

## GIUDICE AMMINISTRATIVO E DIRITTI FONDAMENTALI\*

Il tema che mi è stato affidato, cioè i rapporti tra il Giudice amministrativo ed i diritti fondamentali, evoca la storia di un amore difficile, per dirla con Calvino, o di un amore impossibile, per dirla con Pirandello.

Un amore difficile perché?

Perché fino a qualche anno fa si pensava che il giudice amministrativo, per definizione, non potesse conoscere dei diritti fondamentali, salute *in primis*; e quindi che vi fosse una sorta di monopolio a favore del giudice ordinario come giudice destinatario, per investitura divina, della tutela di siffatti diritti. A favore di questa soluzione congiuravano argomentazioni che possiamo diversificare con riguardo alla giurisdizione di legittimità ed a quella esclusiva.

Con riguardo a quella di legittimità, ossia alla normale giurisdizione del giudice amministrativo sugli interessi legittimi, sin dal 1979 epoca del 'leading case' della Cassazione del 1979, concernente la costruzione di un disinquinatore nel Golfo di Napoli, la Cassazione inventò la formula dei diritti inaffievolibili, affermando che i diritti fondamentali della persona, quelli che qualificano la persona come tale, quelli naturali, quelli umani, quelli pregiudiziali da un certo punto di vista, sono diritti che resistono a tutta oltranza,

---

\* Testo della Relazione tenuta al Tar di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale Amministrativo. Lecce, 14 e 15 Marzo 2008.

nel senso che il loro nocciolo duro, la loro anima più intima, il loro nucleo essenziale non è suscettibile di essere compresso e affievolito per effetto dell'esercizio dei 'public powers', con l'uso della mannaia pubblicistica. In sostanza 43 anni dopo la morte di Ludovico Mortara si rovesciò la formula classica secondo cui «dove c'è potere non ci può essere diritto», e si affermò, all'opposto, che «dove c'è un diritto fondamentale» per definizione «non ci può essere un potere»; i diritti fondamentali di cui all'art. 2 della Costituzione sono cioè diritti che per loro natura, resistono, resistono, resistono come su una irrinunciabile linea del Piave di borrelliano ricordo e non possono essere compressi dal dispiegarsi del potere pubblicistico. Secondo questa impostazione il provvedimento con cui la P.A. voglia allungare le sue fauci tentacolari verso i diritti fondamentali non è infatti un provvedimento; è un falso provvedimento e nasconde un vero comportamento illecito che va sindacato e stigmatizzato dal giudice civile; giudice che esercita questo controllo senza incontrare i limiti della LAC, potendo somministrare una tutela che non conosce le forche caudine di cui agli artt. 2 e 4 della legge abolitrice del contenzioso.

Per la giurisdizione esclusiva, che per definizione dovrebbe conoscere anche delle posizioni di diritto soggettivo, il pensiero panprivatistico ha sostanzialmente esteso ed applicato, in qualche misura acriticamente, questo insegnamento, affermando che anche nell'ambito di queste materie v'è un'«enclave», una riserva, ossia i diritti fondamentali, di appannaggio del solo giudice civile. Secondo questa impostazione seguita dalla Corte di legittimità, anche nelle materie esclusive i comportamenti della P.A. incidenti sui diritti

che qualificano l'uomo come tale sono comportamenti meri, non collegati neanche mediatamente all'esercizio del potere, che non coinvolgono la P.A. come autorità. Siamo in definitiva al cospetto di meri comportamenti di diritto comune violativi di posizioni di diritto comune tenuti dalla p.a. nella qualità di soggetto di diritto comune, che non v'è nessuna ragione al mondo debbano essere sottratti al morbido ed accogliente seno del giudice del diritto comune.

E allora, fino ad un passato anche recente, che abbiamo scandito secondo un ritmo disperatamente sincopato per ragioni di tempo, il G.A., sia nelle materie ordinarie che in quelle esclusive, non poteva conoscere dei diritti fondamentali dell'uomo, dalla salute alla 'privacy', oltre alle altre posizioni inquadrabili nel catalogo aperto scolpito dall'art. 2 della 'Grundnorme'.

Una sorta di maledizione divina impediva al giudice amministrativo la penetrazione dei diritti più nobili, limitandone l'accesso solo alle posizioni più volgarmente economiche e materiali. Il Giudice amministrativo era in qualche misura il figlio di un dio minore.

