

**L'ATTO VINCOLATO INCARDINA LA GIURISDIZIONE CIVILE
NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO: L'ENNESIMA INCURSIONE
(NOTA A CASS., S.U., ORD. 29 SETTEMBRE 2022, N. 28429,
CONS. STATO, SEZ. III, 3 OTTOBRE 2022, N. 8434, E 5 DICEMBRE 2022, N. 10648)**

di *Lorenzo Cupaioli* (*)

Abstract: L'Autore si pone l'obiettivo di offrire un contributo all'indagine sulla irrisolta "questione di giurisdizione". Si prendono le mosse da recenti pronunce della Cassazione e del Consiglio di Stato, le quali rispecchiano orientamenti diametralmente opposti delle due giurisdizioni superiori sulla competenza giurisdizionale circa la controversia su di un atto amministrativo – asseritamente – vincolato. Dopo aver rappresentato i diversi orientamenti sulla "qualificazione" del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, si propone un'indagine, anche storica, sulla centralità che ha, da sempre, rivestito la discrezionalità amministrativa sul tema e, concludendo, si va alla ricerca di una soluzione logica plausibile, nel pur sempre problematico criterio di riparto attuale.

The author outlines the aim of offering a contribution to the studies on the unresolved "jurisdiction issue". We start from recent judgements of the Cassazione and the Consiglio di Stato, which reflect diametrically opposed orientation of the two higher jurisdictions on the jurisdictional competence in the dispute on an administrative act – allegedly – bound. After representing the different orientation on the "classification" of the action adopted pursuant to art. 4 d.l. n. 44 April 1° 2021, it proposes an investigation, also historical, on the centrality that has, always, covered the administrative discretion on the subject and, concluding, we go in search of a plausible logical solution is sought, in the still problematic current allotment criterion.

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *Il potere amministrativo discrezionale come discrimen tra giurisdizioni: brevi cenni storici.* – 3. *Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione amministrativa.* – 4. *Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione civile.* – 5. *Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 6. *Alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice civile: ammissibilità costituzionale?* – 7. *Conclusioni.*

1. *Premessa*

Al termine del periodo emergenziale, entrambi i plessi giurisdizionali – civile ed amministrativo – sono stati chiamati ad esprimersi sulla legittimità dell'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dall'art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44. Ne è scaturita una diatriba in merito alla giurisdizione competente per queste controversie: le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato la sussistenza di quella civile; pressoché coevamente, la Sez. III del Consiglio di Stato ha affermato quella amministrativa; di lì a poco, la stessa Sez. III del Consiglio di Stato, ormai consapevole – e dando atto – del pronunciamento del giudice della giurisdizione, ha riaffermato la giurisdizione del giudice amministrativo (1). Questione "antica", come è noto, ma, a tutt'oggi, evidentemente, irrisolta. Sulla quale, dunque, vale la pena soffermarsi ancora.

L'articolo di legge, da cui genera la controversia, prevede, nella sua attuale formulazione, che "*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza [...], gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario [...], per la prevenzione dell'infezione da Sars-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione [...]. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione*" (2).

La Cassazione, chiamata a dirimere un conflitto negativo di giurisdizione, ha statuito che, sulle controversie derivanti dall'art. 4 della l. n. 44/2021, vi è giurisdizione del giudice civile (3). Nella fattispecie entrambi i plessi

(*) L. Cupaioli è dottore magistrale in Giurisprudenza e praticante avvocato.

(1) Rispettivamente: Cass., S.U., ord. 29 settembre 2022, n. 28429; Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2022, n. 8434; 5 dicembre 2022, n. 10648.

(2) I commi successivi disciplinano il funzionamento dei controlli: nella prima versione le regioni verificavano lo stato vaccinale degli iscritti agli ordini sanitari, segnalando alla Asl locale i nominativi degli inadempienti all'obbligo e quest'ultima, accertata l'inosservanza, ne dava comunicazione all'interessato e all'ordine. Le modificazioni intervenute hanno riscritto parzialmente tali disposizioni: "Gli Ordini degli esercenti le professioni sanitarie [...] eseguono immediatamente la verifica automatizzata del possesso delle certificazioni verdi Covid-19 comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione". Al comma 4 si legge: "L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale è adottato da parte dell'Ordine professionale territorialmente competente, all'esito delle verifiche di cui al comma 3, ha natura dichiarativa e non disciplinare, determina l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie [...]».

(3) Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit.

giurisdizionali, nelle rispettive sedi di primo grado, avevano declinato la giurisdizione in merito all'annullamento della sospensione, da parte dell'Ordine dei tecnici sanitari, di un fisioterapista, poiché quest'ultimo non aveva acconsentito all'inoculazione del vaccino. Le Sezioni unite hanno considerato prevalente, ai fini del riparto, il diritto “*ad esercitare l'attività (libero-)professionale sanitaria*”, garantito a livello costituzionale, oltre alla circostanza per cui la situazione azionata non è “*intermediata dal potere amministrativo*”. Nonostante le conclusioni cui giunge, la Cassazione precisa che le disposizioni dell'art. 4 sono poste “*a tutela della salute pubblica e della sicurezza delle cure*”. Nelle motivazioni a sostegno di quanto deciso viene richiamato, sostanziosamente, il precedente di Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436.

Il Consiglio di Stato, di contro, senza aver potuto conoscere l'ordinanza della Cassazione, con la prima pronuncia richiamata ha accolto l'appello avverso una sentenza del Tar Liguria, che aveva declinato la giurisdizione su di una fattispecie pressoché analoga a quella sottoposta alle Sezioni unite (4). Ad avviso del Consiglio di Stato, è irrilevante “*che si tratti di un potere discrezionale o vincolato*”, perché ciò che conta è che gli atti impugnati siano emessi nell'esercizio di pubblici poteri: entrambi sono autoritativi, e perciò la controversia viene devoluta alla giurisdizione speciale. Nel caso in esame, inoltre, le disposizioni dell'art. 4 sono volte a tutelare interessi pubblici.

Con l'ultima sentenza in esame, il Consiglio di Stato, “*nonostante il contrario e autorevole avviso*” della pronuncia delle Sezioni unite di settembre, ha ribadito la spettanza della giurisdizione al giudice amministrativo. Nelle motivazioni la Sez. III afferma che “*anche i diritti fondamentali*” possono essere conformati «*dall'esercizio di un potere vincolato inteso [...] ad accertare se la sottoposizione all'obbligo vaccinale non possa essere nociva alla salute del singolo soggetto per specifiche ragioni che passano attraverso il vaglio di un accertamento scientifico o, per usare le parole della Suprema Corte, di una “discrezionalità tecnica” a carattere accertativo*». Il Consiglio di Stato rimarca che «*non può dubitarsi che un potere vincolato a determinati requisiti di ordine tecnico-scientifico sussista, giacché ammettere una “discrezionalità tecnica” necessaria per riscontrare la causa di esonero già vuol dire riconoscere un potere – per quanto non discrezionale c.d. puro – in capo all'amministrazione sanitaria, chiamata ad operare in concreto, in base a valutazioni di carattere scientifico non predeterminate né predeterminabili dal legislatore, un bilanciamento tra l'obbligo vaccinale, (al tempo) vigente, e le condizioni di salute e la “persona” del singolo obbligato*».

Anche l'ordinanza delle Sezioni unite riconosce – almeno in taluni passaggi – la sussistenza di discrezionalità tecnica, ma, come si vedrà anche *infra*, ritiene ciò irrilevante ai fini del riparto di giurisdizione. Il Consiglio di Stato, invece, asserisce quanto segue: “*L'intermediazione di un potere amministrativo vincolato di ordine tecnico-scientifico in capo all'amministrazione sanitaria, innegabile in concreto quando essa debba confrontarsi con la posizione del singolo soggetto che, ad esempio, rivendichi una causa di esonero per le proprie condizioni di salute incompatibili con l'assoggettamento all'obbligo vaccinale, giustifica e radica la giurisdizione del giudice amministrativo*”.

Entrambi i Supremi Giudici pongono al centro dei loro ragionamenti il potere amministrativo conferito dalla legge agli ordini professionali.

Per il Consiglio di Stato, al fine di radicare la giurisdizione speciale, è sufficiente che il potere esista, che venga conferito ad un'amministrazione pubblica e che quest'ultima, sia pur attraverso un'attività vincolata, sia chiamata ad esercitarlo per la cura in concreto di interessi pubblici (c.d. criterio dello “scopo della norma”) (5).

Le Sezioni unite, invece, si spingono – diversamente dal passato, in cui più volte avevano aderito al criterio dello “scopo della norma” – ad affermare che, innanzi ad una attività priva di discrezionalità amministrativa (pura), vi sarebbe sempre e comunque un diritto soggettivo, con giurisdizione del giudice civile per le relative controversie (6). In altre parole, viene affermata la giurisdizione civile a fronte di un atto asseritamente vincolato o, meglio, privo di discrezionalità (pura) (7).

Sull'art. 4 del d.l. n. 44/2021, peraltro, pende una questione di legittimità costituzionale (8).

(4) Cons. Stato, Sez. III, n. 8434/2022, cit.

(5) Già Cons. Stato, Ad. plen., 24 aprile 2007, n. 8, aveva sostenuto che “*anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo*”. Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 5 dicembre 2022, infrange l'automatica corrispondenza creata dalla Cassazione, atto vincolato-diritto soggettivo, “[*la controversia verte su*] di un potere vincolato che viene esercitato a tutela della salute pubblica, di fronte al quale non necessariamente si contrappone un diritto soggettivo, ma può e deve correttamente configurarsi, ad avviso di questo Consiglio, un interesse legittimo alla corretta esplicazione di detto potere”.

(6) Il collegio, condividendo le conclusioni del procuratore generale, considera come centrale la posizione giuridica, azionata dal corrente, del diritto all'esercizio di una attività professionale regolamentata: “*Un diritto che – occorre precisare – trova, anch'esso, garanzia a livello costituzionale*”. Anche le Sezioni unite, per la verità, individuano nella tutela dell'interesse pubblico lo scopo primario delle disposizioni in questione (punto 4.2 dell'ordinanza, terzo capoverso) ma giungono, comunque, a conclusioni diametralmente opposte a quelle del giudice speciale.

(7) Il concetto di discrezionalità a cui, da qui in poi, si farà riferimento è quello formulato da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 74: “[*è*] una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie”.

(8) Le otto ordinanze di remissione sono state emesse sia da organi di giustizia amministrativa che civile. Ciò è indicativo della peculiarità della situazione, della considerazione che entrambi i plessi giurisdizionali hanno avuto della “costituzionalità” di tale obbligo: è un

2. Il potere amministrativo discrezionale come discrimen tra giurisdizioni: brevi cenni storici

Nel modello francese, trapiantato in alcuni Stati italici preunitari, l'esistenza di potere autoritativo in capo all'amministrazione rappresentava il criterio di riparto: le controversie aventi ad oggetto atti amministrativi – cioè quelli adottati *iure imperii* – erano devolute ai tribunali del contenzioso, mentre quelle sugli atti di diritto privato delle pubbliche amministrazioni – cioè quelli adottati *iure gestionis* – erano attribuite all'autorità giudiziaria (9).

Nel 1865, con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, l'Italia tentò “[l’]improvvida esperienza” (10) del modello monistico, allora utilizzato in Belgio, con rilevanti conseguenze in tema di riparto di giurisdizione. Le controversie riguardanti *diritti civili e politici* vennero devolute ad un'unica giurisdizione, quella civile, “*ancorché*” fossero coinvolti provvedimenti emanati dal potere esecutivo (11).

Ma, come è noto, con questa riforma si alzò il sipario sul primo atto di quella che è stata denominata come una lunga “*commedia degli equivoci*” (12), il cui copione era rappresentato dalla netta discrasia tra la lettera delle disposizioni normative, emulatrici del modello belga, da un lato, e, dall'altro, la *forma mentis* con cui si continuò a ragionare: si affermò, cioè, la così detta “teoria nominalistica”, per cui, a fronte di un atto amministrativo adottato *iure imperii*, non poteva sussistere alcun diritto. L'impostazione monistica, indigesta al Consiglio di Stato, che però aveva mantenuto quest'ultimo come giudice della giurisdizione (13), prestò il fianco a reminiscenze esegetiche dualistiche: i diritti sembravano incompatibili con il potere discrezionale e, “*contra legem*”, si diffuse la convinzione che il sindacato giurisdizionale si arrestasse di fronte ad esso (14).

