

Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo

Bruno Tonoletti (*)

1. Il tema delle situazioni soggettive costituisce un capitolo difficile per il diritto amministrativo attuale.

Da una parte, in questa materia si sono da lungo tempo cristallizzate nozioni che, avendo acquisito uno statuto assiomatico, influiscono profondamente sulla comprensione della realtà, senza essere a loro volta soggette a verifica.

Nella riflessione giuridica è un problema sempre aperto quello di oltrepassare lo schermo delle idee ricevute e riuscire a guardare direttamente la realtà dell'ordinamento, almeno nella misura in cui ci si proponga di andare al di là di una conoscenza già fatta da altri per accedere ad una conoscenza propria.

In questa prospettiva, il tema delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo è difficile anzitutto perché richiede di mettere tra parentesi definizioni, categorie, punti di vista e relazioni sistematiche a tal punto sedimentati da apparire autoevidenti.

D'altra parte, la materia delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo, dopo essere rimasta pressochè immobile per quasi un secolo, si è rimessa in movimento a partire dalla sentenza 22 luglio 1999, n. 500 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ha riconosciuto la risarcibilità dei danni prodotti dall'esercizio (o dal non esercizio) del potere amministrativo.

Questa improvvisa apertura ha rimesso in discussione gli equilibri su cui il diritto vivente si era adagiato in ordine alle situazioni soggettive che i singoli possono vantare nei confronti della pubblica amministrazione, provocando un movimento di assestamento a vasto raggio i cui esiti sono ancora incerti.

In questa situazione, anche se riuscissimo a mettere tra parentesi le categorie ricevute, quella che potremmo osservare sarebbe comunque un tipo di realtà che non offre punti fermi, ma soltanto contraddizione e movimento. E il movimento, si sa, è molto più difficile da riprendere che un'immagine fissa: bisogna correre insieme all'oggetto per poterlo afferrare.

Queste difficoltà sono però anche le ragioni di interesse del tema, sia perché oggi nessuna nozione può più dirsi scontata, e questo apre nuove possibilità di pensiero, sia perché la messa in discussione di equilibri consolidati attira a sé i principali problemi del diritto amministrativo.

In questa lezione tenteremo almeno di avvicinarci all'argomento attraverso alcune indicazioni di prospettiva ed una piccola esemplificazione tratta dalla casistica giurisprudenziale.

(*) In corso di pubblicazione sul n. 20 dei *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari S. Tosi*.

2. Quando affrontiamo un tema giuridico, possiamo limitarci a conoscere le regole già fatte – la legge emanata, la sentenza pronunciata, l’interpretazione consolidata –, oppure risalire a prima che le regole si siano formate, al fine di capire il modo in cui si producono e le ragioni che le determinano.

Se adottiamo questo secondo punto di vista, dobbiamo prendere le mosse dalla constatazione che il luogo di emersione delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo è il caso giurisprudenziale.

Bisogna tener presente in proposito che, a causa della struttura dualistica del sistema di giustizia amministrativa, la qualificazione di una situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione è stata ed è ancora in gran parte subordinata all’esigenza di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Pertanto, il “caso giurisprudenziale” cui mi riferisco comprende anche le pronunce sulla giurisdizione, fra cui prima di tutto quelle rese dalla Sezioni Unite della Cassazione.

Non intendo sostenere che le situazioni soggettive siano create dalla giurisprudenza, senza alcun fondamento di diritto sostanziale, ma soltanto che nel diritto amministrativo, mancando una tipizzazione legislativa delle situazioni sostanziali che spettano ai singoli nei confronti della pubblica amministrazione, la loro identificazione avviene necessariamente caso per caso, senza l’ausilio di quelle definizioni e di quelle clausole generali che conferiscono alle situazioni soggettive di diritto civile la loro caratteristica evidenza *a priori*.

Tende sempre a riproporsi nella scienza giuridica la questione se le situazioni soggettive abbiano origine nel diritto sostanziale o nel processo. Pur senza prendere posizione per l’una o per l’altra tesi, può però essere interessante soffermarsi a riflettere sul significato della contrapposizione in sé considerata.

Se affermiamo che le situazioni soggettive sono generate dal diritto sostanziale, stiamo assumendo il punto di vista del diritto già fatto, perché i diritti riconosciuti sul piano sostanziale sono quegli assetti di interessi che una norma – non importa se scritta o non scritta, ma comunque considerata vigente – ha già riconosciuto come tali. Questa posizione risponde a una fondamentale esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. La prospettiva della norma già posta (fissata, stabilita) tende, però, a relegare nell’irrilevante la domanda circa il come si sia creata la situazione soggettiva, ovvero circa il come si sia giunti al riconoscimento che determinati interessi sono meritevoli di protezione.

La tesi opposta ritiene che le situazioni soggettive siano il frutto dell’attività giurisdizionale: un diritto c’è nella misura in cui sia riconosciuto dal giudice come tutelabile. Questa posizione,

sottolineando l'eccessiva rigidità della concezione positivista, tende ad enfatizzare l'esigenza che l'ordinamento sia in grado di dare risposta ai bisogni di tutela sempre nuovi che emergono nella vita sociale. Se portata all'estremo, tuttavia, anche questa prospettiva finisce per eludere la domanda circa il modo con cui si formano le situazioni soggettive, perché, enfatizzando eccessivamente il ruolo creativo della giurisprudenza, rischia di mettere in ombra i fattori ordinamentali che influiscono *ex ante* sul loro riconoscimento in sede giudiziale.

Scartando le due posizioni estreme, a me sembra dunque che sia più utile, per comprendere la genesi delle situazioni soggettive, focalizzare l'attenzione sullo spazio intermedio tra diritto sostanziale e processo.

Da una parte, l'ordinamento ci offre sempre delle norme che regolano certi interessi, le quali possono essere scritte o non scritte, ma in ogni caso hanno una stabilità tale da fornire un'affidabilità sulla loro vigenza e sull'esito della loro applicazione sufficienti a farci ritenere che la corrispondente situazione soggettiva esista *ex ante* e non solo dopo il processo.

Dall'altra, ci sono gli strumenti di tutela giurisdizionale, cioè le forme con cui il processo attua il diritto sostanziale. La concezione astratta dell'azione, per la quale l'azione è un diritto di chiedere la tutela giurisdizionale indipendente dalla fondatezza della pretesa fatta valere, è un'ottima giustificazione dell'autonomia del diritto processuale dal diritto sostanziale, ma non rappresenta adeguatamente i rapporti tra diritto sostanziale e processo. L'azione in senso concreto, cioè l'azione che consiste nel potere della parte che ha ragione di provocare l'attuazione della legge nei confronti dell'altra parte, non è un'unica azione, ma sono tante azioni contenutisticamente differenziate, a seconda del tipo di pretesa e del tipo di provvedimento giurisdizionale preposto all'attuazione di quella pretesa.

La concezione concreta dell'azione permette di rendersi conto di come le situazioni soggettive non siano interamente riconducibili né al diritto sostanziale né al diritto processuale, ma si generino a partire dallo scarto che esiste tra la legge sostanziale e lo strumento processuale.

Questa sorta di zona intermedia è lo spazio dei rimedi, cioè degli schemi di tutela che l'ordinamento concede ai singoli che siano stati lesi in un loro interesse protetto sul piano sostanziale. Se non è previsto alcun rimedio di fronte alla violazione di un diritto, quel diritto, anche qualora sia proclamato enfaticamente sulla carta, non si può dire che esista effettivamente. D'altra parte, se sulla carta non è previsto alcun diritto, ma per la protezione di un determinato interesse viene concesso uno specifico rimedio, non si può dire che quell'interesse non sia effettivamente un diritto.

A causa della codificazione – la quale, come ha insegnato Windscheid, non è altro che la trasformazione delle *actiones*, cioè dei rimedi concessi dal giudice, in diritti riconosciuti dalla legge

– lo scarto tra diritto sostanziale e processo appare come un difetto del sistema, destinato a venire in evidenza solo eccezionalmente, a fronte dell'emergere di nuovi bisogni di tutela.

Ma nel diritto amministrativo questo spazio intermedio è macroscopicamente evidente, perché le situazioni soggettive dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione non hanno conosciuto alcuna forma di codificazione.

Il diritto soggettivo e l'interesse legittimo non sono situazioni soggettive nel senso specifico e concreto in cui lo sono i diritti codificati, ma sono pure sintesi verbali create, da un lato, per risolvere un problema di riparto della giurisdizione (o forse sarebbe meglio dire per razionalizzare *a posteriori* un certo modo di risolvere quel problema) e, dall'altro, per spiegare perché, mentre nelle controversie davanti al giudice ordinario “si faccia questione di un diritto” (art. 2 della legge del 1865), nelle controversie davanti al giudice amministrativo si faccia questione della legittimità di “atti e provvedimenti ... che abbiano per oggetto un interesse” (art. 3 della legge del 1889).

E' indubitabile che i diritti soggettivi e gli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, per quanto abbiano una base nel diritto sostanziale, prendono forma nel processo. In assenza di una codificazione delle regole dei rapporti tra l'amministrazione e i destinatari della sua azione, le situazioni soggettive sono riconosciute caso per caso dalla giurisprudenza. Quella che appare una situazione limite del diritto civile, cioè il nuovo bisogno di tutela giuridica, è evenienza normale nel diritto amministrativo.

Importante implicazione di questo stato di cose è che la materia delle situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione è fortemente evolutiva, nel senso che non si assesta mai, ma segue costantemente le trasformazioni degli equilibri tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dei singoli che emergono dalla società.

3. Prima di proseguire devo specificare che cosa intendo per diritto amministrativo nell'ambito del nostro discorso.

La considerazione secondo cui le situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione sono riconosciute caso per caso attraverso al concessione dell'azione non si riferisce a qualsiasi situazione soggettiva, ma soltanto a quelle che i singoli possono vantare nei confronti dell'amministrazione che si pone come autorità.

Il nostro discorso si colloca nel contesto del diritto amministrativo inteso come il complesso delle norme che regolano i rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità, secondo l'insuperata definizione di Federico Cammeo.

Le questioni fondamentali del diritto amministrativo, nel suo nucleo essenziale, e in particolare quelle relative alle situazioni soggettive, si riferiscono all'ambito in cui l'amministrazione agisce come autorità, perché è appunto questo agire come autorità a fare problema.

E' a questo punto che incontriamo una di quelle idee consolidate che bisognerebbe riuscire a mettere tra parentesi per poter osservare più direttamente la realtà del nostro tema. Mi riferisco all'idea che solo l'interesse legittimo sia una situazione soggettiva correlata al potere amministrativo, perché un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione si potrebbe avere esclusivamente quando l'amministrazione è priva di potere.

Questa idea della totale reciproca incompatibilità tra potere amministrativo e diritto soggettivo (frutto dell'interpretazione sostanzialmente abrogatrice degli artt. 2 e 4 della legge del 1865, secondo la quale l'atto d'impero non potrebbe essere disapplicato in via principale dal giudice ordinario, da cui si sono sviluppati la teoria della degradazione e il criterio di riparto della giurisdizione basato sull'alternativa tra carenza e cattivo esercizio del potere), per quanto scolpisca un indubitabile dato di fondo del nostro sistema, illumina solo un lato della figura del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione.

La parte lasciata in ombra è quella più importante ai nostri fini. Il fatto che il diritto soggettivo sia (pensato come) ontologicamente incompatibile con il potere amministrativo tende a nascondere che *il problema della qualificazione* di una situazione soggettiva come diritto soggettivo si pone sempre e soltanto di fronte al potere amministrativo.

Quando l'amministrazione non agisce come autorità, quando cioè non viene in alcun modo in rilievo una prerogativa del potere pubblico, non si pone alcun problema di qualificazione del diritto soggettivo: se l'amministrazione agisce come un soggetto comune, con gli strumenti di diritto comune, il suo agire non si distingue più in alcun modo da quello di un qualsiasi altro soggetto privato. E' solo quando l'amministrazione agisce come autorità, che si pone il problema se una situazione soggettiva possa essere qualificata come diritto soggettivo. Altrimenti il problema non si pone e quindi non ha più senso riflettere sulla genesi di una certa situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione, come stiamo cercando di fare in questo momento.

Se si adotta la prospettiva che vi ho indicato in precedenza, se cioè ci si pone *prima* della nascita della situazione soggettiva, per chiedersi come e in forza di quali ragioni essa emerga, ci si rende subito conto che per affermare l'esistenza di un diritto soggettivo si deve avere quantomeno escluso che lì l'amministrazione abbia potere e che quindi è il potere ad essere sempre messo in discussione. Lo spazio logico in cui si giocano le situazioni soggettive di cui stiamo parlando è in ogni caso quello dei rapporti tra amministrazione e singoli quando questa si presenti come autorità.

