

Il danno alla salute  
da inquinamento  
atmosferico e l'omessa adozione di  
provvedimenti da parte della p.a.  
per la tutela dell'ambiente: le Sezioni  
Unite civili devolvono la causa al  
giudice ordinario\*

[Cass. civ., sez. Unite, ord., 23 febbraio 2023, n.  
5668, A. Spirito primo presidente f.f. - A. Manna,  
- F.M. Cirillo rel.]

Viviana Vaira\*\*

**SOMMARIO:** 1. Il caso. – 2. Il diritto alla salute come diritto soggettivo “indegradabile”: evoluzione e involuzione. – 3. Le interazioni tra la lesione del diritto alla salute e il danno ambientale verso il diritto ad un ambiente salubre. – 4. Intersezioni con il principio di precauzione. – 5. Note conclusive.

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Dottoranda in Diritti e Istituzioni, Università degli studi di Torino; LL.M. presso Westfälische Wilhelms-Universität, Münster (Germania), viviana.vaira@unito.it.

**ABSTRACT:**

Il contributo analizza la questione del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali – con specifico riguardo al diritto alla salute – prendendo le mosse dall’ordinanza n. 5668 del 23 febbraio 2023, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato la giurisdizione ordinaria in un giudizio diretto ad accertare la domanda di risarcimento del danno alla salute da inquinamento atmosferico nei confronti della pubblica amministrazione. Pur richiamando la tesi secondo cui il diritto alla salute assume sempre natura di diritto soggettivo non degradabile ad interesse legittimo (cd. teoria dei diritti fondamentali “indegradabili”), a fondamento della decisione emerge l’assenza di esercizio del potere amministrativo e di giurisdizione esclusiva del g.a. Sulla base dell’ordinanza in commento, il presente contributo intende esaminare l’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in tema di diritto alla salute valutandone le implicazioni sul sistema di riparto delle giurisdizioni e sul tipo di sindacato esercitabile sull’attività amministrativa, nonché le interazioni con la tutela dell’ambiente (con particolare riguardo al “diritto ad un ambiente salubre”) alla luce del principio di precauzione.

*The contribution analyses the profiles of jurisdiction allocation in claims concerning fundamental rights, with specific regard to the right to health and the consequent compensation-claim against the public administration for health damage caused by atmospheric pollution. The decision of the Italian Supreme Court, No. 5668 of February the 23<sup>rd</sup> 2023, affirmed the ordinary jurisdiction not on basis of the so-called “non-degradable” fundamental rights-theory, according to which the protection of the fundamental right to health always has the nature of a subjective right, which cannot be reduced to a “legitimate interest”. The decision relies instead on the analysis aimed at excluding the exercise of administrative power and the absence of exclusive jurisdiction. Within this context, this contribution aims at examining the jurisprudential evolution on the right to health by assessing, on the one hand, its implications on the system of jurisdictional allocation and on the type of judicial review-power that can be exercised on administrative activity; and, on the other hand, its interactions with environmental protection (with particular regard to the “right to healthy environment”) in light of the precautionary principle.*

## 1. Il caso

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono recentemente pronunciate, con l’ordinanza n. 5668 del 23 febbraio 2023, sul riparto di giurisdizione a fronte della domanda del privato contro la p.a. per il risarcimento del danno alla salute derivante da inquinamento atmosferico.

Nel caso di specie, un cittadino milanese conveniva in giudizio il Comune di Milano e la Regione Lombardia dinanzi al Tribunale ordinario domandando la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza del mancato rispetto, da parte delle amministrazioni convenute, delle soglie-limite di inquinamento atmosferico fissate dal d.lgs. 155/2010<sup>1</sup> (di recepimento della *Direttiva sulla qualità dell’aria a tutela della salute umana in ma-*

<sup>1</sup> D.lgs. 13 agosto 2010, n. 155, *Attuazione della direttiva 2008/50/CE relativa alla qualità dell’aria ambiente e per un’aria più pulita in Europa*, in GU Serie Generale n. 216 del 15-09-2010 - Suppl. Ordinario n. 217.

teria di livelli di inquinamento atmosferico<sup>2</sup>).<sup>3</sup> In particolare, il ricorrente lamentava un peggioramento delle sue condizioni di vita e di salute<sup>4</sup> da ricollegarsi alla condotta delle amministrazioni, le quali omettevano di adottare misure volte a evitare, prevenire o ridurre gli effetti nocivi per la salute umana e per l'ambiente nel suo complesso. In tale sede, su eccezione della Regione Lombardia, il Tribunale ordinario declinava la propria giurisdizione in favore del giudice amministrativo ponendo in rilievo il *petitum* formale del giudizio: l'omessa adozione di provvedimenti amministrativi di carattere autoritativo a tutela della salute pubblica, e dunque il mancato esercizio dei poteri finalizzati alla tutela dei cittadini dall'inquinamento atmosferico. In seguito alla riassunzione della causa dinanzi al giudice amministrativo, quest'ultimo sollevava un conflitto negativo di giurisdizione sostenendo che, se è pur vero che la doglianza attorea è da collegarsi ad un'inerzia amministrativa relativa all'emissione dei provvedimenti necessari per la tutela dell'ambiente dall'inquinamento; è altrettanto vero che la domanda sostanziale (*causa petendi*) non consiste in una ottemperanza amministrativa, bensì nel risarcimento del danno alla salute subito in conseguenza di tale inerzia. Secondo il giudice amministrativo, dunque, la fattispecie risulterebbe inquadrabile nell'ambito dell'ordinario contributo causale relativo alla violazione del generale principio del *neminem laedere*, quale elemento costitutivo della posizione giuridica fatta valere in giudizio (il diritto alla salute), con conseguente assenza di giurisdizione amministrativa (esclusiva e non).

Le Sezioni Unite, chiamate a dirimere la questione, accolgono la tesi sostenuta dal TAR Milano e devolvono la causa al giudice ordinario. Nell'ordinanza di rinvio si richiama il recente orientamento giurisprudenziale su alcune cause risarcitorie promosse da soggetti ai quali il fatto produttivo di danno ambientale abbia cagionato un pregiudizio al diritto alla salute<sup>5</sup>. Ciò per affermare la competenza del giudice ordinario allorché non vi sia esercizio di alcun potere, né si ricada in materia oggetto di giurisdizione esclusiva. La vicenda in esame offre spunti di interesse per esaminare l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in tema di diritto alla salute con specifico riguardo alle interazioni con la tutela dell'ambiente e alle conseguenti implicazioni sul sistema di riparto delle giurisdizioni, nonché sul tipo di sindacato esercitabile sull'attività amministrativa. In questo quadro, ci si

<sup>2</sup> Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa alla *Qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa*, in GUUE, 11.6.2008, L 152/1.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla asserita violazione degli artt. 1, 9, 10, 12, 13, e 14 del citato d.lgs. 155/2010.

<sup>4</sup> A sostegno della propria domanda, l'attore esponeva che tali livelli di inquinamento gli avevano determinato nel corso del tempo una serie di patologie quali bronchite acuta, irritazione agli occhi e alla mucosa nasale e faringea.

<sup>5</sup> *In primis* la Cass., Sez. un. civ., sent., 27 luglio 2022, n. 23436 in cui la Corte, in linea con Cass., Sez. un. civ., ord., 12 novembre 2020, n. 25578, afferma che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia nella quale il privato, deducendo l'omessa adozione da parte della p.a. degli opportuni provvedimenti a tutela del diritto alla salute, domandi nei confronti della stessa il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a immissioni intollerabili di odori e polveri provenienti da un'azienda agricola privata, venendo in rilievo, alla stregua del criterio del *petitum* sostanziale, un comportamento materiale di pura inerzia delle autorità pubbliche, suscettibile di compromettere il nucleo essenziale del diritto soggettivo inviolabile alla salute.

interroga sulla correlazione tra danno alla salute e danno ambientale in relazione ad emissioni provenienti da differenti fonti antropiche (pubbliche e private) alla luce del principio di precauzione.

## 2. Il diritto alla salute come diritto soggettivo “indegradabile”: evoluzione e involuzione

Come si è anticipato, a fondamento della devoluzione della causa al giudice ordinario, le Sezioni Unite rilevano – seguendo il criterio del *petitum* sostanziale<sup>6</sup> – che l’oggetto principale della domanda è rappresentato dalla prospettata lesione del diritto alla salute, il quale “*mantiene sempre la sua natura di diritto soggettivo non degradabile ad interesse legittimo, con conseguente devoluzione della causa alla giurisdizione del giudice ordinario*”<sup>7</sup>. Nell’aderire alla tesi con la quale il TAR Milano ha diniegato la sua giurisdizione pur riconoscendo il generale principio per il quale la p.a., esercitando i suoi poteri, può comprimere i diritti soggettivi ma non degradarli a interessi legittimi<sup>8</sup>, dall’ordinanza in commento emerge la permanenza di una qualificazione del diritto alla salute che trova la sua origine nella teoria dei cd. “diritti indegradabili”, secondo cui alcune situazioni giuridiche soggettive ritenute fondamentali dall’ordinamento giuridico conserverebbero la natura di diritti soggettivi anche nel caso in cui venissero in contatto con il potere amministrativo, di fronte al quale normalmente si configurano come interessi legittimi<sup>9</sup>. Tra le varie posizioni soggettive “a nucleo rigido”, il diritto alla salute ha sollevato un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale: come noto, il diritto in parola trova fondamento all’art. 32 della Costituzione<sup>10</sup>, dapprima inteso come norma programmatica “da attuare”<sup>11</sup>, e solo successivamente interpretato come norma immediatamente precettiva, in grado di fondare posizioni

<sup>6</sup> Come anche precisato in Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 15 febbraio 2022, n. 4873, “*la giurisdizione si determina sulla base della domanda e che, ai fini del suo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il cosiddetto petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto sulla base della causa petendi, ossia sui soli fatti dedotti a fondamento della pretesa fatta valere con l’atto introduttivo della lite, di cui essi sono manifestazione, e dal quale la domanda viene identificata*”.

