

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Professore ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

**LE TECNICHE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI
FONDAMENTALI NELLA GIURISDIZIONE
AMMINISTRATIVA**

**THE TECHNIQUES OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS
IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION**

SINTESI

Dopo avere inquadrato il tema della cognizione del giudice amministrativo sui diritti fondamentali, prescindendo dalle regole tipiche del riparto di giurisdizione, il lavoro esamina le tecniche di protezione del giudice amministrativo, con particolare riguardo all'interpretazione e alla correlata necessità di una puntuale previsione di legge che fondi l'esercizio del potere.

ABSTRACT

Framed the topic of the jurisdiction of the Administrative Court over the fundamental rights, apart from the typical rules of the division of jurisdiction, the work examines the technique of protection available to the Administrative Court, in particular about the interpretation and the correlated need of an accurate law on the base of which can be founded the exercise of power.

PAROLE CHIAVE: protezione, diritti fondamentali, giudice amministrativo.

KEYWORDS: protection, fundamental rights, Administrative Court.

INDICE: 1. Cosa si intende per diritti fondamentali e in che misura può conoscerne il giudice amministrativo – 2. I poteri processuali del giudice amministrativo quali tecniche di protezione dei diritti fondamentali – 3. Quali garanzie per i diritti fondamentali.

1. Cosa si intende per diritti fondamentali e in che misura può conoscerne il giudice amministrativo

Ragionare sulle tecniche di protezione dei diritti fondamentali nella giurisdizione amministrativa implica la necessità di svolgere qualche osservazione

preliminare, per meglio definire l'ambito della riflessione che qui si vuole compiere.

Per questo, va detto che l'opzione prescelta non è quella di guardare alla dicotomia tra diritto e interesse, idonea a fondare il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: e, dunque, non si vuole condurre il ragionamento verso il tema della cognizione e dei poteri del giudice amministrativo in funzione di giudice unico sui diritti. A dire il vero, si potrebbe osservare che, mentre in Costituzione la giurisdizione esclusiva sui diritti si aggiunge a quella generale di legittimità, dal momento che l'art. 103 prevede che il Consiglio di Stato ha «giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, *anche* dei diritti soggettivi», nel codice del processo amministrativo la giurisdizione esclusiva è sui diritti soggettivi, non *anche* sui diritti. Quasi a voler sottolineare, prendendo le distanze dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che la giurisdizione esclusiva possa essere simmetrica alla giurisdizione ordinaria e non appiattita sulla generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. La stessa Corte Costituzionale è sembrata disponibile a tale interpretazione, affermando, da un lato, che «nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse». Aggiungendo, tuttavia, che «non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo» possa avere ad oggetto «anche soltanto diritti soggettivi», nel caso in cui ricorrano «gli altri requisiti», che per la Corte sono la delimitazione e determinazione delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva e la sussistenza di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione¹.

Ma, come si diceva, non è questo il senso che si intende dare al tema della protezione che il giudice amministrativo può accordare ai diritti fondamentali e, dunque, alla nozione stessa di “diritto fondamentale”, giacché sembra prefe-

¹ Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 35.

ribile guardare alla sostanza della posizione soggettiva azionata in giudizio, la quale pur atteggiandosi come interesse legittimo, in quanto si misura con il potere, racchiude tuttavia un nucleo essenziale di pretese riconducibili alla centralità della persona che necessita di tutela.

Secondo Luigi Ferrajoli, «i diritti fondamentali consistono in aspettative negative o positive cui corrispondono obblighi (di prestazione) e divieti (di lesione)»: più in particolare, la natura fondamentale del diritto, oltre a imprimere una “connotazione sostanziale” al sistema giuridico, allo stato di diritto e alla “democrazia costituzionale”, descrive altresì dei rapporti “per così dire verticali”, nel senso che «i rapporti intrattenuti dai titolari di diritti fondamentali sono rapporti di tipo pubblicistico, ossia dell’individuo nei confronti dello Stato»².

Se questo è il punto di vista considerato, non c’è dubbio che ogni interesse legittimo, in quanto lo stesso “dialoga” con il potere³, custodisce una aspettativa negativa o positiva che può assumere il tratto e la consistenza del diritto fondamentale. In tal modo, la strada della giurisdizione di legittimità si dispiega (e si spiega) come percorso necessario che il privato deve compiere per accedere alla tutela giurisdizionale; e il giudice amministrativo è il giudice che naturalmente può e deve conoscere della lesione dell’interesse legittimo, vale a dire di quell’aspettativa positiva o negativa che ne costituisce il nucleo essenziale e di cui il privato è titolare.

