**Per un franco dialogo tra giurisdizioni alla luce delle trasformazioni del potere pubblico[[1]](#footnote-1) – Palazzo Spada 15 novembre 2023**

**1. In quadramento del tema**

Per affrontare la tematica del dialogo tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa, credo sia opportuno muovere da alcune considerazioni di ordine generale.

La Carta costituzionale ha determinato una diversa fisionomia dei poteri pubblici e, conseguentemente, del giudice di quei poteri, cioè il giudice amministrativo. Infatti, l’ancoraggio dei poteri pubblici alla Costituzione costituisce un vero e proprio mutamento di paradigma[[2]](#footnote-2), che muta la fisionomia del potere nei termini che si puntualizzano schematicamente:

1. Nella relazione potere/cittadino, alla dialettica autorità/libertà, secondo cui l’esercizio del potere, nel perseguimento dell’interesse della collettività, va circondato da cautele e limiti, a garanzia della sfera giuridica dei privati, si aggiunge una dialettica autorità/uguaglianza, in cui il potere si pone in un’ottica “di servizio”, come strumento per la realizzazione della persona, precisamente come mezzo per rimuovere gli ostacoli di cui parla l’articolo 3 della Costituzione;
2. questo mutamento di paradigma costituisce semplicemente il riflesso dell’evoluzione, che storicamente ha contrassegnato la nascita del cd. Stato sociale di diritto, *dalle* (semplici) *libertà* della persona, che lo Stato di diritto si impegna a *tutelare* nei confronti dei poteri pubblici[[3]](#footnote-3) all’affermazione dei *diritti* (sociali), quali diritti della persona “situata” in una comunità (verso la quale la persona medesima ha doveri di solidarietà verso gli altri o che discendono dal rispetto dei diritti degli altri), secondo la concezione propria dello Stato sociale di diritto, o meglio, dello Stato costituzionale di diritto;
3. in quest’ottica, in una visione diacronica, il potere è frutto non tanto di una posizione di supremazia, quanto piuttosto di una posizione di preminenza funzionale, funzionale cioè (e nella misura in cui lo sia) ad assicurare una prestazione amministrativa “doverosa”, perché volta a tutelare interessi a soddisfazione necessaria[[4]](#footnote-4), quali delineati in Costituzione e nelle leggi che la attuano.
4. Potere e situazioni soggettive in questa cornice hanno in comune due caratteristiche: sono entrambe posizioni attive (e questo differenzia nettamente il rapporto cd. amministrativo dallo schema diritto/obbligo delle relazioni giuridiche tra privati); si tratta di posizioni tutte conformate, cioè determinate nel loro contenuto, dalla Costituzione o dalla legge: in più, l’interesse legittimo è conformato proprio in virtù della sua connessione con il potere; il diritto soggettivo è ormai anch’esso visto non come dominio assoluto ma come situazione soggettiva conformata dal regime giuridico che l’ordinamento attribuisce al bene inerente alla cosa (per richiamare categorie risalenti a Pugliatti) e che ne determina, per l’appunto, il regime proprietario.
5. La centralità del potere deriva dalla centralità dell’intermediazione pubblica sia per l’ordinato assetto della società (cui sono preordinate le funzioni “d’ordine”), sia –e qui sta il *novum*- per la realizzazione in concreto dei diritti sociali: questi costituiscono il contenuto di prestazioni amministrative e a essi corrispondono, nei termini di legge, interessi di natura pretensiva. E’ stato sottolineato in dottrina come, nella dinamica della vicenda relazionale tra individuo e potere, sempre più spesso “la pretesa del cittadino non possa essere soddisfatta senza la mediazione dell’amministrazione”.

**2.Il sistema delle tutele**

Valutiamo ora come si configura, nel delineato contesto, il sistema delle tutele.

Un sistema plurale di giurisdizione –come il nostro e come quello largamente diffuso nell’Unione europea, più di quanto non si pensi dalle nostre parti- deve fare del riparto tra i giudici uno strumento non di rivendicazione di attribuzioni, bensì di integrazione delle tutele offerte al cittadino.