<sup>7</sup> Cass. Sez. un. Civ., ord., 23 febbraio 2023, n. 5668, in commento, p. 6.

<sup>8</sup> Cfr. TAR Lombardia (Milano), ord. n. 1208 del 25 maggio 2022, spec. par. 4.2.

<sup>9</sup> Nell’alveo di tali diritti i cosiddetti della personalità, quali il diritto all’istruzione, all’educazione ed alla integrazione sociale, all’immagine, alla libertà di movimento, alla libertà religiosa.

<sup>10</sup> Come emerge dalla stessa formulazione dell’art. 32 Cost., il diritto alla salute è l’unico ad essere espressamente qualificato come “fondamentale”.

<sup>11</sup> Tale prospettiva caratterizza l’art. 32 Cost. quale semplice disposizione di orientamento e di indirizzo rivolta al legislatore di natura graduabile e flessibile sotto il profilo sia qualitativo, sia quantitativo della situazione protetta. R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. Scoca, F. A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, seconda edizione 2020, p. 50.

giuridiche soggettive di rilievo costituzionale con la consistenza di diritti fondamentali<sup>12</sup>. Già dalla metà degli anni '60, la giurisprudenza costituzionale colloca il diritto alla salute su un piano diverso rispetto a quello dei tradizionali diritti sociali<sup>13</sup>, qualificandolo come autonomo e primario diritto fondamentale della persona umana<sup>14</sup>, da tutelare verso gli altri individui e verso la pubblica amministrazione<sup>15</sup>, nonché direttamente risarcibile in sede giudiziale<sup>16</sup>. Ciò ha posto le basi per una qualificazione del diritto alla salute quale “*diritto primario ed assoluto (...) da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione*”<sup>17</sup>. Sulla scorta di tali evoluzioni, nonché degli orientamenti derivanti dalla dottrina tedesca in materia di diritti fondamentali (*Grundrechte*)<sup>18</sup> – i quali si caratterizzano per particolare forza passiva di fronte ai pubblici poteri (in particolare il diritto alla salute)<sup>19</sup> – le Sezioni Unite della Corte di Cassazione enucleano la teorica dei c.d. diritti inaffievolibili (o incomprimibili), incapaci di essere compressi e degradati a interessi legittimi anche a fronte dell’esercizio del potere pubblico, ancorché legittimo. In particolare, con due note sentenze risalenti al 1979<sup>20</sup>, gli Ermellini ritennero che il diritto alla salute quale diritto inviolabile della persona umana fosse tutelabile esclusivamente

<sup>12</sup> G.M. RACCA, (voce) *Salute*, in *Enciclopedia del Diritto* (I tematici), vol. III, Giuffrè, Milano, 2022, p. 996.

<sup>13</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss. nonché M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013, 1.

<sup>14</sup> Sul tema cfr. E. BALDASSARRE, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, *ad vocem*, ora in *Id.*, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, pp. 139 ss.

<sup>15</sup> Così C. cost. 14 marzo 1964, n. 21; C. cost. 3 dicembre 1969, n. 149; C. cost. 2 giugno 1977, n. 103; C. cost. 10 novembre 1982, n. 175.

<sup>16</sup> Cfr. AA.VV., *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, 6 voll., Milano, Giuffrè, 2010-2011, in particolare *Salute e sanità*, a cura di R. FERRARA, 2010.

<sup>17</sup> Così C. Cost. n. 88 del 1979.

<sup>18</sup> Cfr. F. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlino, Duncker & Humblot, seconda ed. 1990.

<sup>19</sup> Sul tema C. PESTALOZZA, *Das Recht auf Gesundheit Verfassungsrechtliche Dimensionen*, in *Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz* n. 9, 2007, pp. 1113-1118 (spec. p. 1116).

<sup>20</sup> La comparsa di tale indirizzo giurisprudenziale risale a due note decisioni del 1979, ossia: Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, vol. I, pp. 939 ss., con nota di C.E. GALLO, *ivi*, I, pp. 2909 ss.; e Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 342 ss. con nota di L. ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto dell'ambiente: un passo avanti della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 357 ss. Le sentenze richiamate avevano ad oggetto la tutela del diritto alla salute in senso lato, attraverso la protezione del diritto a un ambiente salubre, riguardando nello specifico una domanda di accertamento tecnico preventivo sulle condizioni ambientali di una zona destinata alla costruzione di una centrale nucleare e un'azione di danno temuto in relazione alla costruzione di un depuratore per il disinquinamento del Golfo di Napoli. In entrambi i casi, gli attori si dolevano del danno alla salute derivante da impianti di pubblica utilità e la Cassazione, nel disporre la consulenza tecnica, puntualizzava che l'eventuale accertamento di una situazione pregiudizievole avrebbe determinato il travolgimento delle scelte, pur legittimamente operate dall'Amministrazione, in materia di localizzazione e di progettazione degli impianti, con conseguente possibilità di inibire la prosecuzione delle attività, in quanto il potere autoritativo dell'Amministrazione non poteva spingersi a sacrificare o comprimere il diritto alla salute, costituzionalmente garantito come diritto fondamentale dell'individuo. Per entrambe le fattispecie i Supremi giudici affermarono la piena riconducibilità della situazione giuridica privata al diritto soggettivo alla salute, tutelabile anche nei confronti dell'inquinamento ambientale e qualificabile come diritto costituzionalmente garantito, “fondamentale”, e dunque con piena azionabilità giurisdizionale e protezione in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona umana, in piena corrispondenza con le previsioni degli artt. 32 e 2 Cost.

nella forma garantistica “piena e incondizionata” del diritto soggettivo anche nei confronti della p.a., la quale agirebbe sempre “senza alcun potere”<sup>21</sup>. Numerose le pronunce del giudice ordinario di contenuto analogo, in materia di danno alla salute derivante da elettrodotti<sup>22</sup>, discariche<sup>23</sup>, opere fognarie<sup>24</sup>, centrali termoelettriche<sup>25</sup> ecc.<sup>26</sup> Di qui l’attenzione al risarcimento del danno non patrimoniale a tutela di diritti costituzionali inviolabili<sup>27</sup>, e l’affermarsi della teoria della indegradabilità sulla scorta di una interpretazione estensiva dell’art. 2 della Costituzione<sup>28</sup>, ove l’invulnerabilità di tali diritti si colloca non già sul piano delle tecniche classiche di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive, quanto più sul piano assiologico<sup>29</sup>. Da tale impostazione viene derivata una aprioristica carenza di potere della p.a.<sup>30</sup>, che ha come presupposto la “teoria dell’affievolimento” e la correlata concezione dell’interesse legittimo come un *quod minus* rispetto al diritto soggettivo<sup>31</sup>. L’idea di fondo è che la particolare configurazione costituzionale di taluni diritti fondamentali ne impedirebbe la “degradazione” a interessi legittimi a fronte dell’esercizio del potere pubblico<sup>32</sup>. Secondo tale prospettiva, dalla “indegradabilità” di tali diritti discenderebbe la

<sup>21</sup> L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/2018, p. 978 ss.

<sup>22</sup> Cass., Sez. III, 27 luglio 2000, n. 9893.

<sup>23</sup> Cass., Sez. un. civ., 3 luglio 1991, n. 7318, in *Giur.it.*, 1991, vol. I, pp. 1133, con nota di A. BAIOTTO, *ivi*.

<sup>24</sup> Cass., Sez. un. civ., 20 novembre 1992, n. 12386; Cass., Sez. un. civ., 29 gennaio 2001, n. 29.

<sup>25</sup> Cass., Sez. un. civ., 17 gennaio 1991, n. 400.

<sup>26</sup> L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2010, pp. 483 s.

<sup>27</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2008, pp. 269 ss.

<sup>28</sup> Muovendo dalla comune derivazione dei diritti sociali e dei diritti di libertà, legata all’esigenza di definire i “valori” della persona umana su cui costruire un dato modello di democrazia pluralista, entrambe le “tipologie” di diritti costituzionali trovano copertura sotto l’egida dell’art. 2 Cost.

<sup>29</sup> La garanzia incondizionata dei diritti fondamentali anche nei confronti della pubblica amministrazione, cui sarebbe negato il potere di disporre della situazione giuridica in questione, ha un duplice fondamento: da un lato i diritti “fondamentali” sarebbero per tradizione dal diritto costituzionale garantiti in primo luogo nei confronti dell’autorità pubblica e, dall’altro, sarebbero rappresentativi dei valori preminenti dell’ordinamento. Per una sintetica e puntuale ricostruzione si rimanda a G. VERCILLO, *Diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato. Nota a Cassazione civile, 05 marzo 2010, n.5290, sez. un.*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4/2010, pp. 1372 ss.

<sup>30</sup> Cfr. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, pp. 176-199 (spec. 181-184).