La stagione della pandemia appena trascorsa offre un esempio evidente. Nessun dubbio circa il fatto che già il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M. del 23 febbraio 2020), con il quale sono state disposte le prime misure necessarie per il contenimento del contagio, avesse ad oggetto il diritto fondamentale alla libertà di circolazione (ma non solo): nessun dubbio circa il fatto che di quel d.P.C.M. (come di tutti gli atti successivamente adottati) dovesse conoscere, in ipotesi, il giudice amministrativo⁴.

2 L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma – Bari, 2001, p. 17-23.

3 F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano 1990, p. 25.

4 Tant’è che il g.a. si è pronunciato sull’impugnazione di diversi atti adottati nel periodo di pandemia, conseguenti al citato d.P.C.M., a sua volta riconducibile alla Dichiarazione dello stato

Ma gli esempi non si fermano qui. I provvedimenti di autorizzazione all'esercizio di attività economiche implicano anch'essi una regolazione per lo svolgimento di una attività, che costituisce manifestazione di un diritto fondamentale, riconducibile alla libertà di iniziativa economica (Ranelletti parlava di provvedimenti aventi a oggetto la "rimozione" di un limite all'esercizio di un diritto⁵), e dunque comportano l'instaurazione di quella relazione verticale, dell'"individuo nei confronti dello Stato".

Ci troviamo, anche qui, in ipotesi nelle quali del provvedimento che dialoga con l'interesse legittimo, ma che in fondo incide su un diritto fondamentale, regolandone l'esercizio, può e deve conoscere il giudice amministrativo. Recuperando il pragmatismo di Vittorio Scialoja, si potrebbe dire che il diritto viene fatto valere come interesse, per accedere alla tutela giurisdizionale⁶.

Sembra così evidente un ribaltamento di prospettiva: negli anni Settanta dello scorso secolo, la nozione di "diritti indegradabili" è servita alla Corte di cassazione per descrivere la possibilità di uno "zoccolo duro", che costituisce l'essenza del diritto fondamentale e che resiste all'esercizio del potere, radicansi in tali ipotesi la giurisdizione in favore del giudice ordinario⁷. Oggi invece si riconosce che, al di là della qualificazione della situazione soggettiva idonea a fondare il riparto di giurisdizione, il giudice amministrativo possa assicurare protezione a quelle pretese che implicano la titolarità di diritti fondamentali.

2. I poteri processuali del giudice amministrativo quali tecniche di protezione dei diritti fondamentali

Se il principio fondamentale del costituzionalismo moderno può tradursi nel passaggio dal "governo degli uomini" al "governo delle leggi", che si realiz-

di emergenza, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 2 febbraio 2020, n. 26: sul punto, cfr. M.C. CAVALLARO, *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, in questa *Rivista*, n. 2-2020.

⁵ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Napoli 1992 p. 44.

⁶ V. SCIALOJA, *La competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria (1891)*, in *Studi giuridici*, vol. V, Milano 1936, p. 195.

⁷ Sulla nozione di diritti indegradabili, e sul diritto alla salute in particolare, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 377.

za attraverso il pieno riconoscimento e la massima tutela e garanzia dei diritti fondamentali⁸, la tendenza del neocostituzionalismo è quella di riconoscere un ruolo centrale all'interprete, e dunque soprattutto al giudice, nell'attuazione della Carta costituzionale e nella garanzia dei diritti.

Alexy ha parlato di «irradiazione delle norme dei diritti fondamentali in ogni ambito del diritto» e, all'interno del perimetro della Carta costituzionale, diventa cruciale la «procedura di bilanciamento», che è procedura aperta e non conduce «a un'unica soluzione giusta»⁹.

