

FRANCESCO ZAMMARTINO

**DIRITTI FONDAMENTALI E TUTELA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.  
BREVI SPUNTI ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE NAZIONALI E  
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DI STRASBURGO**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Cenni sull'evoluzione della tutela esercitata dal giudice amministrativo sui diritti fondamentali dell'uomo. – 3. L'incidenza delle disposizioni della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto amministrativo italiano. – 3.1. L'incidenza sul diritto sostanziale amministrativo. – 4. Riflessioni conclusive.

**1. Premessa**

Le sentenze dei giudici amministrativi che si riferiscono ai diritti fondamentali dell'uomo sono negli ultimi anni notevolmente aumentate. Tale fenomeno ha contribuito, da una parte, all'intensificazione dei rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il nostro diritto interno e tra la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo e quella dei giudici nazionali<sup>1</sup>, dall'altra, a far acquisire ad essi una maggiore consapevolezza della necessità della complementarietà dei rispettivi ruoli nell'ambito del sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali<sup>2</sup>. Tuttavia, fino a un recente passato, nel nostro sistema di tutela giurisdizionale gli unici giudici ai quali si riconosceva la cognizione dei diritti fondamentali dell'uomo erano quelli ordinari e costituzionali<sup>3</sup>. Questi ultimi, alla luce anche di un sedimentato orientamento in autorevolissima dottrina<sup>4</sup>, estesero notevolmente la portata garantistica dei valori costituzionali enunciati dall'art. 2 della Costituzione, ampliando sostanzialmente il catalogo dei diritti da tutelare in via diretta e immediata (come veri e propri diritti soggettivi) mediante gli strumenti offerti dal processo civile e riconducendo tra i diritti c.d. inviolabili (la c.d. teoria dei diritti perfetti) anche, per esempio, il diritto alla riservatezza<sup>5</sup>, il diritto alle assunzioni

---

<sup>1</sup> Giancarlo Rolla, *Il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, passim.

<sup>2</sup> Una equilibrata rete di rapporti, del resto, nel sistema multilivello di tutela dei diritti dell'uomo appare necessaria al fine di mantenere una netta linea di demarcazione tra il ruolo di garanzia esercitato dai giudici e l'attività contingente svolta dalle istituzioni politiche.

<sup>3</sup> Si cfr. Corte Cost., sent. n. 109/1971, nella quale si afferma che non tutti i diritti garantiti dal Testo costituzionale devono considerarsi inviolabili.

<sup>4</sup> Paolo Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; Augusto Barbera, "Commento all'art. 2", in Giuseppe Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975; Antonio Baldassarre, "Diritti inviolabili", in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.

<sup>5</sup> Cass. pen., sent. n. 18/02/1982, n. 629.

obbligatorie<sup>6</sup>, il diritto di abbandonare il proprio paese<sup>7</sup>. Secondo questa impostazione, quindi, il giudice amministrativo, sia nelle materie ordinarie sia in quelle esclusive, era escluso dalla cognizione dei diritti fondamentali dell'uomo giacché si riteneva che il provvedimento amministrativo a contatto con un diritto fondamentale dell'uomo nascondesse solo un mero comportamento illecito che andava tuttavia sindacato in sede di giurisdizione civile con la conseguente declaratoria di nullità del provvedimento in costanza di un difetto assoluto di attribuzione<sup>8</sup>. In altri termini, i diritti che qualificavano la persona come tale erano definiti come diritti assoluti impermeabili all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione<sup>9</sup>. Tale percorso argomentativo trovò il suo punto più alto nella nota sentenza della Corte di Cassazione 9 marzo 1979, n. 1436 in materia di localizzazioni di centrali nucleari; nella decisione si statuì che vi erano dei diritti soggettivi assoluti, nello specifico caso il diritto alla salute, non suscettibili di essere compressi e affievoliti dal potere dell'autorità pubblica e che anzi a fronte di tali diritti inaffievolibili, alla totale assenza del potere d'incisione da parte della potestà amministrativa si contrapponeva la facoltà concessa al giudice ordinario di più ampi poteri di tutela<sup>10</sup>. Tale sistema cominciò ad avvertire i primi sintomi di crisi quando si percepì che il livello di responsabilità di un dato ordinamento nei confronti dei cittadini fosse direttamente proporzionale al sistema di tutele predisposto nei confronti della Pubblica amministrazione<sup>11</sup>. Riguardo la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo si consolidava la tesi secondo la quale il giudice amministrativo, al pari di ogni altro giudice, attribuisse una tutela adeguata al livello di essenzialità e inviolabilità che essi rivestivano<sup>12</sup>. Alla luce anche di un orientamento giurisprudenziale<sup>13</sup> fu

<sup>6</sup> Cass. civ., sez. lav., sent. n.2 /12/94, n.10324.

<sup>7</sup> Corte Cost., sent. n. 278/1992.

<sup>8</sup> Roberto Giovagnoli, "Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?", *Urb. e appalti*, 2005, p. 1159 ss.

<sup>9</sup> Si cfr. Vittorio Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, passim.

<sup>10</sup> Si cfr. anche Cass. civ., 20/02/1992, n. 2092, nella quale decisione si definisce il diritto alla salute quale diritto sovrastante all'Amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere non solo di affievolirlo per rilevanti motivi di interesse pubblico, ma neanche indirettamente pregiudicarlo nel fatto; in dottrina, si v. Massimo Tucci, "Appunti in tema di «affievolimento» o compressione dei diritti soggettivi", *Foro amm.*, 1986, p. 2030.

<sup>11</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 543/1982; TAR Lazio, sez. III, n. 1079/1989; TAR, Trentino Alto Adige, Trento, n. 141/1990; in dottrina si v., Franco Ledda, "La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti", *Scritti giuridici*, 1997, passim.

<sup>12</sup> Franco Piga, "Tramonto del codice civile?", *Foro amm.*, 1980, I, p. 271; Vincenzo Caianiello, "La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giustizia amministrativa", *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova, 1992.

<sup>13</sup> Corte Cost., sent. n.204/2004. Tuttavia, c'è da sottolineare che in questa sentenza la Consulta vieta che il legislatore devolva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo interi blocchi di materie in violazione dell'art. 103 Cost.; Corte Cass., S.U., ord., n. 13659/06. In dottrina, si v. Maria Alessandra Sandulli, "Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (nota a margine C. cost. n. 204 del 2004)", *Riv. giur. dell'edilizia*, 2004, p. 2 ss. ;

stabilito, quindi, che i diritti fondamentali<sup>14</sup> a contatto con il potere pubblico, in talune circostanze, si comprimevano degradando a interesse legittimo<sup>15</sup>, con conseguente attribuzione della materia alla giurisdizione del giudice amministrativo. Non è certo qui la sede per ricostruire la complessa vicenda in termini di degradazione del diritto, di come cioè l'esercizio del potere degradi il diritto trasformandolo in interesse legittimo del quale assumerebbe, appunto, la protezione tipica nei confronti dell'Amministrazione<sup>16</sup>. E' tuttavia interessante notare, ai fini della nostra trattazione, che già in anni precedenti alla storica sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 e alla legge sul processo amministrativo n.205 del 2000, si riteneva che i valori costitutivi dei diritti fondamentali dell'uomo fossero tutelati anche mediante «un bagaglio di situazioni giuridiche soggettive costituite non già da diritti, bensì da situazioni diverse»<sup>17</sup> e che gli stessi diritti inviolabili di libertà<sup>18</sup> di fronte all'esercizio della potestà pubblica avrebbero receduto non diversamente da altri diritti<sup>19</sup>. A conferma di un sostanziale mutamento di prospettiva non mancarono, del resto, da parte dei giudici amministrativi decisioni in tema di situazioni soggettive costituzionalmente protette, per esempio, quando essi affermarono che l'attività di docenza era da ricondursi alla sfera dei diritti fondamentali perché costituiva in sostanza l'espressione della più generale libertà di manifestazione ex art. 21 della Costituzione<sup>20</sup>, ovvero, quando stabilirono che il diritto alla riservatezza nella vita privata, in quanto espressione della libertà di opinione politica, si presentava limite invalicabile alla insindacabilità del comportamento del pubblico dipendente<sup>21</sup>. Tuttavia, nonostante che il giudice amministrativo si occupasse con maggiore frequenza dei diritti fondamentali e di libertà in genere, persisteva la convinzione a non qualificarli come tali<sup>22</sup> e a non richiamare mai il loro fondamento costituzionale<sup>23</sup>, nemmeno in quelle sentenze nelle quali si garantiva alla situazione giuridica soggettiva piena ed esclusiva tutela<sup>24</sup>. Le ragioni che impedivano al giudice amministrativo di operare un'aperta qualificazione dei diritti fondamentali

---

Vincenzo Cerulli Irelli, "Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite", *Astrid - Rassegna*, n. 33, p. 4 ss.

<sup>14</sup> Antonio Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962; Eugenio Cannada Bartoli, "Interesse (dir. amm.)", *Enc. dir.* vol. 20, 1972; Mario Nigro, "Ma cos'è questo interesse legittimo", *Foro it.*, V, 1987.

<sup>15</sup> Ex plurimis, contra Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 394-395.

<sup>16</sup> Sul punto, Giuseppe Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, passim.

<sup>17</sup> Così, Giuliano Amato, "Libertà (diritto costituzionale)", *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.

<sup>18</sup> Giuliano Amato, *ibid.*; Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

<sup>19</sup> Si v. Umberto Allegretti, Andrea Pubusa, "Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali", *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, (a cura di Lucio Lanfranchi), in *Enc. Treccani*, Roma, 1997, p. 417.

<sup>20</sup> TAR - Trentino Alto Adige, Trento, sent. n. 141/1990.

<sup>21</sup> TAR - Calabria, sent. n.736/1990.

<sup>22</sup> TAR - Lazio, sez. I, sent. n. 730/1993.

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1745/1994.

<sup>24</sup> Umberto Allegretti- Andrea Pubusa, "Giurisdizione amministrativa", *cit.*, p. 423.

dell'uomo erano da ricercare non solo nella (formale) contrapposizione tra interesse legittimo e diritto soggettivo<sup>25</sup>, ma soprattutto in due questioni di natura sostanziale. La prima questione si rinveniva nel fatto che il conferimento ai diritti in esame del carattere di primarietà rispetto ad altri interessi contemporaneamente coinvolti avrebbe rischiato di inserire nell'attività discrezionale della Pubblica amministrazione un elemento di rigidità, capace di vincolare l'esercizio del potere amministrativo<sup>26</sup>. La seconda, invece, si riconduceva all'annoso problema del riparto fra le due giurisdizioni ordinaria e amministrativa che, confezionato in una dimensione unicamente processuale<sup>27</sup>, avrebbe realizzato in sostanza due differenti gradi di livelli di tutele delle posizioni giuridiche<sup>28</sup>, acuendo le contraddittorietà, peraltro già esistenti, nei rapporti tra gli articoli 101, 102 e 103 della Costituzione<sup>29</sup>. Quanto detto ci porta a considerare come alle soglie del 2000 fosse ancora presente nel giudice amministrativo il timore della qualificazione degli interessi formanti oggetto di diritti fondamentali dell'uomo e la loro conseguente rivendicazione al processo civile.

