITTI FONDAMENTALI, RESPONSABILITÀ
DELL'AMMINISTRAZIONE E GIUDICE AMMINISTRATIVO:
UN'INTRODUZIONE**

**FUNDAMENTAL RIGHTS, LIABILITY OF PUBLIC
ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE JURISDICTION: AN
INTRODUCTION**

SINTESI

Il contributo si propone di illustrare e spiegare le ragioni teoretiche sottese all'attuale stato del contenzioso italiano sui diritti fondamentali di fronte al giudice amministrativo. In primo luogo si introducono le ragioni della complessità dell'argomento. Quindi si offre un panorama della casistica più significativa affrontata dalla giurisdizione amministrativa e si evidenzia la difficoltà di individuare un sicuro criterio di distinzione con le ipotesi in cui può intervenire la giurisdizione civile. Infine si cerca di ricavare i motivi di questa difficoltà, partendo da un'interpretazione costituzionale e rilevando l'ambiguità strutturale del modo con cui si concepisce, sul piano pratico, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Si conclude auspicando una maggiore consapevolezza dei meccanismi interpretativi costituzionali e della specificità della tutela che la giurisdizione amministrativa può garantire.

ABSTRACT

The contribution aims to illustrate and explain the theoretical reasons underlying the current state of Italian litigation on fundamental rights before the administrative courts. First, the reasons for the complexity of the topic are introduced. Therefore, an overview of the most significant cases faced by the administrative jurisdiction is offered and the difficulty of identifying a certain criterion of distinction with the hypotheses in which the civil jurisdiction can inter-

vene is highlighted too. Finally, the essay tries to derive the reasons for this difficulty, starting from a constitutional interpretation and noting the structural ambiguity of the way in which the Italian distinction between “diritti soggettivi” and “interessi legittimi” is conceived, on a practical level. The article concludes by hoping for greater awareness of the constitutional interpretative mechanisms and the specificity of the protection that administrative jurisdiction is able to guarantee.

PAROLE CHIAVE: Diritti fondamentali, Responsabilità della pubblica amministrazione, Giurisdizione amministrativa, Stato del contenzioso in Italia, Ragioni teoretiche

KEYWORDS: Fundamental Rights, Liability of Public Administration, Administrative Jurisdiction, Litigation Trends in Italy, Theoretical Reasons.

INDICE: 1. Un tema complesso e un'istanza preliminare di comprensione. – 2. Fotografia dell'esistente: il risultato di una stratificazione evolutive. – 3. Ancora sul dualismo giurisdizionale: una (ulteriore) spiegazione. – 4. Problemi istituzionali (oltre che pratici): da sradicare o da gestire?

1. Un tema complesso e un'istanza preliminare di comprensione

Diritti fondamentali, responsabilità dell'amministrazione e giudice amministrativo: è un accostamento tanto facile e attuale, quanto difficile e invariabile, perché richiama in un unico intreccio tre entità che da tempo si incontrano e si scontrano, e che, a loro volta, si sono costituite come nuclei tematici quasi autonomi, con proprie discipline, comunità accademiche di riferimento e relative *expertise*. Ma anche con rispettive e interne oscillazioni, o visioni, capaci di condizionare in modo assai importante ogni interazione verso l'esterno.

Con questo non si vuole certo avviare la riflessione con un postulato per molti versi poco accettabile: quello, in ipotesi, per il quale la specializzazione cui porta l'approfondimento di molte materie valga a preconstituire l'esistenza di differenti nuclei di senso e, quasi per definizione, poco coordinabili, perché orientati a una spiccata autoreferenzialità. Ciò non può essere, naturalmente, se non altro per la necessaria tensione unificante che a ogni giurista è richiesta per ricondurre interpretazioni e soluzioni all'organicità che l'esistenza stessa dell'ordinamento esige.

Eppure non si può non constatare che, nel caso di specie, la sensazione di dover conciliare universi a loro volta troppo densi, e talvolta pure poco univoci nelle rappresentazioni, è davvero forte. Un'esigenza preliminare di comprensione sorge in modo naturale. D'altra parte, che cosa significano, oggi, le espressioni diritti fondamentali, responsabilità dell'amministrazione, giudice amministrativo? Ciascuna richiederebbe uno scavo indipendente, con il rischio (per così dire) di riportare alla luce questioni e discussioni mai realmente risolte o concluse.

Se si pensa alla prima espressione, ad esempio, vengono in gioco nozioni non sempre collimanti¹.

Senza voler ripercorrere il dibattito assai noto sui referenti prescrittivi per l'individuazione dei diritti fondamentali (coincidono, forse, con i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.? Il loro riconoscimento è necessariamente positivo o può anche percorrere vie di legittimazione diverse, come quella dell'accertamento giurisdizionale?), è sufficiente rammentare che ad essi si rivolgono fonti di provenienza e forza non sempre combacianti (i Trattati UE, la CEDU, altri strumenti convenzionali internazionali).

Anzi, non mancano casi nei quali la loro proiezione di situazioni giuridiche soggettive per eccellenza – ossia di situazioni che, assurgendo ad una qualifica così alta e fondativa sul piano istituzionale, meritano un'attenzione e una protezione massime – cambia funzionalmente veste, liberando (in qualche modo) e diffondendo nel discorso giuridico *tout court* tutto il carico assiologico di cui sono veicolo e sovrapponendosi, dunque, all'istanza di garanzia di ulteriori situazioni giuridiche soggettive, contribuendo a conformarla. Basti pensare, sul punto, a quanto statuisce l'art. 6.3 del TUE (per il quale «*[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle*

¹ Per una trattazione compiuta cfr., ad esempio, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020 (2^a ed.), e S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, FrancoAngeli, 2023 (2^a ed.).

libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali²).