Quanto agli sviluppi ulteriori delle teorie dei diritti fondamentali, è nota la posizione di Stefano Rodotà¹⁰, secondo cui la natura inviolabile del diritto postula la sua capacità di essere esercitato senza *interpositio legislatoris*: anzi la mancata declinazione in sede di legislazione ordinaria può essere risolta proprio con l'affermazione giurisprudenziale della sua protezione. Il diritto c'è perché è riconosciuto dalla Costituzione ed è tutelato dal giudice, senza necessità della mediazione della legge¹¹. Attraverso una riconsiderazione del ruolo del giudice, non più *bouche de la loi*, ma interprete della realtà, prima ancora che della legge, si giunge ad affermare il passaggio dalla «logica delle fonti», il cui contenuto è

8 B. CELANO, *I diritti nello Stato Costituzionale*, Bologna, 2013, il quale precisa che «il principio del governo delle leggi, trova realizzazioni, concretizzazioni, specificazioni diverse in epoche diverse. In età moderna, l'ideale del governo delle leggi (e, in particolare, il principio del governo limitato) si salda con l'idea dei diritti fondamentali: l'idea che ogni essere umano, come tale – non, dunque, in quanto appartenente a un particolare ceto o corporazione, o in quanto soggetto a un certo signore o re, o in quanto residente in un particolare territorio, abitante di una particolare città, membro di una particolare comunità o chiesa – abbia certi diritti inviolabili, inalienabili, imprescrittibili», p. 155.

9 R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 574 ss.

10 Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

11 Si rinvia a M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, in questa *Rivista* n. 1-2021, ove si precisa che la tendenza così raffigurata a sua volta ha generato l'idea di una giurisdizione che si manifesta nel potere di «pronunciare il diritto» e che rischia di schiacciare la funzione della legislazione nella produzione del diritto. Sul ruolo della legislazione, che di fronte alla espansione della giurisdizione, subisce un inevitabile indebolimento, da imputarsi sicuramente anche ad altri fattori (quali la crisi della sovranità, appunto, ma anche la debolezza della politica), cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023. S'è parlato così di «mutazione genetica dei diritti», che, però, nonostante l'autorevolezza dei suoi sostenitori, non necessariamente si è tradotta in una maggiore protezione degli stessi, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 29.

inevitabilmente statico e per certi versi oggettivo, «a quella dei principi», che al contrario esprimono una forza ottativa, oltre che «prospettica, evolutiva, suscettibile di arricchimenti e implementazioni»¹².

Da qui, una stretta interconnessione tra diritti fondamentali e tutela del giudice, un “reciproco condizionamento” secondo la dottrina, che si articola su più livelli e in più sedi: dalla Corte costituzionale, che svolge sicuramente un ruolo centrale nel riconoscimento dei diritti, sino alle giurisdizioni di merito. Le quali esercitano il controllo diffuso per «aprire le porte del giudizio di costituzionalità in relazione a disposti di legge sospetti di invalidità per lesione dei diritti», ovvero assicurano la tutela attraverso le tecniche di protezione dei diritti, che in buona parte coincidono con il complesso dei poteri di cui dispone il giudice, per dare una risposta alla domanda di giustizia del privato¹³.

Ciò significa che, anche nella giurisdizione amministrativa, in considerazione della panoplia di azioni che il privato può esercitare, si può desumere che a ciascuno dei poteri che il codice del processo amministrativo attribuisce al giudice amministrativo corrisponda una tecnica di protezione dei diritti. Si pensi, in primo luogo, all'azione di annullamento, il cui effetto costitutivo è garantito dalla rimozione dell'atto, che costituisce diretta manifestazione del potere e che dunque può incidere sulla pretesa soggettiva: è evidente che il pronunciamento del giudice amministrativo, il quale accerta l'esercizio illegittimo del potere, rappresenti la più efficace forma di tutela alla quale possa aspirare il privato. Ancora una volta, l'esempio degli atti adottati in tempo di pandemia è paradigmatico: la gestione dell'emergenza sanitaria è stata affidata a una “catena” di atti¹⁴, riconducibili alla categoria delle ordinanze di necessità e adottati a diversi livelli di governo, aventi a oggetto una pluralità di ambiti: dal trasporto

12 N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2018, 5.

13 A. RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3-2023, p. 478.

14 Parla di “catena normativa”, che a partire dalla Costituzione giunge sino alle ordinanze sindacali, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

pubblico, alla scuola e all'istruzione; dalle attività ludiche, ai servizi assistenziali alla persona. E non sono mancate le pronunce del giudice amministrativo, che hanno assicurato la tutela di posizioni soggettive fondamentali. Ad esempio, può ricordarsi la vicenda dell'ordinanza della Regione Puglia, che aveva disposto la chiusura delle scuole e la prosecuzione delle attività didattiche a distanza e che è stata annullata dal giudice amministrativo: il quale ha riconosciuto che «vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica», *id est*, in una sostanziale violazione del diritto allo studio¹⁵.

