

SEZIONE PRIMA

Capitolo I

La tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva interna

SOMMARIO: 1. L'opzione terminologica: di quali diritti parliamo? – 2. Tra “Stato di diritto” e sviluppo della tutela dei diritti. – 2.1. (*segue*): tra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione (e conseguente tutela dei diritti e degli interessi fondamentali da parte, anche) del giudice amministrativo. – 3. “L’invenzione” della giustizia costituzionale e il suo peso all’interno dello Stato di diritto. – 4. Il pieno affermarsi dello Stato costituzionale di diritto e della tutela giurisdizionale “a tutto tondo” dei diritti fondamentali. – 5. La gravidanza del ruolo esercitato dalla Corte costituzionale in Italia, nella sede del controllo sulla legge in via incidentale, e i rapporti con l’attività dei giudici comuni. – 6. (*segue*): la centralità dell’interpretazione costituzionalmente conforme (o adeguatrice) nella tutela dei diritti fondamentali. – 6.1. (*segue*): sentenze interpretative, sentenze manipolative e riconoscimento della discrezionalità del legislatore. – 7. L’esigenza (e la difficoltà) di riconoscere (e tutelare) i c.d. nuovi diritti (fondamentali). – 8. I possibili “fallimenti” del sistema interno di tutela dei diritti fondamentali. – 8.1. “Cattive disposizioni”. – 8.2. (*segue*): provvedimenti “in deroga” alla legge e “cattive applicazioni” di norme giuridiche.

1. L'opzione terminologica: di quali diritti parliamo?

Appare preliminarmente opportuno esplicitare le ragioni della scelta di un’espressione, “i diritti fondamentali” della persona umana, che ci accompagnerà per tutto il lavoro, e che viene a sostantivare, dà corpo, “funzionalizza”, quella parte del lavoro dei giudici, italiani (o comunque interni a ciascun Paese) ed europei, che intendiamo qui maggiormente mettere a fuoco.

Altre espressioni, estremamente pregnanti, e che in astratto si potevano prestare a tale obiettivo erano apparse infatti “i diritti umani”, nell’ottica privilegiata anzitutto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, approvata a New York con risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, e che fa parte degli stessi

“i diritti umani”

documenti capisaldo dell'ONU (la nuova Organizzazione internazionale a vocazione universale scaturita da alcuni incontri al vertice tra le potenze vincitrici della seconda guerra mondiale e poi dalla Conferenza diplomatica di San Francisco del 1945, che elaborò il testo della Carta delle Nazioni Unite); oppure "i diritti inviolabili" dell'uomo, espressione prescelta, come sappiamo, dall'art. 2 della nostra Costituzione, per ambientare tra i principi fondamentali della Carta repubblicana del 1947 il principio c.d. personalista. Ai diritti della persona umana si ispira anche, evidentemente, sia pure con una locuzione che "diluisce" l'espressione in una formula più ampia, la Convenzione europea per la salvaguardia dei "diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (c.d. Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai rappresentanti dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, nato appena un anno prima; e infine l'espressione "diritti fondamentali" campeggia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata mezzo secolo più tardi a Nizza e successivamente riproclamata a Strasburgo, il 12 dicembre 2007 (con il Trattato di Lisbona del medesimo anno che le ha conferito, vedremo meglio, lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione e sul funzionamento dell'Unione europea).

"i diritti inviolabili"

"i diritti fondamentali"

Riconosciuta non solo l'assonanza, ma anche una certa comunanza di significati fra tutte le espressioni, la preferenza per i "diritti fondamentali" è dipesa dalla sua capacità di "intercettare" le altre, ovvero di coniugare, almeno in una certa area del mondo, la dimensione dei "diritti umani" con quella dei "diritti inviolabili": perché se, come spiegato autorevolmente in dottrina, dei diritti umani si assume l'invulnerabilità assoluta, in qualsiasi Stato e cultura, in qualsiasi ordinamento e comunità, è pur vero che quella invulnerabilità diviene, in concreto, difficilissima da difendere ovunque; essa si rivela piuttosto (per utilizzare un'espressione di A. Cassese) "un mito", per via del pluralismo culturale che ne ostacola il riconoscimento effettivo in ogni zona del Pianeta. I principi condivisi a livello globale non possono verosimilmente spingersi oltre un insieme di plausibili asserzioni generali, che come tali hanno una presa limitata sulla realtà umana. Per cui l'idea dell'unificazione, dell'universalizzazione dei diritti (sottesa al concetto, di matrice tutta occidentale, dei "diritti umani") cede inevitabilmente il passo alla loro "regionalizzazione": dei diritti umani si potrà pretendere l'invulnerabilità (e reclamarne tutela), allora, solo negli ambiti in cui essi sono riconosciuti come fondamentali; si rende necessario dunque riferirsi alle scelte dei singoli ordinamenti nazionali, e insieme a quelle compiute all'interno delle organizzazioni sovranazionali alle quali gli Stati nazionali partecipano, ed in Europa tale riconoscimento è praticato da moltissime Costituzioni contemporanee, come pure dalle Carte delle due organizzazioni sopranazionali che (come già accennato) significativamente vi opera-

le ragioni della scelta

universalizzazione e "regionalizzazione" dei diritti

no. Con la particolarità che i ventotto membri dell'una (Unione europea) sono ad oggi – e verosimilmente fino al 29 marzo 2019, giusta l'intenzione del Regno Unito di recedere dall'Unione europea, già notificata al Consiglio europeo, attivando in tal modo l'art. 50 del Trattato sull'Unione – tutti componenti effettivi anche dell'altro, più ampio, consesso che fa capo al Consiglio d'Europa (sì che l'Italia condivide attualmente con ventisette *partners* una così duplice, significativa, appartenenza).

Ma cosa sono, in buona sostanza, i diritti fondamentali? Come insegnano molti studiosi, è possibile individuarli facendo riferimento ai diritti soggettivi riconosciuti ai singoli e ai gruppi, e dunque protetti, da norme di carattere fondamentale; secondo l'impostazione tradizionale queste norme sono a loro volta rinvenibili in Costituzione, o comunque ricavabili da testi che della Costituzione condividono la collocazione apicale, all'interno dell'ordinamento giuridico; studi accurati hanno dimostrato come ai diritti fondamentali si riferissero pure in realtà i nostri Padri costituenti, nell'ambito dei lavori preparatori della Carta repubblicana, e come alla fine sia prevalsa l'espressione "diritti inviolabili" per sottolinearne la necessaria sottrazione all'effimero gioco delle maggioranze parlamentari (riprendendo le illuminanti parole di un costituente autorevole quale A. Moro); l'attributo della inviolabilità bene evidenzia, inoltre, il fatto che tali diritti non sono modificabili o eliminabili nemmeno tramite una revisione costituzionale, perché, come ha altrettanto bene evidenziato più tardi la Corte costituzionale (sent. n. 1146/1988, la quale pure utilizza un'espressione ancora diversa, quella dei "diritti inalienabili della persona umana") essi fanno parte dei principi supremi dell'ordinamento. Caratterizzati da una anteriorità (che è anzitutto logica) rispetto al pubblico potere, da questo punto di vista evocando le impostazioni giusnaturalistiche, i diritti fondamentali sono, dallo stesso art. 2 e poi nella Parte prima della nostra Costituzione, declinati in formule equilibrate, richiedendo sicuramente, per una più distesa elaborazione, una disciplina ulteriore di diritto positivo, che anzitutto il potere legislativo è chiamato a dare; e si prestano inoltre ad una parallela elaborazione giurisprudenziale, costituendo anzi essa stessa un'imprescindibile "garanzia" della loro effettività, ovvero della capacità ordinamentale di proiettare i diritti oltre la mera formulazione teorica, per assurgere viceversa una dimensione anche pratica, che sia il risultato dell'applicazione delle norme ai casi concreti, e quindi della "comprensione" del significato delle formule alla luce delle esigenze della vita reale.

*cosa sono
"i diritti
fondamentali"*

*le scelte
dell'Assemblea
costituente ...*

*... e la successiva
elaborazione
giurisprudenziale*

Strumento per eccellenza, a garantire le posizioni del singolo (o di un gruppo sociale), il diritto alla tutela giudiziaria, ad agire e difendersi in giudizio: i diritti fondamentali cioè non si risolvono meramente nelle af-

*il diritto
alla tutela
giudiziaria ...*

... e il suo
legame
inscindibile con
le posizioni
individuali

fermazioni ad esse relative, contenute nella Carte costituzionali dei diversi Paesi, bensì, come si è osservato, la "pretesa" al giudice e alla difesa giudiziaria diviene a sua volta oggetto di un diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, che è strumento e condizione per la tutela di tutti gli altri. Dove c'è un diritto, ci deve essere un giudice a cui poter ricorrere per ottenerne la tutela (V. Onida). E non deve esistere situazione in cui il singolo possa essere privato di questa garanzia (ciò determinando un legame inscindibile fra posizioni individuali e loro tutela giudiziaria). Si tratta di una novità di straordinaria importanza, perché le Costituzioni europee del secondo Dopoguerra non intendono i diritti fondamentali soltanto in termini formali ma ne valorizzano l'effettività, puntando alla loro garanzia (P. Caretti); ed in tale contesto i nascenti sistemi di giustizia costituzionale costituiranno, come vedremo meglio, uno strumento di garanzia aggiuntiva dei medesimi diritti.

l'enunciazione
della tutela
dei diritti
nei documenti
internazionali
"regionali" ...