Se la logica dell’effettività è quella della integrazione delle tutele, il metodo che presiede al riparto non può che essere quello del “dialogo” e del confronto. Da questo punto di vista, l’attribuzione alla Corte di cassazione della funzione di regolazione della giurisdizione può costituire una singolarità nel panorama europeo dei sistemi a giurisdizione plurale[[5]](#footnote-5), ma si spiega storicamente, perché nel 1877 il giudice era unico e il riparto verteva sostanzialmente tra giudice e amministrazione; e tale assetto fu confermato dal Costituente, anche perché l’opera della Cassazione fu indirizzata a favorire attribuzioni ed effettività al sistema di giustizia amministrativa sorto all’indomani del 1889, in primo luogo riconoscendo natura giurisdizionale alla neonata Quarta Sezione.

Molto si è discusso, fin dall’inizio del 1900 con Mortara, di un Tribunale dei conflitti. Ma credo che a noi giudici oggi debba interessare soprattutto confrontarci al di fuori della logica del conflitto, sul modo per assicurare la più semplice e più efficace protezione dei diritti e degli interessi delle persone che adiscono le nostre Corti di giustizia.

Al riguardo farei tre considerazioni, alla luce di quello che abbiamo detto:

- le situazioni soggettive fondamentali si inseriscono in un contesto di massima espansione di due (tipi di) funzioni amministrative: la funzione di regolazione e in genere di intervento nell’economia e la funzione di organizzazione e di erogazione di prestazioni amministrative alla persona, ma anche alle imprese e ad altre forme di organoizzazione;

- la pretesa che sorregge i diritti sociali si muove all’interno del rapporto amministrativo, quindi secondo modelli prevalentemente autoritativi, attraverso la figura del provvedimento amministrativo o nella dinamica del servizio pubblico, ma sempre nella cornice dell’amministrazione di prestazione.[[6]](#footnote-6) La norma attributiva del potere qualifica l’interesse pubblico in senso funzionale all’interesse (diritto o interesse legittimo che sia) del privato destinatario finale della prestazione: in tal senso il potere amministrativo è conformato al suo interno, proprio perché l’interesse del privato (qualificato alla stregua di diritto sociale) diventa la causa attributiva del potere, che va esercitato per soddisfare quell’interesse. Si ha qui una sorta di rovesciamento della relazione interesse pubblico-interesse privato, quasi un contrappasso: quello del privato è tutelato in via diretta, perché costituisce la causa attributiva del potere, quello pubblico è quindi garantito in via riflessa o indiretta dal soddisfacimento dell’interesse del privato[[7]](#footnote-7). Il diritto sociale trova dunque la sua collocazione nell’ambito del rapporto amministrativo; il che fa emergere, a valle della mediazione legislativa nel *riconoscimento* del diritto, la centralità della mediazione amministrativa nella *garanzia* del diritto.

-I diritti fondamentali costituiscono una qualificazione giuridica di un interesse materiale che ne è alla base; questo interesse è pluriqualificabile[[8]](#footnote-8) come diritto soggettivo o interesse legittimo a seconda della connessione con il potere: in altri termini, posizioni giuridiche soggettive, che definiamo “fondamentali”, possono indifferentemente assumere la consistenza di diritti soggettivi o interessi legittimi a seconda del modo in cui positivamente è disciplinato il rapporto col potere pubblico nella norma attributiva del potere, ma anche nella concreta dinamica del potere nella sede naturale del procedimento.

Alla luce di tali considerazioni, non è certo mia intenzione preconizzare una sorta di indifferenza della giurisdizione, che il testo costituzionale non consente, ma vorrei consigliare un approccio meno dogmatico e meno schiavo di vecchie teorie (degradazione, carenza e cattivo uso del potere) e più aperto a ipotesi di concorso di azioni che esaltino il momento rimediale dell’azione rispetto a quello sistematico della situazione soggettiva in sé considerata. Quella dei diritti fondamentali è infatti un’area a forte “definizione” (*rectius*: individuazione) giurisprudenziale; per cui ciò che conta è il rimedio più appropriato, più efficace alla garanzia di quella situazione soggettiva.