Ovviamente non si tratta veramente di uno spazio “logico”, ma di un ambito problematico di diritto pubblico generale, che trova il suo punto di riferimento costituzionale nel tema dello Stato di diritto: in quanto l’amministrazione si ponga in una condizione di superiorità giuridica rispetto al singolo, emerge il problema di evitare che il potere dell’amministrazione, la sua autorità, si trasformi in arbitrio.

Da questo punto di vista, la storia del diritto amministrativo è la storia dei rapporti tra l’autorità e i singoli considerati dal punto di vista dell’esigenza di evitare che l’amministrazione eserciti il proprio potere arbitrariamente ed anche il tema delle situazioni soggettive si articola in funzione delle diverse declinazioni che il rapporto tra cittadino e amministrazione assume in risposta alla medesima esigenza.

4. Naturalmente dobbiamo adottare un’accezione molto larga del termine, intendendo per rapporto una relazione regolata dal diritto.

Il fatto è però che nel diritto amministrativo un complesso di norme che regoli i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione in quanto questa agisca come autorità veramente non c’è.

Il diritto amministrativo scritto è invece popolato da una enorme quantità di disposizioni normative di genere completamente diverso, che non mirano affatto a regolare i rapporti tra l’amministrazione e i cittadini, ma a regolare l’azione della pubblica amministrazione, individuando gli interessi pubblici da affidare alla sua cura e attribuendole gli specifici poteri a tal fine necessari.

Per quanto, almeno implicitamente e quantomeno per sancirne la subordinazione rispetto all’interesse pubblico, tali disposizioni prendano in considerazione anche gli interessi dei singoli potenzialmente coinvolti nell’azione amministrativa di cui si tratta, in esse è contenuta la disciplina del potere amministrativo, non la disciplina dei rapporti tra l’amministrazione e i singoli coinvolti dall’esercizio o dal non esercizio del potere.

Infatti queste disposizioni sono chiamate anche norme attributive del potere e molto spesso in esse non è neppure contenuta una disciplina sostanziale dei limiti e dei presupposti del potere attribuito all’amministrazione. Per lo più, le leggi amministrative non stabiliscono assetti di interessi, ma delegano all’amministrazione il compito di stabilire in concreto assetti di interessi.

Anche nei pochi casi in cui si riscontra in queste disposizioni almeno la fissazione a grandi linee di un assetto di interessi (come peraltro dovrebbe sempre accadere, in ossequio al principio di legalità sostanziale), la considerazione del rapporto tra l’amministrazione e l’interesse pubblico resta sempre assorbente, mentre quella del rapporto tra l’amministrazione e i singoli è recessiva e soltanto eventuale.

Le leggi amministrative sono rivolte ad attribuire alla pubblica amministrazione un compito di interesse pubblico, rispetto al quale gli interessi dei singoli sono concepiti come sacrificabili *a priori*: non c'è rapporto nelle norme che attribuiscono compiti alla pubblica amministrazione.

La dimensione del rapporto si costruisce nel processo – mai esaurito nè esauribile – di completamento dello stato di diritto attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, la cui prassi dispiegata nel tempo mostra che il diritto amministrativo non si limita affatto all'insieme frammentario delle leggi amministrative, ma comprende gli istituti e i principi non scritti che, mirando a evitare l'arbitrio nell'esercizio del potere, assicurano un certo equilibrio tra l'esigenza dell'interesse pubblico e l'esigenza di garanzia degli interessi dei singoli.

Attraverso la limitazione della pretesa assolutistica del potere pubblico di vedere senz'altro realizzata la propria volontà – limitazione che si giustifica in considerazione di un interesse del singolo ritenuto meritevole di tutela – emerge nel diritto amministrativo quella dimensione del rapporto che non è già presente, o almeno non è abbastanza evidente, nelle leggi amministrative.

Mi sembra quindi che la definizione di Cammeo del diritto amministrativo, come il complesso delle norme che regolano i rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità, debba essere specificata nel senso che, in primo luogo, le norme che regolano quei rapporti non sono scritte, ma sono un prodotto dell'attività giurisprudenziale, e, in secondo luogo, che la dimensione del rapporto emerge solo attraverso la controversia, quando il singolo contrappone il proprio bisogno di tutela alla pretesa assolutistica del potere pubblico, invocando il diritto come limite di quel potere.

Non dovete intendere queste considerazioni come la proposta di una definizione dogmatica del diritto amministrativo, ma come un tentativo di avvicinarsi alla sua realtà, cioè di vedere come si produca e in che cosa effettivamente consista e quali configurazioni assumano in esso le situazioni soggettive.

Un altro elemento importante da sottolineare è l'assenza nel nostro diritto amministrativo di una legge generale sull'azione amministrativa.

Come abbiamo già osservato, il diritto amministrativo scritto è composto da un insieme di leggi che disciplinano settori particolari dell'azione amministrativa (urbanistica, ambiente, commercio, beni culturali, paesaggio, assicurazioni, credito, concorrenza, trasporti, sanità, istruzione, ecc.), ma non esiste una legge organica sull'azione amministrativa in generale.

La prima legge che ha tentato di introdurre norme generali sull'azione amministrativa è stata la legge sul procedimento n. 241/90, la quale peraltro è nata da un progetto dichiaratamente minimalista della Commissione Nigro, che rifuggiva dal tentativo di formulazione una legge organica sull'azione amministrativa, per concentrarsi – non a caso – su alcuni punti ritenuti

strategici per orientare l'evoluzione giurisprudenziale verso una maggiore garanzia dei singoli nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Il dato che colpisce è che il diritto amministrativo non sia semplicemente sopravvissuto, ma si sia sviluppato come un sistema ordinato e coerente, per un secolo e mezzo, dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 ad oggi, in assenza di una legge generale e nonostante il disordine e la frammentarietà della legislazione amministrativa.

Evidentemente questo risultato è stato il frutto di una profonda interazione tra l'opera di razionalizzazione e costruzione concettuale della dottrina e l'elaborazione creativa della giurisprudenza. Soprattutto, ai nostri fini occorre sottolineare che l'edificazione della parte generale del diritto amministrativo è stata tacitamente affidata dal legislatore alla giurisprudenza.

Nel diritto amministrativo, infatti, prima della parte generale c'è la previsione dei mezzi processuali, cioè la disciplina delle azioni che il cittadino può promuovere nei confronti della pubblica amministrazione.

L'esigenza di assoggettare l'amministrazione alla legge e di assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo, di cui si fa portatrice la cultura liberale ottocentesca, non si è tradotta nel nostro ordinamento in un assetto chiaro dei rapporti sostanziali tra i singoli e la pubblica amministrazione.

Il legislatore unitario non si è impegnato in una codificazione dei doveri fondamentali dell'amministrazione nei confronti dei singoli e delle pretese che i singoli possono corrispondentemente far valere contro la pubblica amministrazione; non si è impegnato neppure nella definizione di precisi assetti di interessi e di limiti sostanziali dell'azione amministrativa.

La realizzazione dello Stato di diritto è stata interamente affidata alle norme sulla giurisdizione e il relativo dibattito politico si è concentrato non sullo stato della legislazione amministrativa, ma sui modelli di tutela giurisdizionale, dando per presupposto un diritto amministrativo sostanziale che in realtà era ancora tutto da costruire.

Il legislatore si è limitato a dettare clausole sulla giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, individuando delle situazioni soggettive che possono essere fatte valere davanti a un giudice secondo specifiche regole processuali: da queste clausole generali sulla giurisdizione è derivato poi, ad opera dell'elaborazione giurisprudenziale, tutto il diritto amministrativo sostanziale, che proprio per questo è ancora oggi profondamente segnato dal problema dell'attribuzione della giurisdizione (ed anzi sembra che da questo problema sia destinato a non potersi mai veramente emancipare).

Sapete tutti che inizialmente il legislatore scelse la via della giurisdizione ordinaria con la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865 e poi si convertì a un sistema ibrido con la

legge Crispi del 1889, lasciando sopravvivere la giurisdizione ordinaria, così come configurata dalla legge del 1865, ma sovrapponendo ad essa la nuova competenza del Consiglio di Stato a conoscere dei ricorsi contro atti o provvedimenti amministrativi per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere.

5. Alla base di tutta la complessa edificazione del diritto amministrativo sostanziale abbiamo dunque due clausole di attribuzione della giurisdizione.

L'art. 2 della legge del 1865 stabilisce che “sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa”.

L'art. 3 della legge del 1889 (confluito nell'art. 26 del t.u. sul Consiglio di Stato del 1924 attualmente vigente) stabilisce che “spetta al Consiglio di Stato [in sede giurisdizionale: precisazione aggiunta dalla legge del 1907] di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria”.

Il sistema di tutela giurisdizionale configurato da queste clausole prevede quindi la presenza di due giudici, i quali giudicano l'uno *dei diritti* dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione (diritti che l'art. 2 della legge del 1865 prevede possano sussistere anche di fronte all'esercizio del potere amministrativo), e l'altro *della legittimità degli atti* amministrativi (non degli interessi dei singoli, ma della legittimità di atti amministrativi che abbiano ad oggetto interessi dei singoli: solo con la legge istitutiva dei Tar n. 1034/71 la formulazione della clausola sarà corretta nel senso che siano i ricorsi, non gli atti impugnati, ad avere ad oggetto interessi dei singoli).

Sulla base di questa duplice attribuzione di competenza giurisdizionale parallela e concorrente, il diritto amministrativo si è snodato lungo tutta la sua storia attraverso due direttrici fondamentali di costruzione di regole sui rapporti tra i singoli e la pubblica amministrazione che agisce come autorità.

La prima direttrice, fondamentale e dominante fino alla sentenza n. 500/99, è quella perseguita dal giudice amministrativo nel processo di legittimità, rivolta alla costruzione dell'interesse legittimo come pretesa al corretto esercizio del potere amministrativo.

Al titolare dell'interesse legittimo non spetta un bene della vita, ma spetta soltanto il corretto esercizio del potere amministrativo. Tuttavia, il corretto esercizio del potere amministrativo è fatto

di principi edificati dalla giurisprudenza, attraverso il sindacato sull'eccesso di potere, che possono giungere fino a proteggere il bene della vita del cittadino.

La dottrina più risalente considerava l'interesse legittimo un interesse riflesso o un interesse occasionalmente protetto. Questa definizione è ancora utile per sottolineare che la protezione del bene della vita del titolare dell'interesse legittimo avviene necessariamente *ex post*, cioè attraverso una verifica sulla correttezza di un potere amministrativo già esercitato.

Nel processo amministrativo prende corpo una regola concreta dell'azione amministrativa: il giudice amministrativo, posto di fronte a una determinazione assunta dalla pubblica amministrazione e alla critica che il ricorrente contro di essa svolge lamentando l'ingiusto sacrificio del proprio interesse, formula la regola che l'amministrazione *avrebbe dovuto* seguire e che quindi *dovrà* seguire nel riesercizio del potere in quel caso.

Purtroppo dobbiamo limitarci ad un solo esempio (tratto da Cons. St., sez. VI. 25 giugno 2007, n. 3595). Un soggetto è proprietario di due terreni contigui l'uno all'altro, separati da una massicciata su cui corre una linea ferroviaria. Uno dei due terreni è considerato edificabile dal piano regolatore ed il proprietario ottiene l'approvazione di un progetto di lottizzazione per la costruzione di un complesso residenziale. Sull'altro terreno, situato in zona agricola, sorge una masseria che risale al XVIII secolo.

L'amministrazione per i beni culturali, di fronte all'approvazione del progetto di lottizzazione, reagisce con un divieto di iniziare i lavori, sostenendo che tutta la zona sarebbe soggetta a vincolo paesaggistico e che quindi, prima di rilasciare le concessioni edilizie per la costruzione del complesso residenziale, avrebbe dovuto essere richiesto il nulla osta paesaggistico. Su ricorso del proprietario, il provvedimento viene annullato dal giudice amministrativo, previo accertamento della insussistenza del vincolo paesaggistico nella zona su cui dovrebbe sorgere il complesso residenziale.