Se nella maggior parte dei casi le pronunce di annullamento hanno a oggetto quelli che per Nigro possono essere qualificati come interessi oppositivi, nel ricorso avverso il silenzio è ammessa la possibilità per il giudice di valutare non tanto l'obbligo di provvedere, quanto la fondatezza della pretesa, per dare concreta risposta alla domanda di tutela degli interessi pretensivi¹⁶. Nel codice del processo amministrativo, l'art. 31 comma 3 riconosce al giudice il potere di pronunciarsi sulla 'fondatezza della pretesa' solo in caso di attività vincolata, ovvero quando si siano esauriti gli spazi per l'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione¹⁷. Al riguardo, è emblematica la sentenza del Consi-

15 Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680, secondo cui «dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione». In altri casi, al contrario, il g.a. ha ritenuto che «nella attuale situazione epidemiologica», in considerazione della limitata efficacia temporale del provvedimento impugnato, «le prioritarie esigenze di tutela della salute possano giustificare un temporaneo sacrificio sul piano organizzativo delle famiglie coinvolte» (cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, n. 695 e, in senso analogo, Tar Campania, sez. V, 9 novembre 2020, n. 2025).

16 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 149, che si riallaccia alla tesi di Ranelletti sulla distinzione tra diritti affievoliti e interessi occasionalmente protetti.

17 In particolare, l'art. 31 comma 3, c.p.a. disciplina l'azione avverso il silenzio e dispone che «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»; mentre il successivo art. 34, comma 1 lett. c), nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito, prevede che «L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di an-

glio di Stato, che trae origine dal reiterato diniego opposto da una Commissione per l'Abilitazione scientifica nazionale a una candidata: in sede di appello, il giudice amministrativo, all'esito dei diversi giudizi instaurati dalla ricorrente, ha ordinato al Ministero di rilasciare l'abilitazione, ritenendo realizzata la condizione dell'art. 31 comma 3 c.p.a. (in merito all'esaurimento del potere discrezionale), nel senso che il reiterato diniego della Commissione avrebbe eroso la naturale fiducia che connota (o dovrebbe connotare) la relazione tra amministrazione e privato. In altre parole: la tendenziale insindacabilità del giudizio di una commissione di concorso, in ragione dell'elevato grado di discrezionalità tecnica di cui la stessa dispone, avrebbe portato a escludere l'applicazione dell'art. 31 comma 3, c.p.a. Nondimeno, il Consiglio di Stato ha affermato l'avvenuta «consumazione della discrezionalità», per effetto «della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»¹⁸. Ciò ha consentito, ancora una volta, al giudice amministrativo, di dare concreta risposta alla domanda di tutela del privato.

Nell'interpretazione della giurisprudenza, poi, la distinzione tra interesse legittimo oppositivo e pretensivo è stata utilizzata, nel periodo antecedente alla introduzione dell'azione di condanna al risarcimento in sede di giurisdizione amministrativa, come espediente per dilatare, quanto più possibile, la nozione di danno ingiusto. Più precisamente, muovendo dalla consolidata interpretazione secondo la quale il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. coincide con la lesione di un diritto soggettivo, la giurisprudenza ha fatto confluire in essa, attraverso costruzioni interpretative più o meno barocche, ipotesi prima rientranti nel *genus* dell'interesse legittimo, e ciò al fine pratico di estendere la tutela del privato, di fronte all'esercizio del potere amministrativo. Per cui l'interesse oppositivo, a seguito dell'annullamento del provvedimento illegittimo, si riespande

annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, n. 1321 del 2019.

a diritto soggettivo, con conseguente possibilità di chiedere il risarcimento al giudice ordinario. Invece, l'interesse pretensivo non “cela” alcun diritto soggettivo e, dunque, non è capace di riespandersi a seguito dell'annullamento del provvedimento che illegittimamente lo abbia violato¹⁹. Il che ha portato lo stesso Nigro ad affermare che, in tal modo, il principio tradizionale viene rovesciato: «non più dove c'è diritto soggettivo, c'è risarcimento dei danni ma, dove (il giudice riconosce, decidendo caso per caso, che) c'è risarcimento dei danni, c'è diritto soggettivo»²⁰.

