

La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali¹

Sommario: 1. La tutela dei disabili. - 2. Il riparto di giurisdizione tra giurisdizione esclusiva e giurisdizione sulle discriminazioni. – 3. La discrezionalità come criterio generale di riparto della giurisdizione. – 4. Diritti indegradabili o interessi legittimi fondamentali? – 5. Conclusioni.

1. La tutela dei disabili fa parte di quei temi che misurano il grado di civiltà di un ordinamento.

Negli anni sessanta del secolo scorso Norberto Bobbio evidenziava che “sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengano in concorrenza con altri diritti”, limitandosi ad esemplificare tra i diritti “privilegiati”, cioè insuscettibili di bilanciamento, il solo “diritto a non essere resi schiavi e a non essere torturati”².

La nostra giurisprudenza costituzionale, meritoriamente, ha tuttavia aperto nel tempo la strada a diverse fattispecie, a cominciare dal diritto alla salute, nelle quali, attraverso la tecnica del *core* del diritto, si individua una sfera di intangibilità. Vi sarebbe una parte, per così dire, più esterna del diritto suscettibile di bilanciamento ed una parte più interna, appunto il *core*, che non tollera menomazioni, tanto da consentire persino la diretta applicazione della norma costituzionale, a prescindere da ogni *interpositio legislatoris*.

Anche la tutela dei disabili è stata, del tutto condivisibilmente, inserita in questo filone giurisprudenziale: se “il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità ... detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”³.

L’effettività di tali diritti non può però esaurirsi nel chiarimento degli enunciati costituzionali, ma deve trovare poi rispondenza nella concreta predisposizione degli strumenti di tutela giurisdizionale. Si comprende dunque bene come anche il riparto di giurisdizione, ove diventi fonte di incertezza, possa costituire un *vulnus* per un piano accesso alla giustizia.

Ed è quanto avvenuto in questi ultimi anni nel riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ogni qual volta venga in gioco lo svolgimento di servizi pubblici volti al soddisfacimento dei diritti dei disabili, come, ad es., nel caso del diritto all’istruzione.

2. Il riparto di giurisdizione presenta qui degli aspetti di peculiarità in ragione della presenza, da un lato, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici, d’altro lato, della giurisdizione del giudice ordinario in materia di “discriminazione” per motivi connessi alla disabilità, ai sensi degli artt. 1 ss. L. n. 67/2006, che rinviano alla più generale azione civile contro la discriminazione di cui all’art. 44 D. lgs. n. 286/1998.

Le due giurisdizioni sembrano infatti incrociarsi in presenza di un atto pubblicistico di concessione parziale o di diniego della prestazione amministrativa che assuma anche carattere discriminatorio.

Sono così emersi due opposti orientamenti, che risolvono in modo tranciante la questione nell’una o nell’altra direzione, facendo prevalere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o la giurisdizione in materia di “discriminazione” del giudice ordinario.

Vi è stato invero un tentativo compromissorio di composizione. Ci riferiamo ad una pronuncia del Consiglio di Stato del 2017⁴, con la quale si ammette la giurisdizione del giudice ordinario a condizione che vi sia nella

¹ Relazione al Convegno internazionale su *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli 6 dicembre 2019.

² N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, 1965, ora in Id., *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 11. Per quanto anche questi diritti privilegiati sembrano oggi subire nuove menomazioni, v. A. Algostino, *Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 167 ss..

³ Basti il riferimento a C. cost. n. 80/2010 e n. 275/2016.

⁴ Cons. st. VI n. 2023/2017.

domanda la deduzione “esplicita” di un comportamento discriminatorio. Tale prospettazione non è stata tuttavia accolta dal giudice della giurisdizione, poiché “subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare una opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente”⁵.

Ed in effetti, così come si è già avuto modo di evidenziare in generale a proposito del criterio del *petitum* e come era chiaro nella più risalente dottrina, l’ordinato assetto di un sistema fondato sul pluralismo giurisdizionale non può fondarsi sulla “concorrenza” delle giurisdizioni, bensì, pur con eventuali momenti di coordinamento, sulla loro “separazione”⁶.