Se si deve, pertanto, impostare un ragionamento sulla responsabilità delle pp.aa. a fronte della violazione di diritti fondamentali, non si può che constatare, già in partenza, che l'oggetto della tutela stessa è ambulante, potendosi collocare in spazi molto eterogenei dell'ordinamento. Senza trascurare, poi, la circostanza che esistono ampie e importanti discipline speciali, nelle quali viene in gioco, volta per volta, e non senza paradosso, anche la qualità soggettiva del titolare di quel tipo di diritti (come è tipico, ad esempio, dell'individuazione e della configurazione normativa dei diritti degli stranieri e delle diverse "categorie" in cui essi vengono classificati³).

Ma la cosa complicata è che distinguo non dissimili dovrebbero compiersi anche per l'indagine sul solo assetto della responsabilità dell'amministrazione.

Perché – e anche qui non ha certo senso rievocare i termini di evoluzioni conosciute e a loro volta influenti su molti altri argomenti – nel contesto italiano il regime di questa forma di responsabilità poggia tuttora sulle coordinate originarie sulle quali esso è stato incanalato con la nascita dell'ordinamento uni-

2 Si potrebbe anche notare un meccanismo a suo modo di direzione *opposta* a quella ora segnalata, ossia in cui dal *principio* si produce il *diritto*. V., ad esempio, sempre in ambito europeo, la ben conosciuta e consolidata disciplina sulla tutela contro la discriminazione (cfr. la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione – 2000/78/CE – che vieta la discriminazione basata su orientamento sessuale, fede religiosa, età e disabilità nel settore dell'occupazione, la direttiva sull'uguaglianza razziale – direttiva 2000/43/CE – che vieta la discriminazione basata sulla razza o sull'etnicità, sempre nel settore dell'occupazione, ma anche in settori quali istruzione, previdenza sociale, compresi sicurezza sociale e assistenza sanitaria, prestazioni sociali, accesso e fornitura di beni e servizi., nonché l'art. 10 TFUE e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e l'affermazione sostanziale, specie da parte della giurisprudenza nazionale (v., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2021, n. 3842) di una sorta di "diritto" a non essere discriminati (v., segnatamente, il "diritto" azionabile *ex* artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, TU sull'immigrazione; sul punto si tornerà anche *infra*). Va ulteriormente rilevato che questo tipo di "diritto" ha condotto, assai di recente, a una specie di indebolimento (o temperamento) della tradizionale giurisprudenza sulla legittimità di decisioni assunte da parte di organizzazioni cc.dd. "di tendenza" nei confronti di dipendenti i cui comportamenti privati non siano in linea con le ragioni costitutive dell'organizzazione in questione: v., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31071 (per un primo commento: G. PEZZINI, *Anche se religiosa, la scuola non è libera di discriminare*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 848 ss.).

3 V. sempre M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, *cit.*, 109-110.

tario⁴: vale a dire, su coordinate che alimentano la base operativa per risolvere ogni controversia concreta alla radice delle distinzioni sulla sussistenza materiale di un potere pubblico capace di influire legittimamente sul contenuto della situazione giuridica soggettiva ovvero, all'opposto, di una prevalente e anteriore dimensione intersoggettiva, nei cui confronti la postura della p.a. non può che essere di mero comportamento e il cui rispetto impone, a rigore, anche un interlocutore differente (il giudice comune) e un correlato e adeguato bagaglio di strumenti di tutela (quelli di cui, classicamente, disponeva soprattutto la giurisdizione ordinaria). Con un meccanismo – è assai facile constatarlo anche in questa sede – che, fondandosi sulla capacità pubblica di definire le situazioni soggettive, non può che sottrarre i diritti fondamentali, quasi per postulato irrinunciabile, alla sfera d'azione di quella capacità e, così, alla giurisdizione speciale che per quella è stata istituita (quella, per l'appunto, del giudice amministrativo)⁵.

Non vi è dubbio che, rispetto a questo punto di partenza, molte cose sono mutate o, meglio, si sono sovrapposte. Anche perché si è appreso, strada facendo, nel corso del Novecento e dei primi anni di questo Secolo, che alla giurisdizione speciale non sono estranei frangenti in cui si tutelano situazioni soggettive definibili in termini di diritto a tutti gli effetti (è il caso della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo); e che, inizialmente proprio per tale motivo, la profondità e l'ampiezza della tutela ottenibile in quella sede dev'essere adeguata⁶, e dunque può essere anche maggiore di quella originariamente delineata in opposizione a quella ottenibile dinanzi all'A.G.O. Ciò con uno sviluppo di graduale implementazione⁷, che, anche per l'influsso e la sovrapposizione

4 E, precisamente, con l'entrata in vigore dell'art. 2 dell'All. E della legge n. 2248/1865.

5 A simile risultato è giunta la Corte di cassazione sin dalle notissime pronunce (SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463, e 6 ottobre 1979, n. 5172) in materia di tutela del diritto fondamentale alla salute; sentenza "apripista" per l'affermazione compiuta di un tale indirizzo.

6 A decorrere dalle pronunce della Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190 (in tema di tutela cautelare) e 23 aprile 1987, n. 146 (in tema di mezzi di prova).

7 Di cui rappresenta testimonianza visibile anche un lungo e autorevole dibattito dottrinale, aperto dalla monografia di V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, e portato a compimento dal poderoso studio di A. POLICE, *Il ricorso di pie-*

di sistemi normativi differenti – tesi, peraltro, a valorizzare al meglio la realizzazione di un altro super-diritto fondamentale, quello all'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale⁸ – ha finito per promuovere anche la garanzia giurisdizionale di situazioni soggettive suscettibili di essere variamente plasmate dal potere dell'amministrazione (*i.e.*, e per antonomasia, gli interessi legittimi), avvicinandole, così, allo standard di tutela storicamente tipico delle situazioni soggettive (anticamente) più forti e aprendole, per così dire (e sulla scorta dell'art. 6 CEDU), anche a un sindacato di cd. “full jurisdiction”⁹.

