



GIUSEPPE MONACO

SPUNTI SULLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. L'effettività dei diritti sociali: a ciascuno il suo. – 2. La teoria dei diritti “incomprimibili” ed il riparto di giurisdizione. – 3. *Segue*: il riconoscimento della giurisdizione amministrativa anche per le controversie aventi ad oggetto diritti fondamentali. – 4. Verso la pienezza della tutela innanzi al giudice amministrativo: la pluralità delle azioni disponibili.

1. L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI: A CIASCUNO IL SUO

Che i diritti sociali siano a tutti gli effetti diritti costituzionali fondamentali¹, in grado di incidere sulla forma di Stato, non è più seriamente contestato, così come ormai è superata l'idea di una contrapposizione netta tra diritti di libertà e diritti sociali, e più in generale tra libertà ed uguaglianza, tra Stato di diritto e Stato sociale;² contrapposizione che per lungo tempo è stata utilizzata dalla dottrina per giustificare un diverso grado di tutela dei diritti sociali rispetto alle c.d. “libertà negative”³. Già

¹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Trec.*, XI, Roma, 1989, 28 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, 489 ss.

² Cfr. già M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 805 ss., secondo cui la differenza pur esistente tra diritti di libertà e diritti sociali non deve essere letta in termini di “antagonismo”, in quanto le due categorie di diritti si implicano reciprocamente, la garanzia degli uni essendo condizione per il godimento degli altri. Cfr., più di recente, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 71 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 43 ss.

³ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (a cura di A. Caracciolo), Milano, 1984, 219 ss., secondo il quale diritti fondamentali, in quanto diritti prestatuali, sono soltanto i diritti individualistici di libertà (libertà di coscienza, libertà personale, libertà di domicilio, segreto epistolare e proprietà

Rosselli, nell'esilio impostogli dal regime fascista, si sforzava di individuare e di dimostrare il legame esistente tra liberalismo e socialismo, leggendo in quest'ultimo "lo sviluppo logico, fino alle estreme conseguenze, del principio di libertà"⁴. Secondo Rosselli, il riconoscimento a tutti gli uomini della libertà di coscienza e delle libertà politiche, sarebbero, cioè, ancora insufficienti, laddove "la maggioranza degli uomini, per condizioni intrinseche ed ambientali, per miseria morale e materiale, non sia posta in grado di apprezzarne il significato e di valersene concretamente".

Superata, dunque, la rigida contrapposizione tra libertà negative e diritti sociali e affermata la riconducibilità delle une come degli altri alla dimensione dei diritti fondamentali e inviolabili⁵, si può spostare l'attenzione sul tema della giustiziabilità dei diritti sociali, ossia sulle modalità per rendere effettiva la tutela degli stessi. Del resto, come ben spiegato dalla Corte, "al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale"⁶, ed anzi, aggiunge la Consulta nella medesima pronuncia, dal principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti discende che non "possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere". Lo stesso art. 2 Cost. prevede, d'altronde, che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili", mettendo insieme, dunque, il

privata), o al limite i diritti di libertà del singolo in collegamento con altri singoli (come la manifestazione del pensiero); non, invece, le richieste sociali, ossia i diritti alle prestazioni positive dello Stato (es.: diritto al lavoro, all'assistenza sociale, all'istruzione gratuita), che, nella prospettiva dell'Autore, non sono assoluti e neppure fondamentali.

⁴ Così C. ROSSELLI, *Socialismo liberale* (1930), Torino, 2009, 90.

⁵ Nel senso che i diritti sociali possano essere definiti diritti inviolabili, in quanto espressioni di valori o principi costituzionali supremi, cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 65 ss.

⁶ Così la Corte costituzionale con la sent. 11 febbraio 1999, n. 26.



riconoscimento di un diritto con la concreta possibilità, spettante al suo titolare, di farlo valere. Ovviamente un conto è affermare un diritto, altro è assicurarne l'effettiva tutela, garanzia che può incontrare numerosi ostacoli, primi tra tutti i costi elevati che occorrono per la conservazione e l'implementazione del c.d. Welfare State, ma anche, più semplicemente, la lentezza con cui si adoperano le forze politiche o le autorità amministrative rispetto a certi temi. Resta il fatto che all'una (l'affermazione del diritto) deve seguire l'altra (la garanzia), perché lo impone la Carta costituzionale ed in particolare lo impongono l'art. 2, ma anche, e ancor più chiaramente, gli artt. 24 e 113.

Il discorso può in realtà essere affrontato sotto molteplici prospettive, a partire dall'attuazione legislativa dei diritti costituzionali. Si può, cioè, discutere dei rimedi utilizzabili di fronte all'inerzia del legislatore o comunque in caso di attuazione soltanto parziale o insufficiente di un diritto riconosciuto in Costituzione, e quindi dei limiti cui può andare incontro la Corte costituzionale⁷, tra pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, moniti inascoltati e sentenze additive di principio; ma anche della distribuzione delle competenze tra Stato e regioni, alla luce soprattutto di quanto previsto dall'art. 117, co. 2, lett. m), che, come noto, attribuisce allo stato la legislazione esclusiva per "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Per altro verso si può discutere delle difficoltà che incontra l'autorità giudiziaria nel dare concreta attuazione a determinati diritti, anche nel caso di norme costituzionali

⁷ Sul tema, tra tutti, cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, in particolare 127 ss.



direttamente applicabili⁸; autorità la cui azione si è andata affiancando a quella del legislatore nella garanzia delle prestazioni sociali,⁹ fino a divenire un momento centrale nella prospettiva della concreta tutela dei diritti sociali.