Nel 1889, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, la commedia proseguì, nonostante la riforma fosse stata pensata dichiaratamente “a completamento” della Lac: si (ri)costituì un giudice per gli *affari* rimasti privi di qualsiasi tutela. Essendo evidente la contrapposizione dello spirito di fondo dei due *corpora* normativi, iniziarono copiosi sforzi esegetici volti a coniugare i modelli sincretistici, al fine di creare un “*parasistema*” (15).

Ai fini di soddisfare il criterio di riparto “apparente”, la discrezionalità rimaneva fondamentale anche nella poliedrica figura dell'interesse ranellettiano: in essa fu individuata la chiave di volta per distinguere un diritto soggettivo perfetto da uno “condizionato” (16).

dato rilevante che la non manifesta infondatezza del contrasto coinvolga anche i primi articoli della Carta, n. 1, 2, 3, 4, 32, 33, 34, 35, 36 (c. 1) e 97 Cost. I primi a sollevare la questione sono stati il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (ord. 22 marzo 2022, n. 351) e il Tribunale di Brescia (ord. 22 marzo 2022, n. 151). In attesa del dispositivo della sentenza, dal comunicato dell'1 dicembre 2022 si evince che la Corte ha ritenuto legittimo quanto previsto dalla normativa. Sulle tre pronunce della Corte costituzionale, pubblicate nelle more della redazione di questo contributo, si avrà modo di tornare *infra*.

(9) La differenza tra atto *iure gestionis* e *iure imperii* si può cogliere in G. Mantellini, *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878, 49: “il Governo, come governo o potere, non può tradursi in giudizio a rendere conto dei suoi atti o delle sue omissioni, a rispondere di quanto fa o non fa, *iure imperii*; nel modo che si traduce l'amministrazione come persona, per tutto ciò che attiene alla sua gestione, o ne dipende, per quello che fa o non fa, in questo suo diritto, *iure gestionis*”.

(10) Così M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463

(11) La congiunzione “*ancorché*” si ritroverà periodicamente nel testo: la si prende in prestito dall'art. 2 della l. n. 2248/1865, all. E, dove, nel suo significato originario, rappresentava la prevalenza assoluta del giudice civile e della posizione di diritto soggettivo.

(12) Espressione di A. Piras, M.S. Giannini, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 293.

(13) Il Consiglio di Stato mantenne questo ruolo in forza del combinato disposto dall'art. 13, all. E, e dall'art. 10, all. D. In realtà tali previsioni avrebbero dovute essere transitorie.

(14) Dapprima fu il Consiglio di Stato ad avere «la ferma convinzione [che fosse compito] della giurisprudenza di dover far salvo, precipuamente, il principio della “separazione dei poteri” a determinare la interpretazione restrittiva della formula “diritti civili e politici”»: F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Aa.Vv., Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, ed ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, Vita e pensiero, 2006, I, 3244-3245. Ma, successivamente, la stessa Cassazione, divenuta essa giudice della giurisdizione (l. n. 3761/1877), proseguì nel medesimo senso con la sua giurisprudenza. Per S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 85, il nostro sistema si fonda sull'interpretazione *contra legem* di una legge monistica.

(15) M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1964, 321. Sulle teorie volte a coniugare i modelli cfr. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione, apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, che classifica le dottrine in base al non-conflitto fra giudicati che ne può derivare: teorie della concorrenza e della separazione. Sul punto cfr. anche S. Battini, *op. cit.*, 52-53: “Il legislatore infatti non ha scelto né il modello monista, né quello dualista. O, meglio, li ha scelti entrambi [...]. Donde la concezione di una tutela che, all'interno delle stesse controversie di diritto pubblico, non fosse completamente assicurata da un solo giudice, ma costituisse il risultato dell'azione cumulativa di due giudici tra loro diversi e complementari”.

(16) Ma lo stesso Oreste Ranelletti ammetteva che anche nell'atto vincolato vi fosse potere discrezionale, dismettendo ogni valenza selettiva alla discrezionalità, “appuntandosi piuttosto sull'atto amministrativo *tout court*, in quanto rivolto ad un fine pubblico. Una siffatta prospettiva avrebbe già chiuso il sistema in senso dualistico”: M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 55. L. Marotta, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1976, 84, dopo aver esposto le proprie tesi sulla fallacia delle teorie di Ranelletti, definisce la nozione di interesse legittimo una *soluzione apparente ad un falso problema*.

Le divergenze interpretative vennero arginate con il c.d. concordato giurisprudenziale del 1930, che individuò il criterio del riparto nella dialettica carenza-cattivo utilizzo del potere (17).

La questione fu riaperta dalla Costituzione: prima non vi era alcuna norma “positiva” che consentisse, espressamente, al giudice ordinario di annullare provvedimenti amministrativi. È proprio in forza dell’art. 113, c. 3, Cost. che il giudice civile ha ripreso con i tentativi di “riconquista giurisdizionale” sulle controversie di diritto pubblico. In effetti per “chiudere” il sistema in senso dualistico mancava solamente il tassello dell’atto interamente vincolato, in quanto, secondo la dogmatica del criterio esistenza-carenza di potere, le relative controversie avrebbero potuto essere devolute alla giurisdizione civile: “Una lacuna che non poteva certo essere colmata dalla dottrina, poiché si sarebbe dovuta escludere l’esistenza stessa di una competenza del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico, che ancora, con il criterio della discrezionalità, per quanto ridotta ai minimi termini, pur sempre rimaneva” (18).

La giurisprudenza civile è stata avallata nei tentativi di “riconquista” da una parte della dottrina: tra tutte, quella che più autorevolmente ha tentato di sciogliere il legame atto discrezionale-giurisdizione amministrativa – in senso ancor più favorevole al giudice civile – è rappresentata dalla teoria delle così dette norme di relazione e di azione (19). Altra dottrina, ampiamente utilizzata – cfr. la Cassazione in commento – per riportare sotto l’egida del giudice civile l’atto vincolato, è stata quella delle “catene logiche” norma-fatto-effetto e norma-potere-effetto (20). Anche in merito alla definizione di “discrezionalità” si formularono ipotesi discordanti: “elementi discrezionali della fattispecie” e “fattispecie discrezionale” (21).

Alla luce di questo breve *excursus* storico in ordine al rilievo che ha avuto il potere discrezionale nel riparto fra giurisdizioni – nella sua accezione quale sinonimo di “autoritatività” –, si potrebbe affermare che esso sia la cartina di tornasole delle controversie di diritto pubblico e che assurga “consuetudinariamente” a canone discrezionale (22).

3. Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione amministrativa

Dall’ordinanza della Cassazione in commento emerge come vi sarebbe una corrispondenza biunivoca fra discrezionalità “pura” e potere amministrativo autoritativo: diversamente, in assenza di discrezionalità, o in presenza di “sola” discrezionalità tecnica, l’atto adottato non sarebbe autoritativo, e perciò si relazionerebbe ad un diritto soggettivo, con il conseguente precipitato che le relative controversie sarebbero devolute alla giurisdizione civile. Senonché, questi assiomi sembrerebbero essere stati smentiti, da tempo, dalla stessa Cassazione (23).

Premesso che in dottrina non sono mancate autorevoli voci che hanno affermato che la possibilità di rinvenire in concreto un atto interamente vincolato sia alquanto remota, poiché questi sarebbero meri casi di scuola (24), circa la

(17) Accordo cristallizzato nell’articolo a quattro mani M. D’Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, 181, e confermato dal caso Terme Stabbiane e dal caso Possenti. Successivamente, Cass. 4 luglio 1949, n. 1657, definì il criterio di riparto esistenza-carenza di potere e, accertata l’esistenza di diritti, stabili come ciò “che occorre, volta per volta, accertare è se la legge conferisce all’autorità amministrativa il potere di incidere sugli stessi in nome e per la tutela di un interesse pubblico”.

(18) M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 65.

(19) La teoria in questione, elaborata da Enrico Guicciardi, afferma una differente provenienza teleologica delle norme che avrebbe modificato, radicalmente, il criterio di riparto come fin qui inteso. Questa tesi, nonostante un ampio utilizzo giurisprudenziale, è stata oggetto di critiche: non è agevole comprendere la “differente” provenienza teleologica delle norme e appare quasi impossibile trovare nell’ordinamento norme di sola relazione e norme di sola azione, ovvero gli unici casi in cui poi sia effettivamente possibile utilizzare il criterio appena esposto. In tal senso G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, 187; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1983, 141 e 154. Quest’ultima evidenzia anche le criticità e gli “effetti paradossali” che derivano dalla sovrapposizione dell’illegittimità con l’illiceità.

(20) Tesi esposte da E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in Id., *Diritto e processo*, Padova, Cedam, 1978, 310 (già in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., vol. I). Le Sezioni unite, nell’ordinanza del 29 settembre 2022, riconducono l’atto vincolato a questa “catena logica”: manca del tutto l’intermediazione del potere e per ciò, seguendo il vecchio criterio di riparto, la controversia è devoluta alla giurisdizione civile.

(21) Sul punto cfr. V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italcia, 1979; E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964. In breve, la prima teoria considerava atomisticamente ogni “elemento” del provvedimento: gli “elementi discrezionali” venivano devoluti alla giurisdizione speciale, quelli “vincolati” alla giurisdizione civile. La seconda teoria era risolutiva della confusione che si sarebbe creata seguendo la prima: nel caso vi fosse stato anche un solo “elemento discrezionale” vi era giurisdizione amministrativa.

(22) Sulla centralità dirimente dal potere discrezionale, cfr. F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 104: “Una volta riconosciuto che di fronte al potere (discrezionale) dell’amministrazione il diritto non sussiste (o non è azionabile); e che, ai fini del riparto, diveniva determinante stabilire la sussistenza del potere medesimo”.

(23) L’assioma per cui a fronte dell’atto vincolato debba necessariamente esistere un diritto soggettivo meritevole di essere sindacato dal giudice civile era stato smentito da tempo dalle stesse Sezioni Unite: cfr. sent. 11 aprile 1981, n. 2113. La Cassazione, pur stabilendo la giurisdizione civile poiché vi è un atto vincolato relazionato al diritto soggettivo, chiarisce che è fondamentale riferirsi alla natura delle norme violate al fine di stabilire, caso per caso, quale posizione giuridica si rapporti all’atto: “con la conseguenza che la controversia sarà relativa ad un diritto soggettivo se le norme sono rivolte a disciplinare rapporti tra privati e la pubblica amministrazione”. Sul punto cfr. R. Caranta, *Attività vincolata e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1991, 1116: “non è in altri termini esatto che nei confronti dell’attività vincolata il cittadino possa sempre vantare un diritto soggettivo”.

(24) È lapidario S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, 317 ss., il quale considera gli atti vincolati come casi di scuola, riscontrabili solo in un manuale. Per uno studio più recente in merito allo “scetticismo sulla vincolatezza”, cfr. F. Folliero,

questione dell'autoritatività o meno di questo genere di atti si è riconosciuto che “*il potere è sempre potere anche se vincolato, gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento, la situazione del privato a fronte di esso è sempre qualificabile in termini di interesse legittimo, la giurisdizione appartiene comunque al giudice amministrativo*” (25).

Dalla risoluzione di questa diatriba sembra dipendere – allo stato – il criterio di riparto. In proposito, si rinvencono, in dottrina, due tesi contrapposte, dalle quali le pronunce in commento sembrano, rispettivamente, trarre alimento (26).