... e il livello di
elaborazione
più avanzato
in Europa

Una ulteriore grossa novità del secondo Dopoguerra, in Europa, ma anche in altri Continenti (America, Africa), è stata poi quella di immaginare l'enunciazione solenne dei medesimi diritti, e la parallela previsione di meccanismi di tutela, nell'ambito di documenti internazionali "regionali" (intendendo per regione il singolo Continente), aventi la veste giuridico formale di trattati, che prevedono per le Parti contraenti una serie nutrita di obblighi, ed il cui adempimento dovrebbe risultare per l'appunto funzionale (pur con modalità diverse) all'identico scopo, ovvero al riconoscimento e alla protezione dei diritti fondamentali anche contro le scelte poste in essere dalle autorità pubbliche dei singoli Paesi e "confermate" dall'autorità giudiziaria statale. Così, in aree geografiche differenti del Pianeta, sono state sottoscritte la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, come la Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei Popoli, l'una e l'altra prevedendo parallelamente l'operatività di una Corte che a certe condizioni può intervenire censurando determinate condotte degli Stati aderenti al sistema delineato dall'uno e dall'altro trattato internazionale (*infra*, cap. II, parr. 1 e 1.1). È opinione pacifica che in Europa tali meccanismi ulteriori di tutela dei diritti – nonostante pongano, come vedremo, tutta una serie di complessi interrogativi circa la possibilità di armonizzarli e di renderli coerenti con le previsioni delle Costituzioni nazionali – abbiano raggiunto il livello di elaborazione più avanzato, e forniscano dunque oggi ai singoli individui (come eventualmente ai gruppi) *chances* cospicue di vedere riconosciuti i torti subiti nella sfera dei propri diritti; anche per questo motivo ci concentreremo su tale esperienza "regionale" (capitoli secondo e terzo), che potrà però a sua volta essere adeguatamente compresa dopo aver valutato (in questo capitolo primo) pregi e limiti della prospettiva interna, per come è andata evolvendosi nel corso dei decenni, soprattutto degli ultimi.

2. Tra “Stato di diritto” e sviluppo della tutela dei diritti

La prima grande fase di sviluppo storico che dobbiamo ricordare, nell'evoluzione delle forme di Stato in genere sul Continente europeo, e dello Stato italiano in particolare, è quella che ha portato alla nascita dello Stato di diritto. È un passaggio che ci interessa perché le aspettative che i singoli nutrono al cospetto della pubblica autorità iniziano ad acquistare un rilievo che le porterà progressivamente ad assumere il peso specifico di “interessi legittimi” (*infra*): infatti, come si mette del resto in evidenza nei testi di Diritto pubblico, i consociati possono continuare a chiedere ed ottenere tutela non soltanto nella sfera più tradizionale dei rapporti interprivatistici, che a partire dal fondamentale insegnamento romanistico conoscono i rimedi della *restitutio in integrum* (se può aversi riparazione dei torti subiti in forma specifica) e del risarcimento del danno, i quali verranno se del caso riconosciuti di fronte al giudice civile (oppure di fronte al giudice penale, se al pregiudizio alla sfera giuridico soggettiva si accompagna un aspetto di offensività di interessi e di beni giuridici più ampiamente tutelati dall'ordinamento giuridico, che ne determinano una reazione per il disvalore insito nell'offesa); i consociati, viceversa, prendono a reagire avverso gli atti illegittimi della pubblica amministrazione, e possono farlo dinnanzi ad un giudice, ciò che contribuirà in modo determinante a far perdere loro quel risalente connotato di “sudditanza” e a sviluppare il nuovo *status* di cittadini, o comunque di soggetti che progressivamente verranno a vantare precisi interessi, e ad esigere corrispondenti garanzie, anche al cospetto delle scelte degli apparati burocratici. È un processo lento e graduale, ovviamente, che si collegherà, ad un certo punto (negli ultimi tre decenni, in Italia), pure allo sviluppo di una partecipazione attiva dei consociati alle stesse scelte elaborate in sede amministrativa (o meglio, al procedimento che le determina), e che consentirà, in tal modo, di elaborare meccanismi deflattivi del contenzioso, oltre che di dar vita ad una dialettica fruttuosa tra cittadini e pubblica amministrazione, in grado talvolta di orientare l'azione di quest'ultima verso traguardi a prima vista non pronosticabili.

Segno iniziale di tale evoluzione, dopo l'unificazione del Regno d'Italia, è la legge n. 2248/1865, che con l'allegato E abolisce i tribunali del contenzioso amministrativo previsti dall'ordinamento piemontese, tentando perciò di unificare la giurisdizione [accentrando quindi in capo ad un'unica categoria di giudici tutto il possibile contenzioso sui diritti civili e politici (*infra*) vantati dai cittadini verso la pubblica amministrazione, nel settore “giuridico”, ovvero regolato dalla legge; affidando invece alla cura delle stesse autorità amministrative gli affari non compresi in tali categorie, ovvero nel settore “economico” o “amministrativo puro” nel

la nascita dello
Stato di diritto

la pretesa di
tutela avverso
gli atti illegittimi
della pubblica
amministrazione

il ruolo
e i significati
della legge
n. 2248/1865,
all. E

*l'eliminazione
del foro
privilegiato
della pubblica
amministrazione*

quale le autorità stesse operano senza che norme predeterminate le vincolino]. Ciò consentirebbe, almeno in teoria, di portare di fronte al giudice (ordinario) le rimostranze dei regnicoli avverso gli atti amministrativi incidenti sui diritti medesimi, che potrebbero infine essere disapplicati, se ritenuti contrastanti con le previsioni dell'ordinamento giuridico (e tra gli atti amministrativi potrebbero comprendersi i regolamenti, almeno stando alla giurisprudenza della prima parte del Novecento, che poi ritroverà una singolare continuità con la giurisprudenza degli ultimi trent'anni). In coerenza con l'ideologia liberale dominante, viene dunque eliminato il foro privilegiato della pubblica amministrazione, affermandosi un principio di tutela del cittadino anche di fronte ad essa, con primato del giudice ordinario per la ragione che questo, organizzativamente non inserito nel potere esecutivo, garantisce meglio l'indipendenza e l'imparzialità di giudizio (con divieto tuttavia di toccare l'atto dell'amministrazione, pur ritenuto illegittimo, e comando – piuttosto – di disapplicarlo, ossia di non tener conto degli effetti lesivi nel suo giudizio).

*i diritti
fondamentali
in questa
prima fase*

*diritti soggettivi
e interessi
legittimi*

In questa fase, “diritti fondamentali” (qualificati come tali, dicevamo, dalle norme fondamentali dell'ordinamento, che nel contesto dello Stato liberale sono indubbiamente costituite dalle norme di legge) possono considerarsi i diritti di libertà classici, o diritti “negativi” (rispetto ai quali si aspira, cioè, a non ricevere interferenze da parte dei pubblici poteri), quindi fondamentalmente i diritti civili e, pur allo stadio embrionale e riservati ad una stretta *élite*, i diritti politici (come si usa dire, diritti di prima e di seconda generazione). Si tratta oltretutto di situazioni e beni della vita che talvolta (ma questo approccio è marcatamente e tipicamente italiano) devono venire intesi (e più tardi verranno espressamente qualificati dalla Costituzione repubblicana) come “interessi legittimi”, laddove si colleghino ad un interesse generale dell'ordinamento che in certi casi e condizioni è destinato a prevalere, previa indicazione normativa ed eventuale successiva valutazione in concreto da parte di un'autorità amministrativa; determinando per i titolari dei beni giuridici implicati nella valutazione, per l'appunto, l'emersione di un “interesse” individuale al corretto svolgimento di una procedura, di fronte al soggetto titolare del pubblico potere, che determini l'apprezzamento (in ipotesi, prevalente), e quindi la soddisfazione, dell'interesse generale. Un esempio che spesso si fa è quello dell'esproprio di un bene di natura privatistica (una casa o un terreno), in vista del perseguimento di esigenze individuate dalla pubblica autorità (la costruzione di una strada) il che determina nel proprietario l'interesse anzitutto alla corretta individuazione delle finalità pubbliche perseguite, ed inoltre alla determinazione di un indennizzo per la perdita subita.

Esistono poi ulteriori “interessi legittimi” che secondo categorie tradizionali verranno qualificati come “pretensivi”, per distinguerli dagli interessi già sommariamente descritti (e definiti “oppositivi”), e che connotano il titolare dei medesimi come soggetto aspirante ad un risultato, giuridicamente rilevante, il quale però non è, né può essergli, garantito, giacché soltanto l’*iter* che eventualmente vi conduca non dev’essere inficiato da vizi, ma viceversa caratterizzato da regolarità, trasparenza, legittimità; due esempi classici sono, rispettivamente, quello della domanda di partecipazione a concorso pubblico, all’esito del quale vengono selezionati nuovi impiegati e funzionari e quindi conferito lo *status* di lavoratore a tempo indeterminato, oppure l’altro dell’istanza di concessione edilizia avanzata in base alle previsioni edificatorie locali, in vista della concretizzazione dello *jus aedificandi* in un’area oggetto di strumentazione urbanistica. In ogni caso si tratta, al fondo, di interessi materiali ritenuti dall’ordinamento meritevoli di tutela (sia che vengano qualificati come “diritti soggettivi”, sia che vengano declinati sotto l’etichetta formale di “interessi legittimi”), e quindi che aspirano ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

*interessi legittimi
“pretensivi” e
“oppositivi”*

*in ogni caso,
interessi
meritevoli di
tutela*

In tale ottica, tassello importante, e generalmente ricordato, della storia dello Stato unitario, è costituito dalla (ri)emersione della giurisdizione amministrativa, che nel 1889 si delinea con la creazione, nel Consiglio di Stato, di una sezione (la IV) separata dalle altre e con funzione giurisdizionale (il Consiglio di Stato già operava nel sistema istituzionale italiano, ma in qualità di fondamentale consulente del Governo). Tale operazione si rende necessaria, come si è ricordato anche recentemente in dottrina, probabilmente per la “timidezza” della giurisprudenza di quei tempi lontani, che, sembra (perché mancano in proposito studi capaci di offrire risultati sicuramente attendibili), interpretando restrittivamente la nozione di diritto civile e politico, provocava un corrispondente ampliamento dell’area delle posizioni soggettive private non coperte da alcuna tutela giurisdizionale, non riuscendo pertanto a soddisfare le esigenze dei consociati. Il rimedio è giust’appunto l’istituzione di una sezione competente a decidere i ricorsi contro gli atti amministrativi viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (legge n. 5992/1889) per cui il contenzioso sugli affari non compresi fra i diritti viene trasferito dalle autorità amministrative al nuovo organismo, nella prospettiva di una sua più marcata terzietà. La presa di coscienza della natura giurisdizionale di quest’ultimo è stata progressiva (tra l’altro, la IV sezione del Consiglio di Stato si autoproclamerà “giudice”), come pure quella dell’avvenuta nascita di un ordinamento a doppia giurisdizione: ai giudici ordinari le controversie concernenti i diritti soggettivi, ai giudici amministrativi la cognizione degli altri “affari”, relativi a quelli

*la (ri)emersione
della
giurisdizione
amministrativa
nel 1889 ...*

*... con
l’istituzione
della IV sezione
del Consiglio
di Stato*

*un ordinamento
a doppia
giurisdizione*

che saranno poi definiti interessi legittimi (e il sistema che ne è risultato, sotto tale profilo, è sostanzialmente quello ancor oggi vigente in Italia).