Un esempio significativo di tale approccio può aversi in tema di azioni contro le discriminazioni. La giurisprudenza della Corte di cassazione suscita al riguardo qualche perplessità: non nel ritenere sussistente la giurisdizione ordinaria a fronte di comportamenti discriminatori, e anzi al riguardo penso che il giudice ordinario possa emettere anche ordini nei confronti della pubblica amministrazione, volti a rimuovere la discriminazione; ma nel negare una possibile, concorrente giurisdizione amministrativa di legittimità a fronte di provvedimenti posti in essere per finalità o con risultati obiettivamente discriminatori che siano impugnati dinanzi al giudice amministrativo (anche o solo) deducendo la violazione della normativa antidiscriminatoria: qui mi sembra che riconoscere un possibile concorso di giurisdizioni, a seconda di come il potere si sia concretizzato illegittimamente e sulla base dell’azione scelta dalla parte, fornirebbe piena e completa tutela all’interessato[[9]](#footnote-9).

**2.1 – La teoria dell’incomprimibilità dei diritti fondamentali**

Questa teoria, che tutti conosciamo, rileva la sua inconsistenza proprio alla luce dell’approccio al tema dei diritti fondamentali *dal punto di vista del potere*.

In realtà, la tesi si presta subito a critiche anche teoriche alla luce degli insegnamenti della dottrina risalente. Nigro osservò che si aveva un rovesciamento della formula di Mortara (da “c’è diritto soggettivo perché non c’è potere” in “non c’è potere perché c’è diritto soggettivo”) e per Follieri si assiste a un rovesciamento di prospettiva che conduce a una singolare “degradazione” del potere pubblico, in forza di un diritto soggettivo che determina l’assenza del potere anzi che essere la mancata attribuzione del potere a far riconoscere un diritto soggettivo. Più compiutamente, Giannini ebbe a descrivere molto bene il rapporto autorità/libertà: la garanzia costituzionale dei diritti, anche dei diritti di libertà, non segna affatto il limite, cioè non delimita il campo dell’azione amministrativa; la detta garanzia costituzionale, infatti, opera mediante la riserva di legge (che nega spazio al potere), il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (che richiede il fondamento legislativo del potere) e i vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere), mai come un diaframma invalicabile per l’azione amministrativa.

In realtà, la tecnica usata nelle relazioni tra cittadino e potere pubblico è quella della conformazione dall’interno sia del potere sia della situazione soggettiva, sicuramente di interesse legittimo (ma, in realtà, anche di diritto soggettivo).

La situazione soggettiva, in primo luogo, conforma il potere al suo interno. Nell’ordinamento tedesco, il diritto (unica posizione riconosciuta) agisce da limite esterno al potere: dove è riconosciuto il diritto non ci può essere potere, ma, poiché la discrezionalità amministrativa esiste, la conseguenza è che vi sono situazioni fisiologicamente sfornite di tutela (un po’ come da noi all’indomani della legge del 1865 e come avveniva nel Regno unito fino all’introduzione del *judicial review* sui *Crown’s provileges*). Nel nostro ordinamento il potere si confronta con la situazione soggettiva, quale che sia, ed è da questa conformato, modellato al suo interno, attraverso la pre-valutazione legislativa degli interessi in conflitto (pubblici e privati) e il sindacato del giudice sulla discrezionalità.

Il potere conforma la situazione soggettiva. Il carattere attivo del potere pubblico interferisce sulla sfera giuridica del privato la quale, per tale interferenza, consentita dalla legge, con la funzione amministrativa, viene conformata, modellata al suo interno in modo da poter convivere con l’intervento dell’amministrazione. Questa è l’essenza dell’interesse legittimo[[10]](#footnote-10).

In questo contesto, creare una categoria di “diritti”, resistenti, in senso assoluto e al di fuori della riserva di legge, al potere, è del tutto asistematico e soprattutto al di fuori del diritto positivo.