Ora, prima di affrontare il tema in una prospettiva ricostruttiva, chiediamoci quali sono le ragioni di questo orientamento della Cassazione. Sono ragioni che hanno una valenza giuridicamente molto debole, ma eticamente molto forte, fragili sul piano dogmatico e tuttavia panciute sul piano *lato sensu* civico.

Sono fragili sul piano dogmatico perché, pur se non nascondiamo il romanticismo che trasuda dall'idea un po' eroica di posizioni che resistono ad ogni tentativo di affievolimento, ciò nondimeno la dura realtà ci insegna che

non siamo venuti al mondo per vivere come bruti, che non siamo soli nell'universo, che Robinson Crusoe è solo una creatura di fantasia di Daniel Defoe del 1719, che ogni singolo convive con gli altri, che i diritti fondamentali dell'individuo trovano un limite nei diritti non meno fondamentali degli altri e nei superiori interessi pubblici e che l'opera di armonizzazione del diritto fondamentale del singolo con le posizioni altrui e con i superiori interessi pubblici è un'opera che non viene svolta, in modo compiuto e definitivo, da una legge disperatamente incapace di prevedere in astratto le variabili dei conflitti concreti, ma viene demandata alla Pubblica Amministrazione, chiamata, con la sua saggezza antica, ad individuare le soluzioni capaci di coniugare, anche limitandoli ed anche comprimendoli, e in sostanza conformandoli, i diritti fondamentali dei singoli in relazione alle posizioni antagoniste di pari dignità.

Gli esempi nella prassi giurisprudenziale sono molteplici.

Cosa sono i provvedimenti con cui la P.A. autorizza l'installazione di una centrale elettrica o l'installazione di una discarica o di un impianto di telefonia mobile o, ancora, decide quali farmaci sono suscettibili a somministrazione gratuita?

Sono provvedimenti che effettuano scelte comparative e adottano le soluzioni volte ad armonizzare comparativamente, anche sacrificandoli sull'altare dell'interesse pubblico, i diritti fondamentali ai singoli con i corrispondenti diritti degli altri e con le superiori esigenze di carattere pubblicistico. Non persuade allora l'idea, figlia di un intransigente individualismo, che la Pubblica Amministra-

zione per principio non abbia il potere di adottare provvedimenti capaci di incidere sui diritti fondamentali dei singoli anche al fine di enucleare soluzioni che soddisfino l'interesse pubblico anche a costo di un, pur se contenuto, rischio potenziale di *vulnus* al diritto alla salute. Ci convince ancor meno la sottrazione di queste posizioni alla cognizione del g.a. in sede di giurisdizione esclusiva : la *ratio* di concentrazione e la voglia di semplificazione che animano il conio di questa giurisdizione settoriale impedisce anche solo di pensare che nelle materie esclusive, in cui il giudice conosce anche di diritti soggettivi, ove non è rilevante la dicotomia diritto-interesse, spunti come un fungo, splendidamente asistemica e tutta pretoria, una dicotomia interna che distingua i diritti fondamentali dagli altri diritti. E tanto per non dire di quello scetticismo verso la giustizia amministrativa che trapela dalla malcelata idea secondo cui il giudice amministrativo potrebbe conoscere soltanto dei diritti minori, quelli sostanzialmente economici, e non invece i diritti di razza ariana, quelli fondamentali.

Emerge, prepotentemente contraddittoria, l'idea secondo cui la giurisdizione esclusiva va bene, è bella, è bellissima, quasi stupenda, persino affascinante, a tratti ammaliante, a patto che non sia esclusiva e non pretenda di sedurre i diritti soggettivi fondamentali. Di questo pregiudizio, ideologico e culturale, ha fatto giustizia la Corte costituzionale, che, con la sentenza 140/2007, respingendo le questioni concernenti l'art. 1, comma 552 di cui alla Legge Finanziaria del 2005, la n. 311/2004, ha considerato conforme al dettato costituzionale il battesimo, ivi consacrato, di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il

contenzioso relativo ai procedimenti e provvedimenti concernenti gli impianti di energia elettrica anche con riguardo ai diritti fondamentali. La Consulta ha affermato, con mirabile sintesi, quasi stupendosi dell'interrogativo sottopostole, che nessun principio costituzionale qualifica il giudice ordinario come giudice naturale dei diritti fondamentali e che, pertanto, non v'è preclusione, almeno nelle materie esclusive, a che il giudice amministrativo possa conoscere anche dei diritti fondamentali nella persona. Uno strascico applicativo si è avuto subito con la sentenza delle Sezioni Unite 28 dicembre 2007, n. 27187 con cui la Cassazione ha affermato la giurisdizione del G.A. con riguardo alla lesione alla salute cagionata per effetto della installazione di una discarica, osservando per l'appunto che si rientra nell'ambito della materia edilizia suscumbibile nella giurisdizione esclusiva dipinta dall'art. 34 del decreto legislativo n. 80/1998.