Di fronte all'impossibilità di imporre direttamente il rispetto dell'interesse paesaggistico nella zona su cui insiste il piano di lottizzazione, l'amministrazione cerca di aggirare l'ostacolo imponendo un vincolo storico-artistico sull'intero terreno al di là della massicciata ferroviaria, motivandolo con l'importante interesse culturale della masseria, nella quale sono conservati ancora intatti gli oggetti che si utilizzavano nel Settecento per le attività agricole (un mulino in pietra, ecc.). Dopo aver apposto il vincolo storico-artistico sulla masseria, l'amministrazione impone su tutta l'area circostante un vincolo indiretto di inedificabilità assoluta, previsto dalla legge per salvaguardare la cornice ambientale di un bene culturale. Nel perimetro del vincolo indiretto l'amministrazione ricomprende anche il terreno su cui dovrebbe essere realizzato il complesso residenziale.

Entrambi i provvedimenti vengono annullati dal giudice amministrativo, su ricorso del proprietario.

La sentenza afferma, in primo luogo, che “è del tutto illogico e sproporzionato, una volta considerata l’importanza del complesso per il fatto che all’interno sono conservati gli ambienti con i manufatti peculiari legati alla loro destinazione d’uso, estendere il vincolo oltre che al fabbricato anche alla corte annessa allo stesso e all’area contigua di 16.000 mq. Con la conseguenza che le esigenze di tutela del bene culturale non risultano per nulla proporzionate, logiche e ragionevoli in rapporto al corrispondente sacrificio imposto alla proprietà privata”.

In secondo luogo, attraverso la consulenza tecnica d’ufficio, la sentenza accerta “l’inconsistenza di due rilevanti presupposti posti a fondamento del vincolo indiretto, quali lo scenario non intaccato dalla presenza del detto rilevato ferroviario, che invece riduce notevolmente la fruizione del bene sottoposto a vincolo diretto, e la possibilità di ammirare lo scenario dalla strada della Marina, limitata soltanto al piano nobile e ai tetti del fabbricato facente parte della masseria”.

Da ciò la conclusione per cui “siffatte circostanze sono di per sé sufficienti a comportare l’illegittimità del vincolo indiretto, per la sola circostanza che, se esse fossero state considerate dall’amministrazione titolare del potere di imposizione del vincolo, avrebbero potuto escludere l’esercizio del potere stesso o avrebbero potuto dar luogo a una limitazione meno estesa e invasiva del diritto di proprietà”.

Questa regola, che è la regola concreta dell’azione amministrativa rivolta a proteggere in quel caso particolare l’interesse del privato dall’uso arbitrario del potere amministrativo, non è stabilita prima che l’amministrazione abbia esercitato il proprio potere e neppure prima che il giudice abbia verificato il corretto esercizio del potere amministrativo.

In questo senso, l’interesse legittimo, come acutamente ha rilevato Casetta in uno scritto recente, è una situazione sostanziale, ma *a progressivo rafforzamento*, nel senso che si forma prima come aspettativa del corretto esercizio del potere amministrativo e diviene poi, a seguito della sentenza di annullamento dell’atto impugnato, protezione *in una certa misura* dell’interesse materiale del ricorrente.

L’effetto conformativo della sentenza, cioè il vincolo che il contenuto di accertamento della sentenza di annullamento costituisce per il successivo esercizio del potere amministrativo, è precisamente la misura della protezione dell’interesse sostanziale del privato. La regola concreta che il giudice determina per l’azione amministrativa attraverso il sindacato di legittimità dell’atto amministrativo non è l’espressione oggettiva di un corretto esercizio del potere amministrativo, ma

è una regola dettata in funzione della protezione dell'interesse sostanziale del singolo pregiudicato dall'esercizio del potere amministrativo in un caso particolare.

6. Il giudice ordinario, che non è stato proprio così rinunciatario e passivo di fronte all'amministrazione come si tende spesso a ritenere, ha seguito la via dell'individuazione di situazioni soggettive di carattere assoluto, intangibili da parte del potere amministrativo. Il rapporto tra amministrazione e cittadino nel quale il secondo è titolare di un diritto soggettivo, è un rapporto nel quale al cittadino è riconosciuta una sfera rispetto alla quale l'amministrazione non ha nessun potere d'incidenza.

E' cosa diversa dal dire che il diritto soggettivo è incompatibile col potere amministrativo, nel senso che laddove c'è potere non c'è diritto e viceversa: questa è semplicemente una traduzione della teoria della degradazione e del conseguente criterio di riparto della giurisdizione basato sulla carenza di potere ed è quindi una formula che non ci dice nulla sulla natura intrinseca dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione.

Anzi, secondo quanto abbiamo visto in precedenza, i diritti soggettivi che non fronteggiano il potere amministrativo non rivestono alcun interesse per il diritto amministrativo, se lo intendiamo come il diritto dei rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità.

I diritti di cui sto parlando sono i diritti ai quali non si applica il criterio della degradazione – ed infatti sono detti “incomprimibili” – perchè esprimono una sfera di protezione assoluta del soggetto nei confronti del potere amministrativo. Si tratta quindi di situazioni soggettive che fronteggiano il potere amministrativo e prevalgono sul potere amministrativo, in quanto pretese a conservare un bene o ad ottenere un bene che non può essere sacrificato per alcuna superiore ragione di interesse pubblico.

L'idea che esista un rapporto tra i singoli e l'amministrazione basato sul riconoscimento in capo ai primi di un nucleo di interessi intangibile dal potere amministrativo è emersa nel nostro ordinamento per vie traverse, legate al fallimento della legge del 1865.

La legge del 1865 stabiliva che l'oggetto della giurisdizione ordinaria fossero i diritti, i quali potevano essere tutelati dal giudice ordinario anche quando fosse stato emanato un provvedimento amministrativo. Il provvedimento lesivo di un diritto avrebbe dovuto essere disapplicato dal giudice ordinario qualora fosse stato contrario alla legge. Tuttavia, la legge del 1865 ha subito un'interpretazione sostanzialmente abrogante, con l'affermazione della tesi per cui il giudice ordinario non avrebbe il potere di disapplicare l'atto amministrativo in via principale. Il divieto di modificare o revocare l'atto amministrativo, enunciato dal secondo comma dell'art. 4 della legge, è

stato quindi inteso nel senso che il giudice ordinario sia carente di giurisdizione di fronte al provvedimento autoritativo lesivo di un diritto.

Il fallimento della legge del 1865 significa, per quanto interessa in questa sede, che il diritto soggettivo è stato concepito come essenzialmente cedevole di fronte al potere amministrativo.

Il giudice ordinario si è trovato così ad esercitare una giurisdizione delimitata dall'impossibilità di giudicare l'atto amministrativo e quindi dall'impossibilità di ammettere che vi possano essere diritti di fronte ad atti amministrativi efficaci.

La via obbligata che la giurisprudenza ordinaria ha dovuto seguire per individuare dei diritti che il singolo può far valere nei confronti dell'amministrazione che si ponga come autorità – ricordiamo nuovamente che questo è l'unico caso che ci interessa – è stata appunto quella di costruire dei diritti intangibili di fronte al potere amministrativo.

Di fronte alla pretesa dell'amministrazione di esercitare la propria autorità, cioè *di fronte al potere amministrativo*, in alcuni casi il giudice ordinario ha cominciato ad affermare che la situazione soggettiva spettante al privato ha una consistenza tale che l'amministrazione non può né limitarla autoritativamente (il che significa riconoscere al privato una *sfera intangibile* dal potere amministrativo), né autoritativamente negarne la spettanza (il che significa riconoscere al privato una *pretesa incondizionata* rispetto al potere amministrativo).

Questa configurazione viene normalmente relegata ad un capitolo speciale dei rapporti tra le giurisdizioni. Si afferma, infatti, che di regola il giudice ordinario è privo di giurisdizione di fronte all'esercizio del potere amministrativo, salvi le ipotesi di carenza di potere o di incomprimibilità del diritto.

Considerazioni di questo genere non evidenziano con sufficiente chiarezza ciò che carenza di potere e diritti fondamentali hanno in comune, vale a dire che entrambi manifestano la presenza di un diritto che il potere amministrativo non può sacrificare.

E la presenza di un diritto che il potere amministrativo non può comprimere significa che sussiste una regola che protegge direttamente l'interesse del privato e lo protegge in modo che il potere amministrativo non possa, per nessuna ragione, comprimere quell'interesse.

Purtroppo, nel nostro sistema, l'esigenza del riparto di giurisdizione tende a nascondere la sostanza dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

Quando si ragiona in termini di carenza di potere o di diritti incomprimibili si mette in evidenza il problema del riparto, sottolineando il dato del tutto estrinseco e formale della insussistenza di un potere amministrativo, che appunto è tutto ciò che serve per radicare la giurisdizione del giudice ordinario.

Mentre invece ciò che conta davvero, perché determina la natura del rapporto tra cittadino e amministrazione, è la norma che protegge un determinato interesse, cioè il tipo di protezione che l'ordinamento assicura a certi interessi contro lesioni ad essi arrecate dall'amministrazione che agisce (o non agisce) come autorità.

La prospettiva che consente di capire a fondo cosa sia il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, e di promuoverne una più estesa affermazione, non è quella di negare l'autorità dell'amministrazione (scagliandosi contro il *moloch* autoritario), ma quella di mettere in evidenza la struttura delle norme che proteggono incondizionatamente l'interesse del singolo *di fronte all'autorità* dell'amministrazione.

Un diritto soggettivo sussiste, anche di fronte all'amministrazione che pretende di far valere il proprio potere, perché è possibile far valere una norma che eleva l'interesse del singolo a un rango superiore anche all'interesse pubblico, mentre le norme rispetto alle quali i singoli sono titolari di interessi legittimi presuppongono la superiorità dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

E' dunque il rango rispettivo degli interessi, non la sussistenza o meno di un potere in senso puramente formale, a determinare i caratteri della situazione soggettiva ed è quindi guardando alla norma che contiene la valutazione dalla quale dipende il rango rispettivo degli interessi che noi possiamo cogliere l'essenza della situazione soggettiva.

Dunque, ci sono regole, che l'amministrazione deve rispettare, le quali hanno una valenza completamente diversa dalle regole che l'amministrazione deve rispettare quando esercita il suo potere, e che vengono in rilievo ai fini del sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

La costruzione di Guicciardi, che riconduceva il riparto delle giurisdizioni a due diversi tipi di invalidità dell'atto, determinati dalla violazione di due diversi tipi di norme – facendo discendere la giurisdizione amministrativa dall'illegittimità dovuta alla violazione delle norme di azione e la giurisdizione ordinaria dall'illiceità dovuta alla violazione delle norme di relazione –, resta secondo me imprescindibile per la comprensione del nostro sistema proprio per la ragione per la quale essa è stata contestata.

Contro questa tesi si è infatti sottolineata la difficoltà di distinguere tra norme di azione e norme di relazione, ma è proprio questa difficoltà che deve essere affrontata, se si vuole cogliere la specificità del diritto soggettivo rispetto all'interesse legittimo.

Il punto è che mentre l'essenza dell'interesse legittimo è chiara, non altrettanto lo è quella del diritto soggettivo, dato che, mentre l'interesse legittimo esprime la logica stessa del diritto amministrativo tradizionale, il diritto soggettivo esprime la logica di un diverso diritto amministrativo: è questa logica "altra" che ancora oggi non è stata esplicitata compiutamente e

metabolizzata dal sistema, ed è proprio la sua ancora giovane affermazione a generare la crisi di adattamento da cui abbiamo preso le mosse in questa lezione.

Allora, poiché le “logiche” di cui parliamo dipendono dalle norme, cioè dai tipi di disciplina degli interessi, la precisazione della natura delle norme (specialmente della differenza tra norme di azione e norme di relazione e, nell’ambito di questa, della specificità delle norme di relazione), risulta imprescindibile, per quanto difficoltosa possa apparire.

A questo fine non può certo essere considerato sufficiente un semplice esercizio di definizione concettuale.

Sul piano concettuale, è importante sottolineare che mentre le norme di azione attribuiscono un potere all’amministrazione e ne disciplinano i presupposti e le modalità di esercizio, le norme di relazione attribuiscono un bene a un singolo (anche) nei confronti del potere amministrativo.

Questa considerazione resta però ancora troppo generica e astratta. Per andare un po’ più a fondo è necessario prendere nuovamente la strada del caso giurisprudenziale.

Mi sembra opportuno fare riferimento a casi che facciano risaltare in maniera netta e forte la differenza.