Qui mostra tutto il suo anacronismo la teoria della degradazione (che pure ha avuto tanti meriti sul piano concreto delle tutele), con tutti i suoi ammennicoli (diritto condizionato, diritto suscettibile di affievolimento o in attesa di espansione, e via dicendo).

La centralità della connessione tra potere e situazione soggettiva, anche fondamentale, è stata rimarcata più volte, proprio ai fini del riparto, dalla Corte costituzionale, la quale ha più volte sottolineato come non esista alcuna riserva di cognizione dei diritti fondamentali da parte del giudice ordinario (sentt. n. 204 del 04; n. 140 del 2007, n. 35 del 2010).

Ma la motivazione di fondo è essenzialmente una: diritti e potere pubblico ben possono coesistere. Un “diritto” fondamentale ben può assumere –*e anzi normalmente assume*- la consistenza di interesse legittimo a fronte di un potere pubblico del cui esercizio si contesti la legittimità (e non mi sembra ci sia bisogno di una nuova sottocategoria, gli interessi legittimi fondamentali, quando si e no capiamo cosa e quali siano i diritti fondamentali).

La giurisprudenza va adeguandosi a questa impostazione, ma permane un “non detto” di fondo, che si rinviene, o non si rinviene, in alcune pronunce della Cassazione (e di qualche TAR): la giurisdizione amministrativa in tema di diritti fondamentali, dove è riconosciuta, è in genere ricondotta alla giurisdizione esclusiva (servizi pubblici, governo del territorio), non a quella di legittimità. E la ragione è l’equivoco di fondo di cui si parlava; cioè, porsi il problema in termini di riparto (cioè a valle) anzi che in termini di qualificazione della situazione soggettiva e di sua connessione con il potere (a monte): poiché la giurisdizione è esclusiva si può conoscere anche di diritti fondamentali (che restano così salvificamente indegradabili). Quando non si leggano ancora pronunce sul riparto in termini di attività vincolata o discrezionale, in astratto, come se non potesse esistere un interesse legittimo a fronte di attività vincolata ma pur sempre costitutiva degli effetti (della fattispecie); e come se esistesse un’attività interamente vincolata, magari fotografata nell’istantanea del provvedere sulla base del vincolo e non considerata nello svolgimento del film della funzione e del relativo procedimento.

In realtà, è proprio l’approccio che abbiamo dato alla configurazione del potere e delle situazioni soggettive che dovrebbe indurre a rinvenire nella giurisdizione ordinaria amministrativa di legittimità la sede propria della tutela di diritti fondamentali, *rectius*: di situazioni soggettive fondamentali.

In realtà, l’inconciliabilità tra diritti, ancorché fondamentali, e potere pubblico è smentita, nell’esperienza pratica e nello stesso dato normativo, non solo dal fatto che esistono poteri pubblici che inevitabilmente incidono su diritti soggettivi (si pensi alla localizzazione di un’industria insalubre rispetto alla salute degli abitanti del territorio), rispetto ai quali nessuno ha mai dubitato che esistano situazioni di interesse legittimo tutelabili dal giudice amministrativo (oltre a posizioni di diritto soggettivo tutelabile con la normativa, nella specie, sulle emissioni), ma –quel che più qui rileva- dalla considerazione che la mediazione amministrativa è richiesta proprio per assicurare il soddisfacimento di quel diritto attraverso azioni positive di *facere* o negative di *non laedere*, nell’ambito del rapporto amministrativo tra pubblico e privato nei termini che si sono dianzi delineati, che per lo più prendono vita nel corso di un procedimento amministrativo. E la garanzia dell’effettività può richiedere penetranti interventi del giudice tradizionalmente non riferibili al giudice ordinario.

Sul piano teorico quindi –e con il conforto della giurisprudenza costituzionale- la inconciliabilità tra potere amministrativo e diritto fondamentale è smentita proprio dalla necessità della mediazione amministrativa, e quindi di poteri amministrativi molto spesso discrezionali[[11]](#footnote-11), allo scopo garantire quei diritti[[12]](#footnote-12). E la inviolabilità o il carattere fondamentale di quei diritti opera piuttosto nei confronti della mediazione legislativa, tenuta ad assicurarne riconoscimento e fruibilità, e della mediazione amministrativa, qualificando nel senso della doverosità la relativa prestazione; non opera certo in senso preclusivo rispetto alla cognizione del giudice amministrativo.