<sup>31</sup> Sul tema della teoria dell’affievolimento si cfr., *ex multis*, O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, L. Piero editore, 1912, spec. pp. 430 ss.; ID., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, spec. pp. 166 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Foro amm.*, 1963, pp. 73 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, 23 ss.; E. CAPACCIOLI, *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1995, 76; R. VILLATA, *La prima riforma*, oggi in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 76. Tale concezione non trova riscontro nella maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei, stante l’assenza di una distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Sul punto si cfr. E. CASETTA, *L’interesse legittimo: una situazione giuridica a progressivo rafforzamento*, in *Diritto dell’economia*, n. 1/2008, pp. 7-13.

<sup>32</sup> In dottrina si veda, tra gli altri, V. A. CORASANITI, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1981, II, pp. 2148 ss.; A. SCHREIBER, *Il riparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell’atto am-*

necessaria giurisdizione del giudice ordinario, nonché la pienezza dei poteri dello stesso giudice (che dunque comprenderebbe pronunce costitutive e di condanna ad un *facere* o ad un *patis*)<sup>33</sup> stante l'assenza *ab origine* del pubblico potere in grado di incardinare l'operatività dei c.d. "limiti interni" alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>34</sup>. Alla luce di tale quadro, emerge che la teoria dei diritti incomprimibili nasce quale soluzione ermeneutica finalizzata ad attrarre tutte le controversie inerenti ai diritti fondamentali della persona nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario per due ordini di ragioni: l'una di natura sostanziale, l'altra di natura processuale. Dal punto di vista del diritto sostanziale, l'attribuzione della controversia al giudice ordinario consegue ad un'interpretazione che inquadra i diritti fondamentali come situazioni giuridiche rappresentative dei valori preminenti dell'ordinamento, garantite per tradizione costituzionale anche e soprattutto nei confronti della pubblica amministrazione, che dunque difetterebbe di qualsivoglia potere discrezionale capace di comportarne il sacrificio<sup>35</sup>. Dal punto di vista del diritto processuale, la devoluzione al giudice ordinario era, al tempo, volta a sopperire alla inadeguatezza della giurisdizione amministrativa rispetto alla piena soddisfazione degli interessi dedotti in giudizio<sup>36</sup>. L'originaria struttura prettamente impugnatoria del processo amministrativo, fondato sulla tutela dell'interesse legittimo inteso secondo una concezione oggettiva<sup>37</sup>, non era<sup>38</sup> in grado di garantire una tutela giurisdizionale effettiva di tali diritti<sup>39</sup>. Di qui la legittimazione del giudice ordinario a pronunciarsi su domande tese ad ottenere sentenze di condanna nei confronti della pubblica amministrazione nell'ambito di rapporti contraddistinti dall'esercizio (ovvero dal mancato esercizio<sup>40</sup>) di un potere amministrativo, garantendo così al cittadino l'esperibilità di plurime azioni giurisdizionali, prima fra tutte quella di condanna<sup>41</sup>.

---

*ministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, pp. 1607 ss. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 141 ss.; A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, pp. 48 ss.; A. CARATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 27 ss.; N. VETTORI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione. Nota a Cass., SU, 15.02.2022, n. 4873 sul diritto alla salute dei richiedenti asilo ospitati nei CAS*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2022, p. 265-286.

<sup>33</sup> Secondo la teoria in esame, rispetto all'attività amministrativa che incide su diritti fondamentali non trovano applicazione i limiti derivanti dagli artt. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E.

<sup>34</sup> L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, cit., p. 979.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> In senso conforme anche Cons. St., Sez. V, 13 novembre 1937, in *Foro. It.*, 1938, III, 1 ss.

<sup>37</sup> Inteso anzitutto come interesse alla legalità dell'azione amministrativa e solo di riflesso come interesse al conseguimento o alla conservazione del cd. bene della vita. Sul tema si v. per tutti, F.G. COCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, 1ma ed. 2017, Giappichelli, Torino.

<sup>38</sup> Delle evoluzioni giurisprudenziali e normative in materia si dirà *infra*.

<sup>39</sup> Sulla ragione eminentemente pratica della teoria dell'incomprimibilità, si v. F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta*, in *Giust. Civ.*, 1980, pp. 366 ss.

<sup>40</sup> La questione sarà approfondita *infra*.

<sup>41</sup> L. GALLI, op. cit., pp. 978 ss.

La teoria della “indegradabilità” venne criticata sin dai suoi albori da parte della dottrina giuspubblicistica<sup>42</sup> sotto plurimi profili. In prima battuta, con l’emergere del dibattito sulla “flessibilità”<sup>43</sup> di taluni diritti fondamentali, la Corte Costituzionale<sup>44</sup> ha avuto modo di affermare che non esiste, nel nostro ordinamento, alcun principio che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti<sup>45</sup>, e che il diritto costituzionale alla salute è composto da un fascio di situazioni giuridiche soggettive, ove alcune sono qualificabili come diritti soggettivi e altre si inseriscono in una posizione intermedia fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da far rientrare nella sfera dei cd. diritti fondamentali condizionati (da limiti di carattere tecnico-scientifico; economico-finanziario<sup>46</sup>; organizzativo)<sup>47</sup>. In disparte il tema della realizzazione del modello universalistico di accesso alle cure attraverso l’istituzione del Servizio Sanitario nazionale quale sintesi della prospettiva individuale e al contempo collettiva della tutela della salute<sup>48</sup>, nei

<sup>42</sup> Si v., tra gli altri, V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, pp. 565 ss. (spec. p. 591 ss.); F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 549 ss.; ID., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della P.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 1 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell’affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 9; e da ultimo N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., pp. 177 ss.

<sup>43</sup> Il riferimento è a E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

<sup>44</sup> Sin dalla sent. C. Cost., n. 455 del 1990 viene messa in discussione la ricostruzione dei caratteri delle situazioni giuridiche soggettive ascrivibili alla tutela costituzionale del bene giuridico “salute” fortemente influenzata da categorie giusciviltistiche aprendosi a forme di tutela del diritto alla salute di carattere pieno, analogo a quelle proprie di diritti soggettivi, anche nella sua «dimensione pubblicistica». Questa situazione giuridica soggettiva viene definita quale “diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà” e suscettibile di «bilanciamento» con altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi posti al legislatore dalle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., p. 88.

<sup>45</sup> Così C. cost., 18 aprile 2007, n. 140.

<sup>46</sup> In tema si rimanda a R. BALDUZZI, *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, il Mulino, 2012.

<sup>47</sup> E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., p. 86. Sul tema cfr. C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, pp. 548 ss. In senso critico L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 33 ss. (spec. Pp.38 ss.). Su questa scia si è detto che «sembrerebbe non infondato supporre che la stessa costruzione del diritto alla salute alla stregua di un vero e proprio *Giano bifronte* (ora diritto soggettivo, ora mero interesse legittimo) costituisca non tanto il frutto di un’interpretazione “a freddo” della norma costituzionale quanto piuttosto il riflesso sensibile, e il risultato apprezzabile sul piano tecnico, proprio dei valori condivisi e delle pulsioni “ideali” (e soprattutto ideologiche) di quel determinato periodo storico», così R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2010, p. 24.

<sup>48</sup> Cfr. C. BOTTARI-C. DE ANGELIS, (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Bologna, il Mulino, 2016 e R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell’assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Questa Rivista*, n. 2/2022, 461-473. Per una recente analisi di tale profilo si rinvia a A. CAUDURO, *La garanzia amministrativa della salute e i suoi significati*, in *federalismi.it*, n. 1/2021, pp. 161-193 e T. ANDREANI, *Il Servizio sanitario nazionale, tra storia e attualità: riflessioni intorno alla gestazione e alle prospettive di attuazione della riforma della sanità territoriale*, in *Biolaw*, n. 1/2023, pp. 335-360. Per una interessante analisi sul ruolo del governo clinico nell’ordinamento della sanità con specifico riguardo alla medicina difensiva e alla gestione del rischio clinico si cfr. R. BALDUZZI, *La medicina difensiva come ostacolo alla tutela della salute*, in F. SANTINI-R. LOMBARDI, (ed.), *Diritto e medicina. Un’ipotesi di dialogo tra le scienze*, Giappichelli Editore, Torino, 2021, pp. 49-56; G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l’effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, pp. 214 ss.

numerosi studi sull'art. 32 Cost.<sup>49</sup> l'emersione della teoria del diritto alla salute quale diritto soggettivo indegradabile ha portato parte della dottrina ad un più ampio dibattito sulla garanzia dei diritti fondamentali e i vincoli di finanza pubblica<sup>50</sup>. Ciò anche in considerazione del fatto che, nell'ambito del diritto alla salute, si prospetta la necessità di salvaguardare interessi di natura intrinsecamente sociale e collettiva<sup>51</sup>, ove la previsione di poteri pubblici autoritativi risulta necessaria per dare corpo ai principi di solidarietà, eguaglianza e libertà, considerati immanenti all'azione amministrativa, e che un approccio fondato esclusivamente sulla concezione individualista tipica dello Stato liberale rischierebbe di vulnerare<sup>52</sup>. Di qui la tesi secondo cui l'indegradabilità incondizionata di taluni diritti conduce ad uno squilibrio tra le prerogative individuali e la dimensione collettiva, dacché la considerazione dell'individuo come un'entità isolata, avulsa dal contesto sociale in cui vive ed opera, finirebbe per determinare una sostituzione *tout court* delle scelte dell'amministrazione con quelle del giudice<sup>53</sup>. In seconda battuta, emerge il rischio di deriva nell'indeterminatezza, che è insito in una costruzione teorica imperniata su una categoria dai contorni tendenzialmente elastici ed illimitati (com'è quella dei diritti fondamentali)<sup>54</sup> ed eventualmente in grado di paralizzare l'attività amministrativa nel campo dei diritti costituzionalmente rilevanti. Da ultimo, è stata criticata la fondatezza degli argomenti giuri-

<sup>49</sup> *Ex multis*, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infort.*, 1961, I, pp. 1 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XII, pp. 802-807; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, pp. 769 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1984, pp. 21 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 372 ss.; R. BALDUZZI, (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, Giuffrè, 2004; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO et al., Torino, I, 2006, p. 655 ss.; R. BALDUZZI, voce *Salute (diritto alla)*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006; ID. (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, Cedam, 2007; ID. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale: un confronto interdisciplinare*, Bologna, Il Mulino, 2009; ID. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna, Il Mulino, 2009. Più di recente: R. BALDUZZI, *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, il Mulino, 2016; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, III ed. 2020; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit.