Il diritto alla salute è l’emblema dei diritti incompressibili. Tuttavia, non tutte le ipotesi in cui venga in rilievo l’incompressibilità del diritto alla salute sono utili ai nostri fini. Non lo è, in particolare, la situazione del malato grave bisognoso di cure urgenti e improcrastinabili, cui la giurisprudenza riconosce il diritto ad essere curato all’estero e di assumere farmaci non ricompresi nel prontuario farmaceutico, a spese del servizio sanitario nazionale.

Questa ipotesi non mi sembra adatta a mettere a fuoco la specificità dei diritti di fronte al potere amministrativo, nonostante in essa risulti particolarmente evidente che il diritto non presuppone l’inesistenza di un potere, ma fronteggia un potere esistente (e tuttavia impotente).

Un tale potere, sicuramente autoritativo, è infatti previsto e disciplinato specificamente dalla legge, proprio allo scopo di impedire che i malati scelgano da sé il luogo in cui farsi curare e i farmaci da assumere. A tal fine la legge ha istituito un regime autorizzatorio in base al quale è possibile farsi curare all’estero o assumere farmaci non compresi nel prontuario farmaceutico solo quando l’autorità sanitaria locale abbia verificato che la prestazione richiesta è indispensabile e che il servizio sanitario non è in grado di fornire una prestazione equivalente e in tempi adeguati.

La presenza di un pericolo grave per la salute, che richieda un ricorso immediato alla cura, comporta che l’interessato possa farsi curare a spese del servizio sanitario nazionale anche se l’autorità abbia negato l’autorizzazione o non l’abbia ancora rilasciata e persino se l’autorizzazione non è stata preventivamente richiesta.

L'ipotesi tuttavia non è abbastanza netta: sia perché la gravità della malattia e l'urgenza della cura sono elementi che tendono ad assolutizzare l'esigenza di protezione del singolo, ponendo l'interesse individuale in una posizione si potrebbe dire di "incommensurabilità" rispetto a un interesse pubblico già di per sé poco pregnante quale l'esigenza di contenimento della spesa pubblica; sia perché la giurisprudenza tende anche ad affermare che l'autorizzazione prevista dalla legge sia un atto di accertamento meramente dichiarativo, e non un provvedimento autoritativo in senso proprio.

Lo scontro tra la pretesa del singolo e le prerogative del potere pubblico è ben più netto nelle ipotesi che adesso andiamo a esaminare, nelle quali non è affatto scontato – come invece lo è in quella prima ricordata – che l'interesse del singolo debba prevalere incondizionatamente sull'interesse pubblico, pur trattandosi pur sempre del diritto alla salute.

Il primo è relativo alla domanda proposta con atto di citazione davanti al Tribunale di Salerno, nei confronti di TERNA e del GRTN, in qualità rispettivamente di proprietario e gestore di un elettrodotto ad alta tensione, da una famiglia la quale chiedeva "che nei confronti delle convenute fosse dichiarata la pericolosità ed il danno alla salute degli attori e del loro nucleo familiare, derivante dalle emissioni elettromagnetiche generate dall'elettrodotto, ordinando alle stesse di interrare la linea elettrica nella parte a ridosso della loro abitazione" (il caso è stato deciso da Cass., s.u., 21 marzo 2006, n. 6218).

Il secondo riguarda la domanda proposta da alcune persone affette da diabete, nei confronti del Comune di Tivoli, "diretta alla declaratoria del diritto a parcheggiare lungo il viale Trieste, per potere facilmente accedere al centro medico ivi situato onde usufruire delle cure necessarie come emodializzati", deducendo "a sostegno della domanda il loro diritto a fruire delle cure necessarie al loro stato di invalidi presso l'unico Centro sito nel territorio comunale" (Cass., s.u., 1 agosto 2006, n. 17461).

I due casi ci mettono di fronte a una chiara interferenza della pretesa del singolo con l'esercizio del potere amministrativo, nel senso che la domanda avanzata dal cittadino rappresenta una diretta contestazione dell'assetto di interessi imposto da un provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione.

Nel primo caso, la domanda giudiziale tende a "rimuovere" – non formalmente, ma certo sostanzialmente – gli effetti dell'autorizzazione alla realizzazione dell'elettrodotto, la quale costituisce esercizio di una funzione amministrativa specificamente preposta proprio a salvaguardare la salute dei cittadini, in applicazione delle regole precauzionali dettate a livello legislativo e regolamentare.

Infatti le convenute avevano puntualmente sollevato eccezione di difetto di giurisdizione, sostenendo che “il giudizio di pericolosità dei campi elettromagnetici deve essere reso su asseriti profili di illegittimità dei provvedimenti autorizzatori per contrasto con le normative statali e regionali che disciplinano la materia”.

Gli attori avevano replicato sia che “la domanda proposta non richiede una pronuncia sulla legittimità di provvedimenti amministrativi, ma si riferisce ad aspetti strumentali del servizio in concessione, con riferimento ai quali la posizione dei privati è di diritto soggettivo”, sia che “la controversia deve essere inquadrata tra quelle meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona, ossia tra quelle controversie che prescindono dall’impugnazione e dall’annullamento di provvedimenti amministrativi”.

Le Sezioni unite hanno ritenuto che la giurisdizione spettasse nella specie al giudice ordinario.

E’ interessante anzitutto osservare come la Corte abbia ricostruito il significato della domanda mettendo in primo piano la situazione di fatto, senza attribuire alcun rilievo né all’esistenza dell’atto autorizzatorio dell’amministrazione, né all’interesse pubblico cui la realizzazione dell’elettrodotto è finalizzata.

La sentenza osserva, infatti, che gli attori “si riferiscono alla costruzione e messa in esercizio di una linea di trasmissione di energia elettrica, la cui induzione magnetica è indicata porsi su valori superiori alla soglia di attenzione secondo le indicazioni dalla letteratura scientifica” e che essi, “temendo che l’esercizio dell’elettrodotto, per la distanza tra la linea elettrica e la loro abitazione, possa dare luogo ad un’esposizione al campo elettromagnetico generato dal passaggio dell’energia, capace di creare pregiudizio per la salute del loro nucleo familiare, hanno proposto una domanda per far accertare che, alla distanza indicata, l’esposizione al campo elettromagnetico era fonte di pericolo per la loro salute. Hanno pure chiesto che a tale accertamento seguano ordini del Giudice di interrimento della linea elettrica a ridosso della loro abitazione e di condanna al risarcimento del danno per il pregiudizio già arrecato alla loro proprietà dalla messa in esercizio dell’elettrodotto, in conseguenza del diminuito valore di godimento del bene conseguente al pericolo di danno per la salute degli abitanti”.

Dunque, secondo la Corte, “il petitum sostanziale dell’azione è costituito dalla richiesta di tutela del diritto alla salute”.

Da questa premessa segue il richiamo alla “giurisprudenza di questa Corte” (Cass. 27 luglio 2000, n. 9398), nella quale, “con specifico riferimento al diritto alla salute, è stato già dichiarato che la protezione apprestata dall’ordinamento al titolare di tale diritto si estrinseca, sia nel vietare agli altri consociati di tenere comportamenti che contraddicano il diritto, sia nel sanzionare gli effetti lesivi della condotta illecita obbligando il responsabile al risarcimento del danno. Il diritto alla

salute, infatti, appartiene a quel genere di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità".

La chiave di questo ragionamento è tutta implicita, ma non per questo risulta meno evidente. Laddove si afferma che vi sono diritti di un genere che non tollera interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità, l'interferenza esterna cui ci si sta riferendo è proprio il potere amministrativo, per modo che "integrità" del diritto viene a significare "non sacrificabilità del medesimo in nome dell'interesse pubblico".

Infatti, la Cassazione così prosegue: "il Collegio condivide questi principi, considerando che il diritto alla salute, che la Costituzione con l'art. 32 proclama espressamente fondamentale diritto dell'individuo, da tempo ha perduto la valenza assicurativa - corporativa propugnata nei primi anni dell'entrata in vigore della Carta costituzionale ed è entrato a far parte della categoria dei diritti sociali a valenza *erga omnes* o della categoria dei diritti assoluti della personalità, acquistando, secondo la nuova prospettiva, il titolo per influire sulle relazioni private e limitare l'esercizio dei pubblici poteri".

E l'*assolutezza* del diritto viene appunto predicata *nei confronti del potere amministrativo*, cioè come limite invalicabile dal medesimo. La frase ora citata, infatti, si conclude in questo modo: "Con riferimento a quest'ultimo aspetto, nelle controversie che hanno per oggetto la tutela del diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., la Pubblica Amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva".

A ciò consegue che "la domanda di risarcimento del danno proposta da privati nei confronti della Pubblica Amministrazione o di suoi concessionari per conseguire il risarcimento dei danni alla salute è devoluta al Giudice ordinario", ma quello che qui viene chiamato risarcimento è in realtà un nuovo strumento di tutela diretto a prevenire il danno attraverso una inibitoria rivolta ad impedire che gli effetti del provvedimento amministrativo vengano eseguiti (l'utilizzazione degli artt. 2043 e 2058 c.c. come strumenti di tutela preventiva del diritto alla salute risale a uno spunto fornito da Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, che nella sentenza in esame viene puntualmente richiamata).

La logica di questo ragionamento ha una radicalità che deve essere adeguatamente sottolineata e non invece minimizzata, perché qui si manifesta una tendenza eversiva rispetto agli equilibri su cui il diritto amministrativo ha (sempre precariamente) riposato per lungo tempo.

Siamo di fronte infatti alla costruzione di situazioni soggettive che non solo appaiono antitetiche rispetto agli interessi legittimi (non semplicemente diverse, ma proprio l'esatto contrario), ma che soprattutto non possono essere ricondotte neppure alla struttura dei diritti soggettivi così come la tradizione li ha costruiti in contrapposizione agli interessi legittimi, i cui paradigmi sono il diritto di proprietà (rispetto ai provvedimenti espropriativi) e il diritto di libera

iniziativa economica (rispetto ai provvedimenti autorizzativi). Questi “diritti” infatti, essendo comprimibili da parte del potere amministrativo, o avendo bisogno di un assenso del potere amministrativo per essere esercitati, non posseggono quell’assolutezza che è caratteristica dei diritti cui mette capo l’elaborazione giurisprudenziale di cui ci stiamo occupando.

A questo proposito mi paiono interessanti le considerazioni finali della sentenza in esame, con le quali vengono respinte le considerazioni delle convenute, tendenti a dimostrare la sussistenza nel caso di specie di un’ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, ai sensi dell’art. 33 del d.lgs. n. 80/1988.

Considerazioni interessanti soprattutto perché la questione si pone nel contesto del paradigma definitorio della giurisdizione esclusiva dettato dalla sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale, che considera, in base a un’interpretazione restrittiva dell’art. 103 Cost., suscettibili di devoluzione alla giurisdizione amministrativa soltanto le controversie relative a diritti che *partecipino della medesima natura* di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, “contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”.

La Corte costituzionale, pertanto, ha limitato strettamente l’ambito della giurisdizione esclusiva alle “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 legittimità”, escludendo “che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo”.

La nostra pronuncia applica il criterio dettato dalla sentenza n. 204/04 all’ipotesi dei diritti incomprimibili, escludendo che le relative controversie possano ricomprendersi nella clausola di giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici di cui all’art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, che verrebbe astrattamente in rilievo poiché la trasmissione e distribuzione dell’energia elettrica cui la costruzione dell’elettrodotto è preordinata costituiscono servizio pubblico.

La Cassazione osserva che, secondo quanto stabilito dalla sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale, “la giurisdizione esclusiva oggi ha ragion d’essere a proposito dei pubblici servizi nei quali si manifesta il potere di supremazia della pubblica amministrazione”, con ciò implicitamente escludendo che là dove venga in rilievo un diritto incomprimibile possa manifestarsi un potere di supremazia dell’amministrazione.

Infatti, la controversia sottoposta alla sua attenzione viene ricompresa dalla Corte tra quelle “meramente risarcitorie, ... dovendosi intendere per tali le controversie - come quella in esame - che, di per sé (e non per il tipo di tutela che la parte chiede in concreto), possono assumere a loro contenuto *soltanto* una pretesa di risarcimento del danno”. E’ evidente che l’avverbio “soltanto” qui

significa che tali controversie non potrebbero assumere a loro contenuto l'annullamento dell'atto amministrativo, proprio a causa dell'incomprimibilità del diritto fatto valere.

Il secondo caso ci mostra la stessa assolutezza del diritto rispetto al potere amministrativo, ma dal punto di vista della pretesa positiva ad ottenere qualcosa, anziché della pretesa negativa ad ottenere che altri non faccia qualcosa.