In materia di responsabilità della p.a., l'evento per antonomasia, rappresentato dalla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e dalle statuizioni in essa contenute sulla risarcibilità degli interessi giuridicamente rilevanti correlati alla titolarità di un interesse legittimo, da un lato ha risentito degli influssi ora richiamati, dall'altro li ha rilanciati ed estesi, fino alla promozione, mercé anche la cd. “teoria della spettanza del bene della vita”¹⁰, di una tutela specifica positiva di nuova configurazione, oggi estesa alla possibilità (*ex art. 34, comma 1, lett. c, c.p.a.*) di esercitare un'azione di condanna al rilascio di un determinato provvedimento.

Ecco, tuttavia, che in questo andamento di avvicinamento reciproco – tra le tutele e tra le giurisdizioni – il tema della responsabilità delle pp.aa. per la violazione di diritti fondamentali si è fatto ulteriormente vagante, con la com-

na giurisdizione davanti al giudice amministrativo, I e II, Padova, Cedam, 2000-2001. Non è un caso che, al termine di tale dibattito, la Corte costituzionale abbia precisato che, in sede di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo può offrire tutela giurisdizionale anche ai diritti fondamentali: v. sent. 27 aprile 2007, n. 140.

⁸ Nel senso non solo dell'interpretazione *magis ut valeat* degli artt. 24 e 113 Cost., ma anche, se non in via preponderante, della realizzazione dei corrispondenti principi di matrice europea (che oggi si trovano posti in apertura alla disciplina del processo amministrativo – v. art. 1 c.p.a. – e che, tuttavia, si sono presentati all'attenzione degli operatori sin dalla prima elaborazione della disciplina sovranazionale in materia di tutela nel settore degli appalti pubblici). In argomento, sia consentito rinviare a F. CORTESE, B. MARCHETTI, *Art. 1*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (diretto da), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, Wolters Kluwer, 2021, 3 ss.

⁹ Su cui cfr., *ex plurimis*, B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi. The control of full jurisdiction on administrative measures*, Napoli, Giapeto, 2019.

¹⁰ G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

plicità, a quest'ultimo riguardo, delle mutazioni stesse dell'amministrazione, come organizzazione e come attività. Dal momento che – ed anche a tal proposito non possono che rievocarsi acquisizioni conosciute e ormai condivise – non solo sono comparse amministrazioni dotate di poteri di nuova strutturazione, ideate e finalizzate anche per la garanzia tecnica di situazioni soggettive particolarmente sensibili (e talvolta attinenti a diritti fondamentali: il rinvio è alle autorità indipendenti¹¹); si è anche affermata la consapevolezza che molti diritti fondamentali hanno bisogno di infrastrutture pubbliche e di interventi amministrativi idonei a renderli concretamente afferrabili (e qui l'allusione è al diritto alla salute¹²).

In definitiva, a fronte di trasformazioni e configurazioni così complesse, l'oggetto di questo contributo rischia di dimostrarsi impraticabile sin dalla posizione iniziale, con effetti potenzialmente paralizzanti. Esso è al centro delle tensioni che sono state generate dall'evoluzione di tutti i fattori (e, per così dire, delle sub-materie) che concorrono a delinearne i tratti. Sicché, a voler offrire un'introduzione metodologicamente cosciente allo studio di un simile oggetto, è necessario svolgere un'operazione di decifrazione delle dinamiche in cui si realizzano quelle tensioni, non solo per comprendere quale sia la presente fisionomia del tema (par. 2), ma anche per intravedere la cifra, o la morfologia, degli itinerari finora percorsi (par. 3) e per individuare dove si possono verosimilmente collocare, e bilanciare, le loro ulteriori linee di sviluppo (par. 4).

2. Fotografia dell'esistente: il risultato di una stratificazione evolutiva

Un modo di approcciarsi a un tema che, come si è precisato, è apparentemente inafferrabile può essere, semplicemente, quello di dare atto, in primo luogo, del punto storico di approdo. Rispondendo, in altri termini, alla domanda se esista una raffigurazione idonea a esprimere sinteticamente lo stato

11 V., per quanto riguarda l'originalità della posizione istituzionale e dei poteri delle autorità indipendenti, lo studio di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

12 Cfr., *ex multis*, L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Padova, Wolters Kluwer, 2018, in part. 263 ss.

dell'arte della disciplina della responsabilità della p.a. per violazione di diritti fondamentali dinanzi al giudice amministrativo.

La risposta è positiva, dal momento che, nell'enorme mole dei lavori prodotti dalla dottrina negli ultimi dieci anni¹³, si trova spesso traccia di un certo genere di raffigurazione; un quadro in tutto e per tutto coincidente con quello qui di seguito fornito efficacemente dalla sinossi di un saggio ricostruttivo particolarmente ordinato e completo¹⁴:

Nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo è chiamato a tutelare i diritti fondamentali incisi dai poteri pubblici, secondo quanto ha affermato la Corte costituzionale correggendo il diverso orientamento della Corte di cassazione. Occorre in ogni caso che la garanzia giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo sia piena ed effettiva, alla luce degli artt. 24 e 111 Cost., dell'art. 6 CEDU e dell'art. 19 TUE. Il principio di piena tutela richiede l'attribuzione di poteri processuali adeguati al bisogno di giustizia e presuppone garanzie d'indipendenza omogenee a quelle del giudice civile. Su questi fattori il giudice amministrativo finirà per consolidare o per perdere la sua legittimazione.