<sup>50</sup> Sul tema cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., pp. 103 ss.

<sup>51</sup> Sotto tale profilo, se, da un lato, il diritto alla salute si presenta come una posizione soggettiva a contenuto prevalentemente oppositivo (nel senso di impedire lesioni dell'integrità fisica); da altro lato essa assume prevalentemente pretensivo (ossia, come diritto a migliorare le proprie condizioni). Di qui l'ipotesi secondo cui solo nel primo caso, la posizione corrisponde ad un diritto assoluto inaffievolibile da ricondurre nella giurisdizione del giudice ordinario, mentre nel secondo caso, ci si troverebbe di fronte a un "diritto condizionato" da ricondurre nella giurisdizione amministrativa. Si v. A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n.1/2011, pp. 21-42; C. PICIOCCHI, *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana: l'adempimento di una promessa difficile*, in *Estudios constitucionales*, vol. 20/2022, online.

<sup>52</sup> L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, cit., pp. 486 ss.

<sup>53</sup> In tal senso, Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460. Tale prospettiva è stata confermata anche in tema di libertà religiosa (v. Cons. St., n. 556/2006, in *Foro it.*, 2006, III, 181 ss., con nota di A. TRAVI, *Simboli religiosi e giudice amministrativo*), in cui il Consiglio di Stato ha negato che la presenza di diritti fondamentali debba escludere a priori la giurisdizione amministrativa, qualora oggetto della lite sia l'illegittimo esercizio di un pubblico potere, capace di configurare la situazione giuridica del privato come interesse legittimo.

<sup>54</sup> In particolare, E. FOLLIERI, *Note minime sul riparto delle giurisdizioni e diritto assoluto all'ambiente salubre*, in *Il Foro Dauno*, 1980, pp. 37 ss.

dici a sostegno del predicato carattere di indegradabilità di taluni diritti fondamentali *ex art. 2 Cost.* in quanto, nei rapporti con l'amministrazione, la garanzia costituzionale dei diritti si esaurisce nel principio di stretta legalità (necessità, adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa che incide nella sfera giuridica soggettiva degli amministrati)<sup>55</sup>. Tale controtendenza si consolida con il passaggio al nuovo millennio e la relativa riforma del processo amministrativo, dirompente tanto dal punto di vista legislativo (culminando nell'adozione, nel 2010, del codice del processo amministrativo<sup>56</sup>), quanto dal fronte giurisprudenziale scaturito a seguito di alcune importanti pronunce adottate dalla Corte costituzionale<sup>57</sup>. Nella specie, nel prendere atto dell'ampliamento delle tutele processuali predisposte a salvaguardia degli interessi legittimi a partire dalla loro risarcibilità<sup>58</sup>, la Corte ricollega l'esistenza di potere amministrativo in senso stretto alla giurisdizione amministrativa, confermando che non vi è incompatibilità tra diritti fondamentali e pubblici poteri<sup>59</sup>. Ciò anche a fronte dell'inegabile ruolo della pubblica amministrazione nel garantire il corretto esercizio e godimento del diritto alla salute. Queste osservazioni venivano recepite anche nella giurisprudenza amministrativa e, in particolare, in una nota adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>60</sup> in cui il giudice amministrativo criticava l'orientamento della Cassazione relativo alla configurabilità di "posizioni giuridiche a nucleo rigido" incapaci di essere ridotte a interesse legittimo, ritenendo irragionevole, a fronte della piena dignità e dei pieni poteri del giudice amministrativo, la indistinta devoluzione al giudice ordinario, nonché immotivatamente violativo dell'ordinario criterio di distribuzione delle

<sup>55</sup> L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, cit., p. 486.

<sup>56</sup> Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 di *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, in G.U. n. 156 del 7 luglio 2010.

<sup>57</sup> In particolare, C. cost. 6 luglio 2004, n. 204, ove la Corte ha chiarito che dall'art. 103 Cost. deve desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nella previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva e che pertanto la giurisdizione esclusiva e quella di legittimità partecipano della medesima natura, presupponendo entrambe che nel giudizio sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione in veste di autorità. Si v. *ex multis*, a M. CLARICH, A. POLICE, B.G. MATTARELLA, A. PAJNO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte costituzionale*, in *Gior. dir. amm.*, 9, 2004, p. 969 ss. Fra le altre sentenze si segnalano: C. cost., 11 maggio 2006, n. 191; C. cost., 27 aprile 2007, n. 140; C. cost., 5 febbraio 2010, n. 35.

<sup>58</sup> In seguito alla storica sentenza Cass., Sez. un. civ., 22 luglio 1999, n. 500, che ha affermato che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana derivante da attività illegittima della p.a. che abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In dottrina si è parlato di "civiltizzazione" del giudice amministrativo, ossia di una costante evoluzione della giurisdizione e del processo amministrativo che ne ha determinato il graduale avvicinamento alla giurisdizione e al processo ordinari. Cfr. in particolare M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltizzazione"*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 505 ss.

<sup>59</sup> L. GALLI, *op. cit.*, pp. 981 ss. Sul punto cfr. G. SEVERINI, *L'interesse legittimo nella realtà attuale della giurisdizione amministrativa*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 3/2018, pp. 1197 ss.

<sup>60</sup> Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 22 ottobre 2007, n. 12, con nota di A. TRAVI, in *Il Foro Italiano*, 2008, fasc.1/2, pp. 19 ss.

controversie tra le giurisdizioni<sup>61</sup>. A fronte del progressivo superamento della inconciliabilità ontologica tra potere amministrativo e diritti fondamentali (e quindi tra giudice amministrativo e diritti fondamentali<sup>62</sup>) la teoria della indegradabilità basata sul c.d. criterio della carenza di potere può dirsi oggi ampiamente superata in dottrina<sup>63</sup>. Ciononostante, tale teoria ha continuato a trovare diffusa applicazione nella giurisprudenza del giudice ordinario ancorandosi al criterio della natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa<sup>64</sup>. Giova dunque evidenziare che l'argomento della degradabilità (o meno) dei diritti soggettivi in interessi legittimi ha ormai valenza meramente retorica. Ciò in quanto, grazie alla sussunzione dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali, il giudice amministrativo ha guadagnato terreno nei confronti del giudice ordinario (oltre che nella giurisdizione esclusiva) anche nelle (ulteriori) situazioni in cui il diritto fondamentale assume la veste di interesse legittimo, che presenta – secondo una prospettiva di “ineludibile effettività dei diritti fondamentali” – un carattere pieno della tutela<sup>65</sup>. All'esito di questa evoluzione, nella giurisprudenza è andato affermandosi l'indirizzo secondo cui i diritti fondamentali possono essere ricondotti alla giurisdizione amministrativa esclusivamente nella misura in cui afferiscano alla sfera di un potere e siano lesi da atti e comportamenti che di tale potere costituiscono esercizio<sup>66</sup>. In questi termini, laddove la soddisfazione di un diritto fondamentale sia legato all'esercizio del potere pubblico, ovvero la sua lesione

<sup>61</sup> Sull'argomento si vedano i commenti di A. SPEZZATI, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2008, 570 ss.; M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 55 ss.; P. MADDALENA, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 12/2007: comportamenti e pregiudizialità amministrativa secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*.

<sup>62</sup> Cfr. F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 269 ss. (spec. 274-275).

<sup>63</sup> Si richiama, a riguardo, la tesi secondo cui l'ideologia dei diritti costituzionali inaffievolibili capovolge irragionevolmente la formula sintetica “se c'è il potere, non c'è il diritto”, sostituendola con quella pericolosa ed anticostituzionale, secondo cui “se c'è il diritto, non c'è il potere”, con automatica neutralizzazione della rilevanza dell'interesse pluri-qualificabile, come affermato da M. NIGRO, *Introduzione, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, p. 2143.

<sup>64</sup> Tale criterio si basa su un orientamento dottrinale secondo cui di potere amministrativo in senso stretto si potrebbe parlare soltanto in caso di attività discrezionale, poiché quando l'attività della pubblica amministrazione è vincolata, l'assetto di interessi è già stato predeterminato dalla legge, sicché l'atto della amministrazione appare come momento meramente ricognitivo di una volontà già cristallizzata nella norma che regola il caso concreto. Viceversa, nel caso di attività discrezionale si avrebbe una effettiva posizione di potere in capo alla p.a. che produce effetti giuridici innovativi. Da questa ricostruzione discende che, a fronte dell'attività vincolata, il privato vanterebbe un diritto soggettivo e quindi la competenza a giudicare della lesione della posizione del privato spetta al giudice ordinario (fatte salve le particolari materie di giurisdizione esclusiva). Dall'altra parte, a fronte dell'attività discrezionale il privato vanta interessi legittimi e la giurisdizione sulle relative controversie spetta al giudice amministrativo. Tale orientamento risale a E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ed è stato sviluppato da L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996. In senso critico v., per tutti, F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, (spec. pp. 432 ss.)