E però, e ci avviamo alla parte conclusiva, se questo orientamento della Cassazione è giuridicamente fragile, sia per le materie ordinarie che per quelle esclusive, si tratta tuttavia di un orientamento eticamente nobile. Dobbiamo infatti fare un passo indietro e chiederci per quale ragione nell'ormai lontano 1979 la Cassazione abbia creato, facendo rivoltare nella tomba Mortara, l'idea secondo cui i diritti fondamentali sarebbero diritti nei cui confronti il pubblico potere non può neanche avvicinarsi e pensare di sprigionare il suo fuoco inceneritore. Beh, la ragione non è a mio avviso una specie di *libido* per la giurisdizione, ovviamente incomprendibile per amanti delle belle donne quali sono i colleghi ed amici salentini che mi ascoltano, ma un'ansia di effettività della tutela figlia dell'impostazione concettuale se-

condo cui sono le tecniche di tutela a doversi adeguare ai diritti fondamentali e non questi ultimi ad essere stuprati e sviliti, per effetto della mancanza di adeguate forme di protezione. Nel '79 il giudice amministrativo non aveva lo strumento del risarcimento del danno neanche nelle materie esclusive a causa della riserva in favore del g.o. della conoscenza delle questioni consequenziali, non era dotato dei mezzi probatori tipici del processo civile, non possedeva il bene della tutela cautelare atipica. Queste forche caudine che si frapponevano ad una tutela piena dei diritti fondamentali facevano sì che il Giudice della giurisdizione si rifiutasse di consegnare la cognizione di tali posizioni ad un giudice incapace di somministrare una protezione sincronizzata con le coordinate costituzionali.

Venendo ora alla *pars costruens* e quindi alla conclusione, se questi argomenti della Cassazione sul piano giuridico sono fragili e sul piano etico sono invece nobili, qual è la situazione attuale? Si potrebbe rispondere che anche l'argomento concernente l'effettività della tutela è superato, visto che sulla base della nuova conformazione del processo amministrativo, coniata dalla Legge 205/2000, alla luce anche della sentenza 500/99, il giudice amministrativo ormai ha a disposizione tutte le tecniche di tutela per conoscere adeguatamente di queste posizioni e per somministrare loro una tutela che sia degna del loro alto lignaggio. Ha lo strumento risarcimento, possiede la freccia delle misure cautelari ormai atipiche, anche *ante causam*, persino monocratiche, si è dotato dello strumentario istruttorio allargato alla consulenza tecnica e nelle materie esclusive anche alle altre prove del processo civile, tranne quelle legali, e può dispen-

sare una tutela che non comprende solo l'annullamento ma anche la condanna e l'accertamento (si pensi alla disciplina dettata dall'art. 2 della legge 241 in tema di silenzio, dall'art. 25 sull'accesso e dall'art. 21 *octies*, comma 2, in materia di non annullabilità dei provvedimenti funestati da vizi formali non influenti sulla portata dispositiva del provvedimento finale).

Se questo è vero sul piano normativo – con la conseguenza che la tutela dei diritti fondamentali secondo la tecnica dell'interesse legittimo è una tutela astrattamente piena che non conosce più quei vuoti e quelle dimidiazioni che hanno innescato la creazione della mistica dei diritti inaffievolibili – dobbiamo fare in qualche misura un esame di coscienza come giudici, avvocati e in generale operatori del servizio giustizia. Dobbiamo cioè chiederci se, passando dall'iperuranio plotiniano delle proposizioni normative al terreno concreto della prassi delle aule di giustizia, ci siano passi necessari ancora da fare affinché il giudice amministrativo possa essere un giudice adeguato a tutelare efficientemente i diritti fondamentali. E ciò sempre in ossequio all'impostazione costituzionalmente cogente secondo cui sono le tecniche di tutela a dover plasmarsi in senso evolutivo sui cromosomi dei diritti fondamentali e non questi ultimi ad essere dimezzati, come il visconte calviniano, per effetto di tecniche di tutela inefficienti, quando non sterili.