La prima, prendendo le mosse dalla teoria delle norme di relazione e di azione, fa discendere l’emanazione di “atti vincolati” dalle norme di relazione: la ponderazione degli interessi in conflitto viene svolta dal legislatore a monte dell’atto, esautorando l’amministrazione della sua peculiare funzione e rendendola una mera esecutrice. Secondo tale impostazione, questo genere di norme priverebbe l’amministrazione di qualsiasi facoltà di scelta, ovvero della “*disponibilità degli interessi in causa, intesa come possibilità di affermare la prevalenza, parziale o totale, dell’uno sull’altro*” (27): “*la nozione di interesse pubblico assume un senso (logico prima ancora che giuridico) nel qualificare l’attività di un soggetto solo in quanto risulti a questo attribuito da una fonte superiore il potere di compiere scelte e di assumere decisioni in ordine alla composizione di interessi contrastanti, con carattere di novità (rispetto alla fonte attributiva) e di definitività (rispetto ad ogni successivo intervento nel merito)*” (28).

Di conseguenza, gli atti emessi in esecuzione di norme di relazione sarebbero privi di autoritatività: “*solo l’atto discrezionale è atto di autorità, è emanato nell’esercizio di un potere di supremazia, dove tali concetti si identificano con la possibilità conferita dall’ordinamento ad un soggetto di dettare unilateralmente disposizioni vincolanti onde curare l’interesse pubblico di cui è portatore; mentre gli atti vincolati non sono autoritativi perché sono soltanto applicazione di una disciplina esterna, e dunque di proprio non impongono nulla*” (29). In buona sostanza l’atto amministrativo vincolato è privo di autorità poiché la norma che lo predetermina “*esaurisce il potere (unitariamente e comprensivamente inteso) e non lascia spazio a poteri ulteriori*” (30).

La pronuncia della Cassazione in commento sembra sposare le conclusioni di questa dottrina: a fronte di atti vincolati si configurerebbero sempre e soltanto diritti soggettivi, e le relative controversie sarebbero attratte alla giurisdizione civile. A maggior ragione, tale modello andrebbe applicato agli atti discrezionali “tecnici” (31).

Questa stessa dottrina, peraltro, riconosce che è una contraddizione in termini l’ammettere l’esistenza di un diritto *ex lege* e l’impossibilità giuridica di svolgere l’attività materiale che ne è oggetto solamente perché manca il “mero atto amministrativo non autoritativo” (32). Per tentare di superare questa *impasse*, la dottrina in questione argomenta nel senso per cui bisognerebbe distinguere l’esistenza di un diritto derivante dalla norma di relazione dalla “necessarietà”

Decisione e potere nell’atto vincolato, in *PA Persona e amministrazione*, 2017, 1, 111, il quale richiama alcuni “negazionisti” dell’atto vincolato fra cui P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, Giuffrè, 1996. Follieri sembrerebbe sostenere la tesi dello scetticismo “debole”: «La premessa di chi nega che gli atti vincolati siano espressione di potere, ossia che “senza decisione non v’è potere”, è condivisibile: la mera costitutività è carattere del potere solo in senso formale. Quella tesi, tuttavia, non tiene in considerazione che l’ordinamento giuridico accorda all’amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati». L’atto vincolato sarebbe quindi una “decisione”, perché l’amministrazione potrebbe sempre decidere di non adottare l’atto o di adottarlo in modo difforme. Ma, per quanto riguarda la questione – cruciale – del riparto di giurisdizione e, quindi, delle posizioni che si relazionano a questo genere di atti, non prende una posizione netta, limitandosi ad affermare quanto segue: «Diverso, invece, è il discorso in relazione alle situazioni giuridiche soggettive del cittadino dinanzi ad un provvedimento vincolato. Esso dipende dall’elemento che la nozione di interesse legittimo (e, correlativamente, di diritto soggettivo) privilegia: se la sussistenza del potere in capo all’amministrazione (“l’interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo”) oppure il grado di “certezza” di soddisfazione che l’ordinamento assicura alla pretesa del cittadino (“l’interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale”). Nel primo caso, dinanzi ad un potere vincolato v’è un interesse legittimo, ancorché assistito da una serie di rimedi più “intensi” (come l’azione di adempimento, per gli interessi pretensivi). Nel secondo, dinanzi ad un potere vincolato v’è un diritto soggettivo, dal momento che il cittadino dinanzi ad un potere vincolato vanta una pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è obbligatoria (ancorché tale obbligo, come ogni altro, possa rimanere inadempito). Tale questione, perciò, non può essere risolta dalla qualificazione dell’atto vincolato come decisione».

(25) E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 503, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, 451-452.

(26) Il riferimento è alle dottrine di Andrea Orsi Battaglini e di Franco Gaetano Scoca.

(27) A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39.

(28) *Ibidem*, 48.

(29) *Ibidem*, 49. L’A. richiama adesivamente E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 278.

(30) *Ibidem*.

(31) *Ibidem*, 50, ove si richiama, non in senso pienamente adesivo, la tesi di C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, 185 ss. e 215 ss.

(32) A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto pubbl.*, vol. II, par. 9: “Il problema vero viene posto da una [...] obiezione, specificamente proponibile per le autorizzazioni: posto infatti che la situazione soggettiva oggetto dell’autorizzazione vincolata deriva direttamente dalla legge e che il giudice ordinario può accertarne la sussistenza indipendentemente dall’atto, ci si può chiedere come mai, ai fini del lecito svolgimento dell’attività materiale da autorizzare, l’atto sia comunque indispensabile (non importa se emanato autonomamente o in sede di esecuzione del giudicato o come esito del giudizio di ottemperanza)”.

dell'atto prevista dalla stessa norma, cioè considerare i due elementi come fattispecie distinte ed autonome: da un lato, vi è la legge – costitutiva del diritto – e il relativo accertamento del giudice, con l'atto amministrativo che rimane estraneo al rapporto in quanto svolge una mera funzione “ricognitiva”, tra l'altro provvisoria; dall'altro lato, vi è una fattispecie di illecito, rispetto alla quale la carenza dell'atto amministrativo vincolato è requisito essenziale e, tale assenza, rende, per l'appunto, applicabile una sanzione (33). Perciò, «*nella prima fattispecie il problema è [...] se il diritto sussista o meno in base alla legge e l'interesse pubblico da questa tutelato è quello “sostanziale”, relativo cioè alla sussistenza effettiva di certi requisiti o condizioni ai fini dello svolgimento di una attività; nella seconda (come risulta con tutta evidenza nel caso che il diritto effettivamente sussista) gli interessi tutelati dall'atto (e dunque dalla legge che prevede, in assenza di questo, l'illecito) sono diversi, e di carattere strumentale, attenendo, come si è accennato, alla certezza, alla pubblicità, all'organizzazione amministrativa. A ciò può aggiungersi che tra le situazioni soggettive e la materiale realizzazione dei vantaggi che ne sono oggetto è normale che si interponga un'attività pubblica volta ad accertare i presupposti della tutela: sotto questo profilo l'accertamento giudiziale e quello amministrativo (pur essendo definitivo il primo e provvisorio il secondo) svolgono una funzione analoga che attiene, in definitiva, al divieto di autotutela e che non toccano l'originaria integrità della situazione soggettiva stessa*» (34).

A questa impostazione, tuttavia, potrebbe obiettarsi che, proprio per le medesime ragioni di certezza, di pubblicità e di organizzazione amministrativa, non relegabili a meri orpelli formali, l'atto amministrativo rimane comunque un *quid* di giuridicamente necessario: da questo punto di vista, esso non potrebbe che essere autoritativo, poiché, in sua assenza, l'attività materiale non è, comunque, consentita. L'atto vincolato, in altri termini, conserverebbe il potere di incidere in maniera unilaterale sulla sfera giuridica dell'amministrato. Risulterebbe, infine, faticosamente intellegibile la distinzione tra fattispecie autonome, nei termini appena descritti.

In questo senso, un'altra dottrina ha evidenziato che l'atto vincolato è autoritativo perché, senza di esso, non si produce l'effetto giuridico, sia pur integralmente predeterminato dalla legge: “*Da un lato c'è il potere di figurare (o disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi; dall'altro c'è il potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato*” (35). In altri termini, si è posto in luce come il momento autoritativo non si esaurisca soltanto nella ponderazione degli interessi, anche laddove essa venga svolta “a monte” dell'atto amministrativo, bensì integri anche il momento di costituzione dell'effetto già predeterminato.

Voler immaginare un'amministrazione pubblica come mera esecutrice della norma implicherebbe che il legislatore debba prevedere minuziosamente ogni aspetto di una singola fattispecie, non lasciandole, in nessun caso, un benché minimo “potere” di scelta. Ma, pur laddove si riesca a concepire una norma così esaustiva e univoca, verrebbe da interrogarsi sulla stessa ragione d'essere della previsione degli atti amministrativi vincolati: la norma, infatti, dovrebbe essere “auto-applicativa”, con una mera sanzione in caso di sua inosservanza e/o con controlli *ex post* da parte della pubblica amministrazione. Ciò che affiora, in questo caso, è l'effetto costitutivo dell'atto amministrativo: in tal guisa, il momento dell'emanazione di un provvedimento, seppur non lo si voglia considerare “discrezionale” in senso stretto, rimane intrinsecamente rimesso alla p.a., la quale, anche in spregio di norme poste a protezione dei più importanti diritti soggettivi, conserva un “potere” nei confronti del soggetto amministrato. Immaginando un legislatore che riesca a produrre una norma con tutti i crismi della vincolatezza, nell'ipotesi in cui preveda che sia comunque l'amministrazione a darne esecuzione, quest'ultima conserva quel momento di “autodeterminazione” tale da infrangere lo schema che la vede esaurita da ogni scelta, secondo la sequenza “norma-fatto-effetto” (36).

A fronte di queste tesi, irrimediabilmente contrapposte, appare più condivisibile la seconda. Anche accettando l'esistenza di un atto amministrativo interamente vincolato, infatti, quest'ultimo rimane un provvedimento giuridicamente necessario: “*l'atto dell'amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso di attività vincolata), può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costituzione dell'effetto, ossia indispensabile a ciò che la disciplina degli interessi diventi giuridicamente vincolante*” (37). Parimenti, quest'atto necessario deve essere considerato autoritativo: “*l'atto amministrativo vincolato è positivamente trattato allo stesso modo dell'atto discrezionale: esso è di norma atto riservato all'amministrazione, nel senso che, acciocché l'effetto si produca, è necessario che sia l'amministrazione ad adottarlo; ha, alla pari dell'atto discrezionale, efficacia costitutiva dell'effetto; la tutela avverso di esso è concepita, tranne ipotesi particolari, nei termini della tutela tipica dell'interesse legittimo, con tutte le implicazioni che ne derivano, sia in tema di giurisdizione, sia in tema di azioni esperibili*” (38).

(33) Sembra aderire a quest'impostazione “ricognitiva” anche L. Ferrara, *op. cit.* In particolare, l'A. sostiene che l'atto vincolato rappresenti un mero “obbligo” di accertamento della fattispecie, da parte dell'amministrazione, analogamente a quanto avviene nelle sentenze di mero accertamento. A fronte di quest'obbligo vi sarebbe, quindi, un diritto soggettivo ad “accertamento amministrativo”, che sorge nel momento in cui si verificano le condizioni previste dalla legge.

(34) A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, cit., par. 9.

(35) F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, 286.

(36) F. Merusi, G. Toscano, voce *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. X, 3.

(37) F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento*, cit. 287.

(38) In questo senso cfr. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento*, cit., 288. L'esempio di atto vincolato e autoritativo può concretarsi nel provvedimento ablatorio vincolato o, più in generale, nei provvedimenti vincolati con effetti sfavorevoli per il loro destinatario.

Seguendo il criterio di riparto “consuetudinario” (e cioè, come si è detto, quello di discrezionalità come sinonimo di autoritatività) (39), la controversia derivante dall’art. 4 del d.l. n. 44/2021 dovrebbe essere devoluta, in ogni caso, al giudice speciale, proprio facendo leva sull’equiparazione, dal punto di vista della necessità, dell’atto amministrativo vincolato con l’atto amministrativo discrezionale e con quello di c.d. discrezionalità tecnica. Tutti questi “generi” di atti amministrativi hanno in comune “*il potere dell’Amministrazione di compiere scelte che giuridicamente sono ad essa riservate, e trascurando la differenza nei criteri determinativi delle scelte, sul piano del diritto positivo si ha la figura, sotto questo profilo unitaria, dell’atto discrezionale (risultato di scelte riservate). Anche sotto questo profilo la tesi dell’esclusione degli atti vincolati dalla categoria del provvedimento appare troppo rigida, perché se intesa in modo rigoroso dovrebbe portare fuori dalla categoria anche tutti gli atti di discrezionalità tecnica; in ancor più palese contrasto con il diritto positivo*” (40).