Ma, al di là di ogni discorso, poiché il fatto supera sempre il diritto (specie se declinato in termini astratti e dogmatici) è la casistica giurisprudenziale, nonostante l’incertezza che regna in alcune materie, a sancire la portata della giurisdizione amministrativa in tema di diritti fondamentali.

Ne sono la riprova gli arresti giurisprudenziali amministrativi in tema di: istruzione (con qualche incertezza nel riparto su profili tutto sommato marginali), ambiente e sostenibilità dello sviluppo, migranti (riconoscimento del diritto alle cure urgenti anche per gli irregolari[[13]](#footnote-13), incompatibilità comunitaria dei contributi relativi ai permessi di soggiorno di breve durata[[14]](#footnote-14)), salute (basti richiamare la cd. vicenda Englaro, l’ammissione al SSN della fecondazione eterologa, una vola ammessa quella omologa[[15]](#footnote-15), l’illegittimità di una riserva legislativa di risorse per i malati SLA e non anche per chi sia affetto da altre malattie “a parità di punteggio Barthel”[[16]](#footnote-16)).

Ma è soprattutto la giurisprudenza in tema di pandemia che dimostra quanto poteri pubblici e diritti ben possano coesistere e come la tutela del diritto “fondamentale” alla salute –l’unico dichiaratamente tale in Costituzione- ben trovi tutela dinanzi al giudice amministrativo, anche nel bilanciamento con altri diritti fondamentali (es. libertà di circolazione

**3. Conclusioni su potere e giudice**

Cos’è il potere pubblico oggi? O meglio: cosa sono e a che servono i poteri amministrativi, cioè i poteri che l’ordinamento positivo assegna alle pubbliche amministrazioni in uno Stato, come il nostro, a diritto amministrativo; in un ordinamento cioè in cui il diritto che regola i rapporti tra le pubbliche amministrazioni e le persone, e gli stessi rapporti tra amministrazioni, è un diritto “speciale”? Direi meglio, è un diritto “ordinario” di questi rapporti, distinto dal diritto privato, che assume le vesti di diritto “comune” (solo) ogni qualvolta il soggetto pubblico agisca senza ricorrere ai poteri amministrativi che l’ordinamento gli riconosce: il che avviene talvolta senza distinzione tra soggetti pubblici e privati, e in tal caso il diritto è davvero “comune”, e talaltra facendo ricorso a strumenti di diritto privato che tuttavia risentono, nella loro utilizzazione, della “specialità” del soggetto pubblico (e in tal caso parlerei propriamente di diritto “speciale”, rispetto al diritto comune)[[17]](#footnote-17).

In quest’ottica mi sembra da richiamare, e da sottolineare, la visione “positiva” e dinamica del potere non come posizione di preminenza, ma come “servizio”, *rectius*: come posizione di preminenza funzionale, funzionale cioè (e nella misura in cui lo sia) ad assicurare una prestazione “doverosa”, perché volta a tutelare interessi a soddisfazione necessaria[[18]](#footnote-18). E, sempre in questa prospettiva, mi sembra corretto dire che, al pari dei diritti, che ben possono essere conformati –cioè determinati nel contenuto- sulla base di princìpi costituzionali o di legge, anche il potere amministrativo vada “conformandosi”.

Il diritto amministrativo è un “diritto per” e il relativo potere uno strumento per la realizzazione della persona[[19]](#footnote-19), il mezzo per rimuovere gli ostacoli di cui all’art. 3 Cost.. Sicché, in particolare, “in un momento in cui il diritto amministrativo era ancora concepito nella cornice della dialettica tra autorità e libertà…L’amministrazione non è […] in opposizione all’individuo, l’autorità repressiva; ma è il veicolo di alimentazione della persona, di perseguimento di fini sociali e di promozione della sussidiarietà orizzontale: è, pertanto, al servizio della comunità”[[20]](#footnote-20).