3. L’orientamento della Cassazione è chiaramente volto all’affermazione della giurisdizione del giudice ordinario. Il tessuto argomentativo messo in campo non si muove tuttavia, come ci si poteva aspettare, sul terreno settoriale della combinazione dei due titoli specifici di giurisdizione, bensì finisce per riflettere più generali e aggressive propensioni emerse di recente nella giurisprudenza del giudice della giurisdizione: la rivalizzazione della discrezionalità come criterio del riparto generale della giurisdizione e la tendenza, con questo o con altri criteri, ad appiattare la giurisdizione esclusiva sullo stesso limite della giurisdizione generale di legittimità.

Nelle citata pronuncia del 2019⁷, tutto si gioca, a ben vedere, sul carattere “vincolato” delle “determinazioni del dirigente scolastico” in esecuzione della discrezionale determinazione del “piano educativo individualizzato”. Ancora prima di affermare di per sé una prevalenza della giurisdizione sulla discriminazione, è la stessa esistenza della giurisdizione del giudice amministrativo che viene negata in ragione appunto del ritenuto carattere “vincolato” dell’atto.

Non interessa qui tanto disquisire sulla giurisdizione esclusiva, che è in fondo soltanto un’arma in più nelle mani del giudice amministrativo, bensì riflettere su quello che dovrebbe essere in generale il naturale assetto del riparto.

La discrezionalità, come è noto, fu inizialmente un modo per distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi nelle controversie di diritto pubblico. Ma ben presto ci si avvedette della irrazionalità di un sistema che non consentiva al titolare di un tradizionale diritto soggettivo, non degradato perché leso da un provvedimento vincolato, di avvalersi della tutela del giudice amministrativo. Ci si avviò così indirettamente, sempre cioè per il tramite dell’artificio delle posizioni soggettive, verso il fisiologico criterio di riparto dei sistemi dualistici, dove ciò che conta è la qualificazione “pubblicistica” del potere, sia esso discrezionale o vincolato.

Il mito nefasto di un giudice ordinario che conosce di controversie pubblicistiche non si era del resto mai realmente incardinato nel sistema, grazie al permanere della distinzione tra atti d’impero e atti di gestione e poi alla degradazione del diritto soggettivo, che non è altro che il precedente criterio sotto altra veste, e finì per affermarsi nell’ambito, fortunatamente, del tutto marginale della cd. carenza di potere: l’astratta

⁵ Cass. SS. UU. ord. n. 25101/2019.

⁶ Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

Ma vedi, ad es., S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Trattato Orlando*, III, Milano, 1901, 594; F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s. d., 732; G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 370 ss..

⁷ Ma vedi già Cass. SS. UU. n. 25011/2014, che muta il precedente orientamento favorevole alla giurisdizione del g.a.. Non a torto Tar Campania Napoli IV n. 5668/2019 sottolinea che “l’aver la Cassazione, inspiegabilmente, introdotto la dicotomia discrezionalità/vincolo, tornando alla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo ai fini del riparto di giurisdizione, in una materia nella quale il riparto di giurisdizione deve essere determinato, secondo il fondamentale insegnamento della Corte Costituzionale con le sentenze nn. 204/2004 e 191/2006, distinguendo l’esistenza di poteri autoritativi (in qualsiasi forma esplicitati) dai comportamenti di tipo meramente materiale dell’Amministrazione, che non siano conseguenza o manifestazione di potestà autoritativa, costituisce dunque, secondo la giurisprudenza di questa Sezione, la principale contraddizione della sentenza delle Sezioni Unite del 2014”.

permanenza della casella del 1865, per quanto quasi del tutto svuotata, doveva purtroppo avere una qualche vittima sacrificale che ne continuasse ad attestare la vigenza.

Due ragioni concorsero in tale direzione: la ragion pratica, ovvero sia l'acquisita consapevolezza della maggior tutela offerta dal sistema giuspubblicistico, e la ragion sistematica, ovvero sia che la presenza di un giudice amministrativo non può che condurre al conferimento a tale giudice del suo ambito naturale di giurisdizione, comprendente in linea di principio tutte le controversie di diritto pubblico. Il giudice amministrativo è un giudice *ratione materiae*: la sua materia è appunto il diritto pubblico. Così come il giudice civile è un giudice *ratione materiae*: la sua materia è il diritto civile.