La molteplicità delle prospettive riflette l'esigenza che ogni componente della Repubblica, dal potere legislativo alla pubblica amministrazione (a livello statale, regionale, delle autonomie locali), dalla Corte costituzionale ai giudici ordinari e amministrativi, si adoperi affinché la tutela dei diritti sociali non rimanga una mera affermazione sulla carta ma sia appunto resa "effettiva". Al tempo stesso occorre che ciascun potere/organo eviti di interferire con le competenze di un altro potere/organo, problema che si pone in concreto soprattutto nell'ambito dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, ma anche tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.

In questa sede si intende focalizzare l'attenzione, in prima battuta, proprio sul rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo in relazione alla tutela dei diritti sociali e, in secondo luogo, sugli strumenti di cui dispone il giudice amministrativo quando deve confrontarsi con l'inadempienza della pubblica amministrazione, così da verificare se anche innanzi a detta giurisdizione possa esplicarsi una tutela piena ed effettiva dei diritti sociali, o se risulti viceversa più solida la garanzia apprestata dal giudice ordinario, nell'ipotesi della lesione di un diritto fondamentale.

⁸ Sul tema cfr. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011, in particolare 119 ss.

⁹ Così V. ANGIOLINI, *Sulle premesse culturali dell'inserimento dei "diritti sociali" nella Costituzione*, in AA.Vv., *La Costituzione ha sessant'anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*. Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Napoli, 2008, secondo il quale è preferibile parlare di affiancamento dell'azione giurisdizionale rispetto a quella legislativa, piuttosto che di contrapposizione o supplenza.



2. LA TEORIA DEI DIRITTI “INCOMPRIMIBILI” ED IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

In via preliminare occorre, dunque, verificare se e fino a che punto il giudice amministrativo può conoscere di diritti fondamentali, eventualmente lesi dalla pubblica amministrazione, o se piuttosto, in tali circostanze, non si debba escludere del tutto la giurisdizione amministrativa in favore di quella ordinaria.¹⁰

Il problema si è posto, innanzi tutto, con riferimento al diritto alla salute, anche nella sua veste di diritto alla salubrità dell’ambiente, che la Corte di cassazione ha originariamente considerato come un diritto “incomprimibile”, proprio perché tutelato dalla Costituzione in via primaria e assoluta. Nella nota pronuncia n. 5172/1979 le Sezioni Unite hanno ritenuto che l’attività amministrativa, destinata peraltro alla depurazione di acque del golfo di Napoli, dovesse essere considerata come attività puramente materiale, in quanto esercitata in carenza assoluta di potere, con conseguente assegnazione della vicenda in questione alla giurisdizione ordinaria. Secondo la Suprema Corte i diritti fondamentali sono tradizionalmente tutelati proprio nei confronti dell’autorità pubblica, che non ha dunque alcun potere di rendere insalubre l’ambiente - con relativa lesione del diritto alla salute - neppure per motivi di interesse pubblico di particolare rilevanza,¹¹ e ciò tanto nel caso di danno già

¹⁰ Cfr. L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

¹¹ Cfr. Cass. S.U., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro It.*, 1979, I, 2302 ss. Per alcune considerazioni analoghe si veda già Cass. S.U., sent. 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro It.*, 1979, I, 939 ss., che riconosce la giurisdizione ordinaria con riferimento al possibile danno alla salute derivante dalla realizzazione di una centrale nucleare nel vercellese, riconoscendo dunque l’ammissibilità di una domanda di accertamento tecnico preventivo destinato a valutare le modificazioni dello stato dei luoghi a seguito dell’insediamento della centrale ed il conseguente inquinamento ambientale. Nel caso di specie la Cassazione ricollega la posizione dell’individuo rispetto al procedimento amministrativo per l’installazione della centrale nucleare tanto al diritto alla salute, quanto al diritto di proprietà. In ogni caso si tratta di un diritto soggettivo, anche perché, osserva la Corte, in relazione al diritto alla salute, quale fondamentale diritto dell’individuo, “non è configurabile un potere ablatorio dello Stato, tale da farlo degradare a interesse legittimo”.



realizzato, tanto di danno solo temuto o potenziale.¹² Secondo questa impostazione, la giurisdizione ordinaria, di fronte alla necessità di tutelare tali diritti, non incontra i limiti stabiliti in via generale dall'art. 4 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, perché l'Amministrazione avrebbe in realtà esplicato soltanto attività materiale illecita ed allora non vi sarebbero neppure, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare. Si tratterebbe soltanto di condannare l'Amministrazione ad un fare che sia “di segno opposto al fatto lesivo del diritto alla salute dell'individuo”¹³. Il giudice ordinario potrebbe, quindi, spingersi a condannare l'Amministrazione ad un *facere* e ad adottare tutte le misure più opportune per tutelare al meglio il diritto fondamentale in questione.¹⁴

Questa posizione si è gradualmente indebolita, in coincidenza dell'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, soprattutto per effetto del d.lgs. 80/1998 e della l. 205/2000. Nella giurisdizione esclusiva, infatti, non assume più rilievo, quanto meno sotto il profilo dell'individuazione del giudice cui rivolgersi per ottenere tutela, la distinzione tra posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo. E le sentenze della Corte costituzionale¹⁵, che pure hanno ridotto per certi versi la portata della giurisdizione esclusiva, hanno confermato la giurisdizione del giudice amministrativo anche rispetto alle domande di risarcimento del danno. La Corte costituzionale ha, infatti, precisato che il potere di disporre il risarcimento del danno

¹² Così Cass. S.U., sent. 17 novembre 1992, n.12307.