E’ in questa prospettiva che vanno inquadrati dunque i poteri amministrativi. Il che ne determina il tasso di trasformazione, svincolati come sono dalla originaria logica di supremazia da circondare di limiti e tutele, e proiettati in una logica proattiva in cui la posizione di preminenza non può andare disgiunta dalla doverosità dell’esercizio delle funzioni, ogniqualvolta l’esercizio della funzione serva a quelle finalità, di derivazione costituzionale, che sono causa e fondamento dell’attribuzione del potere, e che quindi ne costituiscono la legittimazione.

Il potere amministrativo è quindi funzionale al servizio della persona. Ma, più in generale, l’intermediazione pubblica è richiesta, e configurata in concreto dalla legge, ogniqualvolta il potere amministrativo sia necessario per realizzare quelle finalità che il Costituente ha ritenuto necessarie per la *concretizzazione*  di quella che chiameremmo una democrazia amministrativa.

Con queste trasformazioni del potere pubblico è chiamato a confrontarsi il giudice amministrativo, nell’ottica di fornire effettività e pienezza di tutela. Di queste trasformazioni deve tener conto la Corte regolatrice.

1. Trattasi dell’intervento alla tavola rotonda tenuto all’incontro sul *Dialogo tra le giurisdizioni*, organizzato il 15 novembre 2023 a Palazzo Spada, dall’Ufficio studi della giustizia amministrativa e la Scuola Superiore della Magistratura. Il testo è rimasto immutato nel suo stile discorsivo, con l’aggiunta di qualche nota. [↑](#footnote-ref-1)
2. Per tale ordine di idee, cfr. A. Travi, *Tipicità degli atti e potere amministrativo*, in *Jus* 2020, 529 ss., spec.532 [↑](#footnote-ref-2)
3. Il che non esclude che anche la tutela di alcune libertà possa richiedere l’intervento attivo dello Stato, cioè dell’amministrazione, come avviene, per esempio, per la libertà di riunione rispetto all’esigenza di consentire spazi pubblici per manifestazioni. [↑](#footnote-ref-3)
4. G.Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo,* in *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo*, Roma 2021, 17 *ss..* Sul punto, di notevole interesse per cogliere gli elementi e le ragioni della “trasformazione del potere”, dello stesso autore, vd. *Princìpi di diritto amministrativo*, Torino 2010, spec. Cap. I, nonché F.Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino 2005, la quale osserva (p.6): “Solo se si recupera la posizione del dovere quale *prius* logico e quindi, simultaneamente, di causa e scopo del potere può derivare un interesse maggiore per la doverosità, che in questi termini vincola la potestà da due estremi: l’amministrazione più che detentrice di un potere vincolato nel fine è obbligata da un dovere eventualmente potestativo nel mezzo”. [↑](#footnote-ref-4)
5. In Francia, per esempio, a regolare la giurisdizione è preposto un Tribunale dei conflitti a composizione mista e paritaria tra giudici del Giudiziario e magistrati del *Conseil d’Etat*. In altri sistemi, la materia del conflitto non si pone, vigendo un criterio di attribuzione della giurisdizione fondato sulla materia o sulla presenza dell’amministrazione nel contenzioso (Germania). [↑](#footnote-ref-5)
6. Per tale ordine di idee, cfr., anche per i richiami, C.Acocella, *Contributo allo studio dell’effettività dei diritti sociali*, Napoli 2022., 166 ss. [↑](#footnote-ref-6)
7. C.Acocella, *op.cit.,* 170, sottolinea come questa impostazione sia idonea “a curvare la strumentalità dell’interesse pubblico sull’interesse della persona e sulla sua soddisfazione”, richiamando quella corrente dottrinaria che si rifa a U.Allegretti, *Pubblica amministarzione e ordinamento democratico*, in *Foro it.* 1984, 206 e L.R.Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, in *Dir.pubbl*. 1/2013, 61ss.. In tale ottica, S.Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, sottolinea la trasformazione del provvedimento in strumento idoneo ad assolvere alla funzione prestazionale del diritto nonché in strumento di sintesi della dialettica tra autorità e uguaglianza più che tra libertà e autorità. [↑](#footnote-ref-7)
