

# Il riparto di giurisdizione in tema di diritti fondamentali

**Autore:** Deborah Quattrone

**In:** Diritto amministrativo

**Sommario** 1 introduzione 2 la giurisdizione amministrativa nel nostro ordinamento 2.1 il riparto di giurisdizione in tema di diritti fondamentali 2.2 la tutela giurisdizionale del diritto alla salute 2.3 le critiche alla indegradabilità o inaffievolibilità dei diritti fondamentali 3 conclusioni

**Volume consigliato**

## 1 introduzione

La ratio alla base del riparto di giurisdizione è rinvenibile nell'esigenza di bilanciare la libertà dei cittadini con il potere amministrativo e di conseguenza con la scelta di accentrare la tutela innanzi al solo giudice ordinario o di creare un giudice apposito della pubblica amministrazione.

E' possibile suddividere i sistemi di giustizia amministrativa in due macro-categorie anche se, a seguito dell'influenza del diritto unionale, internazionale e convenzionale all'interno degli ordinamenti nazionali volta ad armonizzare la legislazione degli Stati membri finalizzata a conferire una maggiore e più adeguata tutela ai diritti fondamentali, tale dicotomia si è sempre di più attenuata nel tempo.

Tale differenziazione è strettamente connessa alla contrapposizione fra gli ordinamenti di "common law" dei paesi anglo-americani e di "civil law" di matrice europea.

- Nello specifico, nei primi come soprattutto in Inghilterra e America, è riscontrabile il sistema **d. monistico** che concentra cioè la tutela del cittadino e della p.a. nel solo giudice ordinario; non è infatti ammessa l'istituzione di un giudice speciale: tanto, sia alla luce della grande importanza data

al ruolo del giudice e alla sua interpretazione (è diritto a tutti gli effetti), sia per la mancanza di una nozione astratta e unitaria di pubblica amministrazione. D'altra parte, negli ultimi anni, anche in l'Inghilterra sono stati creati giudici speciali di giustizia amministrativa e negli Stati Uniti d'America il procedimento d'emanazione dell'atto amministrativo ha assunto una connotazione molto simile a quella giurisdizionale.

- Nei Paesi di civil law, gli ordinamenti europei come Francia, Germania e Italia, al contrario, il sistema adottato è di tipo **dualistico**: sono istituite cioè due giurisdizioni, **ordinaria e amministrativa**. La genesi di tale scelta è rinvenibile in Francia, dove, a seguito della Rivoluzione francese del 1789 e della conseguente consacrazione del principio della separazione dei poteri, si è creato un sistema di contenzioso amministrativo diverso rispetto a quello ordinario e volto al controllo amministrativo attraverso un apparato autonomo.

E' nel 1874 che è stato infatti conferito per la prima volta al Conseil d'Etat la valenza di organo giurisdizionale, ponendosi così la questione relativa al riparto tra la giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria. Tale problematica è stata risolta con la creazione del Tribunale dei conflitti composto da magistrati Cassazionisti e del Consiglio di Stato aventi lo scopo di decidere sulle controversie de quibus.

## 2 la giurisdizione amministrativa nel nostro ordinamento

Il nostro ordinamento, pur avendo subito l'influenza del sistema dualista, soprattutto francese, a seguito della **L. Crispi del 1889 n.5992 della IV Sez. del Consiglio di Stato**, che ha introdotto il sistema di giustizia amministrativa, è connotato di elementi di spiccata originalità soprattutto in ordine alla nascita del riparto basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

La scelta del legislatore in ordine ai criteri del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo poteva essere effettuata sulla base di quattro tipologie:

- il **criterio soggettivo**, basato sulla qualità del soggetto che era parte della lite,

- il **criterio oggettivo**, rinvenibile nella domanda proposta dal ricorrente,
- il **criterio sostanziale o materiale** caratterizzato dalla scelta sulla base della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario o del giudice amministrativo,
- infine, il criterio della **causa petendi** che prende in considerazione la posizione soggettiva dedotta in giudizio ovvero di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Il nostro ordinamento adotta quest'ultimo criterio, quello della **causa petendi o del petitum sostanziale**, in quanto la scelta del riparto si basa sull'interpretazione dei fatti che vengono dedotti dal ricorrente in base alle norme dell'ordinamento giuridico. Ciò che conta, quindi, non è il petitum formale che stava alla base del criterio oggettivo, e cioè il tipo di pronuncia richiesta, ma quello che scaturisce dalle norme giuridiche sostanziali con cui l'ordinamento giuridico, a prescindere dalle scelte processuali del ricorrente, qualifica la posizione di cui si chiede la tutela. Il problema del riparto è quindi soprattutto un problema sostanziale, e non schiettamente processuale, e cioè si basa su come il nostro ordinamento giuridico qualifica quella particolare posizione se di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

La regola della causa petendi, introdotta inizialmente dalla Legge Crispi del 1889 è stata poi confermata dalla Legge Tar del 1971 nonché costituzionalizzata nell'art. 103 e infine introdotta negli artt. 7 e 30 del c.p.a.