*l'evoluzione
dello Stato
costituzionale di
diritto*

*l'emersione dei
diritti sociali ed
economici*

*complessiva-
mente: i diritti
delle diverse
“generazioni”*

Successivamente lo Stato di diritto si evolverà (la locuzione che generalmente si usa è quella di “Stato costituzionale di diritto”), allorché – nel corso del ventesimo secolo – si affermerà l’idea della Costituzione quale legge fondamentale (o insieme di norme fondamentali) dell’ordinamento, accompagnata dalla previsione di meccanismi di garanzia della necessaria supremazia della legge fondamentale rispetto alla legge ordinaria (*infra*, parr. 3 e 4). In parallelo, con lo sviluppo dello Stato liberale verso la forma di Stato sociale, sarà possibile enucleare una pluralità di categorie di diritti (e interessi) fondamentali, non soltanto civili (e politici), ma altresì sociali (ed economici), dei singoli e delle collettività, ovvero delle formazioni sociali che le Costituzioni del secondo Dopoguerra più spesso individueranno come titolari, anch’esse, di diritti e come destinatarie della tutela giurisdizionale; i diritti delle collettività emergeranno pure in un secondo significato, ovvero come diritti anche dei singoli, che però si apprezzano maggiormente nella dimensione collettiva (gli esempi dei diritti di associazione sindacale e di associazione partitica sembrano assai significativi in proposito). Complessivamente, si tratta dei diritti della terza (“libertà mediante lo Stato”) e della quarta generazione (i c.d. nuovi diritti), che corrispondono – rispettivamente – alla pretesa che vengano messe in campo politiche pubbliche e poi procedure amministrative che ne consentano la realizzazione concreta, e alla manifestazione di bisogni ulteriori e diversificati, affioranti nella società civile, che aspirano ad un loro riconoscimento giuridico, e che tuttavia non sempre trovano una formale enunciazione nel “catalogo” costituzionale (aspetto che crea innumerevoli problemi, dei quali parleremo *infra*, par. 7).

*il principio
della “pienezza”
della tutela
giurisdizionale
...*

Lo Stato costituzionale di diritto, come lo apprezziamo ad esempio alla stregua del testo della Costituzione repubblicana del 1947, contempla altresì il principio della pienezza della tutela giurisdizionale, che si ricava congiuntamente da diverse previsioni: il riferimento è qui anzitutto all’art. 24 Cost., che prevede la possibilità, per ciascuno dei consociati, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Ancora, campeggia l’art. 113 Cost., in base al quale contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, che a sua volta non può essere esclusa o limitata per mezzi di impugnazione o per categorie di atti; sarà poi la legge a determinare quali organi di giurisdizione potranno giungere perfino ad annullare gli atti della pubblica amministrazione, per cui – in teoria e se venisse realmente accolto il principio dell’unità della giurisdizione – lo stesso giudice

ordinario potrebbe risultare investito di tale importante compito. Pur ricordandosi, da parte di alcuni autori, l'esigenza di rispettare il principio di divisione dei poteri, che imporrebbe a sua volta (ma questa conclusione è problematica) di evitare che il giudice ordinario intervenga direttamente sugli atti del potere esecutivo. Di fatto, questa previsione va collegata a quella dell'art. 103 Cost., che ha confermato la preesistente giurisdizione del giudice amministrativo sul fronte della tutela degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi (fenomeno assai valorizzato di recente, e noto come "giurisdizione esclusiva", sulla quale alcuni cenni anche *infra*, par. 2.1); vietando d'altronde l'art. 102 Cost. soltanto la (nuova) istituzione di giudici speciali, con un accoglimento, quindi, che sarebbe meramente "di facciata" (secondo l'espressione di un altro costituente autorevole, P. Calamandrei) del suddetto principio di unità della giurisdizione a vantaggio dei magistrati ordinari (che l'unicità della giurisdizione costituisca aspetto debole, o comunque problematico, del Titolo VI della Parte II della Costituzione è opinione diffusa in dottrina).

... e le diverse previsioni costituzionali dalle quali si apprezza (artt. 24, 102, 103, 113)

Ne deriva una duplice sede di tutela, dinanzi ai giudici comuni, l'individuazione più specifica della quale dipende a sua volta dall'estensione o meno, in materia di diritti soggettivi, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (giurisdizione regolata a sua volta da complesse norme giuridiche, oltre che dalla stessa interpretazione giudiziale che nel corso del tempo ne vengono dando Corte costituzionale e Corte di cassazione a sezioni unite, e che fa sì – in ultima analisi – che si portino innanzi allo stesso giudice controversie che involgono situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse): in buona sostanza, e semplificando un poco, da una parte i giudici ordinari possono disapplicare, con effetti *inter partes*, gli atti e i provvedimenti amministrativi, e più in generale gli atti normativi di rango secondario provenienti dall'esecutivo e dall'amministrazione in senso lato (attesa la previsione dell'art. 134 Cost., su cui *infra*, par. 3, che riserva alla Corte costituzionale soltanto il giudizio sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge) i quali inficino la sfera dei diritti soggettivi (quelli che non siano per l'appunto demandati alla protezione del giudice amministrativo). Dall'altra parte, i giudici amministrativi possono invece spingersi, previa impugnazione, fino all'annullamento degli atti e provvedimenti amministrativi [pur con alcuni limiti introdotti da leggi piuttosto recenti (oggi la disciplina organica è data dal c.d. codice del processo amministrativo, entrato in vigore a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 104/2010 (contenente l'attuazione della delega al Governo per il riordino del processo amministrativo)), che in pratica considerano alcuni vizi come non invalidanti i provvedimenti amministrativi adottati in violazione di norme sul

una duplice sede di tutela, dinanzi ai giudici comuni

il giudice ordinario può disapplicare atti e provvedimenti amministrativi ...

... e il giudice amministrativo può spingersi fino al loro annullamento

procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata dei medesimi provvedimenti, sia palese oppure l'amministrazione convenuta dimostri in giudizio, che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato], con effetti che possono apprezzarsi anche *erga omnes* ed *ex tunc* [e che comunque sono effetti variegati, a seconda dell'oggetto del giudizio e del vizio che viene rilevato, risultando generalmente più soddisfacente per il ricorrente l'esito di un annullamento per vizio sostanziale (con eliminazione del provvedimento sfavorevole), che non per vizio procedimentale o per difetto di motivazione (con richiesta di rinnovazione del procedimento o di motivazione adeguata dell'atto)].

*l'eventuale
annullamento
(o disapplicazione
incidenter
tantum) dei
regolamenti*

E i giudici amministrativi possono addivenire persino all'annullamento dei regolamenti dai quali atti e provvedimenti amministrativi traggano fonte di legittimazione, e che come questi ultimi risultino lesivi di interessi legittimi (per quanto a noi più interessa, qualificabili come fondamentali: *infra*, par. seg.) o di diritti soggettivi (parimenti fondamentali) devoluti al loro esame per effetto della giurisdizione esclusiva. Mentre cioè i regolamenti (secondo una giurisprudenza del Consiglio di Stato che si era affermata già sul finire del secolo XIX) risultano autonomamente aggredibili, mediante impugnativa *principaliter* davanti al giudice amministrativo, la loro illegittimità può essere fatta valere anche in via incidentale, sollecitandone la disapplicazione da parte del giudice ordinario nella controversia sui diritti soggettivi pregiudicati da atti o provvedimenti consequenziali, secondo un fondamentale assunto che la Cassazione civile a sezioni unite ha reso esplicito nel 1994:

(...) l'illegittimità di un atto amministrativo (...) (del quale, nel caso, era stata riconosciuta la natura regolamentare) può, di regola, essere fatta valere sia in via autonoma, mediante impugnativa principaliter davanti al giudice amministrativo, e sia in via incidentale, sollecitandone la disapplicazione da parte del giudice ordinario nella controversia su diritti soggettivi pregiudicati da atti o provvedimenti consequenziali. I due rimedi, cioè, possono in astratto concorrere, ovviamente con le limitazioni derivanti dalla pregiudizialità del processo amministrativo e dalla formazione del giudicato amministrativo sull'atto a contenuto generale (...)

(...) i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili; i regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano, appunto, i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei sog-

getti cui si riferiscono (Cass. civ., sez. un., sent. 28 novembre 1994, n. 10124, punti 3 e 4 dei *Motivi della decisione*).

Il ricorso al giudice amministrativo, direttamente contro disposizioni contenute in un regolamento, è più in particolare ammissibile allorché tali disposizioni risultino immediatamente esecutive, non necessitino di atti applicativi per la loro operatività, impongano obblighi immediatamente coercitivi e siano per tale ragione in grado di arrecare una lesione concreta e attuale all'interesse dei ricorrenti. Si dovrà quindi valutare caso per caso, da parte del giudice, l'attitudine delle norme regolamentari ad incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli interessati. Ancora, e da diverso punto di vista, l'omessa impugnazione *principaliter* di un regolamento non ne impedisce la disapplicazione da parte dello stesso giudice amministrativo, ove confliggente con una fonte normativa sovraordinata, attesa la necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di formazione primaria) secondo una storica pronuncia del Consiglio di Stato (*infra*), allorché il Supremo Giudice amministrativo – recuperando suggestioni giurisprudenziali emerse già nella prima parte del secolo XX – si rifiuta di applicare una norma secondaria palesemente illegittima.

i presupposti dell'impugnazione di un regolamento ...