¹³ In tal senso Cass. S.U., sent. 20 febbraio 1992, n. 2092. Nel caso di specie il giudice ordinario avrebbe dovuto ordinare all'Amministrazione di individuare una diversa collocazione dell'impianto di depurazione contestato dai privati.

¹⁴ Il principio è stato impiegato in quegli anni anche con riferimento alla tutela dei disabili e alla rimozione delle barriere architettoniche. Cfr. Pret. Roma, 4 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1980, 1990 ss., con nota critica di A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, ivi, 1995 ss.

¹⁵ Si tratta delle note sentenze 28 aprile 2004 n. 204 e 8 marzo 2006, n. 191.



ingiusto, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, non costituisce una nuova materia attribuita al giudice amministrativo, bensì uno strumento di tutela ulteriore per il cittadino nei confronti della p.a., il cui fondamento è da ricercare nell'art. 24 Cost. e nella necessità che il giudice disponga di adeguati poteri per garantire la pienezza e l'effettività della tutela alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa. Affinché l'estensione della giurisdizione esclusiva sia conforme alla previsione dell'art. 103 Cost., occorre che si tratti di materie "particolari" e cioè che la materia attribuita a tale giurisdizione sia comunque limitata alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio di un potere autoritativo, sia pure in via mediata, ossia laddove la p.a. utilizza, secondo previsione di legge, strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo. La giurisdizione esclusiva non può quindi radicarsi sulla base della mera partecipazione al giudizio della pubblica amministrazione o di un generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia.

I principi enunciati nella sentenza del 2004 con riferimento ai servizi pubblici e all'urbanistica sono stati poi ripresi nella successiva pronuncia del 2006 in tema di occupazione appropriativa. La Corte ha ulteriormente precisato che la giurisdizione esclusiva può estendersi anche a "comportamenti" della p.a. dai quali scaturisca un danno ingiusto, a condizione che siano esecutivi di atti o provvedimenti amministrativi e quindi "riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione"; resta preclusa l'assegnazione alla giurisdizione esclusiva della tutela risarcitoria derivante da comportamenti posti in essere in carenza di potere. La Corte, dunque, pur restringendo le ipotesi di giurisdizione esclusiva, riconosce d'altra parte che il vero elemento discriminante non deriva dalla natura del diritto fatto valere, bensì dal tipo di rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione, dovendosi escludere la



legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 103 Cost. solo per le ipotesi in cui non vi sia esercizio, neppure in via mediata, del potere che la legge attribuisce alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico. Al di fuori di questi casi, ben può il giudice amministrativo conoscere anche della tutela risarcitoria, ed anzi, così facendo si risponde meglio all'esigenza (derivante dagli artt. 24 e 111 Cost.) di concentrazione innanzi ad un unico giudice della tutela completa dell'individuo di fronte alle modalità di esercizio di una funzione pubblica. Questi principi si ritrovano oggi nell'art 7, co. 1, del codice del processo amministrativo.

Ancora negli stessi anni, però, la Cassazione non sembra intenzionata ad abbandonare la cd. teoria dei diritti incomprimibili o indegradabili. La Suprema Corte, infatti, riprende i principi enunciati dalla Corte costituzionale, per sostenere che sussiste la cognizione del giudice ordinario rispetto all'agire illegittimo della pubblica amministrazione ogni qualvolta non vi sia esercizio di un potere e l'agire della p.a. sia ascrivibile a mera attività materiale, il che, secondo la Cassazione, è proprio quello che si verifica quando il diritto del privato che viene ad essere leso rientra tra quei diritti che non sopportano compressione da parte di un potere pubblico, come nel caso del diritto alla salute o all'integrità personale.¹⁶ Se, dunque, nelle controversie che hanno per oggetto il diritto alla salute, la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva, allora, in tale prospettiva, deve essere devoluta al giudice ordinario una domanda rivolta a conseguire tutela di siffatto diritto sia mediante l'accertamento del pericolo derivante dall'esposizione ad un campo elettromagnetico – per il passaggio di un elettrodotto ad una certa distanza

¹⁶ Cfr. Cass. S.U., ord. 13 giugno 2006, n. 13659.



dall'abitazione – sia mediante l'ordine di interrimento della linea elettrica ed il risarcimento del danno già arrecato.¹⁷

Negli stessi anni, alcune pronunce dei giudici amministrativi hanno avviato un ripensamento in sede giurisprudenziale della teoria dei diritti incompressibili. Il Consiglio di Stato, con riferimento alla nota vicenda dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, ha sostenuto che la posizione dell'individuo di fronte all'esercizio di un potere dell'amministrazione, manifestatosi attraverso l'adozione di un atto di cui si chiede l'annullamento, si concretizza come interesse legittimo, anche nel caso in cui si intenda far valere un diritto fondamentale, come la libertà di coscienza e di religione. Il Consiglio di Stato ha poi precisato che “la concezione dei diritti perfetti o non degradabili è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti”.¹⁸ Considerazioni simili sono state svolte relativamente al diritto alla salute ed in particolare ad uno dei temi più dibattuti, ossia la fruizione di prestazioni assistenziali presso strutture private o centri specializzati all'estero. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che laddove la domanda sia rivolta ad ottenere il rimborso di prestazioni ricevute

¹⁷ Così Cass. S.U., ord. 8 marzo 2006, n. 4908. Quanto al divieto per il giudice ordinario di emettere sentenze di condanna ad un *facere* della pubblica amministrazione, la Cassazione si limita a rilevare che nel giudizio in questione la domanda non è posta in via principale, bensì connessa a quella principale di risarcimento del danno.