Nello specifico, l'**art. 103 Cost.** statuisce che il giudice amministrativo è il giudice naturale precostituito per legge, autorizzando così il legislatore a conferire la giurisdizione in base alla pretesa sostanziale così da agevolare l'accesso al giudice e da evitare che il danneggiato debba agire davanti a due giudici diversi, quello ordinario e quello amministrativo. Infatti, in tema di tutela risarcitoria, anche la Consulta nel 2004 e nel 2006 ha affermato che la giurisdizione deve essere attribuita in base alla posizione lesa a monte, ovvero di interesse legittimo, e non a quella che scaturisce a valle come conseguenza della lesione e cioè il risarcimento dell'interesse legittimo. Inoltre, se è vero che l'art. 103 Cost. ha adottato il criterio del petitum sostanziale, è pur vero che il medesimo articolo non prevede che tale criterio sia l'unico utilizzabile. Ne deriva che, è possibile rinvenire due eccezioni al criterio della causa petendi: quello della giurisdizione esclusiva del G.A. ex art. 103 Cost e quello della giurisdizione esclusiva del G.O. ex art. 113 Cost.

2.1 il riparto di giurisdizione in tema di diritti fondamentali

Effettuate le dovute premesse storico-contenutistiche sul riparto di giurisdizione è adesso possibile analizzare specificamente il tema in ordine alla tutela dei diritti fondamentali rinvenibili **nell'art. 2 Cost.**

Il problema del riparto di giurisdizione diritti fondamentali nasce in relazione al diritto alla salute a seguito della nota sentenza della Corte di Cassazione del 1976. Anche se la categoria dei diritti fondamentali ha subito nel tempo una sempre maggiore evoluzione, tale da ricomprendere anche i c.c.d.d. "**diritti di nuova generazione**" più sensibili ai mutamenti sociali, è solo nell'art. 32 che la Costituzione utilizza tale espressione.

Sul punto, i Giudici di Legittimità hanno enunciato l'inviolabilità dei diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, sia in virtù della loro connotazione personalissima, come nel caso del diritto al nome o dell'integrità personale, sia per la tutela riconosciuta dalla Costituzione come per il diritto alla salute o all'ambiente.

A seguito di tale concezione, la tutela giurisdizionale trova la propria giustificazione nel giudice ordinario, in quanto giudice dei diritti assoluti, pieni ed incondizionati.

Secondo tale orientamento, infatti, tali diritti sarebbero connotati da un tale grado di rigidità e rilevanza da non poter essere in alcun modo "intaccati" dal potere amministrativo, potere che non sarebbe in grado di incidere in alcun modo sulla regola. Tali considerazioni, formulate come giù evidenziato, dapprima per il diritto alla salute inteso anche come diritto all'ambiente sono poi con generale della causa pendenti in base alla quale il **giudice ordinario** è il giudice naturale dei diritti soggettivi.

Inoltre per quanto concerne la contrapposizione "carenza-cattivo uso di potere", tali considerazioni troverebbero conforto nel difetto assoluto di giurisdizione da parte della pubblica amministrazione della potestà in materia di diritti assoluti. E' dunque nell'art. 2 Cost., norma che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e che consacra l'incomprimibilità degli stessi, che trova la sua fonte la carenza del potere amministrativo. Tale incoercibilità rende inoperanti i limiti imposti dagli artt. **4 e 5 della LAC** consentendo al giudice ordinario di incidere anche sugli atti di natura amministrativa.

il passare del tempo state estese anche ad altri diritti considerati anch'essi inviolabili come la libertà di coscienza e di religione, nonché in tema di erogazione di energia elettrica e per quanto concerne i diritti dello straniero, anche per il diritto di asilo e allo status di rifugiato.

## 2.2 la tutela giurisdizionale del diritto alla salute

- Con specifico riguardo al diritto alla salute, è stata dunque avanzata la **d. teoria massimalista**, in base alla quale il diritto alla salute deve essere inteso quale diritto assoluto e incondizionato e quindi tutelato dal solo giudice ordinario in quanto si tratta di un diritto indegradabili ad interessi legittimi. Tali conclusioni, peraltro, sono state rassegnate in un periodo storico ormai risalente, in cui l'interesse legittimo non aveva la stessa considerazione e qualificazione attuale. Infatti, mentre per il "vecchio" interesse legittimo la tutela giurisdizionale era di tipo oggettivo, basata sul mero

ripristino della legalità, una posizione di primazia della P.A. rispetto al privato, e il giudizio era sull'atto caratterizzato dal solo annullamento retroattivo; la nuova posizione di tale interesse inteso quale bene della vita, è oggi qualificata da una giurisdizione di tipo soggettivo, basata sulla tutela della posizione sostanziale, dove le parti sono in una posizione paritaria, il giudizio è un giudizio sul rapporto e le azioni a tutela dello stesso sono plurime e atipiche.