... e la sua eventuale disapplicazione da parte dello stesso giudice amministrativo

Infine la disapplicazione di un atto o provvedimento amministrativo può aversi nella stessa sede del giudizio amministrativo nei limiti del rispetto di un regime processuale che è segnato profondamente dall'istituto della decadenza, e quindi impone, viceversa, il rispetto di termini perentori per l'impugnazione degli atti; regime che tuttavia non viene inficiato, a ben guardare, quando vengano in considerazione atti "presupposti", ovvero atti di per sé inidonei a ledere posizioni giuridiche soggettive (e quindi non autonomamente impugnabili, necessitando piuttosto di un atto che li specifichi o concretizzi per potere incidere sulle posizioni dei singoli interessati, che sarà viceversa oggetto dell'impugnazione). Da segnalare, ancora, che la possibilità di sindacare regolamenti e atti amministrativi da parte dei giudici comuni risulta tanto più significativa quanto è ampia la platea dei soggetti pubblici cui è imputabile questa tipologia di atti, sol considerando le Regioni e gli enti locali, gli enti non territoriali quali ad esempio le università pubbliche, oppure le c.d. *authorities* (autorità amministrative indipendenti).

la disapplicazione di un atto o provvedimento amministrativo nella sede dello stesso giudizio amministrativo

in sintesi: l'ampiezza del sindacato su regolamenti e atti amministrativi

(...) *Nel conflitto tra due norme di rango diverso il Collegio non può che dare preminenza a quella legislativa, di livello superiore rispetto alla disposizione regolamentare. Questo in applicazione degli artt. 1, 3 e 4 delle disposizioni preliminari del Codice civile e in ossequio ai principi generali sulla gerarchia delle fonti per i quali non è consentito*

ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore e prevalente, contenute per la stessa materia in un provvedimento legislativo, a meno che in questo non vi sia un'espressa previsione di deroga.

Inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte sull'altra l'idoneità dell'atto maggiore a determinare l'abrogazione delle norme di minor forza (oltre che di quelle di pari rango) che racchiudano precetti incompatibili. Per converso, ogni ordinamento non può non prevedere altresì un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che sopraggiungano ed urtino contro precetti poziori dell'ordinamento medesimo.

Per l'atto avente forza di legge il meccanismo, nel nostro ordinamento, è dato dall'invalidazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità. Per l'atto normativo emanato dalla Pubblica amministrazione il meccanismo è rappresentato, innanzi al giudice civile e penale, dalla disapplicazione dell'atto stesso, anche se le parti non controvertano sul punto.

Ma se si tratta di un atto di formazione secondaria, e se quindi per esso possano valere criteri analoghi a quelli recepiti in qualunque caso di concorso di norme, fra loro contrastanti pur se idonee in astratto a regolare la medesima fattispecie, deve proporsi identica soluzione ove quell'atto (di normazione secondaria) sia in conflitto con un atto di normazione primaria e non sia oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo.

Ne consegue che, qualora la norma primaria preesista all'atto amministrativo a contenuto normativo, questo deve essere considerato non idoneo, a causa della maggior forza della norma primaria, ad innovare sulle statuizioni da essa recate. Anche nei giudizi amministrativi, quindi, l'atto regolamentare sarà inapplicabile, come qualsiasi atto legislativo altrettanto idoneo a regolare la fattispecie.

In tal modo – senza violare i principi che informano il processo amministrativo e sulla falsariga di quanto avviene per gli atti di formazione primaria per mezzo del sindacato di costituzionalità – al giudice amministrativo è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa (...) (Cons. Stato, sez. V, dec. 26 febbraio 1992, n. 154, punto 4 del Diritto).

Gli esempi applicativi potrebbero essere molteplici, e punteggiano l'esperienza soprattutto recente, come risulta dalle finestre che seguono, dedicate ad alcune vicende piuttosto discusse, riferite le prime due al divieto della diagnosi c.d. preimpianto (in utero) dell'embrione ottenuto “in provetta”, ai sensi della legge n. 40/2004 sulla fecondazione medicalmente assistita e delle relative linee guida ministeriali (cfr. sez. II, scheda n. 1); la terza all'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (come pure nelle aule giudiziarie e negli uffici pubblici in genere), ai sensi del regio decreto n. 965/1924 e di alcune circolari ministeriali diramate nel periodo fascista, in sintonia con il principio statutario della religione cattolica quale sola religione dello Stato (cfr. sez. II, scheda n. 6). L'ultima finestra è invece tratta dall'esperienza regolamentare degli enti locali, anch'essa assai significativa, in particolare all'obbligo imposto ai gestori di pubblici esercizi dal regolamento di polizia municipale del Comune di Firenze di adottare tutte le cautele atte a scoraggiare

alcuni esempi applicativi piuttosto recenti

comportamenti che causino disturbi, disagi o pericoli per la quiete e la tranquillità delle persone.

Emerge (...) come il divieto (di diagnosi preimpianto), non identificabile nel sistema della legge n. 40/2004, sia in realtà il frutto di un'impostazione restrittiva fortemente voluta dall'Esecutivo che, in contrasto con le stesse disposizioni di legge, e quindi in palese violazione delle prerogative proprie degli atti di normazione secondaria, lo ha espressamente sancito proprio in occasione della emanazione delle Linee guida.

Ne discende l'illegittimità della citata norma di rango secondario.

Non può negarsi infatti che attraverso la disposizione in parola il decreto ministeriale tenda, da un lato, ad includere nell'ambito del divieto di cui all'art. 13 comportamenti che invece, secondo quanto stabilito dal legislatore, non vi rientrano, così finendo per incidere sul discrimine tra ciò che è lecito e ciò che è penalmente rilevante, con buona pace per il principio di legalità (art. 25 Cost.; art. 1 cod. pen.); e, dall'altro, a comprimere diritti espressamente garantiti dalla legge ed aventi rilevanza costituzionale, che certamente non possono essere limitati con atti di normazione secondaria (Trib. Cagliari, sent. 24 settembre 2007, punto 3 dei Motivi della decisione).

(...) fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano, la legge n. 40 del 2004 consente la ricerca e la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione, (mentre) le Linee Guida riducono tale possibilità alla sola osservazione.

Tale ultima previsione si rivela illegittima.

Secondo quanto inizialmente precisato l'atto impugnato è atto amministrativo di natura regolamentare, di provenienza ministeriale, le cui finalità sono quelle stabilite nell'articolo 7 e consistono nel potere di dettare la disciplina delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Si tratta di disposizione che riconosce all'Autorità amministrativa, ministeriale, il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge (...) (Tar Lazio, sez. III quater, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, dal Diritto).

(...) La decisione delle autorità scolastiche, in esecuzione di norme regolamentari, di esporre il crocifisso nelle aule scolastiche, non appare (...) censurabile con riferimento al principio di laicità proprio dello Stato italiano.

La pretesa che lo Stato si astenga dal presentare e propugnare in un luogo educativo, attraverso un simbolo (il crocifisso), reputato idoneo allo scopo, i valori certamente laici, quantunque di origine religiosa, di cui è pervasa la società italiana e che connotano la sua Carta fondamentale, può semmai essere sostenuta nelle sedi (politiche, culturali) giudicate più appropriate, ma non in quella giurisdizionale (...) (Cons. Stato, sez. VI, dec. 13 febbraio 2006, n. 556, punto 3 del Diritto).

(...) il fatto che la disposizione in parola obblighi a "tutte le condotte e attività possibili atte a scoraggiare" i comportamenti di disturbo o pericolosi, non soddisfa il requisito della determinatezza, in quanto si tratta di indicazione troppo generica, che non mette in grado il titolare dell'esercizio di comprendere previamente quali siano i comportamenti sanzionati dalla norma. Ed invero, una previsione così lata rimette la valutazione delle condotte all'esclusivo arbitrio dell'Amministrazione. Ciò, tanto più che la

disposizione, con il parlare di cautele ed attività “atte a scoraggiare”, non specifica poi se l’effetto delle misure adottate debba consistere nell’eliminazione o riduzione dei comportamenti di disturbo o pericolo, ovvero se basti una misura in astratto idonea, anche se poi, nel concreto, il disturbo od il pericolo persistano. Né è chiaro se il gestore, ove il disturbo o pericolo non cessino, debba adottare ulteriori e più gravose (specie per lui, sotto il profilo economico) misure. Per tutte queste ragioni, si potrebbe ben verificare che il titolare dell’esercizio, pur convinto di aver posto in essere una cautela o un’attività conforme al precetto normativo, si trovi, invece, sanzionato dalla P.A. per l’inidoneità della misura approntata (...) (Tar Toscana, sez. II, sent. 19 marzo 2010, n. 702, dal Diritto).

2.1. (segue): tra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione (e conseguente tutela dei diritti e degli interessi fondamentali da parte, anche) del giudice amministrativo

In sostanza, possiamo osservare come, pur pervenendosi a risultati diversi (che sono, rispettivamente, nel caso della diagnosi preimpianto, accoglimento delle richieste in giudizio, con disapplicazione da parte del giudice ordinario e annullamento da parte del giudice amministrativo, delle norme di rango secondario che venivano in questione; nel caso dell’esposizione del crocefisso, viceversa, rigetto del ricorso al giudice amministrativo inerente l’applicabilità delle norme di natura parimenti regolamentare; nel caso infine del regolamento del Comune di Firenze, ancora annullamento delle norme che violano i principi di tassatività e determinatezza che a loro volta informano la responsabilità amministrativa), in tutte queste ipotesi applicative i giudici comuni entrano nel merito delle doglianze sottoposte, denotando un’acquisita consapevolezza delle esigenze di tutela “diffusa” dei diritti e degli interessi fondamentali che l’ordinamento loro demanda, quantomeno a fronte di previsioni normative diverse da quelle sancite dalla legge (e dagli atti ad essa equiparati; *infra*, par. 3).

un’acquisita
consapevolezza
delle esigenze di
tutela “diffusa”
dei diritti e
degli interessi
fondamentali ...