<sup>65</sup> In argomento C. ACOCELLA, *Riflessioni in tema di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti sociali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 182.

<sup>66</sup> In questo senso E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, p. 207.

sia connessa a tale potere, la giurisdizione amministrativa costituisce un esito necessitato da un assetto sostanziale centrato sull'intermediazione amministrativa<sup>67</sup>. Il punto è dunque comprendere quando e in che misura il diritto fondamentale, che può dar luogo a diverse situazioni giuridiche soggettive, rientra nello spazio di azione del potere. Entro tale prospettiva, andrebbero dunque verificati, in concreto, il quadro normativo e le modalità con cui il legislatore ha delineato la tutela della situazione soggettiva in questione: se alla p.a. è stata effettivamente conferita la facoltà di conformare il livello di protezione da assicurare in esito al bilanciamento con altri diritti o interessi costituzionali, allora si può ritenere che sussista una posizione di potere che giustifichi la devoluzione della controversia al giudice amministrativo; se, invece, il quadro normativo predefinisce *ex ante* l'assetto di interessi e configura "*in modo cogente un diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, (...) non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico*"<sup>68</sup>, allora la giurisdizione sarebbe da attribuire al giudice ordinario<sup>69</sup>. Accanto all'interpretazione del dato normativo, permangono margini di adattamento giurisprudenziale che richiedono il bilanciamento di principi costituzionali per l'accertamento del diritto fondamentale, facendo diretta applicazione delle norme costituzionali sia ove manchi un'apposita previsione legislativa, sia in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata di disposizioni apparentemente prive di limiti<sup>70</sup>. Alla luce di tali considerazioni occorre rilevare che, nell'ordinanza in commento, la devoluzione al giudice ordinario passa attraverso l'applicazione del criterio del *petitum* sostanziale identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto sulla base della *causa petendi*, ossia sui fatti dedotti a fondamento della pretesa fatta valere con l'atto introduttivo della lite, di cui essi sono manifestazione, e dal quale la domanda viene identificata<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi*, n. 24/2011.

<sup>68</sup> Così Cass. civ., SU, 17.6.2013, n. 15115 e, sul fronte amministrativo, Cons. St., 27 maggio 2014, n. 2760; Cons. St., 28 marzo 2014, n. 1501; Cons. St., 9 maggio 2013, n. 2506. Tale impostazione è stata seguita dal anche in tema di diritto alla salute dal Consiglio di Stato (C. Stato, 18 novembre 2015, n. 5276) che, a fronte della richiesta del risarcimento dei danni legati alla contrazione del virus dell'epatite HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto distribuito dal SSN aveva condotto ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, affermava che le controversie concernenti lesioni del diritto soggettivo alla salute rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, non essendo, il diritto alla salute, "suscettibile di affievolimento".

<sup>69</sup> N. VETTORI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., p. 276.

<sup>70</sup> E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, cit., p. 207 s.

<sup>71</sup> Così Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 15 febbraio 2022, n. 4873, cit.

### 3. Le interazioni tra la lesione del diritto alla salute e il danno ambientale verso il diritto ad un ambiente salubre

La dimensione incompressibile del diritto alla salute quale condizione irrinunciabile dell'individuo e prodromica al pieno sviluppo della persona umana ha condotto dottrina e giurisprudenza a concentrarsi sempre più sulla correlazione tra ambiente e salute, attribuendo al primo un valore essenziale in relazione alla persona, in quanto la qualità dell'ambiente risulta proporzionale alla qualità della vita<sup>72</sup>. In particolare, la Corte costituzionale ha da lungo tempo attribuito alla protezione dell'ambiente il “*valore di diritto fondamentale della persona e di interesse fondamentale della collettività*”<sup>73</sup>, attraverso un'interpretazione estensiva degli articoli 9 e 32 della Costituzione<sup>74</sup>. Il 22 luglio 2022 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione 76/300<sup>75</sup>, con la quale l'ONU ha riconosciuto il diritto ad un ambiente pulito, salubre e sostenibile quale *diritto umano*, riflesso del diritto internazionale esistente<sup>76</sup>. Tuttavia, se è vero che il diritto in parola ha trovato oramai un ampio spazio costituzionale e legislativo in diversi ordinamenti<sup>77</sup>, in molti altri manca tale espresso riconoscimento. Ciò ha condotto diverse Corti costituzionali e di ultima istanza a considerare il diritto ad un ambiente salubre, secondo una visione antropocentrica, come diritto implicito (ora del diritto alla vita, ora del diritto alla salute<sup>78</sup>), attorno

<sup>72</sup> D. CARDONE, *Tutela della salute e diritto a vivere in un ambiente salubre: profili storici e sistematici*, in *Rivista online: Teoria e Storia del diritto privato*, 2010.

<sup>73</sup> Così C. Cost., sent. n. 210 del 1987, *considerato in diritto*, in *Giurcost.org*. In senso conforme anche C. Cost., sent., nn. 617 e 641 del 1987.

<sup>74</sup> G.M. SALERNO, *La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *Questa Rivista*, n. 2/2019, p. 398.

<sup>75</sup> A/RES/76/300 – Risoluzione 76/300 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 28 luglio 2022, la quale riconosce anch'essa che il diritto a un ambiente pulito, sano e sostenibile costituisce un diritto umano, invita a intensificare gli sforzi per garantire un ambiente salubre per tutti. Cfr. anche A/HRC/RES/48/13 – Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, Risoluzione 48/13 adottata l'8 ottobre 2021, “Il diritto a un ambiente pulito, sano e sostenibile”.

<sup>76</sup> Per approfondimenti cfr. D. PAUCIULO, *Il diritto umano a un ambiente salubre nella risoluzione 76/300 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.4, 2022, pp. 1118 ss.

<sup>77</sup> Per una sintetica ed efficace analisi si rimanda a D. R. BOYD, *Catalyst for Change. Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment*, in J. KNOX, R. PEJAN (a cura di) *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018, pp. 17 ss.

<sup>78</sup> La concezione di ambiente elaborata secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana va riferita all'*habitat* globale dove si svolge la vita dell'uomo, la cui tutela richiede l'intervento di tutti gli organi pubblici si traduce in un concetto unitario e integrale nel quale sono presenti la componente estetica, culturale, sanitaria, ecologica. Tuttavia, mentre il diritto europeo mette infatti al centro della propria disciplina l'ambiente in quanto tale, a livello nazionale ne emerge una concezione meramente antropocentrica: il bene tutelato è la qualità della vita umana, mentre la salvaguardia dell'ambiente rappresenta unicamente uno strumento (il riconoscimento implicito e indiretto dell'ambiente come bene strumentale ai diritti giuridici della persona fa riferimento particolare all'art. 2 Cost., per i diritti inviolabili dell'essere umano, come singolo individuo e nelle formazioni sociali, e all'art. 32 Cost., per la tutela della salute come diritto fondamentale della persona e come interesse della comunità). V. LASTRICO, M.F. GASPERINI, *Il diritto ad un ambiente salubre tra standard di tutela e discrezionalità nell'utilizzo degli standard*, in P. BONETTI et al. (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, Aracne, 2014, pp. 273-308 (spec. p. 301).

cui il contenzioso climatico ha assunto un ruolo essenziale, in specie dal punto di vista politico<sup>79</sup>. A ciò si aggiungono i recenti e numerosi progetti di riforma volti a inserire, tra i principi costituzionali, veri e propri obblighi di contrasto ai cambiamenti climatici in capo allo Stato<sup>80</sup>. Nondimeno, nonostante anche i numerosi accordi internazionali<sup>81</sup>, i tentativi per costruire una base giuridica e una politica adeguata a fronteggiare tale criticità faticano tuttora ad affermarsi<sup>82</sup>. Ne consegue che, accanto alla strategia del *Green Deal* europeo, l'emergere della *Climate Change Litigation*<sup>83</sup> assume in questo campo un ruolo strategico<sup>84</sup> (emblematico è il noto caso *Urgenda*<sup>85</sup>), che spesso implica – a fronte dell'evanescenza del bene leso – il sovvertimento di principi consolidati e condivisi in tema di accesso alla giustizia, i quali reclamano, oltre alla legittimazione, anche l'interesse all'azione<sup>86</sup>. Anche nella recente giurisprudenza europea il diritto ad un ambiente salubre si afferma quale “forma evoluta del diritto alla salute”<sup>87</sup>, confermandone l'attualità nel contesto dell'odierna società del rischio<sup>88</sup>. Sotto questa prospettiva, l'attenzione alla sostenibilità dello sviluppo

<sup>79</sup> Cfr. D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, *The Role of National Courts in the Field of International Environmental Law*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 7, 1998, pp. 11 ss.

<sup>80</sup> Sulla riforma realizzata con l. cost. 11 febbraio 2022 n. 1 (G.U. 22 febbraio 2022 n. 44), e grazie alla quale sono stati modificati rispettivamente gli articoli 9 e 41 della Costituzione, dandosi espresso rilievo alla tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future cfr. R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, n. 13/2022, pp. 187 ss. Sull'impianto del *Grundgesetz* tedesco si dirà *infra*.