- Alla teoria suesposta, si è affiancata la **d. teoria pubblicistica**, in base alla quale andrebbe effettuato nell'ambito dello stesso diritto alla salute una distinzione fra: un nucleo di carattere oppositivo, e inviolabile, che non può essere in alcun modo intaccato dal potere amministrativo e quindi con giurisdizione del giudice ordinario; da quello pretensivo inteso come perseguimento del miglioramento delle condizioni di salute. In questa seconda ipotesi, al contrario, si inserirebbe l'intervento pubblicistico volto ad operare un contemperamento di tale diritto con altri interessi costituzionali, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.
- Infine, è stata proposta anche una **posizione mediana** che riprende la distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi, ed afferma che per il diritto alla salute il radicamento della giurisdizione è G.O. in quanto l'interesse oppositivo non è suscettibile di essere inciso dal potere amministrativo, ma deve essere inteso quale diritto assoluto, pieno e incondizionato; per quanto concerne la dimensione pretensiva afferma che bisogna distinguere gli interessi, a seconda che si tratti di un grave pregiudizio alla salute o sofferenza eccessiva con conseguente giurisdizione del G.O., da interessi pretensivi meno gravi, che giustificerebbero l'intervento del potere amministrativo e quindi la giurisdizione del G.A.

Quest'ultima teoria, che sostanzialmente si basa sul parametro qualitativo della **gravità dell'esigenza sanitaria**, è stata seguita anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2006, quando viene affermata la distinzione tra situazioni soggettive variabili, nelle quali il potere amministrativo può "degradare" il diritto soggettivo ad interesse legittimo in virtù del contemperamento con altri interessi di pari rilevanza costituzionale, e, viceversa, dove cioè determinati interessi legittimi possono essere "espansi" fino a diventare diritti soggettivi; da posizioni rigide, inviolabili che come il diritto alla salute, che sono strettamente ancorate alla persona umana e consacrate dalla Costituzione come diritti fondamentali.

Secondo la Cassazione, dunque, il potere amministrativo in materia di salute è escluso, con conseguente giurisdizione del G.O., sempre per gli interessi oppositivi e per quelli pretensivi solo laddove si tratta di un pregiudizio grave.

### 2.3 le critiche alla indegradabilità o inaffievolibilità dei diritti fondamentali

Le critiche alla teoria della indegradabilità o inaffievolibilità dei diritti fondamentali non sono state poche.

- In primis è stata ripresa la teoria di "**Mortara**" secondo la quale "dove c'è diritto non c'è potere" e

viceversa. In base a tale assunto, ciò che rileverebbe in ordine al criterio del riparto non è la natura inviolabile o meno del diritto in esame, ma la presenza o meno di una predeterminazione legislativa, di limiti e condizioni che consentono l'esercizio del potere amministrativo. Occorrerebbe valutare quindi, fermo restando i canoni di ragionevolezza e il rispetto dei valori costituzionali, se la normativa abbia fissato dei criteri generali per il contemperamento dei diritti fondamentali con gli altri interessi e se la p.a. abbia seguito correttamente tali parametri. Laddove quindi sussista "a monte" tale normativa si giustificherebbe la giurisdizione amministrativa e quindi in base alla dicotomia "carenza-cattivo uso del potere" se la p.a. ne violasse le prescrizioni sussisterebbe ipotesi di cattivo uso del potere; diversamente ci sarebbe una degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo in virtù del contemperamento di interessi giustificato dalla base normativa.

- Queste ultime considerazioni sono state fatte proprie anche **dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2019**, la quale, a differenza della posizione assunta dalla Corte di Cassazione vicina all'indegradabilità dei diritti assoluti suesposta, ha ritenuto legittimo l'imposizione di tetti di spesa in ambito sanitario. Nello specifico, i Giudici di Palazzo Spada hanno statuito la necessità del contemperamento della fruizione delle prestazioni sanitarie con altre esigenze pubblicistiche prima fra tutti l'interesse pubblico al contenimento della spesa.

Appare a tal proposito utile considerare anche il riparto in virtù del diritto all'ambiente, soprattutto in considerazione della recente sentenza delle **Sezioni Unite n. 8092 del 2020**.