¹⁸ Così Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556. Si deve ricordare che in un caso del tutto analogo, la Cassazione ha dichiarato la carenza di giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che nel caso di specie si rientrasse nella materia dei servizi pubblici di cui all'art. 33 del d.lgs. 80/1998 e dunque in un caso di giurisdizione esclusiva, dal momento che la pubblica amministrazione aveva agito esercitando il suo potere autoritativo. In particolare si trattava di provvedimenti dell'autorità scolastica attuativa di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo.



all'estero, vengono in gioco posizioni di interesse legittimo discendenti dalla pretesa al corretto esercizio del potere amministrativo preordinato all'erogazione dei contributi.¹⁹

3. *SEGUE*: IL RICONOSCIMENTO DELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA ANCHE PER LE CONTROVERSIE AVENTI AD OGGETTO DIRITTI FONDAMENTALI

Nel 2007 arrivano due decisioni ritenute centrali ai fini del superamento della teoria dei diritti incompressibili. La prima è una sentenza della Corte costituzionale, avente ad oggetto la norma che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti procedure e provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica. La questione era stata sollevata da un giudice ordinario precedentemente investito della richiesta, avanzata ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di sospensione dei lavori di riconversione a carbone di una centrale termoelettrica; istanza giustificata dalla necessità di tutelare il diritto alla salute ed alla salubrità dell'ambiente. La Corte richiama i due noti e già citati precedenti (sentt. 204/2004 e 191/2006) in tema di giurisdizione esclusiva, per confermare che il legislatore può individuare particolari materie rispetto alle quali il giudice amministrativo è chiamato a pronunciarsi anche in merito a situazioni di diritto soggettivo, purché si trattino di materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere. Dopo questa premessa la Corte aggiunge che la conclusione non è ostacolata dal fatto che i diritti coinvolti siano fondamentali, “non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il

¹⁹ Così Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1902. In realtà la posizione del Consiglio di Stato rispetto a detta problematica non è poi così chiara. Il collegio, infatti, tiene distinta la situazione in cui si chiede un semplice rimborso delle spese per una prestazione già ricevuta, dall'ipotesi in cui venga in discussione il diritto ad ottenere una determinata prestazione sanitaria in via d'urgenza, nel qual caso la controversia apparterebbe alla giurisdizione ordinaria. Questa distinzione, come si vedrà nel prosieguo, è ancora diffusa e dimostra, in realtà, che non vi è un superamento completo della dottrina dei diritti incompressibili.



giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”²⁰. Ne consegue che il legislatore può ben devolvere al giudice amministrativo tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela all’individuo e quindi anche la tutela risarcitoria nel caso di danno patito in violazione di diritti fondamentali, a seguito dell’esercizio illegittimo del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione.

Nel medesimo anno anche la Cassazione mostra di adeguarsi al principio enunciato dalla Consulta,²¹ sebbene già in passato vi fosse stato qualche precedente in cui veniva messa in discussione l’affermazione che la tutela dei diritti fondamentali dovesse spettare sempre al giudice ordinario.²² Comunque, chiamate a pronunciarsi in relazione ad alcuni atti amministrativi emessi dal Commissario straordinario per la gestione dei rifiuti in Campania, prodromici alla realizzazione di una discarica, le Sezioni Unite hanno abbandonato il proprio precedente orientamento che riservava al giudice ordinario ogni controversia in materia di danno alla salute, incluse le questioni relative all’uso del territorio ed alla localizzazione di discariche. In questa circostanza le Sezioni unite hanno richiamato, da un lato, la sentenza n. 140/2007 della Corte costituzionale, ma hanno altresì richiamato l’art. 3 della L. 205/2000, che escludeva la possibilità di subordinare la concessione o il diniego della tutela cautelare ad una cauzione quando attenesse “ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla

²⁰ Così la sent. 27 aprile 2007, n. 140.

²¹ Si tratta della nota sentenza della Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187.

²² Si veda Cass. S.U., sent. 28 ottobre 2005, n. 20994. In questo caso, peraltro, la pretesa fatta valere in giudizio non era del privato a tutela del proprio diritto alla salute, ma proveniva dall’impresa ed era volta ad ottenere l’annullamento di un’ordinanza sindacale contingibile ed urgente finalizzata alla riduzione delle emissioni radioelettriche di un impianto televisivo, comunque idonea a produrre effetti rispetto al bene della salute pubblica.



salute, all'integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale".²³

Un riconoscimento esplicito della giurisdizione amministrativa anche rispetto a diritti fondamentali si è poi avuto, ancora con riferimento al settore dei rifiuti, dapprima con il d.l. 23 maggio 2008, n. 90²⁴ e poi, con il codice del processo amministrativo entrato in vigore nel settembre 2010. L'art. 133 del d.lgs. 104/2010 alla lett. p) prevede, infatti, riprendendo la disposizione abrogata del d.l. 90/2008, la devoluzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva anche di quelle controversie "comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti ... quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati". A tal riguardo si può ricordare che la Corte costituzionale ha fatto salva la norma di cui al d.l. 90/2008, poi ripresa dal codice, fornendone un'interpretazione conforme a Costituzione e in particolare conforme ai propri precedenti in tema di giurisdizione esclusiva. Secondo la Consulta, infatti, i comportamenti cui allude la norma in questione "sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa"²⁵. Allo stesso modo, prosegue la Corte, "l'espressione «azione di gestione dei rifiuti» va logicamente intesa nel senso che l'attività della