Il convenuto Comune di Tivoli, al fine di dimostrare la carenza di giurisdizione del giudice ordinario, aveva puntualmente messo in evidenza sia l'interferenza della pretesa azionata rispetto ad al potere amministrativo esercitato, sia l'impossibilità di configurare una pretesa positiva nei confronti della pubblica amministrazione dotata di potere amministrativo.

Sotto il primo profilo, il Comune sosteneva "che la causa doveva essere decisa dal giudice amministrativo perchè il Comune aveva approvato con una deliberazione formale la sistemazione delle aree urbane, compresa quella interessata che coinvolgeva un punto nodale della circolazione stradale, quale quella della statale Tiburtina. Si era, quindi, in presenza di un atto amministrativo attraverso cui la pubblica amministrazione aveva esercitato i poteri di disciplinare discrezionalmente i criteri di viabilità, sicchè le posizioni giuridiche interessate non potevano che configurarsi come interessi legittimi".

Quanto al secondo profilo, il Comune evidenziava "l'impossibilità per il giudice ordinario di condannare l'amministrazione ad un *facere* o ad un *pati*. In ogni caso non poteva, ai fini del riparto della giurisdizione, qualificarsi come diritto soggettivo la pretesa avanzata in giudizio - e rivendicata in contrasto con il diritto di tutti i cittadini, utenti della strada, a circolare secondo gli standard di sicurezza imposti dal codice della strada - a parcheggiare in una zona invece di altra, equidistante dal Centro sanitario, e senza un accertato e concreto danno capace di ledere il diritto alla salute".

Il ragionamento della Cassazione si apre con una lunga riflessione sul cammino compiuto dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria in tema di diritto alla salute, traendone la conseguenza che "nel nostro ordinamento si rinvengono a fronte di situazioni soggettive *a nucleo variabile* - in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti - posizioni soggettive *a nucleo rigido*, rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che - in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona - non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi, sicchè allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti".

Dalla assolutezza del diritto alla salute discende, secondo la Cassazione, che spetta alla giurisdizione ordinaria “la domanda con la quale, proponendosi a fondamento della stessa il diritto alla salute e la necessità di interventi resi necessari per motivi di urgenza (al fine di scongiurare concreti pericoli di vita o di aggravamenti della malattia o di non adeguata guarigione della stessa) si chieda alla pubblica amministrazione, cui si addebita il sorgere della denunciata situazione, una condotta volta a tutelare il suddetto diritto che, per trovare espresso riconoscimento nell’art. 32 Cost., si configura come diritto soggettivo perfetto non degradabile ad interesse legittimo”.

Nella specie il Tribunale di Tivoli aveva pertanto giustamente ritenuto la propria giurisdizione “sul presupposto che gli invalidi emodializzati hanno posto alla base della loro richiesta (ripristino del diritto di parcheggio di cui in precedenza usufruivano) il diritto alla salute, di cui hanno lamentato un grave pregiudizio per essere la fruizione delle cure rese estremamente difficoltose e disagiati ad opera del Comune di Tivoli, che aveva proceduto ad interventi sulla viabilità, costringendo gli emodializzati a parcheggiare il loro automezzo ad una maggiore distanza dal Centro, fornitore delle prestazioni sanitarie”.

Questo caso è interessante anche perché la Cassazione giunge poi a ritenere che nel merito la domanda degli attori non avrebbe potuto essere accolta, per mancanza di certezza sugli elementi costitutivi del diritto (pericolo per la salute e necessità del rimedio richiesto).

Infatti, anche l’elenco delle concrete circostanze che avrebbero dovuto essere dimostrate, al fine di giustificare l’accoglimento della domanda, mostra bene che la pretesa di cui si sostanzia il diritto incompressibile comporta la messa in discussione dell’assetto di interessi posto in essere dal potere amministrativo: “da parte del giudice d’appello non è stato chiarito se il denunciato spostamento del parcheggio determinasse un concreto danno alla salute degli emodializzati o fosse causa, in ragione di una sempre limitata distanza dal Centro sanitario, soltanto di un meno agevole accesso per gli utenti dello stesso Centro (senza però alcun rilevante pregiudizio per la loro integrità fisica); non è stato precisato - mediante un lineare, coerente ed esaustivo percorso argomentativo - se gli emodializzati, su cui incombeva il relativo onere probatorio, avessero provato l’impossibilità di accedere ad altri presidi o strutture capaci di garantire la necessaria assistenza nel pieno rispetto della loro salute, nonostante la dedotta permanente contestazione degli elementi posti a base della domanda degli attuali intimati e nonostante l’agevole accertamento (anche attraverso la “mappatura” del Servizio sanitario nazionale) della effettiva dislocazione di altri centri per la dialisi extracorporea, e della loro agevole accessibilità. Ed, infine, in nessun passaggio motivazionale è stata esplicitata la ragione per la quale non sia stata accertata in modo esauriente la praticabilità - anche nell’ambito di una doverosa sinergia tra strutture pubbliche e strutture convenzionate capaci di assicurare alti standard di conoscenze specialistiche e di efficienza pratica - di soluzioni

alternative a quella seguita dal Comune di Tivoli, e più specificatamente non sia stata nè esaminata nè, tanto meno, valutata la capacità di soddisfare le esigenze degli emodializzati attraverso l'adibizione di spazi, a disposizione dello stesso Centro sanitario, a parcheggi deputati ad assicurare un agevole accesso ai luoghi attrezzati per la dialisi, od anche attraverso alcuna delle iniziative che il Comune di Tivoli ha sostenuto di avere preso a favore degli emodializzati”.

Come si vede, il riconoscimento dell'incomprimibilità di un diritto non comporta affatto una riduzione della complessità del reale con cui l'azione amministrativa si confronta e neppure una cieca assolutizzazione della pretesa del singolo, ma produce uno spostamento decisivo di prospettiva: viene meno la possibilità di affidare all'amministrazione il compito di disciplinare la realtà ed il compito di fissare il giusto assetto degli interessi si trasferisce all'interno della fattispecie costitutiva del diritto.

Siamo di fronte a una situazione soggettiva dalla struttura completamente diversa da quella dell'interesse legittimo, in cui l'interesse protetto non solo è per definizione sacrificabile ad opera del potere amministrativo, ma soprattutto diventa “consistente” sul piano sostanziale solo *ex post*, cioè dopo che sia stata definita la regola concreta dell'azione amministrativa, in esito all'annullamento dell'atto.

Invece il diritto incomprimibile si afferma *ex ante*, come situazione protetta in quanto tale, anche al di là delle valutazioni di interesse pubblico fatte dall'amministrazione, alle condizioni indicate in via generale e astratta dalla sua fattispecie costitutiva.

7. La cosa importante da sottolineare, a mio giudizio, è che le diverse situazioni soggettive di cui possono essere titolari i singoli nei confronti dell'amministrazione che si ponga come autorità sono l'espressione di differenti regole nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

Le regole su cui si basano i diritti soggettivi (conviene ancora una volta ricordare che i diritti comprimibili non sono in realtà diritti *di fronte al potere amministrativo*, ma interessi legittimi) sono regole che riconoscono al singolo la titolarità di una sfera intangibile da parte del potere amministrativo: la fattispecie costitutiva del diritto è la definizione di questa sfera di intangibilità.

Invece le regole che fondano l'interesse legittimo sono regole nelle quali il rapporto è giocato sulla correttezza dell'esercizio del potere amministrativo, per modo che l'interesse legittimo non ha una fattispecie costitutiva propria: la sua fattispecie è la disciplina del corretto esercizio di un potere già esercitato, ricostruita dal giudice alla luce dell'esigenza di tutela concretamente manifestatasi in capo al singolo titolare dell'interesse legittimo.

Si tratta in entrambi i casi di regole che servono a proteggere il singolo dall'arbitrio dell'amministrazione, solo che operano in un modo differente: le prime garantendo al cittadino una

sfera di interessi che il potere pubblico deve comunque rispettare, le seconde garantendo al cittadino che il potere amministrativo non fuoriesca dai limiti che gli sono assegnati.

Non voglio dire con questo che l'interesse legittimo e il diritto soggettivo siano situazioni di grado diverso.

Al contrario, è importante sottolineare come anche l'interesse legittimo, proprio in quanto situazione soggettiva, tenda naturalmente ad affermarsi fino al punto in cui viene protetta una sfera intangibile del privato.

Anche per illustrare questo aspetto dobbiamo rivolgerci alla casistica giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797).

Il Comune di Bologna delibera di istituire un servizio di accesso gratuito *full internet* ai cittadini residenti nel Comune alle strutture ed uffici comunali e di affidare il servizio di *provider* al Cineca, a seguito di trattativa privata preceduta da informale indagine di mercato.

Contro tali atti viene proposto ricorso da tre altre imprese del settore, le quali lamentano che l'aggiudicazione del servizio non sia avvenuta mediante gara pubblica. Contro la sentenza di accoglimento del ricorso viene proposto appello, sostenendo la mancanza di legittimazione in capo alle ricorrenti, dal momento che queste operano principalmente nel settore della vendita di *hardware* e *software*, svolgendo solo accessoriamente l'attività di *provider* e senza alcuna competenza nella gestione di sistemi complessi comportanti anche ricerca e sperimentazione.

Pertanto, secondo gli appellanti, “da un lato, non vi sarebbe correlazione concreta tra il loro ambito operativo e l'oggetto delle determinazioni amministrative impugnate e, dall'altro lato, neppure sarebbe ravvisabile quella ‘particolare circostanza’ che la giurisprudenza richiede per l'insorgere di una posizione differenziata idonea a conferire ad un interesse semplice consistenza di interesse legittimo”.

Il problema posto da questo caso riguarda la consistenza sostanziale della posizione fatta valere, che viene contestata proprio in base alla considerazione che la “pretesa alla legittimità degli atti amministrativi” non è una vera situazione soggettiva, per concretare la quale sarebbe necessario che l'ordinamento protegga uno specifico interesse del soggetto che richiede la tutela giurisdizionale.

Nella specie l'interesse di cui si discute è quello a partecipare a una gara pubblica, che la giurisprudenza qualifica come interesse strumentale e definisce come autonomo bene della vita (“si deve riconoscere all'impresa che opera nel settore di riferimento, pur se esclusa, l'interesse strumentale al rinnovo delle operazioni di gara (o al loro svolgimento, ove illegittimamente pretermesse, pur mancando in questo caso un atto di gara da impugnare) dal quale derivi una *nuova chance* di partecipazione ed aggiudicazione, quest'ultima *da considerarsi come bene della vita* che l'interessato intende conseguire”: Cons. St., Sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156). Il bene finale cui i

ricorrenti aspirano è la stipulazione del contratto con il Comune, ma il giudizio che essi hanno instaurato non ha per oggetto un tale bene, bensì la semplice possibilità di acquisirlo, partecipando alla gara che dovrà essere indetta dall'amministrazione se il ricorso verrà accolto.

Ipotesi come questa mostrano che l'interesse legittimo può anche non consistere nella protezione di un interesse finale.

Intuitivamente, sussiste una grande differenza tra il ricorso dell'imprenditore che aspira a partecipare a una gara che non è neppure ancora stata bandita e il ricorso dell'imprenditore che, essendo risultato secondo nella graduatoria di una gara già effettuata, mira direttamente all'aggiudicazione (sostenendo che la prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa o che il punteggio di quest'ultima avrebbe dovuto essere inferiore al suo), ma in entrambi i casi si tratta di interessi legittimi che comportano la legittimazione ad impugnare l'atto amministrativo al fine di ottenerne l'annullamento.

Nel caso in esame questa differenza è portata all'estremo, perché viene addirittura messa in dubbio la consistenza dell'interesse strumentale, sottolineando come le ricorrenti non siano neppure imprese del settore e non abbiano la capacità tecnico-economica necessaria per aspirare all'aggiudicazione del servizio.

La risposta del Consiglio di Stato a questa eccezione fa leva su considerazioni particolarmente significative ai nostri fini.

Ritiene infatti la sentenza che, al fine di fondare la pretesa all'effettuazione di una gara, sia sufficiente l'abilitazione delle ricorrenti allo svolgimento del servizio di *provider*, non occorrendo “la dimostrazione del possesso di capacità operative paragonabili a quelle del soggetto prescelto, posto che ciò va comprovato in sede di successiva partecipazione alla gara e per riportarne l'aggiudicazione” e “potendo le imprese riunirsi in associazione temporanea con altre ai fini della partecipazione”.