In materia di danno ambientale, infatti, secondo l'art. 310 del Dlgs. 152/2006 sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie che derivano dall'impugnazione da parte dei soggetti titolari di un interesse tutelato ex art. 309 del medesimo Dlgs. dai provvedimenti amministrativi adottati dal Ministero dell'Ambiente. E' invece confermata la tutela del giudice ordinario in materia di cause risarcitorie o inibitorie che abbiano causato un danno alla salute o alla proprietà ex art. 313 comma 7 dello stesso Dlgs 152/2006.

Sul punto, le Sezioni Unite summenzionate nel 2020, hanno affermato che la valutazione dell'attività della p.a. che sia stata esercitata in modo conforme o meno ai provvedimenti autorizzatori non incide sul riparto di giurisdizione, in quanto **non vi è degradazione di diritto** soggettivo ad interesse legittimo, ma solo sui poteri del giudice ordinario, che nel primo caso si limiterà a disapplicare la predetta regolazione e ad imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminare le conseguenze dannose; nel caso in cui invece ci sia un comportamento materiale non conforme al provvedimento amministrativo dovrà sanzionarla inibendola o riportandola a conformità. Si tratta infatti di diritti costituzionalmente garantiti e dunque non suscettibili di degradazione o affievolimento.

Infine, anche in tema di giurisdizione esclusiva del G.A. la Corte Costituzionale, nel 2006, ha affrontato il problema della tutela dei diritti fondamentali innanzi al G.A. in sede esclusiva, ai sensi dell'**art. 133 c.p.a.**

In particolare, la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 1 comma 552 della L. 311 del 2004, oggi trasfuso in parte qua nell'art. 133, lettera o) del c.p.a., che devolve al giudice amministrativo i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al D.L. 7/2002, in quanto la giurisdizione esclusiva del G.A. non impedisce la tutela piena e incondizionata dei diritti costituzionalmente garantiti.

Infatti, non esiste alcun principio secondo il quale i diritti fondamentali devono essere riservati al solo giudice ordinario; peraltro, le stesse considerazioni sono state e state riproposte in ordine all'art. 133 lett. p) del c.p.a. in materia di gestione di rifiuti.

Sulla stessa scia anche il Consiglio di Stato, che, con la sentenza dell'**Adunanza Plenaria n.7/2016** ha ribadito la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia dei diritti fondamentali relativi al trattamento di sostegno in ambito scolastico dell'alunno disabile.

### 3 conclusioni

Per concludere, oltre alle problematiche suesposte in tema di riparto di diritti fondamentali meritano altresì di essere menzionati questioni riguardanti il dei diritti fondamentali. Quali cioè possono essere considerati diritti fondamentali? Solo quelli rinvenibili nell'art. 2 Cost. cioè i diritti fondamentali della persona umana ed ormai accettati e consacrati dal diritto unionale, convenzionale e internazionale?

E' evidente che **non è facile** dare una risposta netta e allo stesso tempo non individuare una linea di confine finirebbe per dilatare a dismisura la natura di tali diritti.

Altra riflessione concerne inoltre se tale inviolabilità deve essere intesa in senso assoluto, sia nei rapporti orizzontali, cioè fra privati, che nei rapporti verticali, cioè fra privati e p.a., o in senso relativo, cioè solo fra privati. Perché sicuramente nei confronti del potere pubblicistico è difficile stabilire tale **assolutezza tout court** ma sembra più realistico, anche in virtù della limitatezza delle risorse pubbliche che sia presente un certo grado di relatività e quindi di contemperamento fra interessi privati e pubblici, ovviamente sempre in un'ottica di ragionevolezza e salvaguardia dei diritti fondamentali da parte della p.a.

E' difficile stabilire infatti soprattutto nei rapporti verticali, l'esistenza di una inviolabilità assoluta, ma l'amministrazione spesso deve decidere caso per caso quale diritto fondamentale deve salvaguardare in virtù di un **contemperamento di interessi** che sia meno sacrificativo per il privato.

Questo bilanciamento è più immediato ad esempio in materia di tutela del diritto di cronaca e della conseguente compressione dei diritti fondamentali della privacy e della riservatezza, ma tali esigenze sono state soprattutto lampanti nel periodo che abbiamo vissuto e che purtroppo stiamo ancora vivendo del

COVID-19, dove i diritti inviolabili della libertà di spostamento, degli affetti familiari ed anche della salute privata, quest'ultima intesa quale diritto alla erogazione delle prestazioni sanitarie, sono stati compressi se non addirittura annullati in ottemperanza alla salute pubblica.

### **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/il-riparto-di-giurisdizione-in-tema-di-diritti-fondamentali/>