Che la dicotomica corrispondenza atto vincolato-diritto soggettivo non sia sempre valida – anzi, quasi mai – e che, quindi, non possa essere assunta quale criterio di riparto, è evincibile anche da talune, significative, previsioni del legislatore, il quale, più o meno consapevolmente, sembrerebbe porsi in un’ottica di rottura nei confronti di questo sillogismo.

Un esempio è stato ravvisato nell’art. 21-*octies*, c. 2, della l. n. 241/1990, laddove preclude che possano essere annullati quei provvedimenti che comunque, vista la loro “*natura vincolata*”, non avrebbero potuto avere diverso contenuto precettivo (41). La previsione della non annullabilità per atti vincolati presuppone che, di fronte ad essi, possano potenzialmente configurarsi interessi legittimi, perché l’annullamento è la tutela tipica offerta dal giudice amministrativo per questi ultimi: non avrebbe senso porre questa limitazione se all’atto vincolato potessero relazionarsi solo diritti soggettivi perfetti (42).

In maniera ancor più significativa, l’art. 31, c. 3, del c.p.a., a meno che non lo si voglia riferire alle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva (ma ciò non è scritto da nessuna parte), prevede che “*Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata*”. Da ciò si deduce che a fronte di un atto vincolato ben si può configurare un interesse legittimo e che, ad ogni modo, la controversia viene devoluta al giudice della materia del diritto pubblico (43).

Ancora in questo senso, si può leggere l’art. 19 della l. n. 241/1990, che, al comma 1, prevede la Scia in sostituzione degli atti di assenso “*il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale*”. Le controversie concernenti i provvedimenti espressi adottati in sede di verifica della Scia sono esplicitamente devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva, *ex art.* 133, c. 1, lett. a), n. 3, c.p.a. Ciò significa che l’atto vincolato si può relazionare ad entrambe le situazioni, e che il carattere vincolato non può limitare l’accesso alla giurisdizione esclusiva.

Nella stessa direzione muove un’attenta lettura dell’art. 55, c. 2, c.p.a., che ammette la possibilità che il giudice speciale possa conoscere, anche in sede cautelare, delle controversie sui “*diritti fondamentali*”, senza distinguere tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva (44).

Anche il Consiglio di Stato evidenzia il paralogismo intrinseco alla catena “logica” atto vincolato-diritto soggettivo e, con la sua giurisprudenza più nota, non lascia spazio ad equivoci di sorta. Nella già richiamata Adunanza plenaria si stabilisce che “*la natura vincolata dell’attività demandata all’amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione*” (45).

(39) Per una critica del quale, peraltro, cfr. B.G. Mattarella, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, 431 ss. e 439 ss.

(40) F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento*, cit., 288.

(41) Sul punto, F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Processo*, 2021, 1, 8: “[la legge] dispone per i provvedimenti vincolati lo stato viziato della annullabilità, e non della nullità o, più esattamente, della illiceità; non li tratta, in altri termini, come meri atti dovuti per legge, per i quali non sarebbero adeguate le qualificazioni di validità/invalidità, ma soltanto quelle di liceità/illiceità”.

(42) Il giudice speciale si presenta ancora una volta quale giudice *ratione materiae*. Implicitamente gli atti interamente vincolati – che possono relazionarsi ad interessi legittimi – presi in considerazione dalla norma vengono devoluti al giudice amministrativo, probabilmente proprio in forza dell’intrinseca autoritatività. È il carattere autoritativo, riscontrabile in ogni provvedimento, che consente all’amministrato di partecipare al procedimento amministrativo che culmina in un provvedimento vincolato: ad esempio, accertata la carenza di presupposti, la p.a. può decidere di non adottare l’atto.

(43) Diversamente, se si fosse voluto stabilire che davanti al provvedimento vincolato vi sia sempre il diritto soggettivo e, di conseguenza, un obbligo dell’amministrazione, “la legge avrebbe potuto configurare la sentenza non come condanna al rilascio di un provvedimento (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.), ma direttamente come titolo costitutivo”: R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 982.

(44) Sulla devoluzione dei diritti fondamentali al giudice amministrativo si avrà modo di tornare *infra*.

(45) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2007, cit. Osservando attentamente, la competenza del giudice speciale non si radica mai solo in ragione della presenza di potere autoritativo, bensì necessita sempre dell’intermediazione delle situazioni giuridiche soggettive: non sempre l’atto vincolato corrisponde a diritto soggettivo quindi, quelle volte che si relaziona all’interesse legittimo, non è di competenza del giudice civile. La sentenza riportata si pone in continuità con il passato, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 luglio 1999, n. 18: “Non sono infrequenti situazioni in cui la norma, pur avendo di mira, in via diretta ed immediata, finalità di interesse pubblico, definisce in modo puntuale i

Sono evidenti le differenze tra l'impostazione del Consiglio di Stato, che ricerca l'esistenza di potere e, solo in un momento successivo, osserva la posizione giuridica "a valle", e della Cassazione, che valorizza soltanto la (pretesa) situazione soggettiva che si relaziona all'atto, cioè il "diritto soggettivo", trascurando il provvedimento stesso e come esso possa impattare sulla posizione giuridica (46).

4. Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione civile

Le Sezioni unite tentarono – e tentano – di riportare sotto l'egida del giudice civile sempre più numerose controversie di diritto pubblico, e cioè fattispecie in cui atti amministrativi si confrontano con i diritti soggettivi (47). Il *leitmotiv* della "questione di giurisdizione" è sempre lo stesso: assicurare al giudice civile uno spazio "vitale" di competenza nei confronti dell'amministrazione (48). Si è consapevoli che, in forza dell'art. 111, c. 8, Cost., la Cassazione è l'organo deputato a dirimere i conflitti di giurisdizione e che, quindi, quanto da essa stabilito in tema di riparto è insindacabile (49).

Il primo tentativo s'impenna sulla possibilità che l'atto amministrativo vincolato non sia autoritativo. La tesi, già affrontata nel paragrafo precedente, non può essere condivisa: nonostante la Cassazione ponga l'accento sulla "*natura dichiarativa*" del provvedimento dell'ordine e corredi l'esercizio di potere ai soli atti discrezionali, non si può sostenere

presupposti e il contenuto dell'azione amministrativa. Tuttavia, anche in tal caso l'attività con la quale l'organo competente effettua, in modo unilaterale, il raffronto fra la fattispecie concreta e il suo modello legale è espressione, in quanto funzionale alla cura di un interesse della collettività, di un potere autoritativo ed esclusivo dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto soggiace al regime proprio del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità, inoppugnabilità dopo il decorso del termine di decadenza, soggezione alla potestà di autotutela) e la posizione di chi aspira a ricevere un'utilità sostanziale dal corretto esercizio del potere assume la configurazione dell'interesse legittimo".

(46) Cfr., sul punto, di recente, G. Gruner, *Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali*, in F. Grassi, O.H. Kassim (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista, dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, Roma, Tre-Press, 2021, 318: «La legge riserva alla pubblica amministrazione, proprio attraverso l'adozione degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, la funzione di cognizione, di accertamento e di restituzione dei presupposti previsti dalla legge medesima ai fini della produzione in concreto degli effetti: se così non fosse, gli atti in questione non avrebbero ragione di esistere. // Con riferimento a quelli ampliativi, qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come non sussistenti, gli effetti non si producono (ad esempio: il rimborso, da parte del servizio sanitario nazionale, delle spese sostenute per talune tipologie di cure). Con riferimento a quelli limitativi, viceversa, gli effetti si producono (ad esempio: l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato), qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come sussistenti. // Ma ciò – e qui, credo, risieda l'equivoco – prescinde completamente dalla (ampia e intensa) gradazione della tutela giurisdizionale accordabile avverso gli atti in questione. // Piuttosto, mi preme evidenziare che tale tutela, in forza della riserva, non può, sul piano logico-giuridico, muovere dal lato della esistenza o della inesistenza, in sé e per sé considerate, del diritto. Essa, sempre in forza della riserva, non può che muovere dal lato della corretta (cioè: legittima) cognizione, del corretto (cioè: legittimo) accertamento e della corretta (cioè: legittima) restituzione, da parte degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, della esistenza o della inesistenza dei presupposti previsti dalla legge. // La logica della tecnica di tutela giurisdizionale corrisponde a quella delle disposizioni degli artt. 34, comma 2, e 31, comma 3, cod. proc. amm., con la conseguenza per cui, al di là di qualsiasi vacua enfasi, gli atti amministrativi vincolati sono, anch'essi, espressione di potere amministrativo e, al loro cospetto, i diritti, anche fondamentali, sono interessi legittimi. Sia pur tutelabili in maniera più ampia e più intensa: nel senso che è astrattamente possibile per il giudice – che, almeno in linea di principio, dovrebbe essere quello amministrativo – "pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio", senza oltrepassare il principio di separazione dei poteri dello Stato (cfr., di recente, sia pur in un ordine concettuale in parte differente da quello proposto, Cgars, 13 settembre 2021, n. 802)».

(47) M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46: "[in Italia] il giudice civile non si atteggiò soltanto a giudice delle controversie privatistiche con la p.a., ma anche a giudice delle controversie di diritto pubblico: sicché il confine del riparto si muoveva all'interno delle stesse controversie pubblicistiche".

(48) M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità* (Atti del convegno, Napoli, 6 dicembre 2019), Napoli, Editoriale scientifica, 2022, apostrofa questi tentativi come una "invasiva recrudescenza della Cassazione nel voler acquisire gruppi di controversie pubblicistiche", tanto da assumere "la parvenza di un'intollerabile presunzione dei giudici civili a ritenersi i veri custodi del diritto e a sentirsi dunque legittimati a soverchiare le altre giurisdizioni, cui fa da *pendant* il provincialismo di una parte minoritaria della dottrina, non meno colta da smemoratezza, che continua ad inseguire il mito della giurisdizione unica".

(49) Vi è però un'antica polemica su questa previsione costituzionale, in parte condivisibile, che non si è mai placata. Essa ha origine nell'Assemblea costituente, dove il Mortati, unitamente al Codacci Pisanelli, sosteneva che, proprio in virtù dell'affermazione di una molteplicità di organi di giurisdizione "ordinaria", i conflitti fra loro andavano trattati alla stregua di conflitti di attribuzione fra poteri, quindi sarebbero dovuti essere assegnati alla Corte Costituzionale: "[è anomalo] attribuire questi giudizi ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in un certo modo è parte in causa". In Assemblea era stato evidenziato anche il tema della rilevanza costituzionale degli organi coinvolti nel conflitto: l'eccesso di potere del giudice civile, che irrompeva in una materia di cui il Consiglio di Stato rivendicava la competenza, è un'alterazione dell'ordine costituzionale dei poteri, quindi di competenza della Consulta. È pienamente condivisibile l'osservazione per cui "creare una giurisdizione speciale e nello stesso tempo sottoporre le decisioni di questa giurisdizione speciale al controllo di un giudice che fa parte dell'ordine giudiziario ordinario, sia pure in grado supremo, sia una contraddizione". Ma, anche prima della Costituzione, il problema si era già presentato: a ricercare un organo più *equilibrato*, almeno nella *composizione*, fu G. De Gioannis Gianquinto, *Dei conflitti di attribuzione. Tratto teorico pratico*, Firenze, Tip. Niccolai, 1873, che avrebbe voluto l'istituzione di un *tribunale speciale dei conflitti* al fine di assicurare il rispetto tra *due forze rivali in conflitto*. Anche L. Mortara propose l'istituzione di un *Tribunale supremo dei conflitti di attribuzione*, a composizione mista. L'attualità della discussione è confermata dalla proposta d'istituzione di un Tribunale dei conflitti presentata alla Camera dei deputati il 22 maggio 2018. Inoltre, è necessario ricordare che oltralpe, già dal 1872, è stato istituito il *Tribunal des conflits* a composizione mista.

che l'atto vincolato sia "eventuale", né si può affermare che esso non sia espressione di potere (50). Diversamente, avallare quest'ipotesi equivarrebbe ad asserire che un atto amministrativo è autoritativo solamente se l'amministrazione "spende" discrezionalità: in tal guisa verremmo catapultati indietro nel tempo, ignorando l'evoluzione processuale e sostanziale della materia (51).