Tra l’altro, l’eventualità che perfino di fronte ai giudici amministrativi possa porsi ed in concreto si ponga un’esigenza di garanzia di posizioni giuridiche soggettive di peculiare rilevanza e delicatezza non è affatto peregrina – anzi, potremmo dire, essa fa in un certo senso da contrappunto alla costruzione e alle esigenze di attuazione dei diritti sociali, non a caso spesso qualificati come diritti “a prestazione” (da parte dei pubblici poteri) – tanto da spingere la dottrina, negli ultimi anni, a superare l’impressione che soltanto il giudice ordinario, civile o penale, possa fornire risposte alle richieste di tutela da parte dei consociati, e a dedicare conseguentemente sempre più spesso attenzione a questo profilo specifico del fenomeno; il quale trova ricadute su una molteplicità

... anche da
parte del
giudice
amministrativo

di fronti, sia quelli “eticamente sensibili” sia, più in generale, laddove spazio giuridico e spazio culturale si incrociano, ponendo in modo chiaro una sfida per l’elaborazione di categorie concettuali che potevano apparire (almeno relativamente) assestate.

Pongo qui sotto il fuoco delle lenti due ulteriori esempi che mi paiono molto significativi, tratti dalla giurisprudenza amministrativa recente, relativi l’uno alle mai sopite questioni poste dalla disciplina dell’interruzione volontaria della gravidanza, sulle quali era intervenuta la Giunta regionale lombarda, imponendo con proprio provvedimento agli operatori sanitari una applicazione peculiare della legge statale n. 194/1978 (che disciplina la materia), specificandone i presupposti e introducendo procedure più complesse all’interno di “linee guida regionali”; e l’altro al tema, di scottante attualità nel nostro Paese, dei limiti di accesso dei giornalisti nei c.d. CIE, centri di identificazione ed espulsione degli immigrati irregolari, accesso che ad un certo punto era stato addirittura radicalmente precluso da una circolare del Ministro dell’Interno *pro-tempore* R. Maroni.

*due ulteriori
esempi recenti*

(...) Risulta (...) chiaro il contrasto fra la disposizione statale e quella contenuta nelle linee guida regionali le quali, individuando un termine oltre il quale si deve presumere, salvo prova contraria, che il feto possa avere vita autonoma, contravvengono alla chiara decisione del legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali (...) debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulle base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse.

La disposizione in esame dettata dalle linee guida è quindi illegittima (...) (Tar Lombardia, sez. III, sent. 29 dicembre 2010, n. 7735, dal Diritto).

(...) il Collegio ritiene che il divieto di accesso sostanzialmente imposto dalla circolare impugnata – poi concretizzato nei provvedimenti di diniego dell’autorizzazione adottati – si ponga in violazione dei principi fissati dalla disciplina che regola la materia nonché di quelli prescritti dalla legge n. 241/90.

Posto che la circolare de qua – ancorché incida in termini diretti non tanto sulla libertà di esternazione delle notizie quanto sulla corretta acquisizione di quest’ultime – è, comunque, idonea ad interferire negativamente sul pieno esercizio della libertà di stampa, atteso che eventuali limiti introdotti in relazione all’attività che è alla base non possono non riflettersi sul corretto esercizio della funzione, a scapito indiscusso del risultato finale e, quindi, della corretta e piena informazione del pubblico, appare evidente che:

– nonostante risulti coinvolta una libertà costituzionalmente garantita, non sono esterne le ragioni per le quali si è ritenuto di fissare – in termini, tra l’altro, assoluti – un divieto di accesso dei giornalisti ai centri di accoglienza per extracomunitari;

– tali ragioni non sono altrimenti desumibili, specie ove si tenga conto della particolare funzione sociale della stampa, di cui è già stata data ampia evidenza. La dichiarazione dello stato di emergenza nel territorio nazionale non appare, infatti, sufficiente (...).

(...) In definitiva, i provvedimenti impugnati sono da ritenere illegittimamente adottati (Tar Lazio, sez. I ter, sent. 18 maggio 2012, n. 7005, punto 2.3 del Diritto).

Questo tipo di giurisprudenza offre lo spunto per tentare di sgombrare il campo della riflessione da equivoci piuttosto ricorrenti. Non tanto, come è stato sottolineato recentemente da più parti, viene a rovesciarsi la formula classica di L. Mortara, secondo il quale *dove c'è potere non ci può essere diritto*, sostenendosi all'opposto di dover riconoscere che *dove c'è un diritto (o comunque un interesse) fondamentale, non può esserci un potere (legittimamente esercitato)*; quanto, e piuttosto, diritti e interessi fondamentali dei consociati – pur inevitabilmente soggetti ad operazioni di bilanciamento, che talvolta sfociano nell'apprezzamento prevalente di un interesse generale, con corrispondente, parziale, sacrificio dei primi – sembrano presentare una consistenza omogenea, laddove per essi sia rinvenibile un fondamento costituzionale: ovvero sembrano caratterizzati da un nucleo essenziale, un “nocciolo duro” e insopprimibile, che impone un esercizio attento dei *public powers*, sia sul fronte della normazione che su quello della amministrazione, nel rigoroso rispetto del principio di legalità [che significa, tradizionalmente, necessario rispetto della legge da parte dell'amministrazione, ma oggi anche, e forse dovremmo dire anzitutto (parr. 5 e 6), necessario rispetto della Costituzione da parte di tutti i soggetti detentori di potere pubblico]. Se tutto ciò è vero, da un lato, non si può impedire, ovviamente, al giudice ordinario di vagliare, accanto alla legge, atti normativi secondari, tipico “prodotto” dell'amministrazione, che apportino pregiudizio ai diritti fondamentali. Dall'altro lato, non si poteva non riconoscere (come del resto la Corte di cassazione e la stessa Corte costituzionale, ormai da qualche anno, hanno fatto: *infra*) accanto alla “normale” giurisdizione del giudice amministrativo sugli interessi legittimi, quella sui diritti soggettivi, allorché essi debbano “comporsi” con scelte dell'amministrazione; e anche valorizzarne corrispondentemente i poteri di apprezzamento di eventuali patologie dalle quali siano affetti gli atti normativi o i provvedimenti amministrativi sottoposti, direttamente o incidentalmente, al sindacato (e che a quegli interessi o a quei diritti arrechino un *vulnerus*; con coerente, eventuale conclusione del giudizio nel senso dell'annullamento o della disapplicazione, a seconda delle circostanze di cui *supra*, par. 2).

la consistenza omogenea di diritti e interessi fondamentali: un “nocciolo duro” non sacrificabile

conseguenze: il vaglio degli atti normativi secondari da parte del giudice ordinario ...

... e i poteri di apprezzamento, da parte del giudice amministrativo, dei diritti soggettivi che debbano “comporsi” con scelte dell'amministrazione

gli “avamposti” della tutela esigibile: i provvedimenti cautelari inibitori ...

L'“avamposto” della tutela di situazioni giuridiche soggettive fondamentali (siano poi essi qualificabili come diritti soggettivi, siano essi invece rappresentabili quali interessi legittimi) che può essere ottenuta di fronte al giudice amministrativo è probabilmente rappresentato, per un verso, dalla tutela cautelare inibitoria, finalizzata ad evitare la lesione del

bene tutelato prima ancora che *vulnera* si siano realizzati, se dall'esecuzione dell'atto o provvedimento amministrativo può derivare pregiudizio grave e irreparabile, superando l'idea della tipicità rigorosa delle azioni esperibili innanzi questo giudice (concepito tradizionalmente come giudice di fronte al quale si proponeva un'azione di annullamento di atti), e consentendo una tutela piena estesa anche al rapporto giuridico. Per un altro verso, dalla pretesa risarcitoria che può vantarsi anche a fronte di un interesse legittimo violato; pretesa, a sua volta, "figlia" dell'evoluzione cui è andato incontro l'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale – nel poderoso sforzo di ricostruzione ermeneutica messo in atto, a partire dalla fine del Novecento, dalla giurisprudenza sia comune che costituzionale – e che si traduce non più, soltanto, nello strumento classico demolitorio e/o conformativo dell'atto amministrativo illegittimo, ma anche nella possibilità di riconoscere i diritti patrimoniali consequenziali, con eventuale risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c. o reintegrazione in forma specifica (mentre in precedenza la conoscenza delle c.d. questioni consequenziali era riservata in favore del giudice ordinario).

... e il risarcimento del danno conseguente alla violazione di un interesse legittimo

Da quest'ultimo punto di vista, è ormai consegnata alla storia delle pronunce più significative del nostro Paese, infatti, l'indicazione che le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno reso nella sent. n. 500/1999, in ordine all'interesse legittimo, con un intento definitorio ed ulteriori affermazioni esplicative, nel segno del definitivo superamento della vecchia giurisprudenza, monolitica o addirittura "pietrificata" (secondo la dottrina) nel fornire risposta negativa al quesito della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., della pubblica amministrazione per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi per l'appunto di situazioni di interesse legittimo (il risarcimento, secondo la vecchia impostazione, non si sarebbe potuto chiedere al giudice amministrativo, perché competente solo sull'annullamento, ma nemmeno al giudice ordinario, perché sarebbe mancato un *diritto* da far valere). Ecco che cosa insegnano le sezioni unite sul finire del secolo scorso:

uno storico intervento della Corte di cassazione a sezioni unite

L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno.

(...) l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal

diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione.

L'interesse legittimo va quindi inteso (...) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene.

In altri termini, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della pubblica amministrazione di soddisfare l'interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori).

(...) Può quindi concludersi, in esito alla compiuta rassegna (meramente esemplificativa, e quindi senza pretese di completezza), che anche il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi (pretensivi, in quanto per quelli oppositivi il limite è stato superato con le tecniche sopra descritte), malgrado sia tenacemente ribadito, risulta meno granitico di quanto comunemente si ritiene.

Una nuova lettura della giurisprudenza di questa S.C., più attenta a coglierne la progressiva evoluzione, consente quindi di ritenere che il principio risulta ormai vacillante, e che sono maturi i tempi per una sua radicale revisione, cogliendo l'intimo significato di una linea di tendenza già presente in singole pronunce di questa S.C. (...).