<sup>81</sup> Accordi che vanno dalla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite firmata a Rio nel 1992, al Protocollo di Kyoto del 1997, all'Accordo di Parigi del 2015 al recente Patto di Glasgow del 2021.

<sup>82</sup> M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, n. 1/2021, pp. 53-65.

<sup>83</sup> Cfr. in particolare C. eur. dir. uomo, grande camera, 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turkey*; C. eur. dir. uomo 5 febbraio 2019, *Di Caprio and Others c. Italy*, ricorso n. 39742/14; C. eur. dir. uomo 9 giugno 1998, *L.C.B. c. the United Kingdom*, ricorso n. 23413/94. Il recente contenzioso (caso *People's Climate*) promosso da 37 cittadini europei operanti nel settore agricolo e dell'allevamento e contro alcuni atti normativi adottati dall'Unione europea e ritenuti insufficienti per il contrasto ai cambiamenti climatici (C. giust. UE, sez. VI, 25 marzo 2021, causa C-565/19, *Armando Carvalho e a. c. Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea*). Cfr. E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 2022, pp. 1105 ss.

<sup>84</sup> Sul tema S. VALAGUZZA, *Liti strategiche e cambiamento climatico*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, n. 1/2021, pp. 67-81.

<sup>85</sup> Nel noto caso *Urgenda* (20 dicembre 2019, *Olanda c. Urgenda Foundation*), la Corte suprema olandese ha emesso una pronuncia che ha obbligato il governo a ridurre le emissioni di gas nocivi, depone per un progressivo aumento delle cosiddette *climate litigation* volte all'accertamento e alla condanna delle condotte omissive e/o carenti delle Istituzioni europee e degli Stati determinanti gravi violazioni di diritti fondamentali quali quello alla salute e alla salubrità dell'ambiente. In argomento, *ex multis*, M. MEGURO, *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, in *American Journal of International Law*, 114, 2020, pp. 729-735; G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 2021, pp. 1273 ss.; I. LEIJTEN, *Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights* 38, 2019, pp. 112-118.

<sup>86</sup> M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico*, cit., p. 62.

<sup>87</sup> Mentre la nozione di ambiente “sano” mira ad iscrivere e collocare la tutela ambientale in una dimensione eco-centrica, la nozione di ambiente “salubre” pone in evidenza il profilo antropocentrico. G. M. RACCA, (voce) *Salute*, cit., p. 998.

<sup>88</sup> In argomento R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., pp. 15 ss. (spec. p. 22 s.). L'Autore evidenzia come il procedimento amministrativo diviene sede elettiva nella quale si procede a complicate operazioni di misurazione, e anzitutto di comparazione dei rischi coinvolti da una certa scelta, ove i principi della ragionevolezza e della proporzionalità possono indurre a costruire il ruolo che deve essere giocato dal procedimento amministrativo nei contemporanei processi

che caratterizza la politica ambientale europea nel raggiungimento dei propri obiettivi di protezione della salute umana, di razionale e accorto uso delle risorse naturali e di elevata tutela della qualità dell'ambiente, è strettamente correlata al principio di precauzione<sup>89</sup>, e prefigura una concezione giuridica di rischio che va oltre quella prettamente tecnica, riconoscendo la parzialità di quest'ultima dal punto di vista dei diritti<sup>90</sup>. Entro tale quadro, il contenzioso climatico ruota da tempo attorno alla tutela del diritto alla salute enfatizzando i profili di esposizione agli impatti conseguenti al riscaldamento globale, ad eventi meteorologici estremi e ad emissioni inquinanti; profili che vengono inquadrati ora in una dimensione "sociale" della salute umana (cd. approccio *Health Justice*<sup>91</sup>), ora in una dimensione "biofisica" di vera e propria dipendenza dalla salute planetaria (cd. approccio *One Health*<sup>92</sup>) con l'effetto di innestare un dibattito scientifico sempre più proteso ad enfatizzare l'unitarietà sistemica tra salute pubblica, diritti umani, sistema climatico<sup>93</sup>. Nondimeno, il diritto alla salute configurato (anche) come diritto ad un ambiente salubre<sup>94</sup>, ossia a "poter svolgere la propria vita di relazione in un *habitat* vivibile", ha consentito il supe-

---

di amministrazione e gestione del rischio secondo criteri di materiale e sostanziale soddisfazione di interessi e diritti di sicurezza individuale e collettiva, di salute, interessi e diritti dei consumatori singoli e associati, diritti di terza e di quarta generazione collegati alla fruizione di un ambiente salubre.

<sup>89</sup> Nella vasta bibliografia a riguardo si segnalano, fra i molti, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nella società del rischio*, Milano, 2005; R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente della "società del rischio"*, in *Il Foro amministrativo*, n. 10/ 2005, pp. 3358 ss.; ID., *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, 14 ss.; C. IPPOLITI MARTINI, *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Padova, Cedam, 2022; M. CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *federalismi.it*, n. 24/2022 24, pp. 20-49; S. FOÀ, *Il nuovo diritto della scienza incerta: dall'ignoto irriducibile come noumeno al mutamento di paradigma*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2022, pp. 813-829; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2004, n. 3, pp. 1075-1108; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Diritto dell'economia*, n. 2/2016, pp. 411-446.

<sup>90</sup> Cfr. V. LASTRICO, M.F. GASPERINI, *Il diritto ad un ambiente salubre tra standard di tutela e discrezionalità nell'utilizzo degli standard*, cit., i quali, nell'enfatizzare la differenza tra rischio e incertezza (tale per cui il primo comporta la probabilità concreta e tecnicamente calcolabile di verifica di un determinato evento, mentre nel secondo la multifattorialità fa sì che non vi sia la certezza assoluta dal punto di vista scientifico che un determinato evento dannoso si verifichi, trattandosi unicamente di forte possibilità o di forte sospetto scientifico), affermano che il ricorso alla tecnica non configuri una riduzione della discrezionalità in vista di una maggiore tutela dei diritti sociali, ma spesso, all'opposto, nuove forme di discrezionalità tanto più pericolose in quanto sconosciute.

<sup>91</sup> Cfr. E. TOBIN-TYLER, J.B. TEITELBAUM, *Essentials of Health Justice: Law, Policy, and Structural Change*, Burlington, Jones & Bartlett Learning, 2018.

<sup>92</sup> In argomento cfr., *ex multis*, J. ZINSSTAG, L. CRUMP, E. SCHELLING et al., *Climate Change and One Health*, in *FEMS Microbiology Letters*, n. 11/2018, pp. 85 ss.; S. VIEGAS, *Climate Change and the Need of a One Health Approach: from Science to Policy*, in *Eur. J. Public Health*, n.3/2021, p. 103; A. LATINO, *Il paradigma One Health nell'ordinamento internazionale: un'analisi critica di origini, protagonisti, strumenti normative*, in *Questa Rivista*, n. 3/2022, pp. 780-808; G. RAGONE, *One Health e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale*, *ivi*, 810-826; S. ROSSA, *Riflessioni giuspubblicistiche in merito alle teorie Nudge e One Health*, *ivi*, 827-845.

<sup>93</sup> M. CARDUCCI, *L'approccio One Health nel contenzioso climatico: un'analisi comparata*, in *Questa Rivista*, n. 3/2022, p. 735 s.

<sup>94</sup> Il richiamo è al recente contenzioso climatico che ha investito la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo che mostrano un ruolo chiave delle Corti *in subiecta materia*, stante l'assenza di un vero e proprio riconoscimento di un diritto all'ambiente salubre negli ordinamenti europei.

ramento di ogni concezione meramente economicistica, verso una posizione di vantaggio primaria ed assoluta riferibile al modo di essere complessivo della persona umana<sup>95</sup>. Di qui l'interazione sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli i quali da un pregiudizio all'ecosistema ricevono, a loro volta, un danno alla propria salute (nel senso globale di vita di relazione nella dimensione associata)<sup>96</sup>. Si tratta pertanto di un contesto innovativo e in costante sviluppo, ove il ricorso al sistema giudiziario per contrastare l'insufficienza delle politiche climatiche si traduce in una progressiva affermazione di un "diritto al clima", esercitato anche in nome delle generazioni future<sup>97</sup>, e che si qualifica come una sorta di iper-oggetto giuridico *sui generis*. Ciononostante, è bene tenere a mente che, quando si tratta di ambiente e salute, si fa riferimento a beni della vita distinti, seppur strettamente correlati. Sotto questa prospettiva, è possibile rilevare che, nell'affrontare la questione relativa al riparto di giurisdizione in commento, le Sezioni Unite partono da un'analisi del dato normativo-processuale degli artt. 310, 311 e 313 del Codice dell'ambiente<sup>98</sup> specificando che, se in un caso (art. 310 c. 1) è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di danno ambientale correlato all'azione di prevenzione e di ripristino ambientale; per il risarcimento del danno ambientale è espressamente fatto salvo, all'art. 313, comma 7, il diritto di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi. L'assetto previsto dagli artt. 311 ss. del Codice dell'ambiente, già oggetto di questione di legittimità costituzionale<sup>99</sup>, risponde dunque all'esigenza di unitarietà della gestione del bene "ambiente", che ricomprende anche la fase risarcitoria quale naturale completamento della fase amministrativa senza escludere il potere di azio-

<sup>95</sup> Sul tema, fra i molti, R. LEONARDI et al. *Il caso Ilva: la Cedu condanna l'Italia per la violazione del diritto ad un ambiente salubre*, in *Rivista giuridica europea*, n. 1/2019, pp. 7-20; G. POGGESCHI, *Due diverse declinazioni del diritto alla salute: dal bilanciamento dei diritti nel caso Ilva alla prevalenza del diritto alla vita sul diritto di riunione in epoca Covid-19*, *Arco di Giano*, n. 104/2010, pp. 63-75.