Queste ragioni sono venute meno? Niente affatto. Né vi sono altri o sopravvenuti argomenti che possano giustificare questa invasiva recrudescenza della Cassazione nel voler acquisire gruppi di controversie pubblicistiche. Sembra che la storia del nostro ordinamento non abbia insegnato nulla⁸, sicché non resta che 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.

Tutto questo dovrebbe già ampiamente bastare per ricondurre a più miti attitudini il giudice della giurisdizione, ma per scrupolo possono oggi aggiungersi ulteriori argomenti.

Non si può qui affrontare il tema della contrapposizione dommatica tra i sostenitori del collegamento tra provvedimento vincolato e diritto soggettivo e i sostenitori della tesi che attribuisce ai provvedimenti vincolati valore costitutivo degli effetti ed espressione di potere amministrativo⁹. Ci limitiamo ad osservare che tra le due tesi è certamente preferibile la seconda, per quanto, dal nostro punto di vista, ai fini della giurisdizione del giudice amministrativo, dovrebbe piuttosto bastare la qualificazione di tali provvedimenti come atti di diritto pubblico, indipendentemente cioè da quale si ritenga essere la corretta ricostruzione del rapporto tra norma e amministrazione o della nozione di potere.

Si può invece più indugiare su una serie di riferimenti di diritto positivo.

Non priva di rilievo è anzitutto una, pur non più recente, pronuncia del giudice delle leggi, qui ricordata dal Presidente Maruotti, secondo la quale costituisce “un postulato privo di qualsiasi fondamento ... che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi”¹⁰.

Ancor più significativi sono i dati legislativi che, senza alcun possibile dubbio, collegano provvedimenti vincolati e giurisdizione del giudice amministrativo. E ciò è ravvisabile, implicitamente o esplicitamente, sia in norme sostanziali, sia in norme processuali, sia in norme generali, sia in norme settoriali.

Nel regime generale dell'annullabilità del provvedimento, che rientra nell'ambito naturale della giustizia amministrativa, si dispone che “Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, *per la natura vincolata del provvedimento*, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”. Non diversamente, la più puntuale previsione sulla “mancata comunicazione dell'avvio del procedimento”, che può riguardare anche atti discrezionali, è comprensiva degli atti vincolati (art. 21-octies L. 241/1990).

La semplificazione introdotta con la DIA, poi SCIA, è inequivocabilmente rivolta alle autorizzazioni aventi carattere vincolato: “il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale” (art. 19 L. 241/1990). E in tale materia sussiste *ex lege* la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a, n. 3 c.p.a.): se, come si è visto, la Cassazione usa il carattere vincolato per limitare anche la giurisdizione esclusiva, tale

⁸ Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

⁹ Da ultimo al riguardo F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2017.

¹⁰ C. cost. n. 127/1998.

disposizione è certo rilevante, poiché qui non vi è spazio per limitare, finendosi altrimenti per investire lo stesso oggetto.

Ma per tornare a previsioni di carattere generale, non possono non considerarsi le espresse condizioni di ammissibilità dell'azione volta ad accertare la pretesa dedotta in giudizio nell'alveo della tutela del silenzio o dell'azione di adempimento. In entrambi i casi, tali azioni sono appunto ammissibili *“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”* (art. 31 c. 3 c.p.a.), con ciò confermando la naturale giurisdizione del giudice amministrativo sui provvedimenti vincolati, sia in astratto (*“attività vincolata”*), sia in concreto (*“non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità”*). Il carattere vincolato o discrezionale del provvedimento ha infatti rilievo soltanto all'interno di tale giurisdizione, modulandone i relativi poteri.

In definitiva, deve ritenersi che anche di fronte a provvedimenti *“vincolati”* sussistano posizioni di interesse legittimo e, naturalmente, si incardini la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

4. Né appare giustificato ritagliare un criterio di specie per i cd. diritti *“indegradabili”*, ovvero sia che la giurisdizione del giudice ordinario riemerge in presenza di un diritto *“fondamentale”* o del suo *“core”*.