Il secondo tentativo si concentra sulla presenza del "diritto costituzionale" "*ad esercitare l'attività (libero-)professionale sanitaria di fisioterapista*", che resterebbe tale a causa della – apparente – assenza di autoritatività: non si può aderire neanche a questa tesi, in quanto anche i "diritti costituzionali" ben possono essere attinti dal potere amministrativo (52). Inoltre, la competenza giurisdizionale civile si radicherebbe, oltre che per la presenza del diritto soggettivo, in forza dell'asserita non intermediazione del potere amministrativo, avendo la legge provveduto, a monte, a disciplinare in maniera totalmente esaustiva la fattispecie. Le Sezioni unite asseriscono con sicumera che a fronte di un atto vincolato – o di "discrezionalità tecnica" – debba configurarsi un diritto soggettivo, riconducendo la dinamica allo schema norma-fatto-effetto (53).

Per avvalorare le proprie tesi, nella parte finale dell'ordinanza in commento, viene compiuto, come si accennava, un sostanzioso richiamo al precedente rappresentato da Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436: ma quest'ultima sembra restituire una miscellanea di argomentazioni tutt'altro che chiare e lineari (54).

La prima è quella che rinvia ai diritti indegradabili e costituzionalmente tutelati. Si tratta di un noto filone, che sembrava ormai superato: alcuni diritti, in virtù del loro riconoscimento in Costituzione, sarebbero "inattaccabili" da qualsiasi atto amministrativo (55). Il loro novero – aperto (a fronte dell'art. 2 Cost.) – ricomprende diritti che prevarrebbero su qualsiasi potestà amministrativa, tanto che "*non è neppure configurabile un potere ablatorio dello Stato, tale da far[li] degradare a interesse legittimo*" (56). Sovente fra questi spiccano, nelle varie declinazioni, il diritto alla salute ed all'ambiente salubre. Nella fattispecie in esame è il diritto "indegradabile" all'esercizio di una professione regolamentata a rendere inesistente il potere esercitato (57).

Ma, ad avviso di chi scrive, vi sono due elementi che minano alle fondamenta questa teoria: la potenziale "illimitatezza" dei diritti costituzionalmente garantiti e l'illogicità con cui alcuni verrebbero elevati ad indegradabili ed altri no (58). Su quest'ultimo aspetto, la Corte costituzionale è chiarificatrice: "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla*

(50) "[...] la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all'esercizio di poteri di natura discrezionale": Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit.

(51) Ragiona su questi temi N. Paolantonio, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in <www.giustamm.it>, 19 giugno 2009.

(52) È evidente che in realtà neanche i diritti soggettivi costituzionali, escluse le "riserve di giurisdizione", incarnano quella "situazione giuridica di immunità dal potere che spetta al soggetto cui sia attribuita dall'ordinamento una tutela piena ed assoluta degli interessi da parte di una norma dell'ordinamento stesso". Quest'ultima è la definizione (che richiama quella di W. N. Hohfeld) di diritto soggettivo di M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

(53) "[A]ppartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata": Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit. L'utilizzo del congiuntivo presente "venga" dovrebbe aprire alla possibilità che "venga" in rilievo, nella medesima circostanza, anche un interesse legittimo e che quindi non esista l'automatica corrispondenza diritto-atto vincolato. Invece, secondo la Cassazione, "la situazione di diritto soggettivo rivendicata [...] non è intermedia dal potere amministrativo, ma soffre di limiti e condizioni previste esaustivamente dalla legge". Quindi, se "il diritto sostanziale è stato fissato dalla legge con la preventiva definizione della gerarchia degli interessi, il rapporto giuridico [...] attiene a diritti soggettivi" e, in questi casi, "l'autorità amministrativa può all'occorrenza essere preposta alla vigilanza circa l'osservanza del precetto giuridico o a darvi attuazione".

(54) La controversia è in ordine ad un comitato ed altre persone fisiche, residenti a Caneva, che convengono in giudizio – tribunale civile – il Comune di Caneva e il sindaco (in qualità di Utg) al fine di vedersi risarciti per il danno causato dalle persistenti immissioni di odori e polveri da parte di un'azienda agricola. Le amministrazioni vengono convenute a causa dell'omissione dei provvedimenti discrezionali e non, di loro spettanza, volti alla tutela della salute e dell'ambiente salubre.

(55) Filone inaugurato da Cass., S.U., 9 marzo 1979, n. 1463, e 6 ottobre 1979, n. 5172. Per dirimere la questione *in nuce*, basti il rimando a F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379: "Ormai nessuno accetta più il fenomeno della degradazione dei diritti soggettivi a interessi legittimi". Al contrario, il collegio del 27 luglio 2022 valorizza ancora questa tesi: "il diritto fondamentale alla salute, proclamato dall'art. 32 Cost., opera non solo nei rapporti tra privati, ma limita anche l'esercizio dei pubblici poteri, nel senso che esso è sovrastante all'amministrazione". Più precisamente, le Sezioni unite sembrano aderire – contrariamente a chi scrive – alla dottrina di E. Follieri, *Note minime sul riparto delle giurisdizioni e diritto assoluto all'ambiente salubre*, in *Foro dauno*, 1980, 37, per cui non è il diritto che si trasforma in interesse legittimo bensì il provvedimento amministrativo a "degradare" a mero comportamento. Risulta invece attuale la descrizione del rapporto autorità/libertà (anche indegradabile) di M.S. Giannini: il diaframma fra il diritto e l'azione amministrativa è rappresentato dal principio di legalità, tipicità e legittimità dell'atto.

(56) Cass., S.U., n. 1463/1979, cit.

(57) "[D]alla formula di Mortara, c'è diritto soggettivo perché non c'è potere, si passa all'altra, completamente alla rovescia, non c'è potere perché c'è diritto soggettivo": M. Nigro, *Introduzione*, in *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo* (Atti della tavola rotonda organizzata nell'aprile 1981), in *Foro amm.*, 1981, 2143, in commento a Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172.

(58) Se, come si evince dalla sentenza richiamata, rilevassero come indegradabili anche le *proiezioni* dei diritti, l'elenco potrebbe essere pressoché illimitato. Per le Sezioni unite anche il diritto al distanziamento sociale rende inidoneo qualsiasi potere a "degradarlo" ad interesse legittimo.

Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri” (59).

Tutte le situazioni giuridiche soggettive devono essere ponderate e circostanziate, ed il potere a ciò deputato è quello amministrativo. Considerando lo stesso diritto alla vita, affinché venga rispettato, sono necessarie diverse “azioni positive in termini di sicurezza, sanità [...]”; anche il diritto alla salute verrebbe meno senza l’intervento – autoritativo – dell’amministrazione, che predispone presidi a tutela di quest’ultimo, ad esempio gli ospedali, e ciò non radica la giurisdizione del giudice civile su di un atto di riorganizzazione sanitaria che prevede la soppressione di un nosocomio (60).

Invero, il carattere “fondamentale” dei diritti costituzionali è un freno per il legislatore, non, nell’ambito dei limiti ad esso posti, per l’amministrazione: il potere amministrativo – fermo restando l’inattaccabilità, da parte sua, delle sole riserve di giurisdizione (libertà personale, libertà e segretezza della corrispondenza, inviolabilità del domicilio, libertà di stampa) (61) – risponde alla riserva di legge e al principio di legalità in senso sostanziale, e, nel loro ambito, ben può attingere, per la cura in concreto degli interessi pubblici, ogni altro “diritto” previsto dalla Costituzione (62).

L’apoditticità di quanto affermato dalla Cassazione è rivelata anche dai successivi passaggi in cui ci si riferisce al “nucleo essenziale” irriducibile dei diritti “indegradabili” laddove si confrontino con altri diritti indegradabili (63). Nel caso in cui venga coinvolto il nucleo essenziale di diritti costituzionali (ed è bene ricordare che anche il diritto alla proprietà lo è, ma, stando alle parole della sentenza, “Non c’è discrezionalità nell’incidere sul nucleo essenziale ed irriducibile del diritto fondamentale, perché rispetto ad esso c’è un vincolo di tutela garantito dalla Costituzione”), la p.a. non potrebbe essere titolare di un potere poiché la posizione a valle dell’atto è un diritto soggettivo. Anche in questo caso, la costruzione logica del ragionamento sembrerebbe provenire da un capovolgimento degli elementi causa-effetto: poiché vi è un diritto soggettivo (costituzionale, indegradabile, irriducibile, proveniente da una norma di relazione e che non ha bisogno del “potere” per vedersi realizzato), se l’amministrazione “pondera” questo diritto con altri interessi agirebbe comunque – ad avviso della Cassazione – attraverso atti vincolati, e perciò deficitari di autoritatività. Il che appare una contraddizione in termini. Non riesce, invero, a rinvenirsi una spiegazione razionale a come possa intendersi “vincolato” un atto con cui l’amministrazione debba attuare – scegliere, decidere – le misure di prevenzione alla diffusione del Covid (64).

Non mancano riferimenti alla differente provenienza teleologica delle norme o alla loro riconducibilità a schemi ontologicamente differenti: è chiaro il richiamo alla teoria delle norme di azione e di relazione e a quella c.d. di norma-fatto-effetto e norma-potere-effetto. Già ci si è soffermati, criticamente, sull’impossibilità di “autocostituzione” dell’effetto di cui non tengono conto queste dottrine. Sembrano presenti anche cenni alla giurisdizione obiettiva ed all’interesse come figura omnicomprensiva delle altre (65).

Sebbene queste teorie risultino ormai superate, la giurisprudenza in esame sembra proporre una decisa rivitalizzazione. Le Sezioni unite – pur dando conto e condividendo, ma soltanto in apparenza, gli approdi della Corte costituzionale, che involgono necessariamente poteri amministrativi discrezionali a fronte di diritti “fondamentali” – finiscono

(59) Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85.

(60) Sul punto, cfr. G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 460.

(61) Anche nella recentissima Corte cost. 12 gennaio 2023, n. 2, viene ribadita l’intangibilità delle riserve di giurisdizione da parte del potere amministrativo. Nella fattispecie è incostituzionale l’art. 3, c. 4, cod. leg. antimafia, in quanto prevede che sia il questore a limitare – sensibilmente – il diritto di cui all’art. 15 Cost.: “Le esigenze di prevenzione e difesa sociale ben possono giustificare, si è detto, misure restrittive, e queste possono incidere anche su diritti fondamentali. Ma, proprio ove ciò accada, le garanzie costituzionali reclamano osservanza. Nel caso della disposizione censurata ciò non avviene: la misura limitativa non è disposta con atto motivato dell’autorità giudiziaria, bensì, direttamente, dall’autorità amministrativa, cui è attribuito perciò un potere autonomo e discrezionale, senza nemmeno la necessità di successiva comunicazione all’autorità giudiziaria”.

(62) G. Grüner, *Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 309-310: “ferme le riserve di giurisdizione, e fermo il principio di legalità-sostanziale, i diritti fondamentali, che fisiologicamente possono porsi in contrapposizione gli uni rispetto agli altri, possono necessitare, proprio per coesistere, oltre che per poter esistere (cfr. *supra*), del potere amministrativo. [...] fermo il proporzionato e ragionevole bilanciamento dei diritti fondamentali che deve essere operato, in termini astratti, dal legislatore, è proprio il potere amministrativo [...] lo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale, innanzitutto e per lo più, il bilanciamento medesimo può e deve realizzarsi in termini concreti”.