La sintesi è davvero paradigmatica. Offre, in una sorta di pillola, il concentrato dell'intersecazione progressiva dei grandi nuclei tematici e delle corrispondenti discipline di cui si è fatto rapido cenno nel paragrafo precedente. Di più: dà conto della stratificazione che ha prodotto quel concentrato, manifestandone in modo esplicito le tappe più importanti, quali la promozione definitiva della giurisdizione esclusiva come modello appropriato della tutela di situazioni giuridiche soggettive che non possono subire arretramenti davanti alle prerogative della p.a.¹⁵; il tramite, al riguardo, giocato dal principio di pienezza ed effettività della tutela, e dal suo essere correlato ad un pari diritto fondamen-

¹³ La letteratura è amplissima. I termini di riferimento per il ricchissimo dibattito svoltosi nel periodo in questione sono anticipati, *ex plurimis*, nei contributi raccolti in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁴ Cfr. M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

¹⁵ In coerenza con la giurisprudenza inaugurata da Corte cost., n. 140/2007 cit. *supra*, a nt. 7.

tale, nella sua molteplice e sinergica derivazione¹⁶; la diffusione della convinzione che il giudice amministrativo possa, anzi, debba attrezzarsi sempre di più e sempre meglio per fronteggiare questo ambizioso compito (con un cenno, aggiuntivo, se così si può specificare, all'istanza – anch'essa non nuova – di realizzazione compiuta di un regime istituzionale ed organizzativo della giustizia amministrativa che sia più prossimo a quello operante per la giurisdizione ordinaria¹⁷).

Si tratta di una direzione di marcia che – nonostante i tentativi in prospettiva programmaticamente opposta, che proprio nella materia della responsabilità della p.a., ma pur sempre in fattispecie comportamentali, ha portato avanti la Corte di cassazione¹⁸, fedele alle sue più ferme convinzioni¹⁹ – è stata confermata nel settore in cui più si è avvertita l'esigenza di un intervento adeguato del “giudice amministrativo” quale “giudice del potere”. Si allude al settore dell'amministrazione sanitaria e, così, alla tutela del diritto fondamentale alla salute, visto nelle sue più disparate declinazioni.

In ambito risarcitorio ha fatto scuola, innanzitutto, la vicenda giudiziaria del famoso “caso Englaro”²⁰.

Al di là di quanto ha stabilito la Suprema Corte sul versante dell'affermazione e della modulazione di un vero e proprio diritto a interrompere specifici trattamenti terapeutici²¹, quella vicenda ha dato spazio a una propaggine tutta interna alla giurisdizione amministrativa, perché concernente la deliberata inazione, o meglio il rifiuto esplicito, dell'amministrazione responsabile del servizio sanitario rispetto alla necessità di predisporre misure adeguate all'esecuzio-

16 Come risultante dall'intreccio dei parametri normativi espressamente indicati nell'estratto surriprodotto.

17 Secondo i noti itinerari ricostruttivi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”* (Sonntagsgedanken), Milano, Giuffrè, 2005.

18 V. specialmente, da ultimo, Cass. civ., SS.UU., 7 settembre 2022, n. 23436, e 23 febbraio 2023, n. 5668.

19 Quelle, cioè, già manifestate con l'orientamento varato alla fine degli anni Settanta: v. *supra*, a nt. 5.

20 V., per una ricostruzione complessiva, G. CREPALDI, *Il «caso Englaro»: i giudizi civili, amministrativi e l'epilogo davanti alla Corte dei Conti*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 27 ss.

21 Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

ne della volontà negativa della paziente. Il cui rappresentante legale (tutore) è stato costretto, nelle more della definizione del giudizio di annullamento relativo a quel diniego, a rivolgersi ad altra amministrazione.

In tale occasione il giudice amministrativo non solo ha annullato il detto diniego; ha affermato anche l'obbligo della p.a., «*in ossequio ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità e correttezza, [di] indicare la struttura sanitaria dotata di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, tali da renderla "confacente" agli interventi e alle prestazioni strumentali all'esercizio della libertà costituzionale di rifiutare le cure, al fine di evitare all'ammalata (ovvero al tutore o curatore di lei) di indagare quale struttura sanitaria fosse meglio equipaggiata al riguardo*»²².

Tuttavia, poiché l'esecuzione di detto pronunciamento avrebbe dovuto realizzarsi quando ormai l'interruzione delle cure era stata realizzata *aliunde*, il giudice amministrativo, adito nuovamente per il risarcimento dei danni così patiti dalla paziente deceduta e dai suoi familiari, ha condannato la medesima amministrazione sanitaria al risarcimento del danno per equivalente, avallando anche una (ormai consolidata) interpretazione specializzante della responsabilità della p.a., pur nel solco del generale inquadramento all'interno della fattispecie aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.²³.

Sicché si può evidenziare molto bene come in questa controversia, da un lato, il giudice amministrativo abbia cercato di dare al diritto soggettivo fondamentale una prioritaria soddisfazione diretta, formulando una condanna articolata, comportante un'attivazione doverosa a servizio della situazione giuridica da garantire, dall'altro, venuta meno la possibilità di un'esecuzione soddisfattiva, ha ristorato il danno patrimoniale da ciò derivante, ma con le peculiarità ormai tipiche delle liti risarcitorie concernenti gli interessi legittimi.

²² Tar Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, punto 5.6 della motivazione. La sentenza è stata confermata, in appello, da Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

²³ Cons. Stato, sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058 (e già, in primo grado, Tar Lombardia, sez. III, 6 aprile 2016, n. 650).

Ancor più interessante è la giurisprudenza amministrativa sul diniego di autorizzazione a ricevere o a proseguire determinate cure mediche all'estero²⁴.

Una vera e propria pronuncia esemplare è quella in cui il Consiglio di Stato ha riaffermato la giurisdizione amministrativa, prendendo atto della necessità di riconoscere, anche in sede di giurisdizione esclusiva, la pertinente presenza di profili di potere pubblico, ed elaborando, in merito, una lettura a dir poco *estensiva*, come espresso, inequivocabilmente, nel seguente estratto²⁵:

[...] nessun dubbio nutre il Collegio circa l'inevitabilità del carattere fondamentale della situazione giuridica fatta valere a giustificare una deroga alla generalissima regola di riparto che vede il giudice amministrativo titolare della giurisdizione over l'amministrazione agisca nell'esercizio di un potere dalla legge previsto a conformazione di quella situazione giuridica.

[...] Non c'è nella dinamica delle posizioni giuridiche alcun fenomeno di degradazione: diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività.

[...] I diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aver luogo riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica.