8. In tal senso, a un recente convegno a Palermo sui diritti fondamentali, N.Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale.* [↑](#footnote-ref-8)
9. E’ il caso, per esempio, di un bando che discrimini, per sesso, per qualità personali o per residenza, dalla partecipazione a un concorso pubblico. Vd. Cass. n. 7186 del 2011. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ma il fenomeno non è estraneo al diritto soggettivo (Nicolussi). La struttura stessa del diritto soggettivo –la cui unitarietà è stata posta in crisi sin dai tempi del Barbero sulla base della differenza strutturale e funzionale tra diritti assoluti, diritti reali e diritti di credito- è stata ridisegnata alla luce del principio di solidarietà che, con l’abbandono del modello quiritario, “inserisce un collegamento tra sfera individuale e dimensione collettiva che conferisce effetti conformativi al contenuto del diritto”. Oggi, ma non da oggi, esistono tanti diritti soggettivi conformati sui diversi interessi (“beni” nell’accezione del Pugliatti) inerenti a un oggetto (la “cosa” per Pugliatti). [↑](#footnote-ref-10)
11. Non può qui essere affrontata la controversa questione della natura delle posizioni giuridiche soggettive in ragione della natura vincolata o discrezionale del potere, su cui, per ampi richiami, da ultimo, C .Acocella, *op.cit*. 205 ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. Per usare l’espressione di Cons, Stato, Ad. Plen. 12 aprile 2016 n. 7, i diritti fondamentali (nella specie, diritto all’istruzione dei disabili) implicano “l’espletamento di poteri pubblicistici” preordinati a garantirne l’integrità e a “conformarne la latitudine” [↑](#footnote-ref-12)
13. Cons. Stato, III, 27 ottobre 2014 n. 5328 [↑](#footnote-ref-13)
14. Cons. Stato, III, 26 ottobre 2016 n. 4487, nella scia della giurisprudenza della Corte UE sull’illegittimità dei tariffario per i permessi dei lungosoggiornanti) [↑](#footnote-ref-14)
15. Cons. Stato, III, 26 luglio 2016 n. 3269, che fa seguito alla pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014) [↑](#footnote-ref-15)
16. Cons. Stato, III, 10 giugno 2016 n. 2501 e 3 maggio 2016 n. 1713 [↑](#footnote-ref-16)
17. Com’è noto, M.S.Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, parla di “attività amministrativa di diritto privato”, che definisce comunque “funzionalizzata” con riguardo all’attività contrattuale della pubblica amministrazione, in particolare a quel segmento del procedimento di scelta del contraente, originariamente finalizzato alla scelta del miglior contraente, cui si oggi si aggiunge la finalità, considerata di rilievo pubblico, di tutela della concorrenza. Il discorso potrebbe ripetersi anche per altre tematiche attinenti ai contratti stipulati dall’amministrazione conseguenti a procedure di gara (per esempio, in materia di revoca e decadenza) e, più in generale, alle interferenze sul diritto comune e sugli strumenti di diritto comune ogniqualvolta a questi faccia ricorso un soggetto pubblico. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. *retro* nt.2 [↑](#footnote-ref-18)
19. Rileva A.Zanfrino, *Potere e potestà (fil.dir.),* in *Enc.dir*., Milano 1985, 599 ss., spec.601, che già per Tommaso d’Aquino, “l’esercizio del potere deve perciò porsi al servizio di un bene comune che esprime insieme i valori morali e i valori sociali e che rappresenta il criterio fondamentale di legittimazione delle attività umane e la garanzia nei confronti del dispotismo” [↑](#footnote-ref-19)
20. A.Sandulli, *Lo scopo del diritto amministrativo e della sua scienza*, in *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto*, (a cura di E. Bruti Liberati e M. Clarich*),* edizioniETS, Pisa*,* 2022*,* 14s. [↑](#footnote-ref-20)