Di conseguenza, sussiste una “incontestabile possibilità astratta di aspirare al suo affidamento da parte di altri soggetti già svolgenti attività nel settore, inclusa quella di *provider* (ancorché eventualmente attraverso altri soggetti e come prassi promozionale di imprenditori del settore informatico); di qui, l'interesse quanto meno strumentale dei medesimi a sindacare la scelta procedurale effettuata”.

Dunque, l'interesse legittimo – se riguardato dal versante della legittimazione a ricorrere – può presentarsi persino come interesse *astrattamente* strumentale. Il che non comporta affatto uno statuto minore di tale situazione soggettiva – a pensarla così si è stati in passato suggestionati dal rango effettivamente minore che nel diritto privato rivestono le semplici aspettative –, ma al contrario una elasticità infinitamente maggiore dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo,

come dimostra la grande capacità che la giurisprudenza amministrativa ha sempre dimostrato nel dare soddisfazione ai nuovi bisogni di tutela continuamente emergenti nei rapporti tra potere pubblico e cittadini.

Vero è però che l'interesse legittimo ha storicamente pagato, e continua ancora oggi a scontare, questa sua duttilità con una scarsa incisività e una quasi inesistente differenziazione della tutela (ci si riferisce ai ristretti limiti in cui è tuttora ammesso il giudizio di ottemperanza, all'insufficienza della tutela contro il silenzio, all'inammissibilità dell'azione di accertamento mero degli interessi legittimi e alle resistenze rispetto all'introduzione di un'azione di adempimento nel processo amministrativo).

Malgrado tali limiti, che dipendono in larga parte dall'interpretazione eccessivamente restrittiva dei poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo in sede di legittimità, l'interesse legittimo possiede comunque al proprio interno un'indubitabile tendenza a procedere progressivamente verso il pieno riconoscimento dell'interesse sostanziale fatto valere.

Senza considerare questa tendenza, resa possibile dalla correlazione tra contenuto di accertamento della sentenza di annullamento e giudizio di ottemperanza, non è possibile attingere una comprensione adeguata dell'interesse legittimo in quanto situazione soggettiva.

Il tema richiederebbe un ampio approfondimento, ma per i nostri fini è sufficiente limitarci all'analisi di un caso.

Con sentenza n. 4956/07, il Consiglio di Stato aveva annullato, su ricorso di Air One, il provvedimento che aveva aggiudicato ad Alitalia il diritto di acquistare il Gruppo Volare. L'aggiudicazione era stata annullata perché la commissione di gara, riscontrata la genericità dei criteri di valutazione delle offerte indicati dal bando, aveva proceduto ad individuare più specifici sottocriteri successivamente all'apertura delle buste contenenti le offerte, in tal modo violando il principio d'imparzialità, che impone di fissare preventivamente i criteri di aggiudicazione.

In esecuzione della sentenza di annullamento, l'amministrazione aveva provveduto a riesaminare le offerte sulla sola base dei criteri indicati dal bando ed aveva confermato l'aggiudicazione ad Alitalia. Air One aveva allora proposto ricorso per ottemperanza al giudicato amministrativo, sostenendo che dalla sentenza di annullamento sarebbe scaturito l'obbligo in capo all'amministrazione di rinnovare la gara, mediante la predisposizione di nuovi criteri ed invito a presentare nuove domande, rivolto ai soggetti che avevano preso parte alla procedura iniziale.

Se paragoniamo questo caso a quello in precedenza discusso, è facile accorgersi che qui siamo ancora di fronte al problema della consistenza della situazione soggettiva azionata, ma lo vediamo da una nuova prospettiva: ci spostiamo dal lato della legittimazione a ricorrere (cioè della possibilità di presentare la domanda giudiziale, senza la quale non si avrebbe neppure una situazione

soggettiva), a quello del contenuto della tutela che la sentenza di annullamento è in grado di assicurare (cioè dell'utilità della sentenza rispetto alla domanda presentata, senza la quale si avrebbe solo un simulacro di situazione soggettiva).

Nel caso in esame, è evidente infatti che, se fosse stata accolta l'interpretazione riduttiva della sentenza di annullamento proposta dall'amministrazione resistente, alla ricorrente non deriverebbe alcuna utilità sostanziale dalla sentenza stessa.

L'ostacolo che sbarrava la strada a una piena tutela della ricorrente era rappresentato da una carenza del contenuto di accertamento della sentenza di annullamento, la quale si era limitata a censurare la fissazione di sottocriteri successivamente alla conoscenza delle offerte da parte della commissione di gara, ma non aveva stabilito – perché ciò non era strettamente necessario per pronunciare l'annullamento dell'atto – che il corretto modo di procedere sarebbe stato quello di fissare nuovi sottocriteri e di consentire successivamente alle partecipanti di modificare conseguentemente le proprie offerte.

Si noti peraltro la delicatezza del tema, dal momento che ormai tutti i concorrenti erano a conoscenza delle offerte presentate dagli altri e ne avrebbero sicuramente tenuto conto nel presentare le nuove offerte.

Ad ogni modo, il punto che mi preme evidenziare è che qui mancava di determinatezza e precisione quella regola concreta dell'azione amministrativa, la quale rappresenta, secondo quanto abbiamo visto in precedenza, il prodotto caratteristico del processo amministrativo di legittimità e quindi la vera sostanza dell'interesse legittimo.

Il Consiglio di Stato ha superato il problema con un gesto pratico di grande rilevanza teorica: ha abbattuto lo steccato tra processo di cognizione e processo di esecuzione.

Dapprima ha stabilito che il modo di procedere posto in essere dall'amministrazione successivamente alla sentenza è affetto da eccesso di potere per sviamento, sia perché la necessità di fissare sottocriteri in presenza di criteri troppo generici previsti dal bando discende dall'esigenza che il potere di valutazione sia effettivamente controllabile (altrimenti sarebbe un potere illimitato e per ciò stesso arbitrario), sia perché la stessa commissione di gara aveva avvertito la necessità di specificare i criteri di gara, il che rappresenta “un ulteriore indice di sviamento”.

Si noti che queste determinazioni rappresentano in realtà l'esito di un nuovo giudizio di legittimità, che non ha alcuna relazione con il contenuto di accertamento della precedente sentenza di annullamento di cui Air One ha chiesto l'esecuzione.

Infatti, il Consiglio di Stato ha proseguito il proprio ragionamento osservando: “Né si può replicare che l'obbligo di fissare i sottocriteri non è stato espressamente sancito dalla sentenza di cui

si chiede l'esecuzione e che, pertanto, la pretesa alla rinnovazione della gara non potrebbe essere fatta valere in sede di ottemperanza”.

Secondo la sentenza, infatti, “non vi è dubbio che il giudizio di ottemperanza possa essere attivato anche laddove il giudicato amministrativo non definisca in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi di comportamento dell'Amministrazione. Il giudizio di ottemperanza ha natura mista, di esecuzione e di cognizione: ciò perché spesso la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita o incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza esplicitare o completare. Non a caso si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa. Rientra, quindi, a pieno titolo tra i compiti del Giudice dell'ottemperanza dare un contenuto concreto all'obbligo conformativo che discende dalla sentenza, risolvendo i problemi possibili al riguardo”.

Il Consiglio di Stato era tuttavia pienamente consapevole del fatto che, stando all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, nel caso sottoposto alla sua attenzione ben difficilmente avrebbe potuto ravvisarsi nella sentenza di annullamento un obbligo conformativo tale da legittimare la proposizione del giudizio di ottemperanza. In molte sentenze si continua, infatti, ancora a seguire il criterio espresso dall'Adunanza plenaria n. 6/1984, secondo il quale “solo nel caso in cui dal giudicato scaturisca un obbligo così puntuale da non lasciare margini di discrezionalità in sede di rinnovazione, l'assunzione di provvedimenti in violazione di tale obbligo può essere fatta valere col giudizio di ottemperanza” (ad es. Cons. St., sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334).

Consapevole di questa difficoltà, la sentenza così prosegue: “Il giudice amministrativo, cioè, in sede di giudizio di ottemperanza, può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera «esecuzione», ma «attuazione» in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva. Nel giudizio di ottemperanza, in definitiva, il giudice amministrativo *può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione*, risolvendo eventuali problemi interpretativi che comunque sarebbero devoluti alla sua giurisdizione”.

La distinzione tra esecuzione e attuazione del giudicato, la teoria del giudicato a formazione progressiva e l'affermata possibilità di un nuovo accertamento in sede di ottemperanza, autonomo rispetto a quello contenuto nella sentenza da eseguire: sono tutte affermazioni che mirano ad abolire una rigida distinzione tra cognizione ed esecuzione, portando alle estreme conseguenze la logica stessa del giudizio di ottemperanza alla sentenza di annullamento, che giudizio di esecuzione pura non è mai stato.

Non dobbiamo in questa sede discutere da un punto di vista processualistico della distinzione tra cognizione ed esecuzione, ma soltanto rilevare come la consistenza dell'interesse legittimo si realizzi secondo un movimento di progressiva *specificazione delle regole che proteggono direttamente l'interesse sostanziale fatto valere*.

Se nel ricorso di legittimità è possibile far valere qualunque violazione di norme che presiedono all'esercizio del potere amministrativo, quando invece si tratta di assicurare la soddisfazione della pretesa che forma oggetto della domanda le regole del corretto esercizio del potere si trasformano in regole che proteggono l'interesse sostanziale del soggetto.

8. Dovremmo proseguire ancora il nostro percorso, ma non ne abbiamo il tempo. Per chiudere con qualche provvisoria riflessione possiamo osservare che lo spazio intermedio tra diritto sostanziale e processo è stato riempito dalla giurisprudenza attraverso la concessione di rimedi i quali hanno tutti come origine un bisogno di tutela contro l'arbitrio del potere amministrativo, ma che si differenziano perché, appartenendo a giurisdizioni che operano con logiche differenti, una per la tutela delle situazioni sostanziali l'altra per il controllo della correttezza nell'esercizio del potere amministrativo, hanno prodotto regole di rapporto diverse tra cittadini e pubblica amministrazione.

Tuttavia, questa contrapposizione è in qualche modo saltata nel momento in cui è stato attribuito al giudice amministrativo il potere di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno (inizialmente nella sola giurisdizione esclusiva: art. 35 d.lgs. n. 80/1998, poi anche nella giurisdizione generale di legittimità: art. 7, comma 3, l. tar introdotto dall'art. 7 della legge n. 205/2000) ed è stata riconosciuta la piena risarcibilità degli interessi legittimi (Cass., s.u., 22 luglio 1999, n. 500).

Il risarcimento del danno è un rimedio che viene concesso di fronte a un torto, cioè a una violazione della legge sostanziale che abbia causato una lesione. Ma in che cosa consiste questo torto secondo la nostra giurisprudenza? La sentenza n. 500/99 lo identifica con il "caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta *in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi* e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Si ha accesso al rimedio del risarcimento solo là dove si sia verificata una violazione delle regole fondamentali di correttezza dell'azione amministrativa.

Ma le regole fondamentali di correttezza dell'azione amministrativa sono proprio quelle che vengono applicate nel giudizio amministrativo di legittimità e che sostanziano l'interesse legittimo, come abbiamo visto.

Non sono quindi regole che disciplinano un rapporto tra amministrazione e cittadino nell'ambito del quale al secondo sia garantita una sfera intangibile da parte della prima, ma regole basate proprio sul presupposto che quella sfera sia comprimibile da parte del potere pubblico.

A questo genere di regole, cui fino a ieri è stato concesso di vivere solo come *norme di azione*, improvvisamente acquistano la possibilità di valere anche come *norme di relazione*.

Da quanto abbiamo detto finora possiamo apprezzare la portata del cambiamento che potenzialmente è in grado di provocare nel diritto amministrativo sostanziale l'introduzione del rimedio risarcitorio configurato dalla sentenza n. 500/99. A me sembra che la situazione attuale possa essere interpretata storicamente come l'apertura di una possibilità di ripartire dall'art. 2 della legge del 1865, ma con tutta l'esperienza maturata nel frattempo dall'ordinamento, e costruire un nuovo sentiero di sviluppo nel quale anche il sistema inaugurato dalla legge del 1889 possa esprimere fino in fondo tutte le sue potenzialità.