²³ Gli stessi richiami erano stati effettuati soltanto un paio di mesi prima dal Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in aperta polemica con la posizione della Cassazione che fino a quel momento rivendicava la giurisdizione del giudice ordinario laddove si fosse in presenza di "posizioni soggettive a nucleo rigido", come ad esempio in tema di salute e di ambiente.

²⁴ L'art. 4, comma 1, del d.l. 90/2008 (convertito nella l. 123/2008) stabiliva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La predetta norma aggiungeva che la giurisdizione del giudice amministrativo era estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

²⁵ Così la sent. 5 febbraio 2010, n. 35.



pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti". L'art. 133 lett. p) del codice, alla luce evidentemente di quanto enunciato dalla Corte, prevede ora espressamente che la giurisdizione esclusiva abbraccia anche l'azione posta in essere con comportamenti della p.a. purché riconducibili all'esercizio di un pubblico potere.

Il nuovo orientamento è in via di consolidamento, e l'attenzione della Cassazione si è spostata, sulla scia della Corte costituzionale, dalla natura di diritto fondamentale, alla verifica della connessione dell'agire della pubblica amministrazione con un potere autoritativo di quest'ultima.²⁶ Non si può dire, però, che la teoria dei diritti incompressibili sia stata del tutto abbandonata, perché ogni tanto riemerge in alcune decisioni in merito, ad esempio, a richieste di asilo politico,²⁷ o, ancora una volta, connesse alla tutela della salute. Singolari, a tale proposito, le vicende successive alle

²⁶ Si veda Cass. S.U., ord. 7 novembre 2008, n. 26790, in relazione al servizio di refezione scolastica di un Comune, che rileva nella domanda la contestazione del modo in cui è stato esercitato il potere di organizzazione di un servizio. Ancor più chiara la posizione delle Sezioni unite nell'ord. 5 marzo 2010, n. 5290, relativa ad una domanda di sospensione dei lavori per la realizzazione di un impianto di depurazione destinato a trattare scarichi contenenti sostanze pericolose per la salute. In tal caso la Cassazione ha affermato che la tesi secondo cui i diritti costituzionali fondamentali non sarebbero mai degradabili in interessi legittimi, con la conseguenza che la p.a., in tali circostanze, agirebbe sempre in carenza assoluta di potere, non è più sostenibile a seguito delle novità legislative costituite dal d.lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000, come emendati dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006. Nel caso di specie la realizzazione dell'impianto non costituirebbe, dunque, un mero comportamento materiale in quanto tale assoggettato alla giurisdizione ordinaria, bensì un'attività esecutiva di un provvedimento amministrativo espressione di potestà pubblica e pertanto affidato alla giurisdizione del giudice amministrativo.

²⁷ Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 13 gennaio 2012, n. 52, che riconosce la giurisdizione ordinaria rispetto alla revoca di un permesso di soggiorno rilasciato per asilo politico, ritenuto che la situazione soggettiva tutelata sia un diritto soggettivo da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. ed il cui eventuale bilanciamento con altre situazioni soggettive costituzionalmente protette non possa essere pertanto rimesso alla discrezionalità della pubblica amministrazione. Nello stesso senso si veda già T.A.R. Lazio, Roma Sez. II *Quater*, 1 marzo 2010, n. 3204 e Cass. S.U., ord. 19 maggio 2009, n. 11535 e ord. 9 settembre 2009, n. 19393.



pronunce della Cassazione²⁸ e della Corte d'appello di Milano²⁹ relative al “caso Englaro”. Il TAR della Lombardia ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998, rispetto alla domanda di annullamento di un atto dell'amministrazione regionale della Lombardia con cui veniva rigettata l'istanza del ricorrente diretta ad ottenere l'indicazione di una struttura sanitaria presso cui procedere all'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale di Eluana Englaro, in esecuzione del decreto della Corte d'appello di Milano del 9 luglio 2008. Il TAR in quella circostanza ha richiamato i precedenti della Corte costituzionale, per poi concludere che il giudice amministrativo deteneva “tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela, per equivalente o in forma specifica, alla lesione di diritti fondamentali asseritamente sofferta in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico”³⁰.

Lo stesso anno il TAR del Lazio ha riscontrato, viceversa, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto ad un ricorso diretto ad annullare un atto del Ministero del lavoro e della salute con cui si dettavano indirizzi alle regioni volti ad impedire che le strutture sanitarie potessero interrompere l'alimentazione nei confronti di persone in stato vegetativo permanente. In questo caso il TAR, dopo avere affermato la giurisdizione ordinaria, in quanto la posizione andava qualificata come diritto soggettivo e la questione era strettamente connessa con beni costituzionali quali la dignità umana e la libertà personale, ha lasciato intendere – richiamando esplicitamente un altro precedente³¹ - che la giurisdizione amministrativa fosse

²⁸ Si tratta della Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

²⁹ Si tratta del decreto della Corte d'Appello di Milano del 9 luglio 2008.