Per rimanere al tema che qui interessa, va detto che, sull'introduzione dell'azione di condanna (prima attraverso la modifica dell'art. 7 della legge Tar, poi con il codice del processo amministrativo), si è pronunciata la Corte costituzionale, chiarendo che la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non è una materia assegnata alla giurisdizione amministrativa, ma un *potere processuale*, la cui attribuzione al giudice amministrativo è giustificata dalla necessità di riconoscere la pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo²¹.

3. Quali garanzie per i diritti fondamentali

La veloce esposizione dei principali poteri del giudice amministrativo dimostra come lo stesso oggi possa esercitare la giurisdizione, assicurando una piena tutela di quelle aspettative del privato che si relazionano con il potere e che possono essere qualificate in termini di diritti fondamentali, al di là di una più puntuale considerazione sulla linea del riparto di giurisdizione.

Ciò non toglie che, dovendo ragionare anche in termini di effettività e certezza della tutela, proprio lo stato dell'arte sul riparto della giurisdizione, rispetto al quale l'antico binomio carenza di potere/cattivo esercizio dello stesso sembra vacillare, introduce degli elementi di ambiguità e di indeterminazione

¹⁹ Da qui un ulteriore orientamento, secondo il quale la revoca illegittima di un provvedimento ampliativo, una volta annullata, apre la strada al risarcimento poiché consente il riespandersi del diritto soggettivo creato dal provvedimento medesimo: su tali questioni M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova 2018, p. 109 ss.

²⁰ M. NIGRO, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.* 1982, 1671, poi pubblicato in *Scritti giuridici*, Milano 1996, vol. III, p. 1490.

²¹ Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

nell'individuazione del giudice munito della giurisdizione, che possono rendere problematico l'accesso alla tutela.

Così, ad esempio, in tema di tutela risarcitoria, nonostante l'art. 30 del codice del processo amministrativo affidi al giudice amministrativo il potere di condanna al risarcimento per il danno da illegittimo esercizio della funzione, le sezioni unite della Corte di Cassazione affermano la giurisdizione del giudice ordinario, in merito alla pretesa del privato fondata sulla lesione dell'affidamento rispetto alla legittimità di un provvedimento ampliativo, poi annullato in sede di autotutela. L'argomentazione svolta si basa sul principio per cui, in tal caso, la pretesa risarcitoria «non ha ad oggetto il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento annullato», o con il successivo atto di annullamento, «costituendo l'illegittimità del provvedimento il mero presupposto della lite». Diversamente, secondo il giudice del riparto, la pretesa riguarderebbe «l'osservanza o meno delle regole di correttezza nei rapporti con i privati, regole distinte ed autonome rispetto a quelle della legittimità amministrativa ed a cui deve essere informato il procedimento amministrativo ex art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 120 del 2020, con la conseguenza che in dette ipotesi, correlandosi la lesione dell'affidamento ad una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione compete al giudice ordinario»²².

Più convincente la lettura del Consiglio di Stato, secondo cui la giurisdizione in materia di affidamento incolpevole deve essere devoluta al giudice amministrativo «perché la “fiducia” su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un “mero comportamento” - ma al potere pubblico». E l'esercizio del potere implica, per l'amministrazione, la necessaria osservanza delle «regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale

22 Cass. Sez. un., 23 novembre 2023, n. 2175.

si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo»²³.

Al di là delle questioni che si aggregano intorno ai temi del riparto di giurisdizione, e che, come detto, assumono rilevanza in ordine alla facilità dell'accesso alla giurisdizione e dunque alla certezza della tutela e della protezione dei diritti fondamentali, emerge, dall'esempio fatto, un'altra questione, che si riallaccia a quanto detto in precedenza. Ossia, quella relativa al ruolo del giudice come interprete della Carta costituzionale per la garanzia dei diritti.

Emerge così il ruolo dell'interpretazione come tecnica di protezione dei diritti.