(63) “Nella misura in cui viene ad essere coinvolto il nucleo minimo essenziale di tali diritti, l’azione della p.a. difetta sin dall’origine di qualsiasi carattere di discrezionalità e si prospetta come un’azione vincolata, sicché la posizione del privato si configura come di diritto soggettivo pieno, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione”: Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436. Il collegio sembra smentirsi subito dopo: “La categoria dei diritti fondamentali non delimita un’area impenetrabile all’intervento di pubblici poteri autoritativi”.

(64) Cass., S.U., n. 23436/2022, cit., ricorda che Cass., S.U., 15 febbraio 2022, n. 4873, “ha attribuito al giudice ordinario le controversie relative al mancato rispetto delle misure emergenziali” perché “nessun potere pubblico può incidere sul diritto soggettivo alla salute”. Quindi l’amministrazione in forza di quale “potere” e con quale “discrezionalità” può attuare le misure preventive volte a tutelare il “diritto soggettivo alla salute”?

(65) In diversi punti si fa riferimento ad una “tutela strumentale” in vista dell’interesse pubblico, che implica una concezione solamente processuale dell’interesse legittimo, desueta da oltre cent’anni. Forse, proprio in ragione di questa riconducibilità agli interessi in generale, si afferma che i diritti fondamentali hanno una struttura “variegata”.

per affermare, a ben vedere, che taluni di questi “diritti” sarebbero comunque “tiranni” nei confronti degli altri, oltre che del potere amministrativo, con relativa giurisdizione del giudice civile in ordine alle rispettive controversie (66).

Invero, ciò che più stride è la conclusione per cui la controversia su di un comportamento omissivo di una p.a., ancorché nell’esercizio discrezionale del potere, deve devolversi alla giurisdizione civile (67). La Cassazione, pur consapevole che la giurisdizione generale di legittimità ben comprende anche i casi di omissione di atti (anche vincolati), stabilisce che la p.a. che non osservi le regole tecniche o i canoni di diligenza ben può essere “denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna della p.a. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della p.a., ma un’attività soggetta al principio del *neminem laedere*” (68). Precisamente, quando la ponderazione degli interessi è già operata dalla legge attributiva del potere (69), spoglia l’amministrazione del suo peculiare compito e la rende una mera esecutrice (70).

La contiguità tra l’ordinanza in commento e la sentenza richiamata risiede proprio in quest’ultimo passaggio: la risoluzione *ex ante* da parte del legislatore del “*conflitto tra gli interessi in gioco, di eminente rilievo costituzionale, dando prevalenza al diritto alla salute (individuale e – soprattutto – collettiva) rispetto a quello al lavoro e, al tempo stesso, dettato termini, modalità ed effetti dell’azione amministrativa, la quale deve esercitarsi, quindi, su un binario che non consente scelte discrezionali espressione del potere pubblico*” (71). Per la Cassazione questo è uno dei casi di amministrazione mera esecutrice.

Pur accogliendo la tesi “esecutiva”, è comunque evidente il cortocircuito logico che si viene a creare: se l’Asl non compie la mera verifica e l’ordine non comunica al proprio iscritto la sospensione, non ne “*discende, in modo automatico e senza alcun apprezzamento discrezionale di sorta, la sospensione del sanitario*”. Per quanto si consideri l’atto in questione vincolato, privo di autoritatività o un mero comportamento, il suo non compimento ha il “potere” di interrompere questa “automatica” produzione di effetti.

5. Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisprudenza della Corte costituzionale

La questione del riparto di giurisdizione è sopravvissuta alla Costituzione ma, rispetto al passato, con un’ambiguità di fondo: i rapporti tra l’art. 103, c. 1, e l’art. 113, c. 3. La soluzione, “apparente”, è rintracciare soltanto nella prima disposizione una regola sul riparto e sostenere che nella seconda ci si riferirebbe esclusivamente alle tecniche di tutela. Ma ciò non ha impedito ad una parte consistente della dottrina di ricavare un criterio di riparto ulteriore proprio dalla seconda delle due disposizioni: e questo è accaduto, non a caso, proprio con riferimento, principalmente, agli atti amministrativi vincolati (72).

Senonché, la Corte costituzionale, nell’unica occasione in cui le è stato chiesto di pronunciarsi in merito, è stata lapidaria nel ritenere “*un postulato privo di qualsiasi fondamento [il sostenere che] di regola, al carattere vincolato*

(66) Corte cost. n. 85/2013, cit.: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. [...] Il procedimento [amministrativo] che culmina nel rilascio dell’Aia, con le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all’individuazione del punto di equilibrio in ordine all’accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall’attività oggetto dell’autorizzazione». Nel caso di contestazioni sulla legittimità del procedimento amministrativo, il giudice competente è quello amministrativo: “L’individuazione del bilanciamento, che dà vita alla nuova Aia, è, come si è visto, il risultato di apporti plurimi, tecnici e amministrativi, che può essere contestato davanti al giudice competente, nel caso si lamentino vizi di legittimità dell’atto da parte di cittadini che si ritengano lesi nei loro diritti e interessi legittimi”.

(67) “[...] la *causa petendi* risiede, non nella illegittimità dell’omessa adozione dell’uno piuttosto che dell’altro provvedimento discrezionale, ma, secondo quanto è sostanzialmente dedotto con l’atto di citazione, nell’abbandono, da parte delle autorità pubbliche, di una posizione di garanzia, nel loro mancato attivarsi a protezione del diritto fondamentale all’ambiente salubre”: Cass., S.U., n. 23436/2022, cit.

(68) Cass., S.U., n. 23436/2022, cit. Viene considerato un non-atto il comportamento omissivo dell’amministrazione: “la condotta di mera inerzia addebitata alle amministrazioni convenute rileva come puro fatto”.

(69) Che diventa apoditticamente di relazione, in quanto “Il bilanciamento tra diritti inviolabili realizzato dal legislatore, con la sintesi tra diritti fondamentali e doveri inderogabili di solidarietà, non sempre prende la forma della norma attributiva del potere”: Cass., S.U., n. 23436/2022, cit.

(70) «[...] ove il legislatore abbia delineato e predefinito in modo assoluto e cogente un determinato diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico, la giurisdizione vada senza alcun dubbio attribuita al giudice ordinario”: Cass., S.U., n. 23436/2022, cit.

(71) Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit.

(72) Fra i sostenitori della competenza giurisdizionale civile sugli atti vincolati, cfr. A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21, il quale sostiene che a fronte di questo tipo di atti si sia sempre in presenza di un diritto e quindi la competenza giurisdizionale è del plesso civile.

del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi, e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi" (73).

Più in generale, possono desumersi degli spunti in tal senso da altre sentenze del giudice delle leggi, specialmente in materia di giurisdizione esclusiva.

Sulla conformità della centralità del potere amministrativo (in tutte le sue sfumature) nel riparto di giurisdizione, così come viene inteso dal Consiglio di Stato, può rinvenirsi un sostegno nelle note sentenze della Corte costituzionale (74). La Consulta, seppur chiamata a dirimere la questione di legittimità in merito alla "smodata" espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, impernia il canone discrezionale proprio nella sussistenza o meno del potere autoritativo, senza declinarlo necessariamente in termini di discrezionalità.

La Corte delle garanzie costituzionali lega la possibilità di devolvere una materia alla giurisdizione esclusiva alla presenza sincronica di due elementi: diritto soggettivo e potere autoritativo, demolendo però la dicotomica corrispondenza fra tipo di atto e situazione giuridica, confermando la prevalenza, ai fini del riparto, del potere (75).

Anche la sentenza n. 35 del 2010 si pone in continuità con quanto detto: dopo aver acclarato la rilevanza – ma non l'imprescindibilità – del nodo gordiano delle posizioni, la Corte ammette che "non può escludersi" che il giudice amministrativo conosca "anche soltanto diritti soggettivi" nel caso in cui ricorrano gli "altri requisiti"; quest'ultimi ben si possono attestare nell'amministrazione agente come autorità.

Che il potere pubblico debba avere un suo tribunale – *ratione materiae* – viene ribadito più volte dalla Consulta che, pur riferendosi all'insincero criterio di riparto che vede adito anche il giudice civile in controversie di diritto pubblico, assume come principio generale che "ad eccezione delle materie riservate per natura all'autorità giudiziaria, appartiene in ultima istanza alla competenza della giurisdizione amministrativa il contenzioso relativo all'annullamento e alla riforma degli atti amministrativi che costituiscono l'espressione dei pubblici poteri" (76).

In definitiva, nella *pars costruens* della sentenza n. 204 del 2004 viene sancita l'esistenza di un giudice del potere pubblico – *ratione materiae* – e nella sentenza n. 35 del 2010 vengono destituite di forza discrezionale le posizioni giuridiche soggettive, residuando il solo potere amministrativo (77). La Corte costituzionale si pone in contrasto con le catene logiche, qualifica come atti autoritativi anche i comportamenti in cui, mediatamente, vengono esercitati poteri e ammette candidamente la devoluzione alla magistratura speciale delle controversie sui diritti soggettivi fondamentali (78). Ciò che rimane ai fini del riparto è la presenza di potere e, se si sente il bisogno di affiancare alla tutela la parola "costituzionale", potremmo asserire che esistono degli interessi legittimi costituzionali (79).

Come anticipato nella premessa di questo contributo, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'obbligo vaccinale, esprimendosi, indirettamente, anche sulla corretta giurisdizione da adire (80). A ben vedere tali sentenze, a causa del loro contenuto divergente, non acquistano la "questione di giurisdizione": nel caso in cui sia il rettore a non ammettere uno studente di infermieristica al tirocinio, poiché non vaccinato, non "sussistono dubbi sulla giurisdizione del giudice amministrativo"; nel caso in cui sia l'ordine professionale a sospendere un proprio iscritto,

(73) Corte cost. 16 aprile 1998, n. 127. Nella fattispecie un agricoltore, proprietario di terreni siti nell'area di un parco naturale, si era rivolto al giudice civile lamentando una turbativa del suo possesso derivante dal diniego opposto dal gestore del parco alla richiesta di autorizzazione ad impiantarvi un frutteto. Il tribunale adito ritenne sussistente la propria giurisdizione in ragione del carattere totalmente vincolato dell'autorizzazione in questione.

(74) Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191: "[il giudice amministrativo è] giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica".

(75) In questo senso le osservazioni di S. Battini, *op. cit.*, 91-92: «nel circoscrivere l'ambito costituzionalmente consentito della giurisdizione esclusiva, la Corte costituzionale ha identificato l'ambito costituzionalmente imposto della giurisdizione generale di legittimità. Il primo deve presentare un collegamento con il secondo. E il secondo non è identificato sulla base della situazione soggettiva lesa, ma in ragione della "circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità". La giurisdizione generale di legittimità viene cioè ancorata alla nozione di potere amministrativo». L'A. pone l'accento su un aspetto ancora più "sovversivo" che potrebbe originare da quanto detto: "Se infatti è vero — in base a quanto affermato dalla Corte — che il legislatore non può sottrarre al giudice ordinario controversie in materie che sono prive di alcun collegamento con l'esercizio di autorità da parte della pubblica amministrazione, deve ritenersi anche vero che la Corte di cassazione, se vuole interpretare il criterio di riparto in modo costituzionalmente orientato, non può sottrarre al giudice amministrativo controversie che, in quanto relative all'esercizio di autorità da parte della pubblica amministrazione, appartengono necessariamente alla sua giurisdizione generale di legittimità". Sulla giurisdizione "esclusiva" del giudice civile si avrà modo di tornare nel paragrafo seguente.

(76) Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204.

(77) Sul punto cfr. B. Sassani, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, in <www.judicium.it>, 19 maggio 2019: "c'è una *pars costruens* molto importante, perché la sentenza fissa definitivamente l'idea che la Costituzione ha creato un giudice del potere pubblico, e lo ha individuato nel giudice amministrativo, e questo è un dato – elegantemente fatto emergere – che dovrebbe ormai considerarsi intangibile". Analogamente F. Patroni Griffi, *Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in <www.astrid-online.it>, 2004: "In altri termini il giudice amministrativo non è, e non può essere, il giudice dell'amministrazione; ma è, e forse deve necessariamente essere, il giudice dei pubblici poteri".