³⁰ Così il T.A.R. Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

³¹ Si tratta della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 1883.



comunque da escludere rispetto a controversie relative ad un diritto per sua natura non comprimibile come il diritto alla salute.³²

Sempre in tema di diritto alla salute,³³ occorre evidenziare che ancora oggi è diffuso un orientamento giurisprudenziale in base al quale, nel caso di assistenza sanitaria indiretta, se la richiesta del privato è volta ad ottenere il rimborso delle spese ospedaliere sostenute all'estero in assenza di una previa autorizzazione dell'amministrazione competente, allora si verterebbe in una situazione di interesse legittimo; qualora, invece, la domanda evidenzia ragioni d'urgenza, tali da comportare un pericolo di vita o di aggravamento della malattia, allora l'interesse vantato andrebbe qualificato come diritto soggettivo perfetto, in quanto tale tutelabile innanzi al giudice ordinario, mancando in capo alla pubblica amministrazione un qualsiasi potere discrezionale.³⁴ Peraltro esistono tuttora pronunce che non distinguono neppure tra situazioni di urgenza o meno ed escludono in ogni caso la giurisdizione amministrativa, sul presupposto che il diritto alla salute non sia suscettibile di essere

³² Così il T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650. Per un commento critico di questa pronuncia cfr. D. MESSINEO, *La doppia tutela dei diritti "incomprimibili"*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 2477 ss.

³³ Sul profilo dell'assistenza sanitaria del diritto alla salute, con particolare riferimento all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, cfr. A. ROVAGNATI, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Trapani, 8-9 giugno 2012, in *questo Volume*.

³⁴ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27 luglio 2009, n. 2088, che dichiara inammissibile un ricorso per difetto di giurisdizione, in quanto "l'oggetto del giudizio consiste nell'accertare se il ricorrente sia o meno "titolare del diritto soggettivo ad ottenere il rimborso di spese mediche sostenute all'estero in una situazione di (accertata) gravità ed urgenza". Peraltro questa sentenza ribalta un precedente del medesimo giudice amministrativo, che aveva qualificato come interesse legittimo analoga posizione dell'individuo, essendo l'amministrazione chiamata a valutare discrezionalmente l'esistenza dei requisiti per il concorso del servizio nazionale nelle spese di cura sostenute all'estero in assenza di preventiva autorizzazione. Cfr. in tal senso T.A.R. Piemonte, Sez. II, 3 aprile 2007, n. 1527.



affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine alla verifica dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni.³⁵

Evidentemente la dottrina dei diritti incompressibili non può dirsi del tutto superata e ciò comporta qualche problema nell'individuazione del giudice cui rivolgersi per ottenere la tutela della situazione giuridica che si asserisce lesa, tanto più quando si deve verificare se vi è urgenza o meno. Non sembra, infatti, così agevole effettuare una distinzione di questo genere e, soprattutto, resta il fatto che alla base vi è sempre il diritto costituzionale alla salute. In realtà ciò che conta è che sia garantita una tutela adeguata ed anche rapida e per tale motivo occorre interrogarsi sui poteri di cui dispone il giudice amministrativo per soddisfare le esigenze di garanzia dei diritti costituzionalmente protetti.

4. VERSO LA PIENEZZA DELLA TUTELA INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO: LA PLURALITÀ DELLE AZIONI DISPONIBILI

All'origine della teoria dei diritti incompressibili vi era dunque il timore che la devoluzione al giudice amministrativo di una controversia concernente diritti fondamentali potesse comportare un affievolimento della tutela di tali diritti.³⁶ Il giudice ordinario avrebbe potuto, invece, adottare persino provvedimenti cautelari inibitori dell'azione amministrativa o addirittura condannare la pubblica amministrazione ad un *facere*. Se oggi il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti fondamentali è perché a tale giudice viene riconosciuta pari dignità rispetto al giudice ordinario, in quanto anch'esso capace di fornire una tutela piena, efficace e

³⁵ Così Cass. S.U. 6 febbraio 2009, n. 2867; ma anche T.A.R. Campania, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 1883.

³⁶ Cfr. le considerazioni di S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, in particolare 757 ss.



sollecita³⁷. È quindi fondamentale che il processo amministrativo sia in grado di conseguire l'obiettivo della pienezza ed effettività della tutela, indicato dall'art. 1 del d.lgs. 104/2010 tra i principi guida della giurisdizione amministrativa³⁸. Effettività che si realizza anche, secondo quanto previsto dall'art. 7, co. 7, del codice, attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

In quest'ottica di garanzia del principio di effettività, un ruolo chiave è stato attribuito da una parte della dottrina³⁹ e dalla giurisprudenza ormai prevalente alla pluralità di azioni a disposizione del soggetto che intende ottenere adeguata tutela della propria posizione sostanziale e, quale altra faccia della stessa medaglia, ai poteri ed alle pronunce di cui dispone il giudice per dare risposta alla richiesta di tutela medesima.

Proprio nel campo dei diritti sociali la questione delle azioni utilizzabili innanzi al giudice amministrativo potrebbe assumere un particolare rilievo, in quanto la loro soddisfazione presuppone spesso l'erogazione di una prestazione da parte della pubblica amministrazione. Innanzi alla domanda di una prestazione, l'azione classica di annullamento potrebbe non essere sufficiente e, si è detto, un'effettiva tutela

³⁷ Con la sentenza 12 marzo 2007, n. 77, sulla c.d. *translatio iudicii*, la Corte costituzionale ha precisato che all'intero sistema giurisdizionale la Costituzione ha assegnato la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi e che essendo questa la ragion d'essere tanto dei giudici ordinari come di quelli speciali, "la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale".