(...) si rinvengono anzitutto, sul piano legislativo, ulteriori tentativi di ampliamento della responsabilità civile della P.A. per danni conseguenti all'esercizio illegittimo della funzione pubblica (...).

(...) Risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia. In particolare, per quanto concerne il giudice amministrativo, viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva su determinate materie (di rilevante interesse sociale ed economico): nuova (rispetto a quella preesistente) perché nel contempo esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti, e piena, in quanto non più limitata all'eliminazione dell'atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell'atto, perché comprensiva del potere di disporre il risarcimento del "danno ingiusto" (...).

(...) Ora, non può negarsi che la suindicata disciplina incide in modo significativo sul tema della risarcibilità degli interessi legittimi, sia sotto il profilo strettamente processuale, concernente il riparto delle competenze giurisdizionali, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto coinvolge il generale tema dell'ambito della responsabilità civile ex art. 2043 c.c. (...).

(...) Una indiretta sollecitazione nel suindicato senso si può cogliere, d'altra parte, anche nelle già ricordate pronunce con le quali la Corte costituzionale non ha mancato di rilevare come la tesi che vuole non risarcibili i danni patrimoniali cagionati dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica a posizioni di interesse legittimo, in base ad una delle possibili interpretazioni dell'art. 2043 c.c., determina l'insorgere di un problema di indubbia gravità, che richiede "prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali" (sent. n. 35/80), "e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegra-

tive in forma specifica e ripristinatorie, ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della P.A.” (ord. n. 165/98).

Il monito, o l’invito, ancorché riferito al legislatore, non può infatti non coinvolgere anche questa S.C., poiché anche alla giurisprudenza di legittimità è consentito di intervenire con efficacia nella dibattuta questione, nell’esercizio del suo potere di interpretare le norme, procedendo a riconsiderare la tradizionale interpretazione del concetto di “danno ingiusto” (...).

(...) Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall’art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un “danno ingiusto”, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell’interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell’interesse che il comportamento lesivo dell’autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell’interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell’autore della condotta, in ragione della sua prevalenza (...).

(...) In particolare, nel caso (che qui interessa) di conflitto tra interesse individuale perseguito dal privato ed interesse ultraindividuale perseguito dalla P.A., la soluzione non è senz’altro determinata dalla diversa qualità dei contrapposti interessi, poiché la prevalenza dell’interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l’azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, e non anche quando è contraria a tali principi (ed è contrassegnata, oltre che da illegittimità, anche dal dolo o dalla colpa (...)) (Cass. civ., sez. un., sent. 22 luglio 1999, n. 500, punti 5, 5.3, 6.2, 6.3, 7, 8 dei Motivi della decisione).

In successive pronunce, ancora le sezioni unite tornano sulla nozione di interesse legittimo (sent. 13 giugno 2006, n. 13659), evidenziando tra l’altro l’esigenza di abbandonare il tradizionale e fuorviante criterio costruito mediante la teoria della “degradazione” o “affievolimento” dei diritti in interessi legittimi, mentre il Consiglio di Stato, da parte sua, sembra focalizzarsi sui poteri del giudice e sulle altre norme processuali, piuttosto che sulla ricostruzione dei contorni della situazione soggettiva di cui viene chiesta tutela, riconoscendo come la proposizione dell’azione di annullamento di un provvedimento amministrativo non costituisca presupposto di ammissibilità dell’azione risarcitoria, tra l’altro nell’ipotesi in cui il danno da risarcire derivi dall’illegittimità non già di un atto ma dell’attività della P.A. (ad es. il danno da ritardo); pur tuttavia lasciando intendere che la ricostruzione – a partire dalla disciplina sostanziale – dell’ambito di rilevanza dell’interesse e del contenuto della protezione conseguentemente riconosciuta sia preliminare rispetto al tipo di tutela derivante dalla disciplina processuale (ad es. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12). Più di recente, ancora, la Cassazione è venuta affermando chiaramente che oggetto della domanda di risarcimento del danno è il *diritto* ad ottenerlo (sezioni unite, 23 dicembre 2008, n.

le ulteriori
precisazioni
sull’interesse
legittimo...

... e sul diritto
al risarcimento
del danno

30254), che in ogni caso andrà fatto valere di fronte al giudice ordinario o amministrativo a seconda del bene giuridico che si lamenta essere stato leso (applicazioni di questo principio, ad esempio, nell’ord. 23 marzo 2011 delle stesse sezioni unite, e nella sent. 17 gennaio 2014, n. 183, sez. V, del Consiglio di Stato).

gli indirizzi
della Corte
costituzionale in
materia ...

Ciò anche a fronte di un indirizzo della Corte costituzionale (emergente ad es. dalla sent. n. 191/2006) secondo cui sarebbe irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia o non abbia intrinseca natura di diritto soggettivo, avendo in realtà il nostro legislatore inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall’illegittimo esercizio della potestà amministrativa ai fini del riparto della giurisdizione; con ciò comunque attuando il precetto dell’art. 24 Cost., laddove esso esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva (oltre che resa in tempi ragionevoli). Ancora la Corte costituzionale ha voluto sottolineare (nella stessa sent. n. 191/2006, e più recentemente nella sent. n. 35/2010) come l’attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria – non a caso con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, e con la previsione di mezzi istruttori, *in primis* la consulenza tecnica, schiettamente “civilistici” – si fondi sull’esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l’intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica (richiamando così la Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, di cui *supra*), pur non giustificandosi quando la pubblica amministrazione non abbia agito come autorità ed in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell’interesse pubblico; si tratta, del resto, di un giudice (quello amministrativo) idoneo ad offrire piena tutela anche ai diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, allorché coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa, non essendovi nell’ordinamento alcun principio che riservi soltanto al giudice ordinario la medesima tutela (sent. n. 140/2007).

... e l’esigenza
di concentrare
davanti a un
unico giudice
l’intera tutela
del cittadino
avverso la P.A.

un nuovo
ricorso contro
la P.A. a tutela
degli interessi
di una pluralità
di individui

Un cenno merita, sotto diversa angolatura, una tipologia di ricorso contro la pubblica amministrazione che ha fatto da ultimo capolino nel nostro ordinamento, quello azionabile, ai sensi del d.lgs. n. 198/2009 (in materia di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici), da associazioni o comitati a tutela di interessi facenti capo ad una pluralità di individui (ad esempio gli utenti di determinati servizi) che si assumono lesi dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali (aventi la caratteristica della obbligatorietà), oltre che dagli stessi titolari dei medesimi interessi; esso ha valorizzato, in

concreto, la richiedere la tutela degli interessi “diffusi” e la sentenza “pilota”, in questo ambito, è costituita da Tar Lazio, sez. III *bis*, 20 gennaio 2011, n. 552, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512, che – accogliendo parzialmente un ricorso del Codacons il quale lamentava, a causa dell’incremento del rapporto alunni/docente in vista della formazione delle classi scolastiche (che aveva poi dato luogo alle c.d. classi pollaio), la compromissione del rispetto delle norme di sicurezza esistenti in materia (oltre che la politica di allineamento alle disposizioni europee) – ha ordinato al ministero dell’Istruzione, Università e Ricerca di emanare, di concerto con il ministero dell’Economia, il Piano generale di riqualificazione dell’edilizia scolastica entro centoventi giorni dalla pronuncia. Oltre al merito di quest’ultima pronuncia (per i successivi utilizzi del peculiare ricorso si può far riferimento agli aggiornamenti forniti periodicamente dal Ministero della Giustizia, nel sito istituzionale, alla sezione Strumenti, Azioni collettive), importante, e da segnalare, il profilo della legittimazione attiva, riconosciuta sia ad un soggetto (il Codacons) il quale annovera tra i propri associati anche utenti del servizio scolastico, e ne difende dunque gli interessi, potendo avvalersi di uno strumento di tutela aggiuntivo rispetto a quelli previsti dal codice del processo amministrativo, sia ai medesimi titolari degli interessi giuridicamente rilevanti e (per l’appunto) diffusi in quanto omogenei per una pluralità di utenti (o consumatori).

le prime
applicazioni
giurisprudenziali

A ben vedere (...), la previsione di legge non crea posizioni giuridiche nuove (non era esclusa dall’ordinamento la possibilità per le associazioni portatrici di interessi diffusi di agire per l’accertamento dell’obbligo di provvedere in relazione ad atti generali) ma le riconosce ai singoli, così elevando gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili, a conclusione di un processo per certi versi opposto a quello, compiuto dalla giurisprudenza, che al fine di garantirne la tutela aveva perorato un processo di imputazione collettiva.

*Dunque, ciò che muta rispetto al passato è la legittimazione (estesa ai singoli), ed il nuovo limite del rebus sic stantibus (la lesione, o forse meglio, l’esigibilità del comportamento dovuto, deve essere vagliato alla luce delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione), che però, in relazione all’ipotesi specifica dell’omissione di atti obbligatori per legge, non sembra avere specifico rilievo, trattandosi di questione – quella dell’esigibilità – che il legislatore deve avere necessariamente vagliato al momento dell’attribuzione della potestà di emanazione dell’atto generale (Tar Lazio, sez. III *bis*, sent. 20 gennaio 2011, n. 552, punto 1.2 del Diritto).*

Come prontamente sottolineato in dottrina, in virtù dell’ampia legittimazione prevista dal recente decreto legislativo, appare *ictu oculi* che l’azione in parola non è riconducibile né alla *class action* (di cui invece impropriamente si è parlato in questi anni) né all’azione associativa: in quanto dalla prima sarebbero, almeno secondo il modello americano, escluse le associazioni, mentre dalla seconda sarebbero esclusi i singoli.

non è una
class action,
né un’azione
popolare,
né un’azione
collettiva

Ma sembrano difettare nel caso di specie anche i caratteri propri dell’azione popolare, in quanto per l’azionabilità del ricorso è comunque prevista la necessità di una lesione attuale, concreta e diretta degli interessi del ricorrente (giacché le situazioni descritte in termini generici conducono alla dichiarazione d’inammissibilità dei ricorsi, come emerge ad esempio da Tar Lazio, sez. I, sent. 3 settembre 2012, n. 7483). Né, infine, si tratta di un’azione collettiva sul modello cui quella prevista dall’art. 140 *bis* del Codice del Consumo, perché – per dirla con le parole di un parere reso dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato (9 giugno 2009, n. 1949, avente per oggetto lo schema del decreto legislativo che ha introdotto l’azione in parola) – “non solo e non tanto per la ragione – già individuata nella relazione ministeriale – per cui questa riguarda le lesioni dei diritti di consumatori e utenti in ambito contrattuale e, per certi ambiti, extracontrattuale, mentre quella il rapporto tra cittadini e pubbliche amministrazioni, quanto per la diversa logica sottesa: l’azione contro le imprese private protegge il consumatore dallo squilibrio di posizioni sul mercato, con effetti limitati alla fase del contatto (negoziale o non), quella verso la pubblica amministrazione interviene sullo stesso processo di produzione del servizio”.

i diritti di natura
economica
come diritti e
interessi
fondamentali ...