Il progressivo abbandono di una concezione autoritaria del diritto amministrativo e la tendenza verso un modello nel quale la posizione di assoluta subordinazione dei privati nei confronti dell'autorità amministrativa va progressivamente attenuandosi<sup>30</sup>, la nuova conformazione del processo amministrativo scaturito dalla legge 205/2000 che, da una parte, conferisce al giudice amministrativo nuove tecniche di tutele (si pensi a quelle cautelari) capaci di tutelare adeguatamente le diverse posizioni soggettive<sup>31</sup>, dall'altra, amplia significativamente le materie oggetto della giurisdizione esclusiva, la rivoluzione copernicana avviata dalla sentenza n. 500 del 1999 che riconosce la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, hanno messo in crisi il sistema amministrativo tradizionale e aperto una nuova fase

---

<sup>25</sup> Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi ha avvalorato la tesi di coloro che ritengono ormai l'interesse legittimo una situazione soggettiva da superare e che sarebbe più verosimile ricondurla a un tipo speciale di diritto soggettivo; in altre parole, l'interesse legittimo non è un interesse materiale ontologicamente diverso, ma solo una diversa forma di rilevanza e quindi di tutela attribuita a un interesse materiale ove questo si trovi a coesistere con l'interesse pubblico.

<sup>26</sup> Gaetano Silvestri, "Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana", *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, passim; più recentemente, Alessandra Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004.

<sup>27</sup> Mario Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, passim.

<sup>28</sup> Cfr. Franco Scoca, "Contributo sulla figura dell'interesse legittimo", Milano, 1990, p.151ss; dello stesso autore, "Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni", *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.

<sup>29</sup> Gaetano Silvestri, "Giudici ordinari", cit., p. 709 ss; Giovanni Verde, "L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente", *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 343 ss.

<sup>30</sup> Si pensi soprattutto alle modifiche introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 alla legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990 n. 241). In dottrina, ex plurimis, Sabino Cassese, "L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 329 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Giovanni D'Angelo, "Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l.21 luglio 2000, n.205", *Dir. amm.*, 2005, p. 660.

che, grazie anche ad una rilettura degli art. 24 e 111 Cost., propone un modello organizzativo che non ammette più «spazi o margini rispetto ai quali il gioco della distinzione dei diritti soggettivi e interessi legittimi lasci il cittadino senza tutela»<sup>32</sup>.

## 2. Cenni sull'evoluzione della tutela esercitata dal giudice amministrativo sui diritti fondamentali dell'uomo

Se è vero che la Costituzione repubblicana, alla luce degli articoli 2 e 3, prefigura un modello istituzionale nel quale lo Stato-amministrazione<sup>33</sup> ha come principale compito quello di riconoscere, promuovere, realizzare (e potenziare) i diritti dei cittadini (compresi quelli sociali)<sup>34</sup>, è opportuno domandarsi, nonostante la presenza di equilibri ancora incerti nel riassetto della tutela giurisdizionale in materia amministrativa, in cosa effettivamente consiste la tutela approntata dal giudice amministrativo nei confronti di un diritto fondamentale e se essa è esercitata anche dopo tale riconoscimento, atteso che la sua giurisdizione è fondata sull'interesse legittimo<sup>35</sup>. Si è dell'opinione che in un ordinamento come quello italiano in cui i diritti fondamentali dell'uomo trovano fondamento in precise e dettagliate disposizioni costituzionali, la giurisdizione amministrativa si presenti anche come giurisdizione sui diritti<sup>36</sup>, soprattutto alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>37</sup> che di fatto sottrae alla giurisdizione ordinaria l'esclusività della tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Ripercorrendo brevemente il percorso giurisprudenziale, è opportuno ricordare che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 191/2006 ha affermato, nelle pieghe delle sue motivazioni, che la tutela dei diritti riconosciuta al giudice amministrativo è ormai priva del carattere di eccezionalità che storicamente l'ha caratterizzata, dichiarandosi favorevole per un progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva, nonché per una significativa riduzione del confine tra le due giurisdizioni sui diritti<sup>38</sup>. In seguito, con la senten-

---

<sup>32</sup> Così Aldo Travi, "Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia", il *Foro italiano*, n. 6, Roma, 2011, p. 11.

<sup>33</sup> Giorgio Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, passim.

<sup>34</sup> Si v. Corte Cost. sent. n. 432/2005. In dottrina si v., Erika Pampalone, "Giustizia ed eguaglianza: linee di consolidamento in materia di diritti sociali degli stranieri", < *www.giustamm.it* >, n. 7, 2013.

<sup>35</sup> E' stato osservato che l'omogeneità delle situazioni giuridiche soggettive è imprescindibile dalla teorizzazione di una diversa nozione di diritto soggettivo, il quale assume carattere relazionale anche quando si tratta di diritti assoluti. Sul punto si v., Giampaolo Rossi, "Giudice e processo amministrativo", *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, p. 1230-1231.

<sup>36</sup> A tal proposito, già nel 2000 la Corte EDU con la sent. del 5 ottobre 2000, Mennitto c. Italia, n. 33804/1996, sottolineò l'importanza di inquadrare la posizione soggettiva dell'interesse legittimo nel più ampio genus dei diritti il cui carattere civile era necessario per godere delle garanzie di cui all'art. 6 Cedu.

<sup>37</sup> L'orientamento della Consulta è stato recepito nelle linee generali dalla l. n.69/2009, art. 59.

<sup>38</sup> Paolo Vittoria, "Alcune considerazioni sulla questione di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo", < *www.giustamm.it* >, 2007.

za n. 140 del 27 aprile 2007 il Giudice delle leggi, respingendo le questioni inerenti l'art. 1, comma 552 di cui alla Legge Finanziaria del 2005, nella parte in cui si assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le vertenze proposte nei confronti dei provvedimenti concernenti impianti di generazione di energia elettrica senza fare eccezione per la tutela dei diritti fondamentali quale il diritto alla salute, ha negato la fondatezza del principio costituzionale che qualifica il giudice civile quale giudice naturale dei diritti fondamentali<sup>39</sup>. L'emersione di questa nuova prospettiva tracciata dalla Consulta e la presenza di un quadro istituzionale in cui la tutela dei diritti fondamentali è garantita soprattutto dalle istituzioni sovranazionali<sup>40</sup>, inducono a ritenere che principi quali il giudice naturale e l'autonomia delle giurisdizioni risultino spesso recessivi rispetto alle preminenti ragioni della tutela giurisdizionale e della garanzia dell'azione<sup>41</sup>. In termini pratici, ciò significa che nel nuovo sistema integrato di tutela dei diritti che si va delineando, la funzione giurisdizionale, indipendentemente se sia esercitata dal giudice ordinario o da quello amministrativo, ha oggi come prioritario obiettivo la protezione delle situazioni giuridiche soggettive e che per quest'ultime le disposizioni normative, e non gli interessi generalmente riconosciuti, sono la loro misura<sup>42</sup>. Se si parte, quindi, dalla premessa che il riparto tenga conto non già della violazione delle situazioni soggettive ma dell'esercizio o meno del potere amministrativo capace di influire negativamente anche sui diritti soggettivi<sup>43</sup>, sono più facilmente intuibili le ragioni che hanno spinto recentemente giurisprudenza e dottrina a porre nel giudice amministrativo piena fiducia nel decidere sui diritti nelle materie in cui ha giurisdizione esclusiva, riconoscendogli anche di domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali non degradabili a interessi legittimi, purché questi si confrontino non con meri comportamenti materiali della Pubblica amministrazione, bensì con poteri da essa illegittimamente esercitati<sup>44</sup>. In un momento in cui la soggettività ha la pretesa di essere tutelata in quanto tale, a tal punto da contribuire al mutamento della definizione stessa di diritto fondamentale<sup>45</sup>, il ruolo del giudice

<sup>39</sup> Alle pronunce della Consulta si sono adeguate anche le Sezioni Unite della Suprema Corte regolatrice con la sentenza del 28 dicembre 2007, n.27187; contra in dottrina, si v. Antonio Carratta, "Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione", *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 27 ss.

<sup>40</sup> Francesco Manganaro, "Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 428 ss.; Filippo Patroni Griffi, "Tutela nazionale e tutela ultranazionale delle situazioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri", <*Federalismi.it*>, n. 12/2013, p. 4.

<sup>41</sup> Cass., sez., un., sent. n.24883/2008.

<sup>42</sup> Cfr. Cass., sez. un., sent. n. 3670/2011.

<sup>43</sup> Massimo Severo Giannini, "Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione", in *Enc. dir.*, 1970; Franco Gaetano Scoca, "Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione", *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss;

<sup>44</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, ord. n. 791/2008; in dottrina, si v., Alessandro Nigro, *Giustizia amministrativa*, (a cura di), Bologna, 2002.

<sup>45</sup> Ex plurimis, Peter Haberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it., Firenze, 1993.

amministrativo nell'esperienza contemporanea<sup>46</sup> sembra ancora più necessario al fine di evitare che il divario tra l'ampio dibattito teorico sui diritti fondamentali dell'uomo e la loro effettiva protezione negli Stati e nelle Comunità internazionali, aumenti notevolmente.

Ora consapevoli della complessità dell'argomento in questione e senza alcuna pretesa di esaustività e completezza, si è dell'opinione che il quesito relativo alla effettività della tutela approntata dal giudice amministrativo<sup>47</sup> nei confronti dei diritti fondamentali dell'uomo, implichi il coinvolgimento del rapporto tra natura di situazione soggettiva costituzionalmente protetta e inaffievolibilità della stessa, alla luce anche del fatto che la categoria dei diritti fondamentali si è arricchita ulteriormente di nuovi diritti riconosciuti e garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti umani<sup>48</sup>. A tal riguardo, c'è da segnalare che negli ultimi anni il giudice amministrativo nel conoscere alcuni diritti costituzionalmente garantiti ha esercitato una capacità di protezione verso questi di notevole incisività<sup>49</sup>. Ciò dipende soprattutto dal fatto che il nuovo codice processuale amministrativo, in cui possono rinvenirsi tutti gli strumenti necessari al fine di garantire una effettiva tutela del cittadino<sup>50</sup>, riconosce al medesimo giudice(amministrativo) sia l'esercizio dello strumento demolitorio sia quello risarcitorio, generando nel privato la concreta aspirazione a soddisfarsi, almeno parzialmente, anche sui c.d. diritti- pretesa<sup>51</sup>. Inoltre, al ricorrente è stato riconosciuto la facoltà di chiedere al giudice amministrativo anche il solo risarcimento del danno indipendentemente dalla richiesta di previo annullamento, entro il termine di decadenza, dell'atto illegittimo<sup>52</sup>. D'altronde, è stato acutamente osservato che proprio per i diritti fondamentali dell'uomo l'impedimento della domanda di risarcimento del danno in conseguenza del mancato esercizio dello strumento demolitorio, sarebbe risultato una scelta particolarmente arbitraria giacché spesso per questi diritti i danni(esistenziali) si riscontrano

---

<sup>46</sup> Si cfr., G. Giovanni Verde, "E' ancora in vita l'art. 103, 1 comma, Cost.?", *Foro amm.*, 2008.

<sup>47</sup> Sul punto si v. Giuseppe Romeo, "L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?", *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 653 ss.

<sup>48</sup> Si v. Guglielmo Saporito, "La Corte dei diritti dell'uomo dubita dell'utilità dell'attuale distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi", <[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)>, n. 7/2000; Marco Magri, "La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi", *Quad. cost.*, vol. 21, 2001; L. Ruggeri, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2009.

<sup>49</sup> Sul punto si v. Giuseppe Abbamonte, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 335 ss.

<sup>50</sup> La legge n. 205/2000 prevede, tra l'altro, oltre allo strumento del risarcimento, valide misure cautelari, comprese quelle ante causam, e potenti mezzi istruttori quali la consulenza tecnica sul modello del processo civile.

<sup>51</sup> In tema di riconoscimento del diritto retributivo si v. l'interessante decisione del Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 758/2011.

<sup>52</sup> Si v. T.A.R. Basilicata, sez. I, sent. n.366/2008.

solo a distanza di un lungo periodo rispetto all'adozione degli atti amministrativi lesivi<sup>53</sup>.