(78) In particolare, cfr. Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, e 12 marzo 2021, n. 37, e su queste, *infra*, nt. n. 99 e n. 100.

(79) Sul punto cfr. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione*, cit., 4: «Se proprio si vogliono poi declinare, in chiave processuale, i diritti fondamentali ai fini del riparto, ben potrà affermarsi che tali posizioni soggettive, ogni qual volta si incuneino in rapporti di diritto pubblico, diano luogo a "interessi legittimi fondamentali"».

(80) Le sentenze della Corte costituzionale che si esprimono sulla legittimità dell'art. 4 del d.lgs. n. 44/2021 sono le seguenti: 9 febbraio 2023, n. 14; 9 febbraio 2023, n. 15; 9 febbraio 2023, n. 16.

pur sempre tramite provvedimento amministrativo, sopravviene il preminente “diritto soggettivo a continuare ad esercitare la professione sanitaria” e, anche in ragione della non intermediazione del potere amministrativo, sussiste la giurisdizione civile. Il richiamo operato dalla Consulta – nelle due sentenze che dichiarano l’insussistenza della giurisdizione amministrativa – all’ordinanza della Cassazione in commento non sarebbe sufficiente, a parere di chi scrive, a “giustificare” il radicale cambio di prospettiva negli analoghi casi in oggetto: la norma da cui discende la sospensione del tirocinante è la stessa per cui viene sospeso il professionista non vaccinato. I poteri – seppur di mero accertamento – di cui dispongono il rettore e l’ordine sono pressoché identici. Sul punto, ovvero sulla devoluzione “aprioristica” di una medesima situazione giuridica a differenti plessi giurisdizionali, si intende tornare *infra*, nel paragrafo seguente.

6. Alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice civile: ammissibilità costituzionale?

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è espressamente prevista in Costituzione. Altrettanto non si può affermare per quelle ipotesi, sempre più numerose, di giurisdizione “esclusiva” del giudice civile, consolidate nel tempo. Sul punto l’unica certezza sembra essere quella della competenza giurisdizionale “esclusiva” della magistratura speciale sull’interesse legittimo: laddove esso sia legato gordianamente ad un diritto soggettivo, il giudice naturale della controversia dovrebbe rinvenirsi nel giudice amministrativo (81).

In forza delle dottrine già ricordate, il giudice civile si è ritagliato un’enclave nelle controversie di diritto pubblico individuando diritti soggettivi lesi da atti amministrativi. È nell’art. 113, c. 3, Cost., che si attribuisce la facoltà alla legge di conferire al giudice civile il potere di annullare atti amministrativi e, quindi, radicare la sua competenza giurisdizionale. Coordinando queste disposizioni con le altre già richiamate, i casi cui rimanda l’articolo in parola sarebbero giocoforza ridotti alla circostanza in cui vi siano diritti soggettivi perfetti non legati ad interessi legittimi e che non “degradino” quando colpiti da un atto amministrativo interamente vincolato, adottato da una p.a. priva di potere autoritativo.

La Costituzione lascerebbe campo aperto ad un potenziale riparto di giurisdizione per “blocchi di materie”: se è vero che è stato censurato il filone legislativo che ha ampliato la giurisdizione esclusiva del giudice speciale, non è altrettanto vero che lo stesso sia stato fatto con quello che incrementa le ipotesi di giurisdizione “esclusiva” civile, a discapito della separazione dei poteri. Il riferimento è a tutte le – corpose – ipotesi in cui la magistratura civile è competente su controversie concernenti atti amministrativi discrezionali. La convinzione di trovarsi di fronte ad una devoluzione arbitraria per “blocchi” è corroborata dalla circostanza per cui il titolare di una medesima situazione soggettiva, la quale venga attinta da un medesimo atto amministrativo, non può dar luogo a due “risultati” diversi: a meno di una devoluzione aprioristica della materia ad una giurisdizione piuttosto che all’altra, è irragionevole, se ci si basa sulla dicotomica divisione diritti soggettivi-interessi legittimi, che talvolta sia competente il giudice amministrativo e talvolta quello civile. Il criterio di riparto assomiglia in questi casi ad una “maionese impazzita” (82).

L’ipotesi principale di giurisdizione civile su di un atto amministrativo – autoritativo – è riscontrabile nella l. n. 689 del 24 novembre del 1981, che disciplina i giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative, oggi “integrata” dal d.lgs. n. 150/2011. Inizialmente, parte della dottrina ipotizzò un’eccezionale giurisdizione “esclusiva” della magistratura civile sugli interessi legittimi, teoria poi smentita da alcune sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale, che hanno argomentato nel senso della esistenza di un diritto all’integrità patrimoniale (83). In questi casi, il giudice civile – solitamente, il giudice di pace – ha un espresso potere di sospensione e annullamento di provvedimenti autoritativi e discrezionali. In tali materie è proprio il giudice civile a presentarsi competente *ratione materiae* in una controversia di diritto pubblico. Fermo il conferimento di poteri pressoché identici a quelli del giudice speciale nella c.d. giurisdizione di merito, nella fattispecie il giudice civile si presenta nelle vesti di “giudice della legittimità”: sembrerebbe una delle rare ipotesi in cui viene interpretata alla lettera la legge del 1865.

Un esempio, sovente utilizzato per dimostrare l’arbitrarietà del criterio di riparto, è la materia dell’immigrazione: la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare lo straniero, a rigor di logica, è sempre la medesima. Nonostante ciò, a seconda del tipo di atto amministrativo che colpisce il “diritto”, il ricorso va proposto davanti a differenti autorità: dei provvedimenti di espulsione prefettizia dello straniero ai sensi dell’art. 13, c. 3, del d.lgs. n. 286/1998, conosce il giudice civile; nello stesso articolo, al comma 11, si stabilisce che contro il d.m. del Ministro dell’interno che espelle lo straniero per motivi di ordine o sicurezza dello Stato è competente il giudice amministrativo (in sede di legittimità, non esclusiva) (84); situazione analoga si prospetta per l’espulsione dello straniero per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3 del d.lgs. n. 144/2005); il diniego di permesso di soggiorno, solitamente atto prodromico all’espulsione, o della proroga del visto, vanno contestati davanti al giudice amministrativo (art. 6, c. 10, del d.lgs. n. 286/1998), ma non deve trattarsi di rifiuto per motivi familiari (art. 30, c. 6, del d.lgs. n. 286/1998), perché in tale evenienza la

(81) Il giudice naturale è quello preconstituito dalla legge per una determinata materia o controversia, astratta; non è necessariamente il giudice civile. Pertanto, anche secondo Corte cost. n. 204/2004, cit., la magistratura civile non può essere “giudice” degli interessi legittimi: “l’art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l’art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare”.

(82) Cfr. A. Lamorgese, *La maionese impazzita delle giurisdizioni*, in *Questione giust.*, 2021, 1, 143.

(83) Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1982, 1130.

(84) Cfr. anche art. 3 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito in l. 31 luglio 2005, n. 155; nonché art. 119, lett. m-*sexies*), c.p.a.

competenza spetta del giudice civile, così come per l'opposizione avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno in favore del cittadino straniero vittima di sfruttamento lavorativo. Diversamente, la cognizione dei provvedimenti esecutivi dei predetti atti di espulsione, adottati dal questore, è del giudice di pace (85).

Ancora, la materia del rilascio della cittadinanza per "naturalizzazione" sembrerebbe rispondere al requisito della schizofrenia: la norma devolve alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, e dunque al giudice civile, le controversie in materia di cittadinanza, ma solo nei casi in cui non vi è discrezionalità. Oggetto di "contesa" sono anche le controversie derivanti dall'art. 43, c. 1, (e 44, c. 1) del d.lgs. n. 286/1998, che introduce un'azione a protezione dei "comportamenti" discriminatori, dove viene affermata la competenza giurisdizionale civile in ragione del diritto "assoluto" a non essere discriminati, che rimane tale "ancorché" vi sia la presenza di atti discrezionali; non solo, i poteri conferiti al giudice in queste liti sembrano andare ben al di là dei "tradizionali" limiti (cfr. art. 28, c. 5, del d.lgs. n. 150/2011). In quest'ultima ipotesi viene da chiedersi se, nel caso in cui il diritto sia legato indissolubilmente ad un interesse legittimo, il potere sia idoneo a radicare la giurisdizione esclusiva (amministrativa) o, specularmente, se si possa incardinare la competenza della giurisdizione civile (86). Per la linea che si è tenuta la risposta "tuzioristica" dovrebbe rinvenirsi nella prima ipotesi prospettata, anche in ragione delle analoghe previsioni legislative – relativamente ai diritti "fondamentali" – dell'art. 133 del codice del processo amministrativo.

Orbene, laddove si voglia accettare l'esistenza di diritti soggettivi indegradabili a fronte di un provvedimento autoritativo – vincolato (?) – esso si presenta nella medesima forma in tutte le situazioni appena esposte, con la conseguenza per cui l'ordinamento acquisirebbe coerenza se venissero trattate tutte allo stesso modo, evitando "rimbalzi" fra le giurisdizioni nel caso in cui il ricorrente, stordito dal cervellotico riparto, si rivolga alla giurisdizione non competente (87).

Considerazioni analoghe possono svolgersi per la materia delle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti: in via generale attribuite alla cognizione del giudice amministrativo, ad eccezione di quelle adottate da Consob e Banca d'Italia, le quali, più delle altre, si avvicinerebbero alle sanzioni amministrative pecuniarie e quindi devolute al giudice civile, in quanto basate su "criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa" (88). La struttura e gli scopi delle sanzioni adottate dalle diverse autorità sono pressoché i medesimi, così come sono identiche le posizioni soggettive di cui sono titolari i sanzionati, ma per l'arbitrario criterio di riparto sono competenti due giudici differenti. Nel caso in esame sembrerebbe esistere un criterio di riparto basato sulla stessa autorità che adotta la sanzione: un "blocco" di controversie devolute aprioristicamente o, altrimenti, in base alla "natura" dell'autorità stessa (89).

Ancora, la giurisdizione sulle controversie in merito alla revoca della patente di guida ai soggetti sottoposti a misure di prevenzione è del giudice civile, nonostante sia intervenuta la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2, del codice della strada, nella parte in cui dispone che il prefetto "provvede" – anziché "può provvedere" – alla revoca (90). Non si può aderire alla motivazione delle Sezioni unite per cui la revoca della patente incide sulla "proiezione" della libertà fondamentale (alla guida?) e quindi si escludono profili di discrezionalità (91).

È da rigettare anche l'idea per cui se, in una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, manchi il potere discrezionale tradizionalmente inteso, la questione torni "automaticamente" di competenza del giudice civile: ciò si basa sempre sull'asserita vincolatività dell'atto che comporta il "risorgere" del diritto. Può assumersi, come esempio, l'art. 11, c. 1, lett. a), del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235: la sospensione per condanna non definitiva "opera" di diritto ma è necessario l'effetto costitutivo del provvedimento prefettizio che accerta le cause e notifica all'interessato il provvedimento. La Cassazione non sembra tener conto della – seppur apparentemente vincolata – attività dell'amministrazione e ritiene di attribuire al giudice civile la relativa controversia, in forza del diritto all'elettorato passivo (o al mantenere la carica?) che non "degrada" di fronte ad un atto autoritativo (92).

(85) Pragmaticamente, l'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero irregolare per mezzo della forza pubblica (art. 13, cc. 4 e 5, d.lgs. n. 286/1998), dopo l'intervento di Corte cost. 15 luglio 2004, n. 222, è sospesa fino alla convalida dello stesso atto da parte del giudice di pace. Se la convalida non avviene, il provvedimento "perde ogni effetto"; *tout court* un giudice onorario può annullare un atto amministrativo.

(86) Ragiona su queste tematiche F. Dinelli, *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in S. Del Gatto *et al.*, *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2013, 74-75.

(87) Sull'autoritatività di questa categoria di atti – intesa nei suoi due elementi, imperatività ed esecutività – non credo si possano avanzare dei dubbi. Parte della giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. II, ord. 2 dicembre 2020, n. 2753) considera l'espulsione ai sensi dell'art. 13, c. 2, del d.lgs. n. 286/1998 atto vincolato solamente in ragione della disposizione contenuta nella lett. c), la quale si riferisce allo straniero "che appartiene a taluna delle categorie indicate".