Tutto questo discorso, infine, non può lasciare sottotraccia un aspetto che invece da alcuni è stato discusso in dottrina e deve essere quindi quantomeno accennato, ovvero la stessa idoneità dei diritti di natura economica ad essere qualificati come diritti (e interessi) fondamentali, attesa la possibile loro “funzionalizzazione” (con conseguente *deminutio*) ad esigenze differenti da quelle percepite nella sfera dei titolari, che emerge dalle previsioni costituzionali relative alla proprietà e alla iniziativa economica private. A chi scrive sembra possibile, per quanto qui interessa, ridimensionare il problema, per vari ordini di ragioni, non ultima, l’abbandono della teoria della degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo che traspare dalla giurisprudenza amministrativa della quale si è appena fatto cenno, con sottolineatura piuttosto del connotato essenziale – proprio dell’interesse legittimo – di una posizione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto in ordine ad un bene, e nell’attribuzione a quel medesimo soggetto di poteri idonei a realizzarlo; ma soprattutto, sembrerebbe difficile immaginare la forma di Stato tanto abilmente disegnata dai Costituenti all’incrocio delle diverse prospettive culturali che pesarono, nel progetto repubblicano, “decapitata” dei diritti economici.

... essendo
“fondativi” del
complessivo
edificio
costituzionale

Viceversa, essi paiono “fondativi” del complessivo edificio costituzionale, e da questo punto di vista pertanto pienamente rispondenti alle caratteristiche generalissime dei diritti fondamentali (*supra*, par. 1), quindi non sottoponibili ad ipotesi di revisione costituzionale, pena lo

stravolgimento degli equilibri delicatissimi che reggono i rapporti interni alle previsioni della Parte I della Carta del 1947, oltre che l'appannamento della forma di Stato sociale che contempla un delicato equilibrio tra proprietà ed iniziativa economica private, da un lato, e proprietà pubblica e intervento dei pubblici poteri nell'economia, dall'altro (tema di notevole attualità e complessità, anche per l'influenza grandissima, da questo punto di vista, esercitata dal diritto dell'Unione europea, che secondo gli studiosi avrebbe "invecchiato", e pertanto reso ineludibile una rivisitazione dell'impianto del Titolo III della Parte I della Costituzione, dedicato come noto ai Rapporti economici; oltre che per via del fenomeno della globalizzazione, che sta producendo importanti riflessi sui paradigmi sui quali si fonda lo Stato sociale, e pertanto sulla capacità degli Stati nazionali in genere di governare i rapporti tra economia e diritti sociali). Di qui innanzi, ad ogni buon conto, parleremo di diritti fondamentali ricomprendendovi appieno i diritti economici, e sottintendendo per brevità in tale espressione anche gli interessi legittimi, che come abbiamo spiegato devono considerarsi altrettanto e a pieno titolo "fondamentali".

l'influenza sui diritti economici del diritto dell'Unione europea (oltre che della "globalizzazione")

3. "L'invenzione" della giustizia costituzionale e il suo peso all'interno dello Stato di diritto

Ma il principio della pienezza della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali non si coglierebbe appieno se non si considerasse parallelamente, in modo attento, la portata – assolutamente innovativa – delle previsioni contenute negli artt. 134 e ss. della nostra Costituzione: dal Titolo VI della Carta costituzionale discende infatti uno degli istituti più qualificanti dell'ordinamento repubblicano, ovvero la giustizia (e la corrispondente giurisdizione) costituzionale, che porta con sé l'idea, del tutto rivoluzionaria rispetto agli schemi ottocenteschi, di assoggettare perfino la legge (e gli atti ad essa equiparati, quindi non tutti gli atti del potere esecutivo ma soltanto quelli aventi, appunto, "forza" di legge) a controllo giurisdizionale (leggendo questa previsione "per sottrazione", si ricava la possibilità per tutti i giudici comuni di sottoporre a giudizio gli atti normativi secondari). Non più soltanto l'attività amministrativa e quella di normazione secondaria, ma la stessa attività propria del potere legislativo è suscettibile di verifica, per le scelte *medio tempore* operate, in una sede giurisdizionale, sia pure attraverso un procedimento peculiare (in Italia, ed in molti degli ordinamenti occidentali), che da una parte esclude il ricorso diretto dei singoli contro la legge, dall'altra parte sottrae ai giudici comuni la possibilità di disapplicare o annullare la legge,

anche l'attività legislativa diventa verificabile in sede giurisdizionale ...

riservandola viceversa ad un organo *ad hoc* (il Tribunale o la Corte costituzionale, a seconda delle opzioni terminologiche dei diversi ordinamenti); tale organo, a sua volta, secondo il modello "misto" di giustizia costituzionale accolto in Italia (*infra*), non può in nessun caso attivarsi d'ufficio, ma riceve necessariamente impulso dai primi, coniugando quindi l'iniziativa "diffusa" del controllo sulla legge (o sull'atto equiparato) ad una decisione "accentrata" circa la legittimità costituzionale della stessa legge.

... un'evoluzione
importante
della forma
di Stato

È a questo punto da sviluppare adeguatamente la riflessione sui significati che assume, dal punto di vista dei "livelli" interni all'ordinamento di tutela giurisdizionale dei diritti, il controllo di costituzionalità delle leggi. La giustizia costituzionale, nel suo insieme, assume un'importanza capitale nel quadro dell'evoluzione della forma di Stato, ed è stata definita da A. Pizzorusso, sulla scorta degli studi di M. Cappelletti, addirittura come un'"invenzione" che ha rivoluzionato il modo di concepire il diritto. Il dibattito sviluppatosi al riguardo in Assemblea costituente non rende probabilmente appieno l'idea del passaggio epocale che sta per avvenire nell'ordinamento italiano, né mette compiutamente a fuoco i modelli di giustizia costituzionale ai quali già i Padri costituenti potevano attingere per elaborare la scelta più adatta all'innovazione del quadro nazionale (peraltro, tale scelta non sarà perfezionata direttamente e per intero dalla Carta costituzionale, risultando viceversa debitrice in buona misura della successiva approvazione della legge cost. n. 1/1948, la quale sola, valorizzando il ruolo del giudice rimettente le questioni di legittimità costituzionale alla Corte di cui è prevista l'istituzione agli artt. 134 e ss. Cost., consentirà di indicare un modello accentrato ad iniziativa diffusa). Di "modelli" si usa parlare con riferimento all'elaborazione di alcune caratteristiche di fondo emerse nell'esperienza di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America, e nella (assai meno risalente storicamente) esperienza austriaca, le quali avevano dato vita, rispettivamente, ad un controllo diffuso e ad un controllo accentrato di costituzionalità delle leggi; si accostano poi a tali esperienze di controllo giurisdizionale sulle leggi le suggestioni di un controllo di tipo politico sulle stesse (essenzialmente per la diversa natura del soggetto chiamato a compierlo), emerse a più riprese nella esperienza transalpina.

dai modelli
di giustizia
costituzionale,
in generale ...

Quest'ultimo tipo di controllo, tra l'altro decisamente "ibridato" di recente in Francia, rimane tuttavia un *unicum*, nel panorama europeo ed occidentale in genere. In tale panorama, infatti, prevarranno scelte nel senso di un controllo di tipo giurisdizionale, sulla legge, spesso attivato dai giudici comuni ma compiuto infine esclusivamente da un

Tribunale o una Corte costituzionale (secondo un modello “misto” di giustizia costituzionale, che prevede un accesso di fronte a tale organo “in via incidentale”, ovvero occasionato da un giudice nel corso di un giudizio, il quale funge da “incidente” per la proposizione di una questione sulla disposizione di legge che il primo sta per applicare nel secondo e della cui legittimità costituzionale dubiti); e (oppure) nel senso di prevedere un ricorso diretto di costituzionalità, in capo al singolo interessato (ovvero al soggetto colpito da un pregiudizio alla sfera dei propri diritti fondamentali), capace di provocare la sottoposizione a giudizio per l'appunto della legge, oppure degli atti, amministrativi o giurisdizionali, applicativi della medesima legge cui si imputa la violazione dei diritti. Così, ad esempio, mentre la scelta italiana – come già accennato – sarà esclusivamente nel senso di valorizzare il giudizio in via incidentale, l'esperienza tedesca e quella spagnola si caratterizzano viceversa per la previsione del medesimo giudizio, ma anche e soprattutto per consentire ai privati cittadini la sottoposizione diretta dei problemi di costituzionalità che gli atti dei pubblici poteri lasciano intravedere, tramite – rispettivamente – gli istituti della *verfassungsbeschwerde* e dell'*amparo constitucional*.