Le considerazioni appena svolte trovano una conferma in una recente sentenza del Tar di Liguria che si è pronunciato sul diritto fondamentale all'istruzione e all'integrazione scolastica. In particolare, con la sentenza n. 350 del 2012 il giudice ligure, riconoscendo a un alunno di seconda media affetto da gravi disabilità il diritto di usufruire delle 18 ore di sostegno sia per l'anno in corso sia per tutto il primo ciclo conclusivo di studi<sup>54</sup>, annullando così la delibera dell'amministrazione che invece le aveva ridotto a 15, ha attribuito non solo al ricorrente un vero e proprio diritto soggettivo azionabile immediatamente nei confronti dell'istituzione scolastica<sup>55</sup>, ma, altresì, ha riconosciuto ai terzi coinvolti nella vicenda altrettanti diritti fondamentali costituzionalmente garantiti quali quello della non discriminazione e del diritto al lavoro. Infatti, il giudice, in primis, ha affermato che l'assegnazione del monte ore suddetto allo studente ricorrente non comportava l'automatica riduzione delle ore delle lezioni agli altri studenti disabili, in quanto compito dei pubblici poteri è di garantire il diritto allo studio a tutti gli studenti, contro ogni forma di discriminazione di cui all'art. 3 Cost.<sup>56</sup>. In secondo luogo, il Consesso ha negato al soggetto ricorrente per il successivo anno scolastico lo stesso docente di sostegno poiché l'accoglimento della richiesta alla continuità didattica ledeva non già il diritto alla scelta della sede del posto di lavoro, bensì il diritto costituzionalmente protetto al lavoro degli altri docenti, prendendo così le distanze da una precedente decisione del Consiglio di Stato che, viceversa, affermò che nell'assegnazione del docente di sostegno l'istituzione scolastica poteva anche prescindere dalle graduatorie purché tale scelta giovasse all'interesse dell'alunno<sup>57</sup>. L'orientamento giurisprudenziale indicato, peraltro intrapreso già anni or sono<sup>58</sup>, è coerente con i principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché all'art. 6 della CEDU, poiché la pretesa fatta valere in giudizio trova la sua concreta soddisfazione nella giurisdizione piena garantita dal giudice amministrativo, la quale, non si limita più durante il controllo giurisdizionale esercitato sull'atto amministrativo agli aspetti solo formali, ma estende il suo scrutinio alla valutazione della compatibilità di esso con l'oggetto e lo scopo della norma attributiva del potere<sup>59</sup>. Come

---

<sup>53</sup> Francesco Caringella, "Giudici amministrativi e diritti fondamentali", Relazione al convegno tenuta al TAR di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale amministrativo, Lecce, 14 e 15 marzo 2008.

<sup>54</sup> Contra, Cons. Stato, sent. n. 2231/2010.

<sup>55</sup> Cfr. Cons. Stato, sent. n. 2231/2010.

<sup>56</sup> Si v. Antonio Mura, "voce Istruzione", *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1988.

<sup>57</sup> Cons. Stato, sent. n. 345/2001.

<sup>58</sup> T.A.R. Molise, sent. n.331/2007; T.A.R. Liguria, sent. n. 2144/2008; Cons. Stato, sent. n. 1037/2009.

<sup>59</sup> E' interessante notare che proprio a riguardo dell'istruzione in passato si era manifestata nel processo amministrativo una evidente disparità tra le parti, perché spesso la pretesa del privato si



autorevole dottrina ha rilevato «solo attribuendo al giudice amministrativo la possibilità di accertare e valutare direttamente i fatti costitutivi del diritto o determinativi della sua estensione»<sup>60</sup>, si può concretamente garantire una tutela incondizionata al suo titolare<sup>61</sup>. Coerentemente a quest'idea vanno menzionate significative decisioni del supremo giudice amministrativo in materia di rispetto del principio del contraddittorio<sup>62</sup>, nelle quali le questioni sul tema della non parità tra le parti nel processo amministrativo hanno contribuito a ridurre quelle distanze che separano il processo in esame dal processo civile, in cui, come è noto, si riscontra una sostanziale parità tra le parti, «per cui ciascuna di esse è in grado di apportare a dimostrazione delle proprie affermazioni di fatto gli elementi della realtà extraprocessuale ritenuti necessari»<sup>63</sup>. Un esempio è offerto da una recente decisione del Consiglio di Stato n. 5676 del 2011 dalla quale si evincono indicativi spunti di riflessione. Infatti, il supremo Consesso<sup>64</sup>, riformando una precedente decisione del Tar Trento del 26 gennaio 2011 n. 18 che rigettava il ricorso di un privato (compensando tra le parti le spese di lite) avverso l'ammonizione orale inflitto ai sensi dell'art. 8 della legge n. 38/2009 (c.d. legge sullo stalking) dal Questore di Trento a seguito della richiesta avanzata dalla moglie, ha riconosciuto al ricorrente la tutela del diritto fondamentale del singolo ad una effettiva partecipazione al procedimento<sup>65</sup>. In particolare, il giudice di palazzo Spada ha accolto l'appello ritenendo non condivisibile le motivazioni del giudice di primo grado nella parte in cui affermava la non violazione dell'art. 10 della l. 241 del 1990 (ritardo nell'avviso di avvio del procedimento) e dell'art. 8 l. n. 38 del 2009 (mancata audizione dell'interessato), in quanto, nonostante la moglie dell'appellante avesse presentato l'esposto con richiesta di ammonizione alla questura di Trento già il 2 maggio del 2009, quest'ultimo veniva informato dell'avvio del procedimento solo il 27 settembre 2009 (mentre per la consegna del provvedimento il ricorrente avrebbe atteso addirittura il 27 novembre). Per tali elementi il Consiglio di Stato ha sancito la lesione del diritto fondamentale del principio del contraddittorio che si sostanzialmente, se-

---

fondava su atti o fatti interni all'amministrazione. Si cfr. a tal riguardo, Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2011, n.15.

<sup>60</sup> Franco Ledda, "La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato", *Scritti giuridici*, 2002, pp. 160-161.

<sup>61</sup> Si v. Stefania Puddu, "I diritti fondamentali al vaglio del giudice amministrativo", *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2010, p. 930.

<sup>62</sup> C'è da sottolineare che i diritti fondamentali procedurali già da decenni costituiscono un aspetto molto rilevante del quadro complessivo dei diritti fondamentali in Germania e nella cultura giuridica anglosassone.

<sup>63</sup> Così, Pasquale de Lise, "Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo", *I diritti umani nella prospettiva transazionale*, Roma, Presidenza del Consiglio, 2009, p.12.

<sup>64</sup> Cfr. anche T.A.R. Lombardia, Brescia, sent. n. 13/1993. In dottrina, si v. Andrea Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una ricerca di una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, passim.

<sup>65</sup> Maria Alessandra Sandulli, "La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)", *Foro amministrativo TAR* 2004, p. 1595 ss.

condo il giudice, in numerosi adempimenti quale l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (il ricorrente non era stato convocato preventivamente per essere sentito come persona informata dei fatti nonostante l'art. 8 della l. n.38 del 2009 prevedesse che «il Questore pronuncia l'ammonizione sentite le persone informate dei fatti»), ovvero, l'obbligo di valutare le memorie scritte presentate dal ricorrente («la mancanza di qualsiasi valutazione riguardo la non attendibilità delle controdeduzioni presentate dal ricorrente, di cui viene solo indicata la data di acquisizione»).

Nonostante il giudice amministrativo abbia mostrato particolare sensibilità nel richiamare i diritti fondamentali dell'uomo nelle più svariate materie, incidendo per esempio sui diritti dell'individuo garantiti nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità<sup>66</sup>, ovvero, sul diritto di libera iniziativa economica<sup>67</sup>, le più rilevanti manifestazioni del nuovo corso intrapreso nella cognizione dei diritti fondamentali dell'uomo si hanno soprattutto nella materia del diritto alla salute, per la quale la stessa giurisprudenza civile e costituzionale ha contribuito alla formazione di quella zona grigia, «rispetto alla quale è difficile individuare un criterio chiaro per il riparto fra diritti devoluti alla giurisdizione ordinaria e giurisdizione esclusiva»<sup>68</sup>. In questa delicata disciplina, infatti, talora la Cassazione<sup>69</sup>, talora la Corte costituzionale<sup>70</sup>, affermano che il diritto alla salute si stratifica in più gradi, nei quali è possibile individuare, oltre le posizioni definite inviolabili, alcune di livello inferiore e quindi suscettibili di essere conosciute dal giudice amministrativo<sup>71</sup>. Ci riferiamo ai casi in cui il giudice amministrativo ritiene possibile che i diritti fondamentali e le libertà garantiti in Costituzione s'intersechino con l'esercizio del pubblico potere; in altri termini, che la posizione soggettiva del singolo di fronte all'esercizio di un potere amministrativo, manifestatosi mediante l'adozione di un provvedimento di cui si chiede l'annullamento, si presenti come interesse legittimo anche nel caso in cui si intenda far valere un diritto fondamentale<sup>72</sup>. Ciò vale soprattutto per il diritto alla salute per il quale il giudice in esame ha stabilito come l'adeguamento delle posizioni giuridiche ai pubblici poteri coinvolgesse anche altri diritti non meno fondamentali, nonché i superiori interessi pubblici<sup>73</sup>. Ecco che il

---

<sup>66</sup> T.A.R. Lazio, sez. III, sent. n. 1079/1989.

<sup>67</sup> Cons. Stato, sent. n. 106/1988.

<sup>68</sup> Aldo Travi, "Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione", *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, (a cura di ), Napoli, 2011, p. 508.

<sup>69</sup> Cass., sez. I, sent. n. 17461/2006.

<sup>70</sup> Corte Cost., sent. n.354/2008.

<sup>71</sup> Serena Oggianu, "I principi sulla tutela della salute", *Diritto e proc. amm.*, 2008, p. 170.

<sup>72</sup> Cons. Stato, sent. 4908/2006, nella quale sentenza si dispone, tra l'altro, che "la concezione dei diritti perfetti o non degradabili è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti". Contra, Cass. S.U., sent. n. 2867/2009; T.A.R. Campania, sent. 1883/2009.

<sup>73</sup> Francesco Caringella, "Giudici amministrativi", cit., p. 4.

giudice amministrativo con riferimento a controversie riguardanti la compressione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio dell'attività della pubblica amministrazione, si è pronunciato, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 32 Cost., per la tutela del diritto alla salute, condannando il Servizio sanitario nazionale a rimborsare le spese dei medicinali sostenute dai pazienti<sup>74</sup> come, per esempio, nei casi in cui ha autorizzato cure mediche all'estero<sup>75</sup> oppure ha riconosciuto ad un soggetto affetto da gravi patologie di curarsi con medicinali non ancora previsti nel prontuario terapeutico nazionale<sup>76</sup>, ma ritenuti indispensabili per la sopravvivenza dell'assistito. In entrambi i casi, ebbene sottolineare, i giudici in esame hanno inteso il diritto alla salute sia nel suo valore soggettivo quale strumento che attiene alla dignità sociale del cittadino, sia nel suo valore oggettivo quale interesse insopprimibile della collettività<sup>77</sup>; ciò potrebbe lasciare intendere che dinanzi a un diritto fondamentale sociale il cui godimento dipende da una prestazione della p.a., la qualifica di tale diritto anziché incidere sulla determinazione della giurisdizione, possa produrre effetti riguardo ai poteri del giudice amministrativo, in modo da garantire una tutela più effettiva<sup>78</sup>. Di notevole interesse è anche il contributo offerto dal giudice amministrativo di rendere concreta la scissione tra sanità e assistenza; tale fenomeno è ancor più grande ove si consideri che tra i due ambiti vi è sempre stata promiscuità<sup>79</sup>: è noto che parte rilevante dei servizi sociali e d'assistenza contiene elementi propri del diritto alla salute<sup>80</sup>, ed è sufficiente al riguardo considerare le ipotesi dei disabili gravi o degli anziani non autosufficienti. Attraverso un lungo percorso giurisprudenziale si è dato alla luce il generale convincimento sulla non congruità delle soluzioni correnti in tema di servizi comprendenti l'apporto integrato di elementi di ordine sanitario e d'assistenza; in particolare, è apparsa iniqua la circostanza che l'avente diritto a fruire del diritto all'assistenza sanitaria gratuita si trovi in taluni casi a dover sopportare l'onere di tali interventi in proprio<sup>81</sup>, o al più con l'apporto residuale degli

---

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. IV, sent. n.4004/2004.