Da questo punto di vista penso, e mi avvio alla conclusione, che ci siano almeno cinque profili critici giurisprudenziali sui quali una riflessione va fatta al fine di assegnare sul campo al g.a. i galloni di un giudice degno dei diritti fondamentali.



Il primo profilo concerne le tecniche di tutela: per i diritti fondamentali la tutela inibitoria, finalizzata ad evitare la lesione prima ancora che a risarcire nel danno una volta che la vulnerazione si sia consumata, è un'arma essenziale. Va pertanto allargato il ventaglio delle tutele superando l'idea della tipicità rigorosa delle azioni e consentendo anche una tutela piena estesa al rapporto.

In secondo luogo, ed in via correlata, la tecnica cautelare di tutela, da sempre di importanza cardinale per i diritti fondamentali, non può che essere anche *ante causam*. Mi riesce difficile immaginare la ragione per cui la tutela cautelare preventiva sia oggi prevista dall'art. 245 del Codice contratti solo per gli appalti e non quando occorra fronteggiare la lesione di diritti fondamentali. È evidente che, almeno dal punto di vista della formulazione astratta, per un diritto fondamentale non può essere ammessa una tutela cautelare meno intensa, sul piano della valenza anticipatoria, di quanto non sia per le posizioni di stampo meramente economico come quelle che vengono in rilievo nel mondo delle pubbliche commesse.

In terzo luogo torna a scorrere inquietante sugli schermi la 'telenovela' della pregiudiziale di cui abbiamo parlato in quest'aula nel convegno nel mese di ottobre dell'anno scorso. Il tema è scottante, le posizioni dissonanti, le sensibilità diverse. In questa sede non possiamo neanche accennare alle tessere del mosaico. Una riflessione sgorga tuttavia spontanea: è arduo pensare, anche nei sogni dei pensatori più follemente innamorati del potere pubblico, che ove si discuta di danno alla salute cagionato per effetto di un provvedimento che non abbia soppesato i rischi che

derivano da un'autorizzazione incongrua all'installazione di un impianto di energia elettrica o di una discarica, che la mancata impugnazione del provvedimento impedisca di fare valere il risarcimento del danno biologico. Se consideriamo infatti che, in tema di diritti fondamentali, il danno non è cagionato dal provvedimento in sé, ma dalla sua esecuzione e che, come ribadito dalle sezioni unite all'albore di questo 2008, si tratta spesso di danni lungo-latenti la cui insorgenza e, ancor più percezione, sono assai differite rispetto al momento dell'adozione dell'atto, applicare la logica formalistica della preclusione della domanda risarcitoria per una sopravvenuta patologia tumorale a causa della mandata impugnazione del provvedimento autorizzatorio significa rivedere l'esilarante film di qualche anno fa, con Richard Pryor e Gene Wilder, «Non guardarmi, non sento».

In quarto luogo i mezzi istruttori dovrebbero essere parimenti sincronizzati, anche nelle materie di legittimità e non solo nel campo esclusivo, con le coordinate del processo civile.

Il danno esistenziale, infine, ossia il pregiudizio alla persona che deriva dalla lesione dei diritti fondamentali, dovrebbe essere non più un oggetto misterioso ma, viceversa, un istituto da conoscere, nelle sue affascinanti fattezze, in modo più organico e concreto.

In ultima analisi, Presidente, la giusta voglia del g.a. di giurisdizione in ordine ai diritti fondamentali, sia nelle materie di legittimità che in quelle esclusive, ha senso solo se lo stesso si dimostri in grado di somministrare tecniche di tutela efficaci. Mi convince poco una rivendicazione della giurisdizione finalizzata all'abdicazione della tutela. Se così

fosse, il rapporto tra i diritti fondamentali ed il giudice amministrativo non sarebbe più un amore difficile, e neanche un amore impossibile, ma, per dirla con Milan Kundera, un amore ridicolo.

Grazie.

FRANCESCO CARINGELLA

Consigliere di Stato

e-mail: [f.caringella@giustizia-amministrativa.it](mailto:f.caringella@giustizia-amministrativa.it)