... al modello “misto” adottato in Italia, che valorizza il giudizio sulle leggi in via incidentale

Il ricorso diretto di costituzionalità, previsto per la prima volta in Messico alla metà del secolo diciannovesimo, valorizza l'idea dell'accesso immediato del cittadino ad uno o più organi che a loro volta garantiscano con maggior forza ed in via immediata la sfera dei diritti fondamentali. Le variabili che caratterizzano specificamente gli istituti accolti nei vari ordinamenti sono diverse (dai soggetti più specificamente abilitati a presentare il ricorso, agli atti concretamente impugnabili) ma in comune i diversi sistemi che prevedono il ricorso diretto delineano due elementi: la natura (di rimedio straordinario) e la finalità (la protezione della sfera dei diritti fondamentali) del ricorso medesimo. È indubbiamente strumento delicato perché capace di rimettere in discussione (o addirittura di bypassare) le scelte dei giudici comuni, creando prevedibili problemi di rapporti tra questi e la Corte costituzionale (*infra*), oltre che di affollare facilmente il ruolo di quest'ultima. Ne è riprova indiretta il recente, consistente ridimensionamento dell'istituto in Spagna, che ha esaltato la dimensione oggettiva del ricorso: esso deve assumere infatti “speciale rilevanza costituzionale”, da intendersi (secondo la lettura che poi ne ha dato il *Tribunal constitucional*) come importanza per l'interpretazione della Costituzione oppure per l'applicazione o efficacia generale della medesima, o ancora per la determinazione del contenuto dei diritti fondamentali (in pratica, come riserva di intervento eccezionale per casi nuovi e più difficoltosi, o nell'interesse generale dell'ordinamento). In ogni caso la scelta del ri-

l'esclusione del ricorso diretto di costituzionalità, contro la legge ...

corso diretto acquista anche un valore simbolico, perché il singolo è in grado di partecipare più direttamente e più attivamente alla vita del diritto e dello Stato.

... a favore di
un controllo
sulla legge in
grado, per le sue
caratteristiche,
di tutelare
comunque
i diritti
fondamentali

Nelle varie esperienze messe in luce dalle ricerche comparatistiche, comunque, la dimensione concreta del controllo di costituzionalità della legge (che si traduce nel requisito della rilevanza della questione sollevata dal giudice comune di fronte alla Corte costituzionale, nei sistemi ad accesso di tipo incidentale, come quello italiano) si riflette normalmente in un buon tasso di tutela effettiva dei diritti fondamentali e degli interessi corrispondenti che l'ordinamento riesce a garantire. A. Pizzorusso ha valutato più in generale nella pregiudizialità (e quindi nella rilevanza, intesa come concretezza della questione) un importante elemento di ravvicinamento dei diversi modelli e istituti (ravvicinamento riconosciuto del resto da molti illustri autori, come L. Elia): la pregiudizialità infatti finisce per combinare la tecnica del controllo incidentale di matrice americana con la tecnica del controllo accentrato di matrice austriaca, e la decisione della Corte costituzionale finisce per funzionare come "parte componibile" della successiva decisione del giudice *a quo*; mentre i ricorsi diretti, essendo di regola subordinati all'esaurimento delle vie di ricorso ordinarie, si risolvono nell'esperimento di un ulteriore grado di giurisdizione (tutto ciò consentirebbe tra l'altro di riaffermare la centralità del sistema americano).

quindi
il ricorso diretto
non è istituto
indefettibile

L'esperienza italiana in particolare, centrata sul controllo della legge in via incidentale, permetterà di comprendere come la previsione di un ricorso diretto del cittadino di fronte alla Corte costituzionale non sia da considerarsi sempre e comunque necessaria (anzi, si riconosce pacificamente come il giudizio incidentale abbia svolto una preziosa opera di educazione costituzionale degli stessi magistrati incaricati di sottoporre le questioni alla Corte), almeno fintantoché non emerga che le zone dell'ordinamento prive in tutto o in parte della copertura di un controllo di costituzionalità siano estese e/o riguardino situazioni e materie importanti (c.d. zone franche della giustizia costituzionale), oppure dipendano da una concezione troppo restrittiva dell'autorità legittimata a sottoporre la questione di legittimità costituzionale o del contesto nel quale essa opera, o da altri fattori ancora (*infra*, par. 8). Il punto dei soggetti promotori del giudizio delle Corti o dei Tribunali costituzionali appare in ogni caso estremamente delicato, tanto più considerando che nei sistemi europei la costituzionalità della legge non è condizione di validità o di efficacia della stessa, per cui riservare l'accesso soltanto a determinati soggetti pubblici, o viceversa prevedere l'accesso diretto dei cittadini interessati, può assumere un'incidenza determinan-

te sul modello di giustizia costituzionale concretamente operante. E proprio l'esigenza, recentemente avvertita, di colmare una lacuna, o comunque un *deficit*, sul versante dell'accesso del cittadino alla giustizia costituzionale, spiega probabilmente l'introduzione di un originale *contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois* in Francia, una novità radicale rispetto alla quale si è alluso addirittura a un "*big bang juridictionnel*" (P.Costanzo).

la scelta di chi può promuovere il giudizio di una Corte costituzionale è, in ogni caso, delicata e centrale

Più in generale, la contrapposizione tra giudizio diffuso e giudizio ad iniziativa diffusa ma accentrato costituisce probabilmente l'elemento che ha marcato e continua a marcare più fortemente le differenze tra l'esperienza europea e quella nordamericana; è pur vero, tuttavia, che mentre il sistema nordamericano ha mantenuto sostanzialmente inalterato nel tempo questo (ed altri) aspetti caratterizzanti (pur esercitando la Corte suprema federale un'autorità persuasiva di tipo sistemico), viceversa in Europa si è assistito ad una "diffusione", non tanto del controllo di costituzionalità, quanto dell'applicazione diretta dei principi costituzionali e/o dell'interpretazione conforme della legge alla Costituzione (*infra*, par. 6), operati dai giudici comuni con il consenso più o meno esplicito delle Corti o Tribunali costituzionali; questo in una stagione (definita nella dottrina comparatistica della "maturità" della giustizia costituzionale) a sua volta improntata alla collaborazione nel circuito cittadini-giudici-Corte: collaborazione che sembra favorita in particolare dall'incidentalità dei giudizi, perché gli accessi fondati sui ricorsi diretti, se possono costituire nell'immediato una forma di protezione assai efficace dei diritti fondamentali, possono nel medio-lungo periodo esaltare piuttosto una conflittualità tra giudici e Corte, come accaduto in Spagna, dove recentemente il *Tribunal constitucional* – interpretando la nozione di "speciale rilevanza costituzionale" che rende ammissibile l'*amparo*, nel senso precisato *supra* – ha voluto circoscrivere le ipotesi di proprio intervento così favorendo, secondo alcuni, una maggiore diffusione della tutela costituzionale dei diritti fondamentali (R. Romboli).

applicazione diretta dei principi costituzionali e interpretazione conforme

la collaborazione nel circuito cittadini-giudici comuni-Corte costituzionale

4. Il pieno affermarsi dello Stato costituzionale di diritto e della tutela giurisdizionale "a tutto tondo" dei diritti fondamentali

Accanto al controllo sulla legge in via incidentale (che riprenderemo ampiamente nei paragrafi successivi), l'art. 134 Cost. prevede tra le competenze della nuova Corte costituzionale pure la soluzione degli eventuali conflitti tra poteri dello Stato, per un verso, e tra Stato e Regioni, per un altro verso. Lo strumento del conflitto di attribuzione risponde – almeno in prima battuta – ad esigenze tutt'affatto diverse dal

il conflitto di
attribuzione
come eventuale
sede indiretta di
tutela di diritti
fondamentali ...

giudizio sulle leggi, e giammai sembrerebbe potersi considerare mezzo fruibile dai singoli consociati al fine di provocare il giudizio della Corte costituzionale; esso diverrà, peraltro, in alcune circostanze, l'*occasio* per evidenziarsi, indirettamente, profili di tutela dei diritti fondamentali che altrimenti rimarrebbero del tutto “sguarniti”, e che talvolta, in effetti, danno vita alle c.d. zone franche di tutela giurisdizionale (su cui v. *infra*, parr. 4 e 8): come succederà frequentemente, ad esempio, con riferimento alle opinioni espresse da parlamentari nei confronti di terzi, e protette dalla camera di appartenenza attraverso delibere di insindacabilità, *ex art.* 68, comma 1, Cost., ritenute tuttavia dai destinatari gravemente offensive (ovvero ingiuriose o diffamatorie), e che impongono al giudice comune – quale unica via d'uscita possibile dall'*impasse* in cui si troverebbe, dovendo arrestare il procedimento in corso – di sollevare conflitto tra poteri dello Stato; all'esito del conflitto la Corte potrebbe annullare la delibera di insindacabilità e pertanto “riaprire” – come in concreto più volte ha fatto in questi anni – la strada della tutela dei terzi offesi in sede civile o penale (cfr. sez. II, scheda n. 14).

... e che servirà
a chiarire la
sindacabilità
degli atti c.d.
politici

Per quanto qui più direttamente interessa, è inoltre da evidenziare che proprio attraverso il conflitto di attribuzione la Corte potrà riprendere un'antica *querelle*, relativa alla sindacabilità degli atti c.d. politici, ovvero gli atti emanati nell'esercizio del potere politico, che sarebbero – secondo un'impostazione tradizionale e che talvolta tende a riaffiorare nella giurisprudenza amministrativa – da ritenersi istituzionalmente e per natura sottratti ad ogni sindacato giurisdizionale; una previsione in tal senso era contenuta nel regio decreto n. 1054/1924 ed è stata per vero riprodotta all'art. 7 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010, *supra*, par. 2) che recita al comma 1, ultimo inciso “ Non sono impugnabili (di fronte al giudice amministrativo) gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”. Atti e provvedimenti, dunque, apparentemente sottratti *in toto* ad un sindacato in sede giurisdizionale.

atto politico
e atto
amministrativo

La dottrina – adoperatasi da lungo tempo nel tentativo di definire i confini che separano, concettualmente, l'atto politico (o di governo) e l'atto amministrativo – è andata evidenziando la necessità di due requisiti, per rinvenire il primo, ovvero un requisito formale (emanazione dell'atto da parte di organi costituzionali) e un requisito materiale (emanazione dell'atto nell'esercizio della funzione di indirizzo politico, tramite la quale si attende in posizione di vertice allo svolgimento della cosa pubblica, formulando la volontà statuale nei settori formalmente liberi secondo Costituzione). In altre parole, a differenza dell'atto amministrativo, che nasce in funzione dell'attuazione delle leggi (e delle norme giuridiche in genere) l'atto politico esplicherebbe un'azione che non pare di