<sup>75</sup> Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5132/2004; T.A.R. Trento, sent. n. 1744/2009.

<sup>76</sup> T.A.R. Lombardia Milano, ord. n. 791/2008. C'è da aggiungere che in questa specifica ordinanza il giudice in esame ha sfruttato appieno gli strumenti offerti dalla cautela atipica in quanto dopo l'accoglimento della domanda incidentale, ha, al contempo, sospeso gli effetti del provvedimento di diniego oggetto della domanda avanzata dal ricorrente e ha imposto all'autorità amministrativa di provvedere alla distribuzione gratuita del farmaco all'ammalato.

<sup>77</sup> Si v. Daniela Acri, "In tema di autorizzazione ad usufruire di cure all'estero e riparto di giurisdizione. La tutela dei diritti fondamentali può essere affidata al giudice amministrativo?", *Giur. merito*, 2008, p. 3277 ss.

<sup>78</sup> Si v. Aldo Travi, " Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni", *Dir. pubbl.*, 2004, 454ss. Si cfr. anche, Cons. Stato, V sez., sent. n. 1640/2012.

<sup>79</sup> Andrea Rovagnati, "La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale", *Associazione gruppo Convegno annuale di Pisa*, 2011, 8-9- giugno 2012.

<sup>80</sup> Si cfr. Corte cost., sentt., nn., 22/1967; 29/1968; 132/1972; 160/1974.

<sup>81</sup> Cons. Stato, sez. V, sent. n. 7766/2004.

enti locali, solamente perché gli interventi di carattere sanitario sono compresi in tipi di prestazioni di carattere socio-assistenziale<sup>82</sup>.

In altre circostanze, è prevalso l'orientamento, come anticipato prima, secondo cui la tutela di un diritto fondamentale dell'individuo non significhi necessariamente il sacrificio di altri diritti costituzionalmente garantiti. Risponde a tale considerazione la decisione del TAR Campania del 26 maggio 2010 n. 9181 in materia di rifiuti e attività di smaltimento, nella quale, il giudice, accogliendo il ricorso della società Langella Mario srl specializzata nel settore del trasporto, trattamento, smaltimento, gestione e recupero rifiuti speciali, ha annullato entrambi i decreti nn. 699 e 777 del 2009 della Regione Campania, nella parte in cui si negava l'autorizzazione delle attività D 13 e D 14 per i codici CER 180103 e 180102, nonché di tutti gli atti presupposti. Attraverso un'opera di armonizzazione, il Tribunale amministrativo ha affermato che, sebbene il diritto alla salute ricoprisse un indiscutibile valore costituzionale, nel settore di tutela dell'ambiente dagli effetti dell'inquinamento andava parimenti tutelato anche il diritto di libertà economica e d'iniziativa d'impresa mediante la coniugazione tra essi di un equo temperamento al fine di evitare qualsiasi ingiustificata compromissione. Recentemente, sempre il TAR Campania con la sentenza del 26 giugno 2013 n. 3338, ha annullato il decreto n. 156 del 2012 della Regione Campania che impediva ai pazienti di scegliere liberamente il luogo dove curarsi. Oltre a caratterizzarsi positivamente per la tempestività con cui il Tribunale ha deliberato in meno di sessanta giorni la decisione di annullamento del provvedimento, garantendo così il diritto fondamentale di ragionevole durata del processo, la sentenza in esame va segnalata perché il giudice ha ritenuto irragionevole il decreto nella parte in cui incidere sulla libertà di scelta dei pazienti del luogo di cura nonostante non si perseguissero gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica. In questa circostanza, il giudice si è avvalso di tutti i mezzi di prova previsti dal codice civile per reintegrare i diritti soggettivi e le situazioni d'interesse menomate dal provvedimento della pubblica amministrazione, attribuendo immediatamente al ricorrente l'agognato bene della vita<sup>83</sup>. Per finire, non mancano decisioni di segno diverso del Supremo giudice amministrativo<sup>84</sup> a conferma della tesi che individua diversi livelli di tutela del diritto alla salute<sup>85</sup>. A tal riguardo, nel definire in linea di principio legittima a livello regiona-

---

<sup>82</sup> Monica Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, p. 45 ss.

<sup>83</sup> Sul punto, si v. Carlo Emanuele Gallo, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 58

<sup>84</sup> Cons. Stato, sez. III, sent. n. 935/2012.

<sup>85</sup> A tal riguardo, due sono gli orientamenti di pensiero che negli anni si sono consolidati. Per il primo orientamento, l'inaffievolibilità del diritto alla salute andrebbe monitorata a seconda se si trovi dinanzi un diritto oppositivo (degradazione del diritto in interesse) ovvero un diritto pretensivo (diritto soggettivo che non subisce nessuna compressione). Per l'altra impostazione di pensiero, invece, il carattere d'inaffievolibilità del diritto è condizionato dallo specifico contenuto della pretesa; solo nel caso che quest'ultima sia finalizzata a scongiurare un rischio mortale è possibile individuare un diritto soggettivo inaffievolibile.

le la fissazione di tetti alla spesa sanitaria in presenza d'insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica, si è sancito che il diritto in parola non è sempre e incondizionatamente tutelato nella complessa vicenda di contemperamento con i superiori interessi pubblici<sup>86</sup>. Nel medesimo filone di ragionamento va ricondotta la sentenza del T.A.R. Lombardia n. 981 del 2010 che segna un importante precedente giurisprudenziale per la causa dei diritti dei Rom e, in particolare, della comunità dei Sinti. In particolare, i giudici amministrativi, alla luce anche di un recente pronunciamento del Consiglio di Stato<sup>87</sup>, hanno annullato l'ordinanza del sindaco del Comune di Gambolò in provincia di Pavia che intimava lo sgombero di un gruppo di Sinti, peraltro cittadini italiani, insediati in un'area periferica del Comune, per la grave emergenza sanitaria nel frattempo scoppiata in quell'insediamento tale da compromettere la tutela della salute pubblica e della sicurezza urbana (artt. 50 ,c. 5 e 54 del D.lgs. n. 267/2000, come modificato dal D.L. n. 92/2008). Il Tribunale amministrativo in parola ha statuito, invece, che la situazione si riconduceva solo a un mero stato di degrado e d'incuria (in cui spesso si trovano le nostre periferie) capace al limite di provocare una mera precarietà igienica che ben si affronta con gli ordinari strumenti legislativi piuttosto con i poteri extra ordinem del sindaco, questi ultimi suscettibili, in quanto insussistenti i requisiti di minaccia alla salute pubblica, di incidere sui diritti fondamentali dell'uomo. Inoltre, secondo il giudice amministrativo il provvedimento di allontanamento non si giustificava nemmeno per motivi di sicurezza urbana perché l'occupazione abusiva degli immobili e l'alterazione del decoro urbano di per sé non comportavano un pericolo imminente per la collettività. La sentenza da qua conferma l'attenzione che ora i giudici amministrativi dedicano alla tutela dei diritti fondamentali, soprattutto quando essi sono in "competizione" con l'interesse pubblico e va quindi attuata un'accurata attività di ponderazione.

Da questa breve esposizione emerge che nell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale il potere del giudice amministrativo nei confronti dei diritti fondamentali dell'uomo è indubbiamente più incisivo. La possibilità di valutare la fondatezza dei ricorsi dei privati, riconoscendogli il risarcimento dei danni sopportati in dipendenza dell'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, la dotazione dei mezzi probatori tipici del processo civile e l'esercizio della tutela cautelare atipica<sup>88</sup>, lo sforzo interpretativo che ha portato ad ampliare il novero e il contenuto delle azioni esperibili, il modulare, per rendere giustizia, l'effetto demolitorio alla

---

<sup>86</sup> Si cfr. Corte Cost., sent. n. 200/2005.

<sup>87</sup> Cons. Stato, sez. V, sent. n. 868/2010.

<sup>88</sup> Andrea Pubusa, "Note su misure cautelari e semplificazione del processo", *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 1043 ss; Maria Alessandra Sandulli, "Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva", *Quaderni del Foro amm.*, T.A.R. ,n. 1, 2008; Aldo Travi, "Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo", *Dir. pubbl.* 2010, passim.

richiesta di tutela,<sup>89</sup> calibrando gli effetti temporali delle decisioni di annullamento al fine di non coinvolgere gli effetti *medio tempore* del provvedimento nell'interesse dello stesso ricorrente<sup>90</sup>, sono indubbiamente tutti elementi che hanno indirizzato l'attività di cognizione del giudice in esame sulle pretese sostanziali azionate<sup>91</sup>, ma, al contempo, essi hanno contribuito anche a far maturare la convinzione nei cittadini che il giudice in parola sia ormai capace di garantire una sostanziale protezione ai diritti costituzionali, assicurando ad essi un ampio ventaglio di forme di tutela soddisfattiva<sup>92</sup>.

### 3. L'incidenza delle disposizioni della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto amministrativo italiano

Le considerazioni svolte fino a questo punto ci inducono a ritenere fondata la tesi che riconosce al giudice amministrativo il ruolo di garante dei diritti fondamentali dell'uomo. Tuttavia, in un sistema normativo complesso come quello italiano, in cui i rapporti gerarchici fra le fonti sono spesso caratterizzati da contorni instabili e mutevoli<sup>93</sup>, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti dei pubblici poteri è il risultato del dialogo che s'instaura fra i diversi ordinamenti e fra i giudici, nazionali ed europei<sup>94</sup>. A tal proposito, assume una rilevante importanza l'influenza che le disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo hanno esercitato negli ultimi anni sul diritto sostanziale e processuale amministrativo, nonostante la Corte costituzionale in più di una decisione avesse escluso l'efficacia diretta dei suddetti atti<sup>95</sup>. A dire il vero, l'orientamento giurisprudenziale della Consulta non ha trovato poi seguito né nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione, né nella giurisprudenza amministrativa<sup>96</sup>. La Suprema Corte, già in tempi

<sup>89</sup> Cfr. Roberto Caponigro " Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo", *Foro amm. Cds.*, 2011, 1707.

<sup>90</sup> Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2755/2011, con nota a sentenza di Pietro Quinto, "La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di buon senso", <www.giustamm.it>, n. 5/2011. Inoltre si cfr. Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, Menarini c. Italia.

<sup>91</sup> Andrea Proto Pisani, "Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?", <Foro it>, 2001, n.5, p. 26 ss.

<sup>92</sup> Franco Ledda, "La giurisdizione esclusiva", cit. p. 166 ss; Pasquale de Lise, " Per un dialogo tra le giurisdizioni", <www.giustamm.it>, n. 7/2008, p. 3.

<sup>93</sup> Sul punto si v. Giuseppe Cataldi, "Rapporti tra norme internazionali e norme interne", *Digesto pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 337.

<sup>94</sup> E' sempre più significativa l'attività delle istituzioni legislative e giudiziarie europee a protezione delle garanzie dei diritti dell'individuo nel rapporto con i pubblici poteri.