<sup>96</sup> R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 99.

<sup>97</sup> Anche il *Bundesverfassungsgericht* tedesco ha avuto modo di affermare che la tutela della vita e dell'integrità fisica ricomprende la protezione da lesioni dei diritti fondamentali a causa dell'inquinamento ambientale, a prescindere da chi e da quali circostanze essi siano minacciati. Secondo la Corte costituzionale federale il dovere di protezione dello Stato comprende anche l'obbligo di proteggere la vita e la salute dai pericoli del cambiamento climatico. Così *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), sentenza del 24 marzo 2021 - 1 BvR 2656/18, *Schutzpflichten und Klimaschutz*, (cd. Sentenza "Klimaschutz"), in BVerfGE 157 e in *NJW* 2021, pp. 1723 ss.; online: [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de) (ultimo accesso in data 27.06.2023), ove i ricorrenti lamentavano che alcune previsioni della legge federale sul clima (*Klimaschutzgesetz*) non fossero adeguate a ridurre le emissioni di gas serra secondo il target fissato dall'Accordo di Parigi, invocando il loro diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica, nonché il diritto ad un "minimo ecologico esistenziale" (*Ökologisches Existenzminimum*) e ad un "futuro degno" (*Recht auf menschenwürdige Zukunft*). Il BVerfG ne ha dichiarato la parziale incompatibilità alla Costituzione, nella misura in cui non conteneva sufficienti indicazioni e previsioni sulla cui base ridurre le emissioni a decorrere dal 2031 in avanti. Di interesse l'evolvere del contenzioso amministrativo francese, in cui il Tribunale Amministrativo di Parigi ha condannato il governo francese per non aver adottato misure idonee a ridurre effettivamente le emissioni di gas serra e contrastare riscaldamento globale e cambiamento climatico, in conformità con l'Accordo di Parigi del 2015 e la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992. Cfr. *Tribunal Administratif de Paris*, 4ème section - 1ère chambre, sentenza del 3.02.2021, online: <http://paris.tribunal-administratif.fr> (ultimo accesso in data 27.06.2023).

<sup>98</sup> Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante *Norme in materia ambientale*, in G.U. n. 88 del 14 aprile 2006.

<sup>99</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 121 del 30 maggio 2016, in *giurcost.org*.

ne per il risarcimento dei danni specifici.<sup>100</sup> Pertanto, l'ordinanza in commento evidenzia che l'art. 313 comma 7 del medesimo Codice, lascia aperte alla giurisdizione ordinaria le cause risarcitorie o inibitorie promosse da soggetti a cui il fatto produttivo del danno ambientale abbia provocato un pregiudizio alla salute. Non ricadendo dunque la fattispecie nell'ambito della giurisdizione esclusiva, per la definizione della giurisdizione deve valutarsi se la lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione sia "l'effetto del se e del come della funzione pubblica"<sup>101</sup>. Sul punto, le Sezioni Unite richiamano l'orientamento giurisprudenziale che afferma, nelle controversie che hanno per oggetto la tutela del diritto alla salute, la non-operatività della posizione di preminenza della funzione pubblica<sup>102</sup>, con ciò riconoscendo il carattere immediatamente precettivo dell'art. 32 Cost., rendendo così direttamente tutelabile dinanzi al giudice ordinario ogni posizione protetta e ad esso ricollegabile, in quanto ogni atto lesivo potrebbe configurarsi come un "danno ingiusto", ai sensi dell'art. 2043 c.c. Tuttavia, manca una verifica in merito ai contenuti della pretesa soggettiva in rapporto al ruolo della p.a.<sup>103</sup> (nel caso di specie la normativa a tutela della qualità dell'aria ed i limiti fissati dal d.lgs. 155/2010). Di qui l'attenzione all'interazione tra la lesione del diritto alla salute e il danno ambientale consistente nell'inquinamento atmosferico alla luce del principio di precauzione.

#### 4. Intersezioni con il principio di precauzione

Da tale quadro emerge che la tutela del diritto alla salute ricollegabile ad un danno ambientale impone di far uso dell'applicazione diretta della Costituzione nel ricostruire i rapporti tra situazioni soggettive e potere amministrativo. In ossequio a tale impostazione, la mancata adozione di provvedimenti necessari da parte della p.a. ha già assunto rilievo come condotta omissiva produttiva di danno nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di im-

<sup>100</sup> Così la Corte costituzionale, sentenza n. 121 del 30 maggio 2016, massima n. 1, che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale) nella parte in cui riserva allo Stato, ed in particolare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il potere di agire, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale (art. 311), e mantiene solo «il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi» (art. 313, comma 7, secondo periodo).

<sup>101</sup> V. Cass. SS.UU., 7.9.2016, n. 17674.

<sup>102</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 23 aprile 2020, n. 8092 e Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 15 febbraio 2022, n. 4873 in cui si afferma che "con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive inquadrabili nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, del diritto alla salute queste Sezioni Unite hanno da tempo risalente escluso, ai fini del riparto delle giurisdizioni, la possibilità di affievolimento e di degradazione, con l'effetto di radicare la giurisdizione del giudice ordinario in ragione della pienezza della tutela da accordare in presenza di situazioni soggettive cc.dd. a nucleo rigido, corrispondenti ad interessi superiori assolutamente incompressibili da parte del potere amministrativo - Cass. S.U. 9 marzo 1979 n. 1463 e Cass. S.U. 6 ottobre 1979 n. 5172".

<sup>103</sup> Su cui si rimanda a C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir.ubb.*, 1998, pp. 143 ss.

missioni di polveri e odori<sup>104</sup>, nonché di immissioni acustiche<sup>105</sup>, ove “*l’inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un fare, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della P.A., ma un’attività soggetta al principio del neminem laedere*”<sup>106</sup>. Ne discende, inoltre, un’espansione del sindacato del giudice ordinario che non si limita alla sola valutazione del diritto al risarcimento del danno, ma arriva a ricomprendere il potere di disapplicazione di eventuali provvedimenti e all’emissione di pronunce costitutive e di condanna ulteriori<sup>107</sup>. La progressiva affermazione di tali indirizzi giurisprudenziali va inquadrata nell’ambito del problema della protezione dell’ambiente, il quale ha originato una giurisprudenza relativamente rigorosa (specialmente in ordine alla legittimità del controllo amministrativo sulle attività di impresa<sup>108</sup>) facendo confluire il diritto alla salute nell’area dei diritti primari ed assoluti.<sup>109</sup> Tuttavia, se è chiaro che la nozione di potere pubblico presuppone l’esistenza di una norma legislativa attributiva del potere-dovere che fonda la correlata legittimazione della p.a. a produrre effetti giuridicamente rilevanti nell’ordinamento attraverso l’adozione di provvedimenti<sup>110</sup>, nel quadro delle molteplici interazioni tra la lesione del diritto alla salute e il danno ambientale che confluiscono verso il cd. diritto ad un ambiente salubre emerge una nuova attenzione alla violazione di obblighi di tutela di diritti fondamentali che deriva direttamente da presupposti e risultati normativi sulla protezione del clima (e, specificamente, in materia di tutela dell’aria ed emissioni in atmosfera<sup>111</sup>)<sup>112</sup>. Ciò comporta, nell’operazione di qualificazione giuridica del

<sup>104</sup>Nell’ordinanza in commento si richiama l’indirizzo affermatosi per le controversie in cui il privato, deducendo l’omessa adozione, da parte della pubblica amministrazione, degli opportuni provvedimenti a tutela del diritto alla salute, domandi nei confronti della stessa il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a immissioni intollerabili di odori e polveri (cfr., in particolare, Cass. Sez. un. civ. Sent., 27 luglio 2022, n. 23436 e Cass. Sez. un. civ. Ord., 12 novembre 2020, n. 25578).

<sup>105</sup>Cfr. F.C. RAMPULLA, *Profili giuridici in tema di inquinamento elettromagnetico, acustico e luminoso*, in *Rivista GDA (Diritto e Giurisprudenza agraria alimentare e dell’ambiente)*, n. 1/2022, spec. 6 ss.

<sup>106</sup>Così Cass. Sez. un. civ., 12 ottobre 2020 n. 21993.

<sup>107</sup>Nel dettaglio cfr. *supra*, par. 2.

<sup>108</sup>In argomento A. GRATANI, *La tutela della salute e il rispetto del principio precauzionale a livello comunitario. Quando le autorità nazionali possono impedire la circolazione di OGM all’interno del proprio territorio*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2000, pp. 457 ss.

<sup>109</sup>R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, cit., p. 99 ss.

<sup>110</sup>Ai fini della corretta analisi dell’ordinanza in oggetto pare opportuno richiamare, in particolare, le asserite violazioni degli artt. 9, 10, 12, 13, e 14 d.lgs. 155/2010, le quali fungono da presupposto per l’adozione di piani per la riduzione del rischio di superamento dei valori limite, dei valori obiettivo e delle soglie di allarme, per l’adozione delle relative misure di attuazione e per l’adozione di misure di informazione e di allarme in caso di superamento delle soglie-limite.