Come è noto, una tale prospettiva è stata sconfessata dal giudice delle leggi¹¹, ma ciò che si vuole qui sottolineare è la sua intrinseca erroneità.

L'affermazione del carattere *“indegradabile”* del diritto è anzitutto un assunto di carattere sostanziale e non processuale: si vuole cioè intendere che quel diritto (o il suo core) si impone su ogni altro interesse concorrente.

Tutta altra e separata questione è se tale posizione sostanziale si imponga nell'ambito di rapporti di diritto pubblico o nell'ambito di rapporti di diritto privato e, conseguentemente, vada tutelata di fronte al giudice amministrativo o al giudice ordinario.

E non vi è alcun dubbio, per un *“qualsiasi”* interesse tutelato, che sia il giudice amministrativo ad apprestare naturalmente la miglior tutela nei rapporti di diritto pubblico. Basti pensare, dalla cautela all'ottemperanza, alla ineguagliabile capacità di penetrazione conformativa e sostituiva che il giudice amministrativo può esercitare nei confronti dell'amministrazione. Anzi, tutto ciò induce semmai a ritenere che, a maggior ragione, un bene di rango superiore debba potere usufruire di una siffatta tutela.

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”*.

5. Possono infine trarsi due conclusioni e due consigli per il giudice amministrativo.

Il riparto di giurisdizione in materia di disabilità può razionalmente individuarsi, e secondo un criterio di *“separazione”*, in relazione alla qualificazione del rapporto. Se la discriminazione si consuma nell'ambito di rapporti pubblicistici, la giurisdizione sarà del giudice amministrativo e a prescindere dalla sussistenza di giurisdizione esclusiva, ricorrendo pur sempre interessi legittimi o, se si preferisce, interessi legittimi fondamentali. Né l'eventuale deduzione *“esplicita”* di un comportamento discriminatorio sarà idonea a distogliere da siffatto titolo di giurisdizione. Se la discriminazione si consuma invece nell'ambito di rapporti privatistici, potrà naturalmente emergere la giurisdizione del giudice ordinario, e secondo lo specifico rito previsto al riguardo dal legislatore.

¹¹ C. Cost. n. 140/2007: *“Né osta - va ribadito - alla validità costituzionale del «sistema» in esame la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.”*

Così come si è detto in generale per gli interessi legittimi fondamentali, allo stesso modo dovrà affermarsi che gli interessi dei disabili, nei rapporti di diritto pubblico, non possano non trovare nella giustizia amministrativa un presidio irrinunciabile della loro tutela.

Andiamo ai consigli per il giudice amministrativo: uno riguardo a tali controversie, l'altro di carattere generale sul rilievo della discrezionalità ai fini del riparto.

Si prosegue nella meritoria giurisprudenza già tracciata in materia di disabilità, ritenendo, ancor più rigorosamente e senza compromessi, la propria giurisdizione generale di legittimità e fornendo con immediatezza, per quel che conta dal punto di vista pratico, la tutela cautelare, quali che potranno essere eventuali e successivi pronunciamenti del giudice della giurisdizione. E lo si faccia con la consapevolezza che, nei rapporti di diritto pubblico, è la gloriosa tradizione della giustizia amministrativa a costituire il vero baluardo della tutela dei cittadini.

In generale, si eviti di inseguire, e dunque legittimare, l'alternativa tra carattere discrezionale e vincolato del provvedimento, mettendosi a discettare, ai fini del riparto, con la Cassazione sull'interpretazione delle singole fattispecie¹². Si tenga invece come punto fermo la sufficienza della qualificazione pubblicistica, o, per usare le categorie correnti, che il potere pubblicistico è tale a prescindere dalla sua natura vincolata o discrezionale e che di fronte ad un potere pubblicistico vi è un interesse legittimo.

Marco Mazzamuto

Professore di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Palermo

Publicato il 13 gennaio 2020

¹² Come ad. es., per rimanere in materia di disabilità, con riguardo al carattere vincolato o discrezionale del provvedimento del dirigente scolastico, Cons. giust. amm. n. 262/2019.