[...] Dinanzi alla pienezza di tutela che l'ordinamento oggi assicura, per il tramite della giurisdizione amministrativa, agli interessi fondamentali correlati ai diritti sociali, continuare a sostenere sotto l'ombrello teorico della non affievolibilità del diritto fondamentale, che il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a

24 Per un'introduzione v. sempre L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 220 ss.

25 Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.

qualificare la legge attributiva come incostituzionale, vieppiù irritualmente disapplicandola.

Di simili passaggi vanno annotati alcuni punti salienti: l'affermazione molto chiara dell'idea che, quando vi sia un inevitabile intervento dell'amministrazione, il diritto fondamentale e la sua tutela passino necessariamente per quel genere di mediazione; la conseguente conclusione che, vista l'inevitabilità della mediazione in parola (organizzativa come procedimentale), le prerogative pubblicistiche in cui essa si integra valgano a radicare la giurisdizione amministrativa e, così, a considerare il giudice amministrativo, *in parte qua*, come tutore dei diritti fondamentali e degli interessi che ne costituiscono il substrato.

È su questi presupposti che, nel corso degli ultimi anni, si è teorizzata e rilanciata a più riprese sia la ricostruzione (a tali presupposti sintonica) dei cc.dd. "interessi legittimi fondamentali"²⁶, sia una lettura (viceversa razionalizzante) che, preso atto di questi raggiungimenti come delle opposte ricostruzioni della Suprema Corte, permetta agli operatori di «recuperare una visione circa il giudizio sul riparto di giurisdizione», ricostituendo, per la Cassazione, un ruolo effettivo di «organo terzo rispetto al giudice ordinario ed ai giudici speciali»²⁷.

3. Ancora sul dualismo giurisdizionale: una (ulteriore) spiegazione

Lo scenario ora rievocato chiama in campo un'invariante assai classica, che non coincide solo con la storica dialettica animata dal conflitto tra le giurisdizioni (una dialettica che, come si è stati abituati con una certa ricorrenza,

26 V., ad esempio, *Insedimento del Presidente del Consiglio di Stato, Luigi Maruotti, e relazione sull'attività della giustizia amministrativa* (30 gennaio 2023), agevolmente reperibile online al seguente indirizzo: https://www.giustizia-amministrativa.it/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato/-/asset_publisher/zkfRoSx4rTWx/content/relazione-di-insediamento-del-presidente-del-consiglio-di-stato-avv.-luigi-maruotti-e-relazione-sulla-attivit-c3-a0-della-giustizia-amministrativa. Cfr. anche L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 705 ss.

27 E. SCODITTI, *Questioni di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia* (11 ottobre 2023). Per la cornice argomentativa di un tale approccio v. già G. MONTEODORO, E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, *ibid.*, n. 1/2021.

tenta di risolversi in via quasi negoziale, con la ricerca di accordi o protocolli tra i “vertici” delle rispettive organizzazioni, tuttavia non sempre risolutivi)²⁸.

La traiettoria più significativa – sulla quale poggia anche tutto il senso della dialettica ora menzionata – concerne la dinamica in cui si riscontra la (non) tenuta delle opzioni fondamentali con cui l’ordinamento definisce e, di conseguenza, alloca le utilità considerate meritevoli di tutela.

Per rendere al meglio il funzionamento effettivo di questa dinamica – al di là di quanto si può ricostruire in modo specifico proprio con riguardo all’evoluzione e alla connotazione progressiva dei principi costituzionali in materia di amministrazione pubblica²⁹ – può essere utile avvalersi di alcune osservazioni apparentemente “extra-vaganti”, eppure basate sulla dimostrazione plastica della modalità con cui opera il motore delle grandi scelte costituzionali moderne.

In uno dei suoi ultimi saggi, un noto, e spesso discusso e provocatorio, sociologo sloveno, Slavoj Žižek³⁰, ha cercato di indagare la complessità della libertà individuale e collettiva, e delle sue dimensioni filosofiche, psicologiche e sociali, ma anche di quelle normative³¹. Cercando di trarre da una simile indagine ciò che può valere al caso nostro, si possono isolare, quasi fossero dei moniti, alcune importanti precisazioni:

- che, secondo una nota distinzione di matrice hegeliana, occorre differenziare la libertà astratta da quella concreta³²;

28 Ma sulla traccia di un noto evento “stabilizzatore”, quanto meno per un certo periodo: v. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D’Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss.

29 Tema sul quale si permetta il rinvio a F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 329 ss. (ma anche in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell’ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, Napoli, ESI, 2020, 35 ss.).

30 Cui, peraltro, si devono anche letture assai critiche del modo con cui la cultura dei diritti si è affermata e viene garantita, anche giuridicamente: v., ad esempio, S. ŽIŽEK, *Diritti umani per Odradek?*, Roma, Nottetempo, 2005, ma anche ID., *Contro i diritti umani*, Milano, Il Saggiatore, 2006.

31 S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, Milano, Ponte alle Grazie, 2023.

32 Ivi, 29.

- che la seconda è il frutto di un processo di istituzionalizzazione, alla stregua del quale ciò che corrisponde ad un'istanza assoluta di libertà, che non postula alcuna barriera per il suo realizzarsi, anche al punto da potersi autodistruggere³³, si traduce in una libertà predefinita, ma materialmente afferrabile e garantita³⁴;

- che in questa seconda condizione (che, anche nella terminologia anglosassone, contrappone uno stato di *freedom* ad un regime di *liberty*) si può osservare che è la limitazione preventiva, insita nell'affermazione limitata della libertà e delle sue declinazioni, a rendere possibile un margine di azione autonoma e responsabile³⁵;

- che questo approccio – si potrebbe aggiungere: tipico delle costituzioni moderne e, in realtà, anche del costituzionalismo del secondo dopoguerra – rende possibili gesti di assoluta libertà solo alla condizione della predestinazione che li contempla (cioè, solo alla condizione della trasmutazione di una condizione di *freedom* in un ordine di *liberty*), pur nella consapevolezza, tuttavia, che i modi effettivi di tale predestinazione non sono “totalmente chiusi” sin dal principio, e che, dunque, «sappiamo che quel che faremo è predestinato eppure dobbiamo prenderci il rischio e, soggettivamente, di scegliere ciò che è predestinato»³⁶;

- che, in definitiva, ciò accade perché «il passato è aperto a reinterpretazioni retroattive, mentre il futuro è chiuso, poiché viviamo in un universo deterministico»: questo «non vuol dire che non possiamo cambiare il futuro; significa soltanto che, per cambiare il futuro, dobbiamo prima (non “comprendere” ma) cambiare il passato, reinterpretarlo in un modo che apra a un futuro diverso da quello implicato dalla visione dominante del passato»³⁷.