<sup>95</sup> Antonino Spadaro, Carmela Salazar, ( a cura di ), *Riflessioni sulle sentenze 348/349 del 2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009. Si cfr. inoltre, Corte Cost., sentt., nn. 129/2008 e 264/2012.

<sup>96</sup> Si v. Carlo Deodato, "L'efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ordinamento italiano. La questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato", <www.giustamm.it>, n. 10, 2013, p. 13 ss.

meno recenti<sup>97</sup>, si era espressa favorevole all'immediata recettività delle norme CEDU in seno all'ordinamento italiano<sup>98</sup>, inaugurando un interessante percorso giurisprudenziale<sup>99</sup> culminato nel riconoscimento al giudice nazionale di disapplicare le norme interne configgenti con le disposizioni convenzionali<sup>100</sup>. In linea di continuità con il Supremo giudice di legittimità, si avrebbe espressa poi anche la giurisprudenza amministrativa<sup>101</sup>, anche se quest'ultima, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha riconosciuto, in seguito alla comunitarizzazione delle norme CEDU, i diritti fondamentali sanciti da quest'ultima quali principi interni al diritto dell'Unione<sup>102</sup>. Dinanzi a questo quadro disomogeneo, la questione si presenta molto complessa, in quanto una cosa è affermare che i precetti della Convenzione sono direttamente applicabili in quelle materie ricollegabili al diritto comunitario, «altro è che essi si considerino come parametro vincolante *tout court* per il giudice e che quindi sia possibile darne applicazione a qualunque fattispecie»<sup>103</sup>. Ciò è confermato dal diverso livello d'incisività esercitato dalle disposizioni della Convenzione (artt. 6 e 13) e dalle decisioni della Corte di Strasburgo sul diritto sostanziale amministrativo piuttosto che sul processo<sup>104</sup>. Per quest'ultimo, le istituzioni sovranazionali si sono limitate all'elaborazione di principi di carattere generale con funzioni propriamente descrittive<sup>105</sup> ( si pensi al rispetto del principio di

---

<sup>97</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 2762/1967.

<sup>98</sup> Si cfr. tuttavia, Corte Cass., ord. n. 11887/2006.

<sup>99</sup> Si cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 6978/1982; Cass. pen. S.U., sent. n. 15/1988; Cass. pen., sez. I, 12 maggio 1993, Medrano, in Cass. pen. 1994.

<sup>100</sup> Cass. pen., sez. I, 1.12.2006- Dorigo; Cass. civ., sent. n. 10542/2002; Cass. civ., S.U., sent. n. 28507/2005; Cass. civ. sent. n. 18203/2008. Si v. Andrea Guazzarotti, "Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?", <[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)>, 2007. Recentemente, mi sia consentito, Francesco Zammartino, "Autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nel processo d'integrazione in Europa. Le esperienze italiana e francese", *Rass. di dir. pubb. eur.*, n. 2/2012.

<sup>101</sup> Si v. di recente T.A.R. Lazio, sent. n. 11984/2010, il quale, nell'ambito di una vicenda espropriativa non legittimamente perfezionata sottolinea che il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU quali principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, poiché le norme della Convenzione sono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali in forza del diritto comunitario; in tal senso, anche Cons. Stato, sent. n. 1220/2010.

<sup>102</sup> Si cfr. Tania Groppi, ( a cura di ), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; Girolamo Strozzi, "" La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Ordinamento degli stati membri"", scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile, Padova, 1995; Alfonso Celotto, "Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?", <[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)>, n.5/2010.

<sup>103</sup> Così Giuseppe Colavitti, "Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme Cedu grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?", *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010.

<sup>104</sup> Anche se come lucidamente sottolineava Nigro i problemi del processo amministrativo sono così strettamente connessi col diritto amministrativo in senso sostanziale che ogni riferimento al processo amministrativo finisce col tramutarsi in un riferimento alla effettiva tutela delle situazioni soggettive.

<sup>105</sup> Principi di carattere generale che risiedono nel primo paragrafo dell'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e si riferiscono all'individuazione di diritti specifici quale il diritto ad essere giudicato

effettività della tutela giurisdizionale che esige, tra l'altro, nel corso di un giudizio l'adozione di quelle misure anche cautelari affinché la decisione attribuisca tutte le utilità che spettano al diritto sostanziale), a cui i giudici nazionali sono comunque tenuti ad osservare, ma che solo raramente attengono al contenuto del processo stesso, materia ritenuta di esclusiva competenza delle legislazioni statali<sup>106</sup>.

A tal riguardo, partendo dal principio del giusto processo (che prima della revisione costituzionale dell'art. 111 trovava il suo fondamento direttamente nell'art. 6, par. 1 CEDU) si segnalano diverse decisioni della Corte dei diritti umani di Strasburgo aventi ad oggetto l'effettivo rispetto dei principi di imparzialità e di indipendenza da parte del giudice amministrativo alla luce del fatto che l'attribuzione agli organi di giustizia amministrativa di funzioni consultive ed ausiliari dell'esecutivo, accanto a quelle giurisdizionali, ha suscitato più di un dubbio sulla compatibilità di tale modello, peraltro vigente in molti paesi aderenti alla Convenzione, con il disposto di cui all'art. 6. Uno delle prime decisioni della Corte europea dei diritti in tema di cumulo di funzioni giurisdizionali e consultive in capo agli organi di giustizia amministrativa è stata la sentenza Procola/c Stato del Lussemburgo del 1995, nella quale si stabiliva il difetto di imparzialità del Collegio del Consiglio di Stato lussemburghese perché quattro membri su cinque del collegio si erano occupati già precedentemente della medesima questione in sede consultiva. Con la decisione in esame, tuttavia, la Corte, pur rilevando nella composizione del Consesso un difetto di terzietà rispetto alle parti, non andò oltre le circostanze della fattispecie concreta<sup>107</sup>, rifiutandosi di formulare un principio generale mediante il quale stabilire la contrarietà alla Convenzione di ogni sistema normativo che avrebbe previsto il cumulo di entrambe le funzioni in seno ad uno stesso assetto giudiziario<sup>108</sup>. Tale considerazione è confermata dal fatto che la Corte in seguito si pronunciò diversamente sul tema, limitandosi con la decisione Kleyn del 2003, questa volta riguardante il Consiglio di Stato olandese, ad affermare che l'esistenza di meccanismi idonei a garantire la diversità delle persone fisiche, cui era affidata la decisione sul medesimo atto nei due diversi consessi, era sufficiente a garantire l'imparzialità del giudice e la conseguente non violazione dell'art. 6 della Convenzione<sup>109</sup>. Gli spunti più significativi si registrano, tuttavia, con le sentenze Sacilor Lormines del 2006 e Dubus del 2009 c. Francia, le quali hanno messo seriamente in

---

da un tribunale imparziale, indipendente e precostituito per legge e il diritto ad un processo la cui durata sia ragionevole.

<sup>106</sup> Si v. Mario Chiavario, "Giudicato e processo iniquo": "la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)", *Giur. cost.*, 2008, p. 1522 ss.; Vincenzo Sciarabba, "Il problema del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e .... legislatore?", <[www.quadernicostituzionali.it](http://www.quadernicostituzionali.it)>, n.5, 2008.

<sup>107</sup> Nella medesima linea di tendenza si v., Corte EDU, sentenza MC Gonnell del 2000.

<sup>108</sup> Quanto detto è dimostrato dal fatto che la maggior parte degli Stati membri hanno interpretato in senso restrittivo la sentenza della Corte di Strasburgo del 1995.

<sup>109</sup> Si rinvia a Miriam Allena, *Art. 6 Cedu, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 20 ss.



discussione il sistema francese basato invece sulla duplicità delle funzioni in capo al medesimo organo<sup>110</sup>. Infatti, in queste decisioni, nonostante si sancisse in linea di principio che il cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali in capo ad un medesimo organo collegiale era compatibile con i principi dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice garantiti dall'art. 6 CEDU, si è poi aggiunto che il cumulo delle funzioni era subordinato, tuttavia, alla natura e alla portata dei compiti di chi agiva in sede istruttoria<sup>111</sup> e all'assenza di compimento di atti e di accusa da parte dello stesso<sup>112</sup>.

Le conclusioni cui siamo pervenuti sono coerenti con il tradizionale modello italiano<sup>113</sup>, strutturato anch'esso su di un organo di giustizia amministrativa di appello quale è il Consiglio di Stato<sup>114</sup>, il quale garantisce la legalità e l'efficacia dell'attività amministrativa anche mediante una funzione consultiva disciplinata dall'art. 100 Cost. che si concreta quale strumento preventivo di controllo della formazione degli atti normativi «che, dal punto di vista della Convenzione, costituisce una garanzia dell'individuo contro gli abusi dell'Autorità pubblica»<sup>115</sup>.

Considerazioni diverse vanno fatte in relazione all'incidenza esercitata dalle disposizioni della Convenzione sulle norme nazionali che disciplinano i termini decadenziali<sup>116</sup> entro i quali impugnare i provvedimenti amministrativi<sup>117</sup>. In base ad una lettura congiunta degli artt. 6 e 13 CEDU, infatti, si evince per gli Stati aderenti solo l'obbligo del rispetto del diritto fondamentale di accesso al giudice<sup>118</sup> al fine di stabilire la responsabilità di chi commette la violazione e di risarcire i possibili danni<sup>119</sup>, mentre nessun limite vincola i giudici nazionali di astenersi di pronunciarsi nel merito nel caso si violino le norme vigenti interne disciplinanti i termini

---

<sup>110</sup> Cfr. Jean Claude Soyer- Michele De Salvia, "ARTICLE 6", L.E. Pettiti - E. Decaux- P.H. Imbert, *La Convention européenne de droits de l'homme. Commentaire*, Paris, 1999; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, VII ed., Paris, 2005.

<sup>111</sup> Si v. anche Corte EDU, sent. 12 aprile 2006, Martinie c. Francia.

<sup>112</sup> Silvia Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, p. 357. Si cfr. anche Corte EDU, sent. 28 aprile 2009, n. 14, Savino c. Italia; Corte EDU, sent. 11 giugno 2011, Kress c. Francia.

<sup>113</sup> Cfr. da ultimo Corte cost., sent. n. 273/2011.

<sup>114</sup> Sabino Cassese, "Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore", *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di Gabriele Pasquini e Aldo Sandulli, Milano, 2001.

<sup>115</sup> Così, Pasquale De Lise, "Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo", cit. p. 8. Inoltre si v., Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2009.

<sup>116</sup> Corte cost., sentt. nn.93/62 e 159/69.

<sup>117</sup> E' noto come nel processo amministrativo spesso s'imponga alla parte, a pena di decadenza, il compimento di un particolare atto entro un predefinito arco temporale, dovendosi garantire innanzitutto il principio della certezza dell'azione amministrativa la quale non può essere ostacolata dalla pendenza di un giudizio la cui conclusione non è dato sapere quando arriverà. Si cfr. Corte EDU, sent. 15 settembre 2009, Moskal c. Polonia.