Il punto chiave di questa potenzialità – che è anche contraddizione e che spiega tutte le difficoltà del tempo presente – risiede in ciò, che ora al singolo spetta una sfera di intangibilità anche quando il suo interesse è sacrificabile dall'esercizio del potere amministrativo. La risarcibilità trasferisce, infatti, all'interno della tutela dell'interesse legittimo la logica del diritto incomprimibile elaborata dalla Cassazione per i diritti fondamentali, consentendo di identificare un nucleo di regole di correttezza al cui rispetto il cittadino ha diritto anche quando il suo interesse è sacrificabile dall'esercizio del potere pubblico.

Questa nuova sfera di intangibilità del cittadino non presuppone l'irrelevanza del potere amministrativo, com'è invece per i diritti incomprimibili, ma possiede la stessa absolutezza.

Il futuro di questa prospettiva dipenderà da quali regole riusciranno ad acquisire questo *status* nella prassi giurisprudenziale.

Il carattere tellurico del diritto amministrativo attuale rispetto alle situazioni soggettive, alle forme di tutela e al riparto di giurisdizione è riconducibile, a mio giudizio, proprio alla difficoltà di questo processo di emersione di nuove regole del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

E' impossibile prevedere quale sarà l'esito di questo processo, se esso produrrà una profonda trasformazione o se invece sarà riassorbito dall'assetto tradizionale.

Se pensiamo che l'interesse legittimo e il diritto soggettivo hanno impiegato almeno settant'anni, dal 1865 agli anni quaranta del secolo successivo, per consolidare la propria struttura relazionale, che quella struttura è entrata quasi subito in crisi, di fronte ai nuovi orizzonti aperti dalla Carta costituzionale, e che quella crisi è riuscita soltanto dopo il 1998-99 a scompaginare l'assetto consolidato, allora non possiamo certo aspettarci che il sommovimento attuale si stabilizzi in tempi brevi.

E' importante tuttavia non soccombere all'ansia dell'incertezza, che porterebbe ad accontentarsi di un esito qualsiasi pur di riacquistare la stabilità del sistema.

Mi sembra invece che si debba cooperare, con attenzione critica e costruttiva verso la giurisprudenza, a far sì che la sperimentazione ordinamentale aperta dalla risarcibilità degli interessi legittimi si traduca in un autentico completamento dello Stato di diritto, che conduca finalmente alla codificazione delle regole di correttezza amministrativa al cui rispetto il cittadino ha un diritto assoluto, anche quando il suo interesse sostanziale è subordinato all'interesse pubblico.

Riferimenti

Per un approfondimento del tema è utile confrontare le ultime voci enciclopediche: F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Vol. XIX, Roma, 1990; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano 1998, 966 ss., fino a L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. IV, Milano, 2006, 5576 ss., cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia ragionata. Una riconsiderazione storica della nozione di interesse legittimo alla luce dell'intervenuta affermazione della sua risarcibilità si trova in B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 709 ss.

L'affermazione iniziale secondo cui le situazioni soggettive rappresentano un capitolo *difficile* per il diritto amministrativo odierno richiama per analogia l'espressione "casi difficili" (*hard cases*) utilizzata da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 171 ss., per indicare la situazione in cui "una causa non può essere risolta da una norma giuridica chiara formulata da qualche istituzione in precedenza". Lo stato in cui versa il tema delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo può essere paragonata a quella di un caso difficile non soltanto per la mancanza di chiarezza circa i contorni delle situazioni soggettive, ma anche perché, come i casi difficili sono quelli che determinano l'evoluzione delle regole in un diritto giurisprudenziale, le situazioni soggettive costituiscono attualmente il vettore principale di trasformazione del diritto amministrativo, secondo quanto si è cercato di illustrare nel corso della lezione.

Alla crisi del diritto amministrativo contemporaneo è dedicata da ultimo la riflessione di M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 37 ss. (delle bozze di stampa), la quale mette in luce come tale crisi sia strettamente collegata al fatto che il tradizionale punto di vista ordinante del sistema, rappresentato dalle prerogative dell'amministrazione che agisce per la cura dell'interesse pubblico, è messo in discussione proprio dalla centralità che ultimamente ha assunto il problema delle situazioni soggettive: "attualmente, in questa era di de-costruzione, manca un chiaro e generale riconoscimento della necessità di mettere ordine in una realtà positiva fortemente irrazionale ... e, soprattutto, non si avverte come primaria e irrinunciabile l'esigenza di prendere posizione rispetto ai valori basilari del sistema. Di fronte al rischio del particolarismo giuridico inteso come diritto frantumato in sistemi particolari, l'insopprimibile esigenza di certezza e di stabilità nel diritto e quindi anche nell'applicazione del diritto si fonda sul presupposto che vi siano valori condivisi. E' in questa forma che oggi si ripropone il tema del punto di vista ordinante attorno al quale articolare un sistema del diritto amministrativo ... La tensione irrisolta tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dei singoli è presente in tutti i passaggi essenziali della riflessione dottrinale sul sistema del diritto amministrativo, dall'iniziale momento fondativo della scienza alla critica della sistematica tradizionale innescata dall'avvento della Costituzione, fino alla fase attuale, nella quale viene messa in discussione la stessa ragion d'essere del diritto amministrativo. Tornando alla definizione di

Ranelletti, che assegnava alla parte generale la funzione di raccogliere e disporre ordinatamente anzitutto *i presupposti dei diritti*, si deve sottolineare che oggi è diventato urgente definire quali siano i presupposti delle situazioni soggettive che il singolo può far valere di fronte al potere amministrativo ... Ma la tensione tra queste due prospettive, che aspirano a governare la logica del sistema, non può essere in alcun modo superata o risolta, perché il diritto amministrativo non appare riducibile ad un unico e univoco punto di vista ordinante”.

La concezione concreta dell'azione è stata sostenuta in Italia da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (1923), rist., Napoli 1965, 43 ss., in stretta connessione con l'esigenza di assicurare l'adattabilità dei poteri del giudice alla natura dei diversi bisogni di tutela: “l'azione è il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge. L'azione è un potere che spetta di fronte all'avversario rispetto a cui si produce l'effetto giuridico dell'attuazione della legge. L'avversario non è tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere, egli è semplicemente soggetto ad esso ... L'azione è autonoma dal diritto soggettivo, sebbene si coordini allo stesso interesse economico, perchè la volontà concreta di legge che corrisponde ad ogni obbligazione (intesa ampiamente come ogni diritto a una prestazione, perchè ogni diritto si presenta come obbligazione al momento del processo) è ben più larga e comprensiva della obbligazione stessa: mentre l'obbligazione impegna l'obbligato a procurare un bene della vita al creditore mediante la propria prestazione, la volontà di legge comprende e garantisce al creditore, qualora la prestazione non avvenga, il conseguimento di quel bene *con ogni possibile mezzo* e il processo non serve a ottenere l'adempimento dell'obbligazione, ma al conseguimento del bene garantito dalla legge coi mezzi possibili all'infuori dell'obbligazione, che si è rivelata strumento insufficiente”. L'impostazione chiovendiana, che considera il processo come “un mezzo autonomo di conseguire beni della vita garantiti dalla legge” (*Principii*, 79 s.) è quanto di più vicino alla prospettiva anglosassone dei rimedi sia stato prodotto dalla scienza processualistica italiana.

La contrapposizione tra il sistema continentale di tutela, stretto “tra l'esigenza di ascrivere a diritto soggettivo ogni posizione o pretesa che aspiri ad essere tutelata davanti ai giudici e l'individuazione dello strumento processuale più appropriato di tutela”, e il sistema anglosassone, il quale “privilegia invece l'angolo visuale dei rimedi anziché quello dei diritti soggettivi”, intendendo per rimedio “la concreta risposta che l'ordinamento assicura contro un torto ricevuto”, con la preminente attenzione, che ne consegue, per “la predisposizione di adeguati strumenti di reazione”, è illustrata e discussa dal punto di vista dei reciproci vantaggi e svantaggi dei due sistemi, da A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360 ss., spec. 367 ss.: “Se si ragiona in termini di rimedi, ossia di *cure for wrongs*, dominante è l'aspetto riguardante la disponibilità del rimedio (in occasione di un torto ricevuto) mentre l'interesse protetto ne rappresenterà soltanto il *posterius (ubi remedium ibi ius)*. Facendo appello alla evoluzione storica si è osservato «che i diritti che oggi sono riconosciuti dalle leggi si sono cristallizzati attorno ai rimedi». Sarebbe vero comunque che, in entrambi i sistemi considerati, il giurista è destinato a confrontarsi con le diverse forme di protezione degli interessi. Ciò di cui entrambi i sistemi non possono fare a meno è il giudizio di rilevanza che essi danno degli interessi che aspirano ad essere protetti. Ma, a partire da questo dato comune, le vie che ciascun ordinamento percorre sono diverse. Vediamo perché. Nel sistema di *Common Law* il giudizio di rilevanza degli interessi che si intendono proteggere è dato dai giudici e ciò in occasione della concessione del rimedio mentre, nel sistema di *Civil Law*, questo giudizio promana dal legislatore ed ha la veste, si è detto, della norma attributiva di diritti. Il che dovrebbe spiegare la ragione per cui, nel sistema di *Common Law*, la forma di protezione dell'interesse è espressa in termini di rimedi e non di diritti. Ma, arrivati a questo punto, occorre tornare alla domanda iniziale e chiedersi se, in termini di effettività della tutela, sia più efficiente un sistema che utilizzi lo strumento del diritto soggettivo o quello del rimedio. Non è detto, ad esempio, che ragionare per rimedi porti, in punto di tutela, a maggiori progressi rispetto al ragionare per diritti. Potrebbe essere il contrario. Tutto sta nel vedere con quale capacità di adattamento

l'ordinamento dato è disposto a qualificare diritto un determinato interesse oppure ad apprestare per esso un rimedio adeguato di tutela”.

L'esigenza di trasformare le *actiones* in clausole generali attributive di diritti è espressa in B. WINDSCHEID, *L'«actio» del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno* (1836), in B. WINDSCHEID–T. MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»*, Firenze, 1954, 1 ss., spec. 186: “la scienza deve tradurre nella lingua dei diritti quello che è espresso nella lingua delle *actiones*”. Non a caso furono le *Pandette* di Windscheid a supplire per lungo tempo alla “mancanza di una codificazione” in Germania e a determinare la chiamata del loro Autore “e il suo influsso preponderante” nella Prima commissione per la redazione del BGB (F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Vol. II, Milano, 1980, 145 s.).

La definizione del diritto amministrativo cui ci si riferisce nel testo è contenuta nella frase di apertura del *Corso di diritto amministrativo* di F. CAMMEO (1911-14), rist. con note a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 1: “Il diritto amministrativo è quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato in quanto esso agisce come autorità, nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi scopi d'ordine, civiltà o benessere sociale”.

Il fatto che il sistema del diritto amministrativo sostanziale sia stato il frutto di una costruzione giurisprudenziale basata sull'interpretazione delle norme processuali contenute nelle leggi del 1865 e del 1889 è stato particolarmente sottolineato, con riferimento all'imperatività del provvedimento amministrativo, da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., spec. 533 ss.: “le norme della legge del 1865 contenute negli articoli dal 2 al 5 erano delle norme *solo processuali*, le quali non comportavano alcuna *automatica presupposizione* di norme sostanziale ... Si può quindi dire che il legislatore, non avendo provveduto ad emanare le norme sostanziali né in modo espresso né in modo indiretto, si dimenticò di queste ... La giurisprudenza, non potendo fare a meno delle norme sostanziali per poter decidere sulle controversie che le erano presentate, si trovò quindi in imbarazzo ... Vogliamo dire cioè che le norme sostanziali, essendo, essendo in bianco, potevano esser scritte, se non proprio a volontà (il sistema storicamente vigente esercitando pur sempre un proprio condizionamento), quanto meno con una pluralità di soluzioni ... La costruzione imposta dalla giurisprudenza è ormai una costruzione normativa. Né si dica che la giurisprudenza ha sbagliato, perché per dire che ha sbagliato occorrerebbe dimostrare che il legislatore aveva posto delle norme sostanziali diverse, alle quali essa non si sarebbe attenuta ... Ma nessuno potrà mai dimostrare questo, perché il legislatore non aveva posto nulla, anzi aveva posto solo delle norme processuali ambigue ... Quando si parla di funzione pretoria della giurisprudenza nel diritto amministrativo non si usa una figura retorica ..., si vuol dire che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, perché il legislatore non si è mai occupato di fissarle”.