Nell'ambito della giurisdizione amministrativa, il giudice ha sempre svolto un ruolo centrale nell'interpretazione del diritto e nell'enucleazione di principi, capaci di dare concreta risposta alla domanda di tutela dei privati. Si pensi alla giurisprudenza amministrativa sulla categoria dell'atto politico, per legge sottratto al controllo giurisdizionale²⁴: secondo l'interpretazione consolidata del giudice amministrativo, l'insindacabilità dell'atto politico è ammessa solo nel caso in cui lo stesso, per la genericità dei suoi contenuti e per le finalità di cura dell'interesse pubblico astrattamente considerato, sia inidoneo a incidere sulle situazioni soggettive degli interessati. Cosicché, il sindacato giurisdizionale sull'atto risulta consentito e necessario tutte le volte in cui si riscontri la lesione specifica di una situazione giuridica soggettiva, poiché in tal caso, secondo l'interpretazione del giudice amministrativo, non si tratta più di atto politico, bensì di atto di alta amministrazione²⁵.

E, va da sé, nel disporre dei poteri processuali, il giudice in primo luogo interpreta il diritto. Nella nota sentenza sul Piano faunistico della Regione Puglia, il Consiglio di Stato ha optato per una graduazione degli effetti dell'annul-

23 Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20.

24 Così l'art. 31 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico sul Consiglio di Stato), che oggi ha trovato conferma all'art. 7 del codice del processo amministrativo.

25 In argomento, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. Amm.*, 2012, 329, anche per la bibliografia riportata.

lamento, frutto di un processo di interpretazione del dato normativo esistente, sul presupposto che la retroattività dell'annullamento avrebbe generato un vuoto di tutela, provocando una situazione opposta a quella auspicata dalla parte ricorrente²⁶. Ancora, in tema di tutela risarcitoria s'è già visto come il giudice amministrativo, pur animato dalla volontà di ampliare il perimetro della propria giurisdizione, sia riuscito a offrire risposte più convincenti alla domanda di tutela del privato, proprio muovendo dall'interpretazione del dato normativo. Allo stesso modo, nella vicenda già richiamata, avente a oggetto il ricorso contro il reiterato diniego della abilitazione scientifica nazionale, si è pronunciata anche la Corte di cassazione, la quale ha negato la sussistenza di un eccesso di potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato, ritenendo che la decisione medesima rappresenti «l'esito dell'attività di interpretazione delle norme del codice del processo amministrativo effettuata dal Consiglio di Stato, che costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale»²⁷.

Il tema dell'interpretazione è imponente ed è impossibile darne adeguatamente contezza nell'ambito delle considerazioni qui condotte e, meno che mai, è possibile offrirne una visione completa²⁸. In estrema sintesi, e al di là delle singole questioni teoriche, si può convenire sul fatto che, come ricorda Bobbio, il giudice è chiamato a interpretare il “linguaggio del legislatore”²⁹; ovvero ad assicurare il processo “interpretativo e attuativo del diritto”³⁰ e, dunque, in par-

26 Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

27 Cass. sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592.

28 Da Kelsen in poi, «de attività degli organi di interpretazione del diritto sono attività creative di diritto nuovo» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 47), ma è profondamente mutata, nel corso del tempo, la considerazione sull'apporto psicologico dell'interprete rispetto al ragionamento giuridico. Per cui dall'idea di Bobbio, secondo il quale «la giurisprudenza è analisi del linguaggio» (N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342), si è giunti a parlare di «illusoria solidità del linguaggio», escludendone la valenza sul piano empirico, perché il ragionamento, e dunque anche il ragionamento giuridico, è un processo mentale, che risente delle sollecitazioni e dei contesti nei quali si svolge (B. CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 315).

29 N. BOBBIO, *op.cit.*, che parla espressamente di interpretazione della legge come «analisi del linguaggio del legislatore».

30 G. TARELLO, *op. cit.* distingue tra interpretazione e applicazione della legge: e, in tal senso, la motivazione, ossia l'elaborazione «di regole sul corretto ragionare nell'attribuire significa-

ticolare, di quelle disposizioni che riguardano in vario modo i diritti fondamentali, attraverso il necessario bilanciamento³¹.

Ebbene, è possibile osservare che, se è vero che «ogni regola deve essere applicata (e anzitutto compresa) da qualcuno» e che «non ci sono regole che si applicano o si fanno valere da sé»³², nei rapporti tra la pubblica autorità e il privato, cioè in quella relazione verticale che connota i diritti fondamentali, il primo filtro nell'interpretazione delle regole spetta proprio alla pubblica amministrazione.