³⁸ Si può rammentare che l'art. 47 della Carta di Nizza ha previsto espressamente il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice per ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati.

³⁹ Cfr. S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913 ss.; A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*. Nota a T.A.R. Lombardia, Milano Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1499 ss.; M.A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 65 ss. In senso contrario cfr. A. TRAVI, *Il codice del processo amministrativo. I – Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 205 ss.



potrebbe essere conseguita soltanto grazie ad un'azione di altra natura, sia essa di condanna, di accertamento o di adempimento.

Nonostante alcune pronunce in senso contrario⁴⁰, la giurisprudenza amministrativa sembra ormai orientata ad ammettere l'esistenza di un'azione di adempimento. È noto che il testo predisposto dalla Commissione incaricata presso il Consiglio di Stato della redazione del codice del processo amministrativo prevedeva questa tipologia di azione. Tale azione è stata poi espunta dalla versione definitiva del codice, che si è attenuta ad una lettura più rigorosa dell'art. 44 della legge di delega (l. 18 giugno 2009, n. 69), il quale faceva riferimento a “pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”. Oggi, dunque, il codice, facendo comunque proprio il principio della pluralità delle azioni, prevede l'azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione avverso il silenzio e l'azione per l'accertamento della nullità. Eppure la giurisprudenza ha ugualmente ricostruito in via interpretativa l'azione di adempimento, fondandola sull'art. 34, co. 1 lett. c) del codice, in base al quale il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, può emettere condanna “all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”. Tale disposizione, secondo il Consiglio di Stato,⁴¹ renderebbe ammissibile l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, sempre che non vi ostino profili di discrezionalità amministrativa o tecnica. Il codice avrebbe, dunque portato a compimento la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto, diretto alla demolizione dello stesso, a giudizio sul rapporto regolato dall'atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa azionata. Sempre secondo il Consiglio di Stato sarebbe altresì

⁴⁰ Si veda in particolare Cons. Stato, Sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, ma anche la precedente sentenza sempre dell'Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3.



ammissibile l'azione di accertamento autonomo, anch'essa non prevista espressamente nel codice, ricavandola in questo caso direttamente da quelle norme immediatamente precettive della Costituzione (artt. 24, 103 e 113), che garantiscono la piena e completa protezione dell'interesse legittimo. Secondo l'adunanza plenaria, il principio di atipicità delle azioni sarebbe, dunque, un corollario del principio costituzionale di effettività della tutela.⁴²

Peraltro l'atipicità delle azioni era stata già prospettata, ben prima della pubblicazione del codice del processo amministrativo, da quella dottrina che riteneva necessario un fondamento legislativo espresso, in virtù dell'art. 113, ultimo comma, Cost., soltanto per l'azione di annullamento e che, viceversa, riteneva preferibile un principio di atipicità dell'azione anche nel processo di cognizione, in coerenza con il giudizio di ottemperanza e con quanto previsto dalla L. 205/2000 per la tutela cautelare.⁴³

Il principio della pluralità delle azioni può sicuramente favorire la pienezza della tutela dei diritti sociali. Si pensi, ad esempio, al diritto del disabile all'istruzione,⁴⁴

⁴² Secondo il Consiglio di Stato, Ad. Plen. 15/2011 cit., l'azione di accertamento sarebbe anche ammessa implicitamente dall'art. 34, co. 2, del codice, secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". L'intento di questa disposizione sarebbe quello di evitare che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione, "esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa", violando così il principio della separazione dei poteri. Se questo è l'obiettivo della norma, allora questa non potrebbe riferirsi ad altro che all'azione di accertamento, che per sua natura potrebbe fare incorrere il giudice nell'indebita ingerenza. Contro questa linea interpretativa si veda, di recente, T.A.R. Sicilia, Palermo I, 14 marzo 2012, n. 559.

⁴³ Così M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁴⁴ Sul tema cfr. C.S. VIGILANTI, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in www.forumcostituzionale.it; F. GIRELLI, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel "seguito" delle decisioni di incostituzionalità*, in *Appendice a C. COLAPIETRO, Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 111 ss. Più in generale, sui diritti dei disabili si rinvia proprio a C. COLAPIETRO, *ult. op. cit.*



riconosciuto come fondamentale fin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 215/1987 – nota anche per essere la prima additiva di principio – e qualificato come vero e proprio diritto soggettivo dalla l. 5 febbraio 1992, n. 104. Una delle questioni che è stata oggetto di maggiore attenzione dalla giurisprudenza concerne l’assegnazione di un insegnante di sostegno per il disabile. Sicuramente fondamentale è stata la sentenza n. 80/2010, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità di quelle norme che ponevano un limite invalicabile al numero delle ore di insegnamento di sostegno, impedendo così di apprestare una tutela specifica per quei disabili in condizioni di particolare gravità. Il legislatore si è adeguato alla sentenza della Corte con il d.l. 78/2010, convertito dalla legge 122/2010. A fronte dell’insufficienza delle risorse finanziarie, l’amministrazione scolastica ha però di frequente riconosciuto un numero di ore per l’insegnamento di sostegno ritenute inadeguate rispetto alle situazioni specifiche. I giudici amministrativi aditi, nel rispetto del principio della domanda, non si sono limitati ad annullare il provvedimento negativo impugnato, ma hanno altresì, volta per volta, accertato il diritto del disabile a ricevere assistenza dall’insegnante di sostegno per il numero di ore richiesto,⁴⁵ o per l’intero orario di frequenza scolastica, o comunque per un numero di ore adeguato alla patologia,⁴⁶ eventualmente aggiungendo la condanna dell’amministrazione all’assegnazione, a favore del ricorrente, dell’insegnante di sostegno come da richiesta,⁴⁷ o disponendo che l’amministrazione avviasse tempestivamente le iniziative necessarie per assicurare l’adeguata integrazione dell’organico degli insegnanti di sostegno.⁴⁸ Peraltro, in diverse circostanze, i giudici amministrativi hanno espresso il

⁴⁵ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, II, 6 dicembre 2011, n. 2889.