La comprensione della sentenza del giudice amministrativo come fattore di produzione di una regola concreta per il futuro esercizio del potere amministrativo si deve al contributo di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1984, 313 s.: “il processo amministrativo non si fa tanto – come accade per il processo civile – per verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo); quanto per concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica (il potere di annullamento nella sua fisionomia concreta quale risulta dalla «consistenza» dell'interesse legittimo e dell'accertamento del corretto modo di esercizio del potere amministrativo nella specie), fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato e stabilendo così il giusto rapporto fra interesse sostanziale e potere amministrativo”. Si noti che, come traspare anche dalla citazione riportata, Nigro seguiva la concezione chiovendiana dell'azione in senso concreto.

E. CASSETTA, *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Dir. econom.*, 2008, 7 ss., osservava che "ove ci si collochi in un'ottica *ex ante*, e cioè, in un momento in cui non si conosce ancora l'esito dell'esercizio del potere, è indubbio che il soggetto titolare dell'interesse legittimo non può che aspirare ad un bene a soddisfazione non assicurata", ma questa prospettiva "non è esauriente, perché è necessario collocarsi nel momento successivo all'esercizio del potere. Qui la situazione del privato è 'protetta' dall'ordinamento – e, quindi, dal giudice – in stretta correlazione con la correttezza dell'azione amministrativa", concludendo nel senso che "in realtà si tratta semplicemente di aspetti diversi di un unico fenomeno che non può essere cristallizzato fissandolo in un unico momento, ma che deve essere seguito nella dinamica del suo sviluppo temporale".

La distinzione tra norme di azione e norme di relazione, correlata alla tesi per cui "la giurisdizione ordinaria ... è una giurisdizione sui rapporti di diritto amministrativo tra l'Amministrazione e il cittadino" e "la giurisdizione amministrativa ... è una giurisdizione sugli atti amministrativi", è stata formulata da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1954, 9 ss.: le norme di relazione "tracciano la linea di demarcazione ... fra la sfera giuridica entro la quale l'Amministrazione può legalmente svolgere e far valere le sue pretese verso i cittadini per il soddisfacimento degli interessi pubblici che deve perseguire, e la sfera entro la quale il cittadino può, con mezzi giuridici, resistere e contrastare ad eventuali pretese dell'Amministrazione o esigere da questa determinate prestazioni a suo favore, per la soddisfazione del suo interesse individuale garantito dal diritto", mentre le norme di azione sono le "norme puramente strumentali che, presupponendo già attuata la disciplina delle relazioni fra Amministrazione e cittadini, tutelano l'interesse pubblico per se stesso, nella fase dinamica del suo perseguimento, obiettivamente e non in relazione ad interessi diversi".

La garanzia dell'accesso alle prestazioni sanitarie costituisce il campo nel quale più netta e decisa è stata l'affermazione del carattere assoluto e incompressibile del diritto alla salute. Ad esempio, annullando una legge che consentiva il rimborso delle prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo, effettuate presso strutture private, solo in casi eccezionali di impossibilità accertata di accedere alla prestazione presso strutture pubbliche, Corte cost., 27 ottobre 1988, n. 922 affermava che "il bene della salute umana rappresenta, in forza dell'art. 32 Cost., quel diritto primario e fondamentale che – per tali premesse – impone piena ed esaustiva tutela. Pertanto, l'esclusione in assoluto, che si ricava dalla normativa in esame, di qualsivoglia ristoro, *ancorché ricorrano particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopperibili*, incide sulla garanzia di cui innanzi". Fra le tante sentenze in materia del giudice ordinario, si veda di recente Cass., s.u. 6 febbraio 2009, n. 2867: "In materia di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero, per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico (art. 5 della legge 23 ottobre 1985, n. 595 e decreto del Ministro della sanità 3 novembre 1989, come successivamente modificato), la giurisdizione spetta al giudice ordinario, sia nel caso in cui siano adottate situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso in cui l'autorizzazione sia stata chiesta e si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica riconosciuta alla P.A. in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni". L'impostazione è condivisa dal Consiglio di Stato, anche per quanto riguarda le conseguenze in ordine alla giurisdizione, come mostra da ultimo Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 831: "Oggetto della presente controversia è la richiesta di rimborso di spese mediche sostenute all'estero, in assenza di previa autorizzazione per ragioni di urgenza ... Al fine di decidere sulla questione della giurisdizione, ci si può rifare alla giurisprudenza della sezione che, al riguardo, ha richiamato il consolidato indirizzo della Cassazione secondo cui la discrezionalità amministrativa in

materia viene meno ogniqualvolta il richiedente alleghi una situazione d'urgenza, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogate dal servizio sanitario pubblico, trattandosi in tal caso di assicurare tutela ad un diritto assoluto della persona, non suscettibile - in quanto diritto soggettivo perfetto - di esser degradato da eventuali provvedimenti negativi dell'autorità amministrativa, quand'anche adottati in ossequio ad altri (recessivi) interessi di rilevanza costituzionale (come quello alla corretta gestione del denaro pubblico)".

Assai meno nette sono le posizioni giurisprudenziali quando l'urgenza e l'indispensabilità della cura sono messe in discussione, come accade ad esempio per l'ammissione alla somministrazione gratuita di farmaci sperimentali antitumorali. Importante in proposito la sentenza con la quale è stata chiusa la famosa questione della "cura Di Bella", nella quale viene respinto l'indirizzo maggioritario, secondo il quale "il diritto alla somministrazione del farmaco a carico del S.S.N., quale articolazione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., nasce direttamente dal fatto dell'indispensabilità e non sostituibilità di esso, da accertare nel giudizio ordinario, indipendentemente dalle decisioni degli organi pubblici deputati alla tutela della salute pubblica, chiamati soltanto a dare concreta attuazione al diritto fondamentale del cittadino nell'esercizio di attività vincolata, della cui natura partecipa interamente la discrezionalità ed. tecnica affidata ai predetti organi", per aderire all'indirizzo minoritario che riconduce alla categoria dei diritti finanziariamente condizionati le pretese in questione: "il diritto alla somministrazione dei farmaci è attribuito agli utenti del servizio sanitario nazionale dalla L. n. 537 del 1993, art. 8, commi 9 e segg., con la mediazione del provvedimento, a carattere generale e conformativo - espressione di discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, considerata la valutazione del rapporto costi-benefici demandata all'amministrazione - dell'organo collegiale del Ministero della sanità (poi della salute) denominato "Commissione unica del farmaco", competente alla formulazione del giudizio circa il carattere essenziale di un farmaco o la sua significativa efficacia terapeutica. Pertanto, nel sistema delineato dalla legge - rispettoso del disposto dell'art. 32 Cost., nella parte in cui, imponendo alla Repubblica la tutela della salute, anche garantendo cure gratuite agli indigenti, contempla un diritto fondamentale condizionato, ai fini della determinazione dei suoi contenuti, alle scelte del legislatore rispettose nel nucleo irriducibile del diritto alla salute - il provvedimento amministrativo a carattere generale può essere disapplicato dal Giudice ordinario, ai sensi della L. n. 2248 del 1865, art. 5, all. E, a tutela del diritto soggettivo alla prestazione dedotto in giudizio, ove risulti affetto da vizi di legittimità, restando preclusa alla giurisdizione (ordinaria come amministrativa) la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità" (Cass. 28 maggio 2007, n. 12365).

Le questioni relative alla definizione dei diritti incompressibili si intersecano attualmente con il problema relativo alla delimitazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva dopo la sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale. La sentenza delle Sezioni unite n. 6218/06, come si è visto nel corso della lezione, sembrava sostenere che, applicando rigorosamente il criterio dettato dalla Corte costituzionale, un diritto incompressibile non potesse mai rientrare in una clausola di giurisdizione esclusiva, dal momento che rispetto a tali diritti non può mai venire in rilievo un potere autoritativo della pubblica amministrazione. Tuttavia, la Corte costituzionale, proprio in relazione a una domanda di tutela del diritto alla salute contro la localizzazione di una grande centrale elettrica nei pressi di un centro abitato, ha ritenuto legittima una clausola di giurisdizione esclusiva che comporti la devoluzione al giudice amministrativo anche delle controversie relative alla tutela dei diritti costituzionalmente garantiti: "Nella fattispecie disciplinata dal censurato comma 552 dell'art. 1 della legge n. 311 del 2004 ricorrono tutti i presupposti che questa Corte ha ritenuto sufficienti a legittimare il riconoscimento di una giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo. L'oggetto delle controversie è rigorosamente circoscritto alle particolari «procedure e provvedimenti», tipizzati dalla legge (decreto-legge n. 7 del 2002), e concernenti una materia specifica (gli impianti di generazione di energia elettrica). Né osta - va ribadito - alla validità costituzionale del «sistema»

in esame la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Peraltro, l'orientamento - espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione - circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute) risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale questa Corte ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione. Nel caso in esame, invece, si tratta di specifici provvedimenti o procedimenti «tipizzati» normativamente. Deve, dunque, concludersi che legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione» (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140).

L'impostazione della Corte costituzionale è stata accolta anche dalle Sezioni unite, con riferimento a una controversia avente ad oggetto la tutela del diritto alla salute degli abitanti della zona dove era stata decisa la localizzazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti da parte del Commissario straordinario per l'emergenza rifiuti in Campania: «Anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorchè la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei Giudici amministrativi, come ad es. in quella di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie e circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il contemperamento o la limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e la emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti» (Cass., s.u., 28 dicembre 2007, n. 27187).

Dal tenore delle pronunce sopra richiamate pare emergere non semplicemente l'affermazione della possibilità di devolvere al giudice amministrativo la cognizione dei diritti fondamentali, quanto una inavvertita negazione dell'incomprimibilità dei medesimi. E' sufficiente infatti confrontare le sentenze che in passato avevano affermato la giurisdizione ordinaria sulle domande di tutela del diritto alla salute contro la localizzazione di centrali nucleari e di grandi centrali termoelettriche alimentate a carbone, per rendersi conto che in quelle sentenze non venivano affatto in rilievo meri comportamenti della pubblica amministrazione, ma, al contrario, veniva direttamente messo in discussione l'assetto di interessi fissato dal provvedimento autoritativo di localizzazione dell'impianto, escludendo che l'amministrazione avesse il potere di operare un contemperamento discrezionale tra la salute dei cittadini e l'interesse pubblico alla realizzazione dell'impianto: «Non ha rilievo, invero, l'ultima parte dell'argomentazione che si sta esaminando, secondo la quale il provvedimento richiesto al Pretore si convertirebbe nel blocco dell'efficacia ed esecutività del provvedimento amministrativo di autorizzazione (d.m. 26 maggio 1982). Invero, il diritto alla salute non è degradabile e il diritto all'ambiente salubre, nell'ambito della tutela davanti al G.O., si estende alla disapplicazione dell'atto amministrativo eventualmente illecito perché lesivo del diritto stesso» (in termini, Cass., s.u., 17 gennaio 1991, n. 400; cfr. anche Cass., s.u., 9 marzo 1979, n. 1463 e Cass., s.u., 17 gennaio 1991, n. 400 e 3 luglio 1991, n. 7318).

Peraltro, la difficoltà di conciliare l'incomprimibilità del diritto assoluto con il criterio di delimitazione della giurisdizione esclusiva adottato dalla sentenza n. 204/04 non pare affatto superata dalla sentenza n. 240/07. Ad esempio, in materia di permesso di soggiorno per motivi umanitari, le Sezioni unite sono tornate ad abbracciare la tesi secondo cui i diritti incomprimibili non possono rientrare nella giurisdizione esclusiva, contraddicendo un orientamento solo pochi mesi prima adottato dalle stesse Sezioni unite, sulla base della considerazione per cui "la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali" (Cass., s.u., 9 settembre 2009, n. 19393). Si vedano in proposito le considerazioni di A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2009, 48 ss.: "sono i diritti 'costituzionalmente tutelati' quelli per i quali è, e deve essere irrinunciabile, il presidio degli strumenti processuali di tutela che sono propri del processo civile ... Va ricordato come, nel contesto di un progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva, i diritti costituzionalmente protetti fossero percepiti come un oggetto irrinunciabile della giurisdizione civile, nella convinzione che solo in questo modo potessero essere 'effettivi'. La Corte costituzionale ha negato la fondatezza di questo orientamento, con la sentenza n. 140 de 2007, e alla sua pronuncia si sono adeguate anche le Sezioni unite; non mi pare, però, che le ragioni che avevano suscitato questo orientamento siano state superate ... Infatti, se il processo amministrativo diventasse omologo a quello civile, si dovrebbe dubitare del senso attuale di due giurisdizioni distinte, così come invece richiede l'art. 103 della Costituzione".