Nella specifica materia dell'immigrazione, che sicuramente incrocia dei diritti fondamentali, il Consiglio di Stato ha affermato che il giudizio amministrativo è un giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, che «impone la valutazione degli elementi» che si siano eventualmente realizzati nel tempo intercorrente tra la presentazione di un'istanza, nella specie un rinnovo di permesso di soggiorno, «il suo esame da parte dell'amministrazione ed il giudizio dinanzi al giudice». Perché, osserva il Collegio, se è vero che tali elementi possono non incidere direttamente «sulla legittimità formale dell'atto», gli stessi «possono comunque incidere sulla situazione giuridica dell'interessato, che può essere irrimediabilmente compromessa dalla loro pretermissione, con pregiudizio dei diritti fondamentali della persona umana».

Per tale ragione, il Consiglio di Stato avverte come spetti all'amministrazione, nell'esercizio del potere, il compito di «tenere in debito conto le circostanze sopravvenute che, anche se non conoscibili perché non esistenti al momento dell'adozione dell'atto, comunque hanno modificato la situazione giuridica dell'interessato e possono, nel rispetto della normativa vigente e in concor-

to a enunciati», costituisce lo strumento attraverso cui «la società controlla la applicazione del diritto, cioè uno dei più importanti e delicati meccanismi istituzionali della vita sociale», p. 72.

31 Sulla tecnica di bilanciamento, cfr. A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, 2023, in part. p. 130.

32 B. CELANO, *I diritti nello Stato Costituzionale*, cit., p. 162.

renza degli ulteriori indefettibili presupposti, condurre ad una nuova valutazione ed un differente esito procedimentale»³³.

Non diversamente, la Corte costituzionale: la quale in una recente sentenza si è pronunciata sull'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), «nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro», anche quelle di condanna per il reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309).

La Corte sostanzialmente censura la disposizione impugnata, laddove ammette un automatismo ai fini del mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Per cui sarebbe sufficiente l'accertamento, anche in via non definitiva, di reati connessi al traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti, anche «di lieve entità», per escludere il rinnovo del permesso di soggiorno, «senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente». Tutto ciò comporta, secondo il giudice delle leggi, che il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno venga rilasciato senza un adeguato apprezzamento, da parte dell'amministrazione, circa il ricorrere dei presupposti previsti dalla legge e il doveroso bilanciamento di tutti gli altri diritti e interessi coinvolti nella fattispecie concreta. Circostanza, questa, che si traduce nella illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, anche per il fatto che la stessa si inserisce nell'ambito della materia dell'immigra-

³³ Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2023, n. 3927, che ha annullato un diniego di permesso di soggiorno adottato dopo aver notificato il preavviso di rigetto fondato sul presupposto che «il richiedente nella domanda ha indicato di occupare il lavoratore in qualità di collaboratore familiare, non convivente, con contratto di lavoro a tempo indeterminato e parziale per 20 ore settimanali. Tale inquadramento contrattuale, non avrebbe consentito al lavoratore di raggiungere una retribuzione almeno uguale all'importo dell'assegno sociale, condizione indispensabile per poter regolarizzare il rapporto di lavoro.», ma il datore di lavoro ha poi chiarito che la precedente dichiarazione era viziata da mero errore compilativo pienamente superato da una successiva dichiarazione. Nondimeno, la Prefettura ha rigettato l'istanza di emersione, ribadendo la sussistenza di «condizioni contrattuali non conformi».

zione, «susceptibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino»³⁴.

Sembra dunque evidente che anche la Corte costituzionale ritenga necessario il ruolo dell'amministrazione come primo filtro nell'interpretazione del quadro normativo, soprattutto nel caso in cui la materia implichi e incroci quelle pretese riconducibili ai diritti fondamentali. Il che suona un po' come dire che la prima garanzia nella tutela dei diritti fondamentali spetti proprio alla pubblica amministrazione e si traduca nella necessità di una *riserva di amministrazione*, che a sua volta trova la sua massima attuazione nel rispetto del principio di legalità e nella necessità di una puntuale previsione normativa che fondi l'esercizio del potere³⁵.

34Corte cost. 8 maggio 2023, n. 88.

35 G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014.