33 «La libertà astratta è l'abilità di fare quel che si vuole, indipendentemente da ogni regola o consuetudine sociale, di violare tali regole e consuetudini, persino di agire contro la propria stessa natura sostanziale in uno scoppio di 'negatività radicale', tipicamente in una situazione di rivolta o di rivoluzione»: ibidem.

34 «[...] la 'libertà concreta' è la libertà che si colloca all'interno di un insieme di regole e consuetudini sociali e che ne viene nutrita»: ibid., 30.

35 «La mia libertà è davvero tale solo all'interno di uno spazio sociale regolato da norme e divieti»: ibidem.

36 Ibid., 85.

37 Ibid., 84. Una buona parte delle argomentazioni sostenute a favore di questa impostazione sono state anticipate dal suo Autore anche in uno scritto precedente: *Legal Luck*, in *Un-*

È questa la “catena” di argomenti che ci conduce a comprendere sia il fatto che, pur essendo oggetto di una predestinazione (tutta incorporata, per ciò che rileva in questa sede, nella dicotomia diritti soggettivi e interessi legittimi), l’attuazione delle opzioni fondamentali poste dall’ordinamento in merito alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive è costitutivamente soggetta a re-interpretazioni di diversa provenienza; sia il fatto che, a suggello del regime di *liberty* che comunque si pone alla base della generazione del medesimo processo di attuazione come itinerario voluto e progressivo, le “alte corti” svolgono un ruolo centrale, se non decisivo.

In primis, specie da un punto di vista diacronico, svolgono tale ruolo proprio le “corti” che si contendono la funzione nomofilattica, giacché – come è stato puntualmente dimostrato in attente analisi storico-comparatistiche³⁸ – è questa funzione che è, da sempre, correlata all’obiettivo di conservare l’unità del diritto, pur nell’inevitabile mutabilità dell’assetto effettivo prodotto dall’interpretazione e dall’applicazione delle norme alla società in trasformazione.

Al contempo, è chiaro che, sempre dal punto di vista diacronico, il carattere rigido e garantito degli ordinamenti costituzionali contemporanei, affidando a dispositivi di giustizia costituzionale il compito di proteggere anche il ruolo delle altre “corti”, sposta la dialettica della decifrazione dei processi di predestinazione al livello di quei dispositivi³⁹. I quali, come è noto, tendono a porsi comunque al centro della dialettica anche allorquando essa si fa ancor più articolata, se del caso coinvolgendo altri (e influenti, se non concorrenti) sistemi normativi di riferimento (elemento, quest’ultimo, della pluralità di parametri

bound. Harvard Journal of the Legal Left, Vol. IV, 2008, 1 ss.

³⁸ Il rinvio è, per tutti, a A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativo. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 693 ss. V. anche ID., *Le Cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, Milano, Giuffrè, 2016.

³⁹ Come dimostrano i celebri interventi della Corte costituzionale sulla delimitazione della giurisdizione esclusiva o sull’*actio finium regundorum* (vale a dire, la definizione di quali possano essere i motivi inerenti alla giurisdizione idonei a legittimare il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 8, Cost.) tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (v., rispettivamente, la sent. 6 luglio 2004, n. 204, e la sent. 18 gennaio 2018, n. 6).

precettivi pertinenti, che in materia di diritti fondamentali, come si è precisato all'inizio di questa riflessione, costituisce un dato caratterizzante⁴⁰).

Sul piano teoretico, sono questi i “passaggi” che spiegano le ragioni delle riletture cui sono andati incontro l'estensione oggettiva e lo standard della tutela dei diritti fondamentali e della responsabilità della p.a. dinanzi al giudice amministrativo. Avendo, però, cura, nello stesso tempo, di evidenziare un altro aspetto, non meno significativo: quello connesso alla forza di *retroazione* che può assumere ogni singolo momento trasformativo e/o di sviluppo del regime di *liberty* e degli strumenti di garanzia ad esso relativi.

Anche a tal proposito si può restare fedeli all'impostazione illustrativa che si è privilegiata all'inizio di questo paragrafo, ricorrendo a un'esplicazione rafforzata dei modi con cui, per Žižek, si produce la «causalità retroattiva» (vale a dire, la cennata forza di retroazione) della dinamica di predestinazione sopra descritta. Un'esplicazione che il medesimo Autore mutua da un passo di T.S. Eliot, nella parte in cui cerca di raffigurare i rapporti tra espressioni artistiche successive nel contesto di una stessa tradizione⁴¹:

Quel che avviene quando si crea una nuova opera d'arte, avviene contemporaneamente a tutte le opere d'arte precedenti. I monumenti esistenti compongono un ordine ideale che si modifica quando vi sia introdotta una nuova (veramente nuova) opera d'arte. L'ordine esistente è in sé concluso prima che arrivi l'opera nuova; ma dopo che l'opera nuova è comparsa, se l'ordine deve continuare a sussistere, deve tutto essere modificato, magari di pochissimo; contemporaneamente tutti i rapporti, le proporzioni, i valori di ogni opera d'arte trovano un nuovo equilibrio; e questa è la coerenza tra l'antico e il nuovo. Chiunque approvi questa idea di un ordine, di una forma che è propria della

40 Cfr. sempre la giurisprudenza costituzionale sulla cd. “doppia pregiudizialità”, ossia sulle ipotesi in cui vengano simultaneamente in gioco questioni di contrasto con la Costituzione e con il diritto dell'Unione europea (a partire da sent. 14 dicembre 2017, n. 269). Per uno sguardo complessivo sulle questioni generali sottese a questo profilo v. F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. – Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, n. 2/2018, 99 ss.