<sup>118</sup> Tale diritto è consacrato anche nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>119</sup> Corte EDU, Golder c. Regno Unito, 21 febbraio 1975, n. 4451/70.

di decadenza per l'impugnazione<sup>120</sup>. Del resto, la stessa Corte EDU ha riconosciuto agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità in tema di fissazione dei termini procedurali, stabilendo nella storica sentenza *Golder* del 1975, che la valutazione della ragionevole durata di un processo era proporzionata alle caratteristiche della controversia su cui il giudice era chiamato a pronunciarsi<sup>121</sup>. In altri termini, la Corte ritenne che il termine ragionevole di un processo non fosse determinabile a priori e che spettasse proprio a essa giudicare la coerenza in base agli elementi di fatto dei singoli casi processuali: la complessità del caso, la natura degli interessi oggetto della controversia, la verifica in parte complessa degli elementi probatori. Con riferimento a quanto detto, si rileva, alla luce della recente giurisprudenza della Corte in esame, però un percorso non del tutto lineare: per esempio, il giudice di Strasburgo ha statuito l'irragionevolezza della durata di cinque anni di un procedimento svoltosi dinanzi alla nostra Corte dei Conti in base alla motivazione che l'iter procedurale comunque si fosse svolto in un solo in un grado di giurisdizione<sup>122</sup>, mentre ha ritenuto non irragionevole la durata di oltre tre anni di due gradi di giudizi, nonostante la sola indagine preliminare si fosse protratta oltre un anno<sup>123</sup>. Di notevole interesse sono anche quelle decisioni nelle quali si è definita irragionevole la durata di un processo per i tempi protrattisi nello svolgimento dell'attività istruttoria e nel processo di appello<sup>124</sup> o per il tempo di attesa di un privato( 24 anni) per ottenere un'indennità definitiva a seguito di un' ampio intervento di nazionalizzazione da parte dello Stato<sup>125</sup>. Nel percorso giurisprudenziale della Corte EDU si rileva anche la necessità che la durata del processo non pregiudichi la garanzia del diritto azionato dal privato. In relazione a quanto affermato, la Corte di Strasburgo stabilisce l'impossibilità che si garantisca un'effettiva tutela giurisdizionale durante un processo nel quale troppo onerosi risultino i costi per le parti ricorrenti<sup>126</sup>, ovvero, quando si fronteggi un'amministrazione poco collaborativa che generi un accesso frammentato o omisato degli atti , o ancora, reiteri provvedimenti illegittimi dando luogo a numerosi

---

<sup>120</sup> A conclusioni parzialmente diverse sembra poter giungere riguardo l'incidenza del diritto dell'U.E. sulle regole procedurali ed impugnatorie vigenti negli Stati membri. In effetti, la Corte di Giustizia europea con la sentenza *Santex* del 2003 ha riconosciuto per la prima volta a un giudice nazionale di disapplicare un atto amministrativo in spregio al diritto comunitario nonostante fossero già cessati i termini impugnatori. A tal proposito si cfr. anche T.A.R. Sardegna, sent. n. 549/2007 e Cons. Stato, sent. n. 1054/2009.

<sup>121</sup> Corte EDU, 23 settembre 1998, *Zubani c. Italia*, nella quale decisione si è dichiarato non tardivo un ricorso nonostante fossero violati i termini di proposizione poiché si è affermato che l'occupazione illecita comporta un illecito continuato.

<sup>122</sup> Corte EDU, sent. 26 luglio 2011, *Capriati c. Italia*. Si cfr. anche Corte EDU, sent. 13 gennaio 2011, *Hoffer e Annen c. Germania*.

<sup>123</sup> Corte EDU, sent. 19 luglio 2011, *Buldakov c. Russia*.

<sup>124</sup> Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Kashavelov c. Bulgaria*.

<sup>125</sup> Corte EDU, sent. 11 gennaio 2000, *Almedia Garrett, Mascarenhas Falcao, c. Portogallo*.

<sup>126</sup> Corte EDU, sent. 16 dicembre 1992, *Geouffre de la Pradelle c. France*.

ricorsi<sup>127</sup>. Alla luce di tali pronunciamenti e in conformità al vincolo internazionale di provvedere all'adozione di tutte quelle misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata, anche il Consiglio di Stato<sup>128</sup> si è pronunciato sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, garantendo in alcuni casi, mediante una innovativa interpretazione dell'art. 389 c.p.c. in tema di restituzione d'indebitto, l'apposizione della clausola esecutiva alle sentenze amministrative.

Per quanto riguarda, infine, il tema concernente il principio di "égalité des armes" delle parti processuali, la non diretta applicabilità delle norme della Convenzione<sup>129</sup> ne ha certamente accentuato lo stato di oggettiva incertezza; com'è noto, nel nostro processo amministrativo (nonostante l'entrata in vigore del nuovo codice nel 2010), a differenza del processo civile, non esiste ancora un'effettiva parità tra le parti processuali<sup>130</sup>. Tale posizione di subordinazione del privato nei confronti dell'amministrazione deriva in fondo dalla natura stessa del processo in esame che, essendo da ricorso, non legittima il ricorrente a raccogliere prove che non trovino origini in fatti o atti interni all'amministrazione precedente, sulla quale non grava, ebbene ricordare, nessun obbligo di esibire le prove a proprio sfavore o utili a dimostrare una disparità di trattamento<sup>131</sup>. Del resto, nel nostro processo amministrativo, nonostante i progressi compiuti al fine di porre rimedio alla disegualianza tra le parti pubblica e privata<sup>132</sup>, il principio generale in tema di acquisizione delle prove (peraltro elaborato dalla giurisprudenza) rimane sostanzialmente di tipo dispositivo temperato<sup>133</sup> piuttosto che di tipo dispositivo puro o inquisitorio il quale, com'è noto, riconosce alle parti la disponibilità piena delle prove (il g.a. può disporre attualmente dell'assunzione di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile come quello d'invertire o modificare l'onere della prova ad esclusione però del giuramento e dell'interrogatorio formale). In altri termini, il nuovo codice del processo amministrativo riconosce alle parti ricorrenti l'onere d'introdurre un indizio di prova affinché il giudice eserciti i propri poteri istruttori,

---

<sup>127</sup> Corte EDU, sentt. 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*, nn. 22083/93 e 22095/93; sent. 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*, n. 15869/02; sentt. 7 giugno 2011, nn. 43549/08, 5087/09 e 6107/09; sentt. 11 aprile 2013, *Firoz Muneer c. Belgio*, n. 56005/10; *Sikuta c. Russia*, n. 45373/05; *Vyerentosov c. Ucraina*, n. 20372/11.

<sup>128</sup> Cons. Stato, sent. n. 1220/2010.

<sup>129</sup> Si cfr. Corte Cost., sent. n. 264/2012.

<sup>130</sup> Rocco Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2011.

<sup>131</sup> Anche nel processo amministrativo il principio è quello che l'onere della prova spetta a chi compie l'affermazione, ma tuttavia per ovviare alla posizione di disparità del privato rispetto all'autorità pubblica si è prodotto il concetto di principio di prova dove è richiesta solo un inizio di dimostrazione della fondatezza della propria pretesa. Si cfr., in tema di mezzi istruttori, Corte cost., sent. n. 146/87.

<sup>132</sup> Si pensi il riconoscimento al g.a. di avvalersi nel processo della consulenza tecnica d'ufficio, strumento necessario per accertare in modo pieno i fatti.

<sup>133</sup> Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 924/2011.

ma poi riserva a quest'ultimo l'esclusivo compito di acquisirne gli elementi<sup>134</sup>. Questo punto di disequilibrio è poi accentuato dal fatto che nel processo amministrativo i termini di decadenza per la costituzione in giudizio valgono solo per il ricorrente, mentre le parti resistenti (compresa l'amministrazione) possono costituirsi per la presentazione dei relativi documenti anche in prossimità dell'udienza di discussione (art. 73, c. 1, c.p.a.), costringendo il ricorrente, nel qual caso, a dover replicare in brevissimo tempo<sup>135</sup>. A questa situazione di disparità *ab origine*<sup>136</sup> si è in parte ovviato alla luce dei numerosi interventi legislativi (L. 241 n. del 1990 e L. n. 15 del 2005) che hanno profondamente innovato il procedimento amministrativo, con evidenti riflessi anche sul processo. Basti pensare che gli effetti prodotti dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento o dall'adottare il provvedimento espresso entro un termine prefissato, non si limitano a bilanciare il rapporto tra privati e la pubblica amministrazione nell'ambito della vicenda procedimentale, ma si riflettono talvolta anche nello stesso processo amministrativo<sup>137</sup> (si consideri l'influenza che essi esercitano sul profilo probatorio).

C'è da puntualizzare, però, che il principio del rispetto della parità delle parti processuali e dell'effettività del contraddittorio<sup>138</sup>, non sono espressamente richiamati nelle disposizioni CEDU, le quali si limitano a disporre rispettivamente nell'art. 6, par. 1, «che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale.....» nell'art. 13 «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano state violate, ha diritto a un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale....». Lo stesso dicasi per la giurisprudenza della Corte dei diritti umani dalla quale sembra difficile ricavarne un principio di carattere generale, giacché le decisioni in tema si riferiscono sempre alle circostanze contingenti del caso producendo effetti nei limiti della cognizione relativa a quella singola controversia. Tuttavia, non mancano decisioni caratterizzate da una maggiore spinta propulsiva dalle quali possono desumersi principi di ordine generale. In tema di effettività del contraddittorio, si segnala la sentenza del 20 febbraio 1996- Vermeulen c./ Belgio, nella quale si è stabilito, soprattutto riguardo il processo amministrativo, alcune inderogabili regole sulla formazione della prova che garantissero a tutte le parti del processo di conoscere e di intervenire dialetticamente su qualsiasi elemento teso al convincimento del giudice. Per quanto riguarda il

---

<sup>134</sup> Si rinvia a Feliciano Benvenuti, "Istruzione nel processo amministrativo", *Enc. dir.*, vol. XXIII, Padova, 1953.

<sup>135</sup> Si v. Margherita Ramajoli, "Giusto processo e giudizio amministrativo", *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, p. 126-127.

<sup>136</sup> Corte Cost., sent. n. 82/96.

<sup>137</sup> Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

<sup>138</sup> Feliciano Benvenuti, "voce Contraddittorio" (*dir. amm.*), *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, p. 738.

rispetto della parità tra le parti processuali, la Corte europea di Strasburgo<sup>139</sup> si è più volte pronunciata sulla inderogabilità di questo principio al fine di garantire un equo processo. Sono sufficienti due esempi: nel caso Ruiz- Mateos c. Spagna del 26 giugno 1993, la Corte EDU ha sancito la violazione del principio in esame nell'ambito di un ricorso avverso un decreto presso il Tribunale costituzionale spagnolo, in quanto alla parte privata non si era consentito di usufruire degli stessi mezzi di difesa riconosciuti alla autorità amministrativa. Nel processo Yvon c. Francia, invece, il giudice di Strasburgo ha affermato la diretta violazione dell'art. 6 CEDU in un giudizio di determinazione di un'indennità, giacché la presenza nel giudizio stesso del Commissario di governo, notevolmente avvantaggiato all'accesso delle informazioni, aveva leso il principio della parità tra le parti nel processo<sup>140</sup>.

### 3.1 L'incidenza sul diritto sostanziale amministrativo

Come anticipato l'ordinamento amministrativo italiano è stato oggetto negli ultimi anni di numerose riforme legislative e costituzionali volte a realizzare un modello di diritto amministrativo paritario, capace, almeno dal punto di vista sostanziale, di garantire un deciso rafforzamento delle posizioni giuridiche soggettive. Per la consacrazione di tale modello, tuttavia, un ruolo decisivo, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, lo hanno recitato le disposizioni della Convenzione e l'attività ermeneutica della Corte EDU, le quali garantiscono «forme di tutela in capo ai cittadini sempre più significative, a graduale discapito e logoramento degli ampi spazi della discrezionalità amministrativa»<sup>141</sup>.

Alcune considerazioni sulla disciplina della proprietà privata nel nostro ordinamento sono eloquenti per confermare quanto appena detto. È noto che la Costituzione repubblicana, nonostante garantisca al diritto fondamentale della proprietà privata la piena tutela, ne prevede anche limiti al fine di assicurarne la funzione sociale<sup>142</sup>. In particolare, l'art. 42 Cost. riconosce all'autorità pubblica il potere di espropriare un bene in proprietà privata per finalità d'interesse pubblico e di occu-

---

<sup>139</sup> Corte EDU, sent. 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria; sent. 2 ottobre 1993, Dombó Beheer; sent. 31 ottobre 2001, Solakov c. Macedonia.