⁴⁶ Cfr. T.A.R. Campania, IV, 16 dicembre 2011, n. 5901.

⁴⁷ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 23 novembre 2010, n. 14112.

⁴⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, III bis, 23 dicembre 2011, n. 10150.



convincimento che l'accoglimento della domanda non potesse essere ostacolato da esigenze di tipo organizzativo o finanziario dell'amministrazione scolastica.

La giurisprudenza ha, quindi, fatto ampio ricorso a pronunce di condanna atipica o di accertamento, sempre associate al previo annullamento del provvedimento contestato. Probabilmente, in presenza di adeguata motivazione, anche l'effetto conformativo di una sentenza di annullamento avrebbe potuto garantire il risultato di costringere l'amministrazione ad assegnare al disabile un insegnante di sostegno per un numero di ore congruo alla situazione specifica. Sempre in quest'ottica, si può aggiungere che anche rispetto alla semplice azione di annullamento il giudice è oggi dotato di poteri più incisivi,⁴⁹ in quanto l'art. 34, co. 1, lett. e) del codice – articolo relativo alle sentenze di merito – gli consente di disporre altresì le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, anticipando già in sede di cognizione la facoltà di nominare un commissario *ad acta* nell'ipotesi di mancata esecuzione della sentenza da parte della pubblica amministrazione. Ciò consente di conseguire una tutela più sollecita, evitando al ricorrente di dover procedere al giudizio di ottemperanza dopo l'accoglimento del ricorso, per conseguire effettivamente l'utilità riconosciuta in sede di cognizione.

La giurisprudenza amministrativa è, dunque, sempre più orientata ad assicurare effettiva tutela alle situazioni giuridiche che vengono ad essere coinvolte, soprattutto nel caso si tratti di diritti fondamentali, come la salute, l'istruzione, l'assistenza, valorizzando le indicazioni contenute nella Costituzione e le novità normative del codice del processo amministrativo. E ciò sembra manifestarsi anche sotto il profilo del sindacato operato dal giudice amministrativo. Per un verso, infatti, restano fermi i

⁴⁹ Cfr. R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1707 ss.



limiti che incontra il giudice di fronte all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione, non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione nella valutazione del pubblico interesse e nella ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi sui quali va ad incidere la decisione del pubblico potere. Soltanto nei casi tassativamente previsti di giurisdizione di merito, infatti, il giudice può sostituirsi all'amministrazione, secondo quanto prevede oggi l'art. 7, co. 6, del d.lgs. 104/2010, pena la violazione del principio di separazione dei poteri, come ricordato anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa⁵⁰, che pure ha ammesso il principio di atipicità delle forme di tutela. Per altro verso, di fronte a ipotesi di discrezionalità tecnica, il sindacato del giudice amministrativo appare più incisivo quando la pretesa fatta valere nei confronti della pubblica amministrazione si fonda su interesse primario, come può essere la salute, rispetto ad ipotesi in cui si discute, ad esempio, di un vincolo storico-artistico.⁵¹ Ciò potrebbe lasciare intendere che in presenza di un diritto sociale per la cui soddisfazione occorre una prestazione della p.a., la qualifica di diritto fondamentale, anziché incidere sulla determinazione della giurisdizione, possa produrre effetti rispetto ai poteri del giudice amministrativo, così da assicurare una tutela sempre più piena.

Restano per la verità aperte altre questioni, che pure incidono sulla pienezza della tutela, come la disciplina dell'istruttoria, che, per certi aspetti, ha segnato un allontanamento del processo amministrativo dal processo civile, in virtù della previsione dell'eccezionalità della consulenza tecnica d'ufficio e della limitazione

⁵⁰ Cfr. la già citata sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen. 15/2011; si veda anche, di recente, Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640 in tema di V.I.A., ma anche Cass. S.U., sent. 22 maggio 2012, n. 8071, secondo cui sarebbe viziata da eccesso di potere giurisdizionale la decisione del giudice amministrativo che, "sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto".

⁵¹ Cfr. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 454 ss.



della testimonianza alla forma scritta,⁵² oppure, a monte, il problema dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo.⁵³ Questioni che andranno affrontate e risolte già a livello normativo – in coerenza con il principio del giusto processo regolato dalla legge di cui all'art. 111 Cost. – se si vuole realmente raggiungere l'obiettivo che anche il giudizio amministrativo possa fornire ai diritti fondamentali una tutela dello stesso livello di quella che si può conseguire nell'ambito del giudizio civile.

⁵² Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600 ss.; in precedenza, A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 42 ss., ma anche S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali*, cit., 759 ss.

⁵³ Si rinvia alle considerazioni di F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 498 ss.