41 V. in S. ŽIŽEK, *Libertà, cit.*, 66, che così riprende T.S. ELIOT, *Tradizione e talento individuale*, in ID., *Il bosco sacro. Saggi sulla poesia e la critica*, Milano, Bompiani, 2003, 70.

letteratura europea [...] non troverà assurda l'idea che il passato sia modificato dal presente, come non lo è che il presente trovi la propria guida nel passato.

L'immagine sul combinarsi di monumenti e opere, precedenti e posteriori, come produttiva di una revisione incrementale dell'ordine esistente è assai suggestiva.

Se sostituiamo a monumenti e opere nuove – da un lato – le nozioni e gli istituti cardine della teoria dei diritti fondamentali e della loro tutela come della disciplina della responsabilità della p.a. e dell'ambito e dei poteri della giurisdizione amministrativa – dall'altro – le loro riletture graduali, alcune più vistose e altre meno impattanti, ma per ciò solo non meno rilevanti, ci possiamo facilmente accorgere di quale movimento retrospettivo quel susseguirsi di cambiamenti possa aver determinato nell'operatività della dicotomia precostituita di diritti-soggettivi-interessi legittimi. Al punto che corre d'obbligo domandarsi se si sia usciti, o meno, dal circuito dei significati contemplabili all'interno della medesima tradizione, e ciò anche nei casi in cui ci si trovi di fronte a interventi formalmente restaurativi.

Si pensi, ad esempio, alla nota pronuncia con cui la Corte costituzionale ha “reagito” alla scelta legislativa di affidare alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva interi blocchi di materie⁴². La sentenza segue un'argomentazione che poggia in modo assai forte sul richiamo esplicito delle intenzioni dei Costituenti, e che quindi presenta un'incontrovertibile attitudine ricostitutiva di un equilibrio violato, realizzandosi, coerentemente, nella aperta contestazione delle opzioni percorse dal legislatore con il d.lgs. n. 80/1998 e con la legge n. 205/2000. Eppure, al contempo, nel corpo della motivazione, si prende palesemente atto, anche dal punto di vista *linguistico*, di una trasformazione di amplissima portata – quella per cui il giudice amministrativo si è guadagnato a tutti gli effetti la «*piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione delle situazioni soggettive non contemplate dal*

42 Corte cost., n. 204/2004, cit.

(modo con cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865»⁴³ – riconducendone direttamente la *ratio* al tessuto costituzionale; ad un parametro normativo, cioè, al quale, nella medesima decisione, viene ricondotto anche il riconoscimento, testualmente mediato dalle fonti primarie sopra ricordate, del potere di «*disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*»⁴⁴. Dunque, nel momento in cui si riafferma la specialità – e la correlata delimitazione di più preciso e classico confine – della giurisdizione amministrativa, si prende atto in modo ufficiale e conclamato, con lettura evolutiva d'altra parte già affermata da tempo nella dottrina come nella giurisprudenza dei giudici amministrativi, che il giudice che è chiamato ad occuparsene, sia pur nel suo contesto, è a sua volta un giudice ordinario ed è, come tale, dotato dei poteri capaci di offrire una tutela potenzialmente completa e soddisfattiva. Si torna indietro, ma la ristrutturazione consolida in modo istituzionalmente accreditato le punte avanzate di una visione che nel passato non era certo operante e che, anzi, proietta l'assetto della giurisdizione amministrativa verso approdi prospettivamente più “spinti”.

Solo in questo modo – ossia, solo ponendo attenzione a dinamiche di questo genere – ci si avvede delle ragioni che hanno condotto a un'*espansione* originariamente impensabile del margine di manovra del giudice amministrativo, rendendosi, così, ancor comprensibile – oltre che attuale e urgente – la meditazione poc'anzi svolta sul ruolo delle “alte corti” e sul modo con cui evitare che i naturali e fisiologici (e in qualche misura inevitabili, anzi necessari, indispensabili) slittamenti della predestinazione costituzionale finiscano per cagionare alterazioni ordinamentali non più riconoscibili (ed altrimenti non superabili, se non con la formulazione espressa – tornando al lessico di Žižek – di una nuova predestinazione, ossia con il cambiamento esplicito della disciplina costituzionale).

43 Ivi, punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

44 Ibid., punto 3.4.1 del *Considerato in diritto*.

Anche perché, oltre alle fattispecie mobili segnalate nel paragrafo precedente, vi sono tanti altri casi ancora, nei quali o si assiste a una pari tendenza onnivora da parte della giurisdizione amministrativa (ma con esiti non sempre soddisfacenti, come accade per le ipotesi in cui vengano in essere fattispecie relative alla garanzia della libertà religiosa⁴⁵) o ci si confronta con una contro-tendenza, anch'essa onnivora, alla creazione di diritti soggettivi totalmente nuovi o, se si vuole, “nuovamente preminenti” e capaci di riaffermare in tutto e per tutto la giurisdizione ordinaria (come avviene nell'ampio campo della tutela contro le discriminazioni⁴⁶). Senza omettere la circostanza che, in maniera sempre più frequente (la vicenda dell'istituzione di sezioni specializzate di Tribunale per la cognizione delle cause avverso i dinieghi opposti dalle apposite Commissioni territoriali sulle istanze di protezione internazionale formulate da stranieri è, in tal senso, più che emblematica⁴⁷), l'allocazione della giurisdizione sulle situazioni soggettive variamente connesse alla garanzia di diritti fondamentali porta ulteriormente all'A.G.O.