<sup>140</sup> Jean Françoise Renucci, *Droit européen des droits de L'Homme*, Parigi, 2002. Si v. anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 4699/08.

<sup>141</sup> In tal senso, Filippo Patroni Griffi, "Tutela nazionale", cit., p. 4.

<sup>142</sup> Si v., tra gli altri, Umberto Pototschnig (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Vicenza, 1967; Massimo Saverio Giannini, "Basi costituzionali della proprietà", *Politica del diritto*, 1971; Aldo Sandulli, "Profili costituzionali della proprietà privata", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972; Domenico Sorace, "Espropriazione per pubblica utilità e misura dell'indennizzo", Milano, 1974; Livio Paladin, "Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale", *Studi Giannini*, Milano, 1988.

parlo qualora ricorrano alcuni presupposti stabiliti dalla legge<sup>143</sup>. L'assenza di tali presupposti (si pensi a una dichiarazione di pubblica utilità cui non faccia seguito il decreto di esproprio) provoca in capo alla pubblica amministrazione un astratto conferimento del potere di esproprio o di occupazione, che si concreta in un'occupazione illegittima della proprietà e all'individuazione degli strumenti azionabili dal privato nei confronti dell'autorità amministrativa statale. Tuttavia, la materia, prima ancora che fosse disciplinata dall'art. 43 del d. P. R. n. 327/2001, fu oggetto di una lunga ricostruzione in via giurisprudenziale culminata con due decisioni della Corte di Cassazione<sup>144</sup>, peraltro molto criticate dalla dottrina<sup>145</sup>, nelle quali si formulò l'occupazione appropriativa<sup>146</sup> che prevedeva, anche in assenza del formale decreto di esproprio, l'acquisto della proprietà del bene da parte della pubblica amministrazione per effetto della trasformazione dello stesso per la realizzazione dell'opera dichiarata ormai pubblica<sup>147</sup>. Tale fattispecie<sup>148</sup>, che in sostanza ricollegava effetti acquisitivi a una condotta illecita della p.a. e che garantiva al privato solo una tutela risarcitoria (e non restitutoria del bene), è stata fortemente criticata dalla Corte EDU<sup>149</sup>, poiché ritenuta in contrasto con il principio di legalità e di tutela della proprietà privata sancito dalla Convenzione europea<sup>150</sup> (art. 1 del prot. n.1 addizionale). Con due successive sentenze<sup>151</sup>, la Corte di Strasburgo, affermando che l'acquisto di un diritto non poteva fondarsi su un comportamento illegittimo o illecito e che la sottrazione del bene al suo titolare si realizzava solo

<sup>143</sup> Si cfr. Franco Pugliese, "Occupazione nel diritto amministrativo", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, X, p. 261 ss.

<sup>144</sup> Corte Cass., sentt. nn. 1464/1983 e 3940/1988.

<sup>145</sup> Si v., ex multis, Marco Comporti, "Dall'occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa", *Riv. giur., edilizia*, 1985, II, p. 15 ss; Vittorio Angiolini, "Nuova disciplina della c.d. accessione invertita: toccata e fuga dalla tutela costituzionale della proprietà privata", *Studium iuris*, II, 1996, p. 979 ss; di recente, Giuseppe Stellin, Valentina Cingano, "L'occupazione illegittima di un bene ad opera della p.a.: profili giuridici ed estimativi", *Giorn. Di dir. amm.*, n. 11/2012, p. 1129.

<sup>146</sup> Roberto Conti, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.

<sup>147</sup> Dalla occupazione appropriativa va distinta quella di tipo usurpativa caratterizzata dalla mancanza assoluta di un titolo pubblicistico legittimante e anch'essa oggetto di ricostruzione giurisprudenziale (ex plurimis, Corte Cass. sentt. nn. 1814/2000 e 4451/2001). Quest'ultima per il fatto che sottrae la proprietà al privato in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, non comporta l'acquisto della stessa alla p.a. prevedendo a favore del privato, oltre il risarcimento, anche la restituzione del bene.

<sup>148</sup> Si cfr. Corte cost., sent. n. 188/1995 nella quale decisione è salvaguardato l'interesse dell'opera pubblica rispetto a l'interesse del privato al quale non resta che un'adeguata indennizzazione.

<sup>149</sup> La prima significativa sentenza in materia di espropriazione della Corte EDU risale al 1982 con la decisione del 23 settembre 1982 Sporong e Lonroth c. Svezia.

<sup>150</sup> Corte EDU, 18 dicembre 1996, Loizidou c. Turchia. C'è da considerare tuttavia che la Corte EDU, a differenza del nostro codice, non elabora nessuna nozione di proprietà che sia fondata sul carattere dell'appartenenza. Da ciò deriva che il diritto di proprietà non si qualifica in termini di rapporto tra la persona e il bene.

<sup>151</sup> Corte EDU, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia; Corte EDU, 30 maggio 2000, Società Belvedere Alberghiera c. Italia;

con il compimento della procedura espropriativa in base alla dichiarazione di pubblica utilità<sup>152</sup>, ha profondamente influenzato il legislatore statale, il quale, prima con l'art. 43 del d. P.R. n. 327/2001 (peraltro dichiarato incostituzionale per vizi di forma dalla Consulta) e successivamente con l'art. 42 bis del d.l. 98/2011, ha disciplinato in modo innovativo la fattispecie dell'utilizzazione *sine titulo* di un bene per scopi di interesse pubblico<sup>153</sup>. In sostanza, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto, la nuova normativa prevede che in caso di occupazione illegittima di un bene privato, l'amministrazione procedente è messa di fronte ad una scelta obbligata: emanare un provvedimento legittimo di acquisizione oppure restituire il bene<sup>154</sup>, cancellando così dal nostro ordinamento l'occupazione sia appropriativa che usurpativa<sup>155</sup>. L'influenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla tutela del diritto di proprietà si è manifestata anche per la determinazione dell'indennizzo a favore del privato. Il tema è particolarmente delicato perché l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione nel momento in cui, per esigenze d'interesse pubblico, incide sul diritto di proprietà, non deve spingersi fino al punto di sacrificare eccessivamente il diritto fondamentale del privato. Tale principio è affermato in una importante decisione<sup>156</sup> nella quale la Corte dichiarava la violazione dell'art. 1 par. 1 della Convenzione da parte dello Stato italiano a causa di un procedimento espropriativo in cui l'amministrazione procedente, in assenza di ampie riforme economiche e sociali, riconosceva ai ricorrenti un'indennità nettamente inferiore al valore venale del bene. Sulla scia di quest'orientamento, di cui questa pronuncia costituisce espressione, il Consiglio di Stato<sup>157</sup> ha aderito ai dettami indicati dalla Corte europea dei diritti umani, fornendo un'interessante e nuova lettura dell'art. 43 del T. U. delle espropriazioni, dalla quale si evince che l'indennità di esproprio, pena la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo, deve quantificarsi secondo razionalità, equità e diritto<sup>158</sup>.

L'incidenza della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto amministrativo sostanziale non si limita chiaramente al diritto di proprietà. Numerose posizioni giuridiche soggettive rientranti nella cognizione del giudice

---

<sup>152</sup> Si cfr. Giulia Milo, "Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1485 ss.; Fabio Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005.

<sup>153</sup> C'è da sottolineare che l'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 su ipotesi di occupazione *sine titulo* aveva connesso il procedimento ablatorio all'emanazione di un provvedimento sanante che permetteva alla pubblica amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, quando il bene fosse stato modificato per fine di interesse pubblico.

<sup>154</sup> Nel rispetto delle statuizioni europee si v. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 6351/2011.

<sup>155</sup> Cons. Stato, sentt. nn. 290/2006 e 2582/2007.

<sup>156</sup> Corte EDU, sent. 15 luglio 2004, Scordino c. Italia.

<sup>157</sup> Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2005.

<sup>158</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 347 e 348/2007; in dottrina, Francesco Manganaro, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà", *Relazione italo-francese di diritto amministrativo*, 12 ottobre 2007, p.29.

amministrativo sono collegabili a quei diritti fondamentali che la CEDU, pur garantendoli, non nega la possibilità che questi s'intersechino con il potere pubblico. Un esempio è fornito dal diritto all'istruzione che l'art. 2, prot. 1 CEDU riconosce a tutti gli individui e che costituisce per il nostro giudice amministrativo un parametro di riferimento necessario per la tutela del diritto nelle sue decisioni di merito. Emblematica è la sentenza del Consiglio di Stato del 27 febbraio 2007 n. 1734 che, in forza proprio del vincolo internazionale, ha confermato l'obbligo dello Stato italiano di garantire il diritto all'istruzione anche per gli studenti stranieri irregolari frequentanti regolarmente le scuole medie superiori, ma nel frattempo divenuti maggiorenni. In particolare, il Supremo consesso, dichiarando infondato il ricorso del Ministero dell'interno e della Questura di Terni avente ad oggetto la revisione della sentenza di prima cura del T.A.R. Umbria<sup>159</sup>, ha ritenuto privo di ogni fondamento normativo il provvedimento che riservava ai soli minorenni il permesso di soggiorno per motivi di studio per l'iscrizione a una scuola media superiore.

Maggiore attenzione denota il giudice amministrativo<sup>160</sup> quando, sempre in tema di tutela del diritto all'istruzione, ha annullato i piani di dimensionamento delle istituzioni scolastiche e di ridefinizione della rete scolastica predisposti negli anni dalle amministrazioni competenti in attuazione dei decreti Miur, perché reputati, con la perdita dei vecchi insegnati, destabilizzanti per la delicata formazione dello studente. Nel medesimo quadro interpretativo si riconducono quelle decisioni dei giudici amministrativi<sup>161</sup> che hanno bocciato, in alcuni casi, il numero programmato per l'accesso degli studenti ai corsi di laurea a numero chiuso, poiché ritenuto lesivo della parità di trattamento (art. 3 CEDU) e del diritto all'istruzione riconosciuto a tutti gli individui (art. 2 Prot. 2, n. 1 CEDU).

Aspetti più complessi presentano quelle situazioni in cui s'incrociano le tutele di più diritti parimenti garantiti dall'ordinamento. In tali circostanze, non sempre le istituzioni nazionali si sono conformate alle direttive dettate dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, ingenerando così lunghe *querelles* tra i due tipi di ordinamenti. Tanto premesso, un esempio lampante è fornito dal percorso giurisprudenziale della Corte europea dei diritti sul tema della presenza o meno del crocifisso nelle nostre aule scolastiche. Invero, con la sentenza di primo grado del 3 novembre 2009 *Lautsi v. Italia*, la Corte ritenne, in linea con sue precedenti deci-

---

<sup>159</sup> Il Giudice umbro aveva annullato il diniego di un permesso di soggiorno da parte della Questura di Terni ad una ragazza thailandese. L'autorità competente, in base ad un dichiarato convincimento, riteneva che le disposizioni dell'art. 49 del d.P.R. n. 349/1999 non prevedessero il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di studio per la frequenza delle scuole media superiori a stranieri di età superiori a 18 anni, mentre nulla ostava al rilascio del permesso se l'interessata lo avesse chiesto per l'iscrizione all'università.

<sup>160</sup> Ex plurimis, T.A.R. Sardegna, sent. n. 327/2013; T.A.R. Lazio, sent. n. 3497/2012; Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 661/2007.