(88) Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162.

(89) Ciò è aggravato dalla circostanza per cui le altre attività di queste due autorità sono devolute – pacificamente – al giudice amministrativo. Nello stesso senso cfr. G. Grüner, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in <www.giustamm.it>, 28 febbraio 2014.

(90) Corte cost. 27 maggio 2020, n. 99. In particolare, la sentenza si riferisce alla revoca della patente di guida nei confronti dei soggetti che sono o sono stati sottoposti a misure di prevenzione antimafia.

(91) Cass., S.U., 19 novembre 2020, n. 26391.

(92) Cass., S.U., ord. 28 maggio 2015, n. 11131

Ad ogni modo, se, in via generale, Cassazione e Consulta hanno scagliato l'anatema nei confronti della legislazione "per blocchi di materie" in favore del giudice speciale, altrettanto non è stato fatto quando sono state devolute intere materie al giudice civile (93). In particolare, trasformando interi blocchi da "pubblici" in "privati" (cfr. pubblico impiego e Ssn), si è realizzato surrettiziamente un cambio della giurisdizione competente: la posizione giuridica soggettiva non è mutata e, a sostegno di ciò, non vi è neanche un elemento comune (il potere o il nodo gordiano), bensì la mera disposizione legislativa. Tali previsioni trovano sostegno costituzionale nell'art. 113 Cost., ma la logica "per materia" è pressoché identica (94).

7. Conclusioni

Dovrebbe apparire evidente l'aderenza, da parte di chi scrive, ad una visione del potere amministrativo che ravvede in qualsiasi sua gradazione, "ancorché" caratterizzata in termini di atto di "mera esecuzione", l'idoneità a radicare la giurisdizione speciale. Sia pur in una prospettiva *de iure condendo*, la giurisdizione amministrativa si configurerebbe come giurisdizione delle – *recte*: di tutte le, salvo eccezioni, che, però, tali dovrebbero rimanere – controversie di diritto pubblico (95). Certo, i sostenitori della centralità delle posizioni giuridiche soggettive potrebbero ribattere che, ferma la difficoltà dell'individuazione di queste, anche la differenza tra controversie di diritto pubblico e di diritto privato sarebbe difficile da cogliere (96). Potrebbe replicarsi, però, che il problema si ridimensionerebbe notevolmente qualificando come controversie di diritto pubblico quelle in cui vi è la presenza di un atto amministrativo, inteso, nel suo nucleo essenziale, come "atto unilaterale che produce effetti su terzi" (97).

Tale impostazione risulta più vicina al tessuto argomentativo del Consiglio di Stato che non a quello della Cassazione, ma non nella parte in cui ricerca, comunque, il fine ultimo delle norme primarie poste a fondamento dell'atto amministrativo. È difficile, d'altra parte, pensare a un atto amministrativo che non sia volto primariamente alla realizzazione di un interesse pubblico (98). Dalle disposizioni di legge già richiamate (vedi sopra, par. 2), risulta evidente una certa "indifferenza" del diritto positivo sia per la ricerca dell'interesse – pubblico o privato – che le norme intenderebbero tutelare "primariamente", sia per la qualificazione della posizione giuridica connessa all'atto amministrativo.

Alla luce di quanto visto, e delle contraddizioni che scaturiscono dai differenti approcci della Cassazione e del Consiglio di Stato, viene da domandarsi – sempre in una prospettiva *de iure condendo* – se non sarebbe più opportuno che, laddove si "materializzassero" dei diritti soggettivi nei rapporti con la p.a., in ragione del carattere asseritamente vincolato dei relativi atti, la questione venisse devoluta comunque, attraverso una previsione di legge, alla giurisdizione amministrativa, in sede esclusiva. Quest'ultima venne istituita proprio nell'intento di superare il criterio di riparto nominalistico per esigenze di semplificazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. In considerazione di ciò, e della pacifica possibilità per il giudice amministrativo di "offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa" (99), probabilmente la devoluzione di queste controversie al giudice speciale agevolerebbe chi volesse ricorrere nei confronti di una determinazione (provvedimento, atto, mera esecuzione) lesiva della propria sfera giuridica (100).

(93) Per considerazioni in tal senso cfr. F. Merusi, G. Toscano, *op. cit.*, 108.

(94) Sul tema cfr. M. Mazzamuto, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 1123.

(95) Già nel lontano 1923, la relazione che accompagnava la riforma dell'epoca si riferiva al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale come "giudice dell'attività di diritto pubblico".

(96) Sull'ontologica diversità di questi rapporti cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1914, 109: "Il diritto privato riflette i rapporti fra singoli, cioè fra individui considerati come subbietti, che per la società hanno valore uguale: è il diritto dell'eguaglianza sociale dei subietti e dei loro interessi. Il diritto pubblico riflette rapporti che intercedono fra subbietti di valore sociale ben diverso: lo Stato, gli enti pubblici, che debbono prevalere perché rappresentano l'interesse collettivo".

(97) Così G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 355, il quale prosegue in questi termini: "Non vi è necessità di aggiungervi che è un atto della pubblica amministrazione diverso da quelli di diritto privato, perché nel diritto privato resta ferma la regola che nessun soggetto può modificare la sfera giuridica di altri senza il concorso della loro volontà (le pochissime e dubbie eccezioni confermano la regola)".

(98) In ragione di ciò, non risulta condivisibile l'impostazione di M.C. Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 207: "[il diritto soggettivo costituisce un limite al potere] perché il potere non è destinato al perseguimento del solo interesse pubblico, ma deve avere riguardo anche all'interesse del privato che è coinvolto dall'adozione del provvedimento".

(99) Corte cost. n. 140/2007, cit. La stessa Corte, quindi, ha sottolineato la maggiore intensità di tutela che può offrire, anche in queste occasioni, il giudice amministrativo: "legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione". In dottrina, sulla costituzionalità della devoluzione alla giurisdizione esclusiva di controversie vertenti diritti "fondamentali" cfr. G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1229.

(100) Sull'opportunità o meno di devolvere al giudice amministrativo anche le questioni inerenti alcuni diritti fondamentali, giova richiamare un altro esempio attinente alla "pandemia": si pensi ai d.p.c.m. previsti dal d.l. n. 19/2020, che hanno inciso, fra tutti, sul diritto soggettivo "costituzionale e indegradabile" alla libera circolazione. La Corte costituzionale, adita per una presunta alterazione del sistema delle fonti, con sent. 22 ottobre 2021, n. 198, dichiara la legittimità della sovrastruttura di una delega legislativa che conferisce a decreti presidenziali la possibilità di individuare nuovi illeciti amministrativi; più precipuamente si limita ad autorizzare il Presidente del Consiglio dei ministri a dare esecuzione alle misure tipizzate già dalla legge. La sentenza in questione richiama il precedente Corte cost. n. 37/2021,

Ragionando in questi termini, si potrebbe giungere alla seguente conclusione: il potere amministrativo radica la giurisdizione speciale, la stessa avrebbe competenza, in sede esclusiva, nei casi in cui il potere sia vincolato a fronte di diritti soggettivi (ritenuti) “indegradabili”. La diade diritto-interesse diventa utile per distinguere la giurisdizione amministrativa di legittimità da quella esclusiva.

Ciò, peraltro, potrebbe condurre a termine la commedia degli equivoci, perché, dopo l’entrata in vigore del c.p.a., la giurisdizione di legittimità e quella esclusiva risultano sostanzialmente sovrapponibili. La risarcibilità è affare di entrambe le giurisdizioni (e posizioni), così come lo sono i mezzi di prova, la fase cautelare, i poteri decisori del giudice e così via (101). Affinché, peraltro, un sistema così delineato realizzi una tutela efficace, a differenza della storica “prudenza” della magistratura civile, sarebbe necessario che il giudice amministrativo non fosse parsimonioso nell’utilizzo degli strumenti di cui dispone per la protezione dei diritti (102).

Il giudice civile rimarrebbe competente nei giudizi che coinvolgono la p.a. agente *iure privatorum*: in questi casi la discussione non è più incentrata sull’esistenza o meno di una fattispecie pubblicistica incarnata da un atto amministrativo, ma dalla sussistenza di diritti e/o obblighi reciproci di tipo privatistico (103).

Proprio in forza di quest’ultimo “accorgimento” non si propone un giudice “dell’amministrazione”: la competenza *ratione materiae* si riferisce alla sfera del diritto pubblico, così come il giudice civile è competente *ratione materiae* nella sfera del diritto privato, anche nel caso in cui sia parte in causa un’amministrazione (104).

* * *

cit., nel quale si asserisce che i d.p.c.m. sono “comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo”. Seppur quest’ultima statuzione la si voglia considerare un *obiter dictum*, la congiunzione “comunque” sembra riferirsi all’incidenza su diritti costituzionali da parte di provvedimenti e che giocoforza, ai fini del riparto di giurisdizione, per il giudice delle leggi, in continuità con quanto stabilito in passato, sia prevalente la presenza di un atto amministrativo piuttosto che la presenza di un diritto. In questo caso la tutela è “piena”. Diversamente, da quando le medesime restrizioni sono state previste in decreti-legge, nessun giudice ha potuto sindacare la ponderazione degli “interessi costituzionali” in gioco. È evidente la piena tutela (concreta, attuale ed effettiva) per “l’interesse legittimo costituzionale” alla libertà di circolazione che si relaziona al decreto presidenziale, rispetto alla “tutela mediata” di cui gode il medesimo “diritto costituzionale”. Sembra quasi che convenga “far valere diritti per interessi”. In dottrina, individua la centralità dell’intensità della tutela offerta dai diversi giudici R. Caranta, *op. cit.*, 7: “il giudice ordinario offriva scarsi rimedi rispetto a quello amministrativo, e quindi già solo per questo, applicando il darwinismo alle istituzioni ed ai fenomeni giuridici, era destinato a perdere competenza, anche se non mancarono altri fattori operanti in tal senso”.

(101) Sul punto cfr. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., cap. III. L’A. evidenzia, oltre ad una sostanziale sovrapposibilità tra la giurisdizione generale di legittimità e quella di merito, le criticità della giurisdizione esclusiva, in particolare il problema – storico – dell’inesistenza di norme processuali dedicate a queste particolari controversie (se non per i termini di decadenza/prescrizione). Inoltre, l’A. individua nella giurisdizione di merito gli unici casi in cui, potenzialmente, si prospettano atti vincolati; in ogni caso il giudice non ha gli “ampi” poteri che gli vengono attribuiti o meglio, non si differenziano da quelli che ha nelle altre due giurisdizioni.

(102) Si è consapevoli che per i diritti sottoposti al sindacato della magistratura speciale vi sarebbe una “preclusione” al giudizio “pieno” della Cassazione nonché verrebbero sottratti alla funzione nomofilattica della stessa. Per ovvie ragioni di complessità il tema non può essere trattato in questo contributo.

(103) Un’impostazione in tal senso sembra trovare conferma nelle parole del Giudice costituzionale (Corte cost. n. 204/2004, cit.): «[è] proprio la “costituzione del vincolo obbligatorio” a segnare lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella dell’autorità giudiziaria ordinaria sul presupposto della tendenziale uguaglianza tra le parti nella fase successiva alla costituzione del vincolo, regolata dalle norme del diritto privato». In dottrina cfr. A. Piras, M.S. Giannini, *op. cit.*, 258: “la complicazione si risolve da sé se si applica la regola che in Consiglio di Stato si impugnano solo quegli atti che hanno la duplice caratteristica di contenere l’affermazione del momento dell’autorità e di non far parte della fattispecie negoziale”. Ragionando in senso opposto, si creerebbe un “giudice speciale” per un soggetto particolare – ma, in quel momento, di diritto privato – senza alcuna copertura costituzionale.

(104) È utile ribadire che il giudice amministrativo può, con il favore della Costituzione, giudicare su diritti soggettivi anche in via principale; il giudice civile non può, in nessun caso, diventare giudice degli interessi legittimi o del potere amministrativo.