4. Problemi istituzionali (oltre che pratici): da sradicare o da gestire?

Non c'è dubbio che un'opera di riordino è quanto mai necessaria. Resta da comprendere quale tipo di intervento sia preferibile operare. Visto che le complicazioni, in merito, non mancherebbero.

Per un verso, infatti, si potrebbe appoggiare l'idea che sia sufficiente la forza degli argomenti e delle culture che li sorreggono. Che sia praticabile, in altre parole, il ribadire una specifica tradizione; il riallacciarsi direttamente – e nuovamente – alle prime opzioni del 1865, lasciando allo spazio dei “non-dirit-

45 In merito cfr. F. CORTESE, *Laicità e giustizia amministrativa*, in A. CARDONE, M. CROCE (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria? Atti del Convegno di Firenze del 27 e 28 settembre 2019 nel trentennale della s.n. 203/1989 della Corte costituzionale*, Roma, Nessun Dogma, 2021, 215 ss.

46 Il profilo è stato già ricordato *supra*, a nt. 2; ed è punto significativo, poiché, di fatto, può anche dar luogo, a seconda del rimedio utilizzato, a ipotesi di “doppia tutela” (in cui, cioè, ci si può rivolgere o alla giurisdizione ordinaria o a quella amministrativa).

47 Cfr. art. 35, d.lgs. n. 35/2008 (sulla giurisdizione ordinaria), nonché art. 1, d.l. n. 13/2017, conv. in l. n. 46/2017 (sulle sezioni specializzate).

ti” solo la tutela delle situazioni soggettive che risultino davvero concepibili (perché così meglio garantibili) se non come intrinsecamente conformabili dal potere amministrativo (e, segnatamente, da quello discrezionale)⁴⁸. Ma si è già visto – richiamando ancora la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale – che una tale prospettiva, anche quando concretamente, storicamente, assunta, ha addirittura tradito propensioni rivoluzionarie assai forti, e senz’altro capaci di implicare mutazioni che nel disegno primitivo non potevano dirsi contemplate.

È un’impresa, dunque, che richiederebbe la rivisitazione profonda di larghe parti delle ricostruzioni effettuate nel corso degli ultimi venticinque anni e che, per avere successo, richiederebbe anche un “restauro” di molti altri “ambienti” della “casa costituzionale”, come d’altra parte invocato anche da ultimo nel contesto di ragionamenti che pongono in campo non solo l’istanza di radrizzamento di alcuni pilastri del diritto pubblico nazionale, ma anche un’esigenza di accordatura degli strumenti con cui si guarda al fenomeno giuridico in senso lato⁴⁹.

Per altro verso, si potrebbe assecondare razionalmente il quadro vigente per come si è evoluto, con ciò intendendosi non tanto la navigazione nelle incertezze ormai irriconoscibili degli orientamenti giurisprudenziali, bensì l’avallo ancor più esplicito al ruolo delle “alte corti”, alla ricerca di un punto di equilibrio, seppure, allo stato, di non semplice rinvenimento⁵⁰.

In proposito viene naturalmente da osservare che un tale punto di equilibrio non potrebbe che assumere le sembianze di un vero e proprio accordo “politico”, nel quale finirebbero per confondersi, bilanciandosi a vicenda, motivazioni logiche, strategie organizzative, urgenze di servizio e/o di concentrazione di tutela, etc. Tensioni, queste, che vanno considerate tutte come social-

⁴⁸ A questa corrente interpretativa, ad esempio, pare di poter ascrivere la posizione di E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

⁴⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

⁵⁰ Fiducia nei confronti di questo “metodo” è espressa, ad esempio, da ALB. GIUSTI, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

mente meritevoli, e che, pure, tuttavia, in quanto tali, dovrebbero trovare una fisiologica e riconosciuta soluzione solo nel preferenziale dominio del legislatore.

Le due vie – sradicare alla fonte il problema mediante un “ritorno al futuro” o gestirlo per via di una *policy* giudiziaria di accomodamento progressivo, con implicita delega agli “accordi” tra le “alte corti” – forse non si escludono neppure, dal momento che l’una può temperare gli eccessi dell’altra.

La prima, infatti, pare parzialmente dimentica delle estese e fisiologiche oscillazioni di quelle che si sono dianzi definite come predestinazioni ordinali. La seconda, invece, si muove, costringendo allo stesso movimento anche gli interpreti e gli operatori, sulla corda del funambolo, nella fiducia che l’attuazione dell’ordinamento non possa che prendersi (se è lecita l’immagine) solo “per la coda”, mentre (come è doveroso attendersi in uno Stato costituzionale di diritto) si tratta di processo plurale e condiviso, che richiede consapevoli e volute razionalizzazioni *ex ante* e che, pertanto, per definizione non si esaurisce nell’individuazione *ex post* di una funzione preminente.

Un fulcro credibile attorno al quale potrebbero ruotare entrambe le vie è l’accettazione della crescita delle tecniche e delle prerogative del giudice amministrativo quali corrispettivo di una specialità sostanziale meglio metabolizzata.

È una cornice interpretativa, questa, nella quale l’evoluzione del ruolo del G.A. non si limiti ad “arricchirsi” di spezzoni di cultura giudiziale comune, ma valorizzi nella maniera più compiuta le peculiarità del suo essere giudice in dialogo costante con la p.a. Il che implica sia accettare una più franca lettura autonoma delle coordinate della responsabilità della p.a. per esercizio illegittimo dei suoi poteri (alla stregua della quale rinunciare a “fingere” la migrazione di principi, istituti e regole civilistici nell’alveo della disciplina pubblicistica), sia comprendere la chiara multifunzionalità, o multidimensionalità, che la titolarità di un diritto fondamentale può significare (valendo, volta per volta, il contesto in cui esso può essere agito concretamente, e rinunciando alla promozione a dirit-

to fondamentale di interessi che – come accade nei frangenti in cui si invoca il principio di eguaglianza e le connesse istanze di non discriminazione – sono, invece, generali e che, come tali, possono fungere da legittimo parametro del sindacato giurisdizionale amministrativo).