<sup>161</sup> Si v. recentemente, T.A.R. Lazio, sez. III, ord. n. 10765/2012.



sioni<sup>162</sup> e operando un equo bilanciamento fra il diritto dell'istruzione e il diritto di manifestare il proprio credo religioso, che la presenza del crocifisso nelle nostre aule scolastiche fosse da considerarsi un «*signe extérieur fort*» passibile di turbare la garanzia di pluralità dell'educazione di cui all'art. 2, prot. 1 CEDU. Nelle pieghe del giudizio, che si concluse anche con la condanna dell'Italia al pagamento dei danni morali ai ricorrenti, due in particolare furono i rilievi mossi dal giudice europeo: in primis, l'importanza di garantire il principio della libertà d'insegnamento, anche religioso, in quegli alunni in cui lo sviluppo della personalità era in una fase ancora estremamente delicata, in secondo luogo, la convinzione che il crocifisso fosse simbolo idoneo ad esprimere soprattutto valori religiosi e pertanto avvertito da chi apparteneva ad altra religione o da chi si professava ateo quale elemento distintivo della religione cattolica. È noto, invece, il diverso orientamento giurisprudenziale intrapreso dai giudici nazionali, anche costituzionali, sul tema<sup>163</sup>. Sin dai primi pronunciamenti, infatti, si ritenne che il crocifisso esposto non rappresentasse solo un significato religioso, ma costituisse anche espressione dei valori di altruismo, di solidarietà, di rispetto della persona umana perché tale, di libertà delle coscienze<sup>164</sup>. Ciò spiega le ragioni che spinsero i giudici amministrativi, oltre a non declinare la propria competenza in materia considerando la situazione giuridica d'interesse legittimo<sup>165</sup>, a ribadire la necessità della presenza del crocifisso nelle aule scolastiche perché simbolo che assumeva diversi significati e serviva per intenti diversi secondo il luogo in cui era posto, oltre ad essere espressione di valori perfettamente compatibili con il principio di suprema laicità sancito dalla nostra Carta fondamentale<sup>166</sup>. Queste conclusioni alle quali giunse la giurisprudenza amministrativa del tutto opposte alla sentenza Lautsi non lasciarono insensibile il giudice di Strasburgo che inaspettatamente ribaltò la sentenza in prime cure il 18 marzo 2011<sup>167</sup>, stabilendo con sentenza definitiva che in realtà non sussistevano elementi che provassero l'eventuale influenza sul libero sviluppo della personalità degli alunni dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Nonostante la sentenza Lautsi abbia suscitato recentemente non poche critiche tali da far preconizzare in seno alla Corte perfino una svolta di stampo tradizionalista, si é

---

<sup>162</sup> Corte EDU, sentt. 7 dicembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, C. Danimarca; 15 febbraio, 2001, Dahlab c. Svizzera; 29 giugno 2004, Sahin c. Turchia.

<sup>163</sup> Si cfr. Corte cost. ord., n.389/2004; per un commento si v., ex plurimis, Stefano Ceccanti, "Crocifisso: dopo l'ordinanza n.389 del 2004. I veri problemi nascono ora", <[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)>, 2004. T.A.R. Lazio, sent. n.4558/2002; Trib. civ. Bologna, sez.I, ord. 24 marzo 2005; Trib. civ. Aquila, ord. 26 maggio 2005.

<sup>164</sup> Si v. Sergio Lariccia, "Poco coraggio e molto cautele in una sentenza della Corte di Cassazione sul tema della presenza dei simboli religiosi nelle aule di giustizia", *Giur. cost.*, 2009, n.3, p. 2133 ss.

<sup>165</sup> Sul punto si v. Jean Pasquali Cerioli, "Rassegna di giurisprudenza sull'affissione del crocifisso negli edifici pubblici (2003-2006)", *Il dir. eccl.* II, 2005, p. 63.

<sup>166</sup> T.A.R. Lazio, sent. n. 1110/2005.

<sup>167</sup> In senso critico, Stefano Anitori, "La sentenza della Corte europea sul crocifisso, tra margine di discrezionalità e principio di uguaglianza", <[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)>, 2011, p. 2.

dell'opinione che la soluzione adottata sia rispettosa del dettato costituzionale italiano e ribadisca il naturale ruolo del giudice europeo dei diritti umani che rimane quello di garantire innanzitutto che le situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria non trovino ostacoli o difficoltà di natura processuale presso gli organi giudicanti nazionali.

#### 4. Riflessioni conclusive

Le considerazioni di cui sopra ci inducono a sottolineare che nell'ambito di una società complessa ed eterogenea come quella attuale, i diritti fondamentali dell'uomo non possano fare a meno della tutela approntata da parte del giudice amministrativo. Quest'ultimo, alla luce anche di una favorevole riscrittura della legge sul processo amministrativo che, come già accennato, ha introdotto importanti novità quali le tecniche inibitorie<sup>168</sup> e quelle cautelari ante-causam, da tempo ormai si pone in «concorrenza» con il giudice civile nella cognizione dei diritti costituzionalmente protetti<sup>169</sup>, grazie anche al superamento di quel modello che riservava al giudice amministrativo soltanto la cognizione dei c.d. diritti minori (ossia quelli sostanzialmente economici). Tuttavia, sarebbe un errore pensare, nell'ambito di una prospettiva di più ampio respiro, che il forte interesse del giudice amministrativo verso i diritti fondamentali derivi solo dai profondi mutamenti che nel frattempo hanno investito il quadro normativo del nostro ordinamento interno. Il fatto che il giudice amministrativo si pronunci su controversie concernenti la violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico, trova un fedele alleato nella stessa Convenzione europea dei diritti umani, la quale, non ignorando che nelle vicende procedurali i diritti e le libertà spesso s'intersecano con l'esercizio dei pubblici poteri, pone in una nuova luce la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo definita, per tradizione e cultura, avvezza allo svolgimento della delicata funzione di contemperamento tra l'interesse pubblico e le posizioni soggettive dei singoli. Dal canto loro, sia i Tar sia il Consiglio di Stato dimostrano, in numerose decisioni, un'approfondita conoscenza del diritto convenzionale e dell'attività giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, acquisendo così una consapevolezza (in alcuni casi maggiore di quella dei giudici ordinari e costituzionali) della necessità della complementarietà dei ruoli fra giudici interni e quelli europei al fine di realizzare un sistema integrato di tutela dei diritti umani<sup>170</sup>. Prova di quanto affermato sono le numerose sentenze

---

<sup>168</sup> La tutela inibitoria per i diritti fondamentali assume un'importanza estrema in quanto ha come principale obiettivo quello di evitarne la lesione prima ancora che a risarcire nel danno una volta che la vulnerazione si è consumata.

<sup>169</sup> Cfr. Corte cost., sent. n.140/2007.

<sup>170</sup> Corte EDU, sentt. , 9 ottobre 1979, Airey c. Irlanda; 2 maggio, 1997, D. c. Regno Unito; 27 maggio 2008, N. c. Regno Unito.

dei giudici amministrativi che, nel garantire la tutela di un diritto fondamentale, hanno direttamente recepito le disposizioni della CEDU, disapplicando la normativa interna<sup>171</sup>. Alla luce delle considerazioni suesposte emerge un dato incontrovertibile: l'evoluzione del sistema delle tutele amministrative non si esaurisce più nella tradizionale dialettica Stato- società civile, ma si dispiega nell'ambito di quel rapporto multipolare nel quale sono attori anche gli organismi sovranazionali. In questo rapporto composito, in cui il riconoscimento dei c.d. «nuovi diritti» è il risultato principalmente dell'attività delle Corti, nazionali ed europee, un ruolo non certo più da comprimario lo ricopre proprio il giudice amministrativo. Ecco perché, in conclusione, affiorano non poche perplessità sulla recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>172</sup> che, in verità alla luce di un consolidato orientamento<sup>173</sup>, ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di respingimenti differiti degli stranieri, ribadendo la natura di tali provvedimenti quali atti amministrativi incidenti sui diritti soggettivi<sup>174</sup>. Non volendo ritornare sulla questione se sia o meno anacronistico definire, dopo una lunga serie di riforme legislative culminate nell'attuazione del codice processuale amministrativo, il giudice amministrativo quale giudice esclusivamente degli interessi e dell'attività discrezionale, è, tuttavia, ben noto che la delicata disciplina dei respingimenti pone l'Italia in una posizione alquanto isolata rispetto agli altri paesi europei dotati di giurisdizioni amministrative autonome, i quali, in assenza di riparto, attribuiscono proprio alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione delle controversie sulle espulsioni<sup>175</sup>. Nel nostro ordinamento la disciplina dei respingimenti immediati e quelli differiti sono disciplinati dall'articolo 10 commi 1 e 2 del T.U. sull'immigrazione n. 286 del 1998; quest'ultimo, riguardo all'individuazione del giudice davanti al quale lo straniero può invocare la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive, si limita ad attuare il c.d. criterio della "doppia giurisdizione" mediante il quale al giudice ordinario sono attribuite quelle tipologie di controversie sulla base dell'implicito presupposto che trattasi di posizioni di diritto soggettivo, mentre al giudice amministrativo sono conferite quelle tipologie ricollegabili a posizioni d'interesse legittimo, mancando però di qualificare la natura della giurisdizione attribuita al giudice amministrativo (esclusiva?). La lacunosità del provvedimento e la decisione della Corte costituzionale che ha escluso l'incompatibilità assoluta fra esercizio di un potere autoritativo e titolarità di un diritto soggettivo<sup>176</sup>, alimen-

---

<sup>171</sup> T.A.R. Lombardia, sent. n. 91/2008; T.A.R. Lazio, sent. 11924/2010.

<sup>172</sup> Corte Cass., sent., n. 15115/2013.

<sup>173</sup> Corte Cass., ord. n. 19393/2009.

<sup>174</sup> Si v. Nicoletta Vettori, "Il respingimento dello straniero: Le Sezioni Unite individuano i diritti e il ruolo giudice", <www.giustamm.it>, n.8/2013, p.1.

<sup>175</sup> Relativamente al caso francese, si v. "Les mutations du contentieux administratif des étrangers", *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009.

<sup>176</sup> Corte cost., sent. n. 204/2004, cit. .

ta, invece, quella tesi che affiderebbe i ricorsi avverso i provvedimenti di diniego del riconoscimento dello status di rifugiato oppure quelli avverso i provvedimenti di espulsione al giudice amministrativo, in ragione del fatto che quest'ultimo nei confronti del potere autoritativo illegittimamente esercitato dispone di poteri e tecniche di tutele molto più efficaci del giudice ordinario (nella fattispecie addirittura onorario)<sup>177</sup>. Se è vero che «le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti da convenzioni»<sup>178</sup>, l'impressione è che la dimensione del problema non vada sterilmente risolta in sede di riparto<sup>179</sup>, ma nelle opportune sedi legislative dalle quali deve partire lo slancio definitivo affinché si affermi il principio secondo cui l'effettività di un diritto (in questo caso del cittadino extracomunitario), richiede, anche per esigenze di razionalità del sistema, una concentrazione delle tutele davanti ad un unico giudice. Se poi la garanzia di tali tutele (delle libertà e dei diritti) dovrà scaturire principalmente dal risultato di un'indagine cognitoria che non si limiti allo scrutinio soltanto delle Carte Costituzionali e delle loro relative leggi, ma coinvolga anche le concrete dinamiche dei rapporti tra cittadino e potere, la scelta non può che ricadere sul giudice amministrativo.

---

<sup>177</sup> Giovanni Tulumello, "Tutela dei diritti fondamentali o fondamentalismo nella tutela dei diritti?", <[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)>, n.10/2011.

<sup>178</sup> Corte EDU, sent. 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia.

<sup>179</sup> Nello specifico caso diniego del permesso di soggiorno ed espulsione del cittadino extracomunitario sono provvedimenti che pur attenendo a un' unica vicenda sono regolati da due giurisdizioni diverse.