<sup>111</sup>Su cui si rinvia, per tutti, a E. POMINI, P. RONCELLI, *Inquinamento atmosferico*, in A.L. DE CESARIS, L. NESPOR (a cura di), *Codice dell’ambiente*, Milano, 2009, pp. 1588 ss.

<sup>112</sup>Nello specifico, l’art. 13, comma terzo del citato d.lgs. 155/2010 dispone che “*le regioni adottano (...) le misure necessarie a preservare la migliore qualità dell’aria ambiente compatibile con lo sviluppo sostenibile ed a garantire un elevato livello di protezione dell’ambiente e della salute umana*”.

rapporto, il richiamo a norme costituzionali che costituiscono il fondamento delle pretese soggettive direttamente coinvolte e che condizionano l'interpretazione delle fonti ordinarie di conferimento del potere fino a definire profili vincolati (e dunque obblighi di comportamento), anche rispetto a poteri in astratto caratterizzati da margini di discrezionalità<sup>113</sup>. Tale aspetto si ricollega al più ampio tema della progressiva dislocazione del diritto alla salute, che emerge con forza nel contenzioso legato alla tutela dell'ambiente<sup>114</sup>, e che viene a configurarsi come una posizione giuridica soggettiva assoluta e primaria, ma che deve necessariamente essere confrontata in relazione ad altre situazioni di vantaggio di sicuro rilievo costituzionale in termini di bilanciamento<sup>115</sup>, e di misure di adattamento<sup>116</sup>. In proposito, non pare superfluo rammentare che, in tema di qualità dell'aria, i valori-limite previsti nel citato d.lgs. n. 155/2010 rappresentano un compromesso tra le esigenze economiche e quelle di tutela della salute<sup>117</sup>. Peraltro, in seguito all'emanazione della Direttiva UE sulla qualità dell'aria a tutela della salute umana, alla luce delle evidenze scientifiche più recenti, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha riconsiderato le soglie di pericolosità di alcuni inquinanti, abbassandole<sup>118</sup>. Da altro lato, proprio in relazione alla citata Direttiva, la Corte di Giustizia UE, a seguito della procedura per infrazione *ex art. 258 TFUE*, ha condannato più volte l'Italia<sup>119</sup>, dapprima per aver superato il valore limite delle concentrazioni di particelle inquinanti (PM 10), dal 2008 al 2017<sup>120</sup> e, più di recente, per il superamento sistematico e continuato dei valori limite di biossido di azoto (NO<sub>2</sub>) a partire dal 2010<sup>121</sup>. Di qui l'attenzione al principio di precauzione, che costituisce un criterio orientativo generale di larga massima e di matrice europea (art. 191 comma 2 TFUE), cui devono informarsi non solo le attività legislative, bensì anche – e soprattutto – le attività amministrative. Tale principio fonda, invero, il poterdovere della p.a. di compiere valutazioni tendenti, in via prudenziale, ad eliminare ogni rischio per la salute umana apprestando misure di tutela cd. anticipata nei confronti di beni

<sup>113</sup>N. VETTORI, Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione, cit., p. 283 s.

<sup>114</sup>Cfr. N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso Stato-Regioni*, in *Federalismi.it*, n. 23/2022, 241-272.

<sup>115</sup>R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., pp. 100 ss.

<sup>116</sup>Cfr. Ministero della Salute, CSS Sezione I - Politica dei co-benefici sanitari della mitigazione del cambiamento climatico, *Politica dei co-benefici sanitari della mitigazione del cambiamento climatico*, online: [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_3283\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3283_allegato.pdf) (ultimo accesso in data 29.7.2023), 23 ss.

<sup>117</sup>In argomento v. M. GRANIERI, M. VOLTA, Something in the air. *Per un approccio integrato alla regolazione della qualità dell'aria in Italia e in Europa*, in *Mercato Concorrenza Regole* n. 22/2020, pp. 163-194.

<sup>118</sup>A titolo esemplificativo il livello raccomandato per il biossido di azoto è oggi indicato in 10 µg/m<sup>3</sup>, mentre nel 2005, come nel D.Lgs. n. 155/2010, era previsto 40 µg/m<sup>3</sup>; per il PM 2.5 il menzionato D.lgs. n. 155/2010 prevede un limite di 25 µg/m<sup>3</sup>, laddove le Linee Guida OMS prescrivevano 10 µg/m<sup>3</sup> nel 2005 e 5 µg/m<sup>3</sup> nel 2021. C. M. LORENZIN, *Qualità dell'aria: al giudice l'ardua sentenza (II puntata)*, in *RGA online*, n. 41/2023, p. 2.

<sup>119</sup>Cfr. V. CAVANNA, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea bocchia l'Italia (e il Piemonte) sulla qualità dell'aria ambiente* (nota a C.G.U.E., sentenza 10 novembre 2020, causa C-644/18), in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2021, pp. 1-14.

<sup>120</sup>Corte Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 10 novembre 2020 - C-644/18, *Commissione/Italia*.

<sup>121</sup>Corte Giustizia UE, Settima Sezione, sentenza 12 maggio 2022 - C-573/19, *Commissione/Italia*.

giuridici fondamentali secondo il criterio della “gestione del rischio”<sup>122</sup>. Tale aspetto implica la valutazione in concreto circa la sussistenza di un obbligo di tutela della p.a. ricollegabile alla lesione di un diritto soggettivo, ovvero di una violazione del principio di precauzione, da ricondurre nell’ambito dell’interesse legittimo. Sotto questo profilo, se è pur vero che la tradizionale interpretazione del principio di precauzione in materia ambientale richiede come presupposto fondamentale della stessa logica precauzionale la sussistenza di una situazione di incertezza scientifica in ordine agli impatti negativi di una determinata sostanza, di determinati comportamenti o attività (incertezza che si traduca in un pericolo pur potenziale per il bene giuridico protetto, ma “scientificamente ragionevole”<sup>123</sup>), nell’ordinamento tedesco emerge un’interpretazione maggiormente orientata allo sviluppo sostenibile<sup>124</sup>, che implica l’adozione di misure di protezione ambientale da attuarsi nell’ambito dell’art 20a del *Grundgesetz*<sup>125</sup>, strettamente collegato al (diverso<sup>126</sup>) principio di prevenzione<sup>127</sup>. Tale prospettiva ha portato parte della dottrina tedesca ad affermare che il principio di precauzione legittima e talvolta obbliga la p.a. ad agire a prescindere dalla sussistenza di un potenziale pericolo di danno, in quanto mira – tenendo conto del principio di proporzionalità – ad evitarne in radice il rischio, richiamando un principio di tutela della stabilità che si traduce in un divieto di peggioramento delle condizioni attuali<sup>128</sup>. La Corte costituzionale federale tedesca ha peraltro ribadito, nella citata sentenza “*Klimaschutz*”<sup>129</sup>, come la tutela della vita e dell’integrità fisica ricomprendano anche la salvaguardia da compressioni del diritto alla salute derivanti da danno ambientale, indipendentemente dal soggetto (pubblico o privato) e dalla modalità da cui tale danno deriva, con ciò incardinando un obbligo di tutela della p.a. (*Schutzpflicht des Staates*) dai pericoli che il cambiamento climatico comporta, anche con riguardo alle generazioni future<sup>130</sup>. In particolare, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco

<sup>122</sup>A. VANOLI, *Il principio di precauzione nel contrasto all’inquinamento atmosferico*, in *Rivista giuridica Ambiente*, n. 1/2021, p. 179.

<sup>123</sup>In questo senso Corte Giustizia UE, sentenza del 23 settembre 2003, c-192-01, *Commissione c. Regno di Danimarca*.

<sup>124</sup>Si v. in particolare M. MÖSTL, *Gesundheitsschädlichkeit und Vorsorgeprinzip*, in *LMuR (Lebensmittel und Recht)* 2022, pp. 513 ss.

<sup>125</sup>Cfr. W. KAHL, K. F. GÄRDITZ, *Umweltrecht*, 12ma ed. 2021, § 3, Rdnr. 14 ss.

<sup>126</sup>Per una esaustiva distinzione tra le due nozioni cfr. G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 1086 ss.

<sup>127</sup>C. CALLIESS, *Commento all’art. 191*, in M. RUFFERT, C. CALLIESS, *EUV – AEUV Kommentar*, 6. Ed. 2022, C.H. Beck, Art. 191, n. 28.

<sup>128</sup>Per tutti, C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Mohrsiebeck, Tubinga, pp. 153 ss. (spec. pp. 176 ss.).

<sup>129</sup>In argomento cfr. ID., *Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?*, in *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)*, n. 6/2021, pp. 355-357; L. LANG, *Art. 20a GG in der Hand des Bundesverfassungsgerichts – Potential für einen Anspruch auf Gesetzgebung?*, in *Natur und Recht*, n. 4/2022, pp. 230-236.

<sup>130</sup>Così BVerfG, sentenza del 24 marzo 2021, cit., pp. 30 ss., la quale sancisce, al par. 9: “*La tutela della vita e dell’integrità fisica ai sensi dell’articolo 2, comma 2, primo periodo, del GG comprende la protezione contro la lesione dei diritti fondamentali protetti dall’inquinamento ambientale, indipendentemente da chi e da quali circostanze li minacci. Il dovere di protezione dello Stato, che deriva dall’articolo 2, paragrafo 2, primo comma, del GG, comprende anche l’obbligo di proteggere la vita e la salute dai pericoli del cambiamento climatico e può anche fondare un obbligo di protezione di diritto oggettivo nei confronti delle generazioni future*” (la traduzione è mia).

riconosce che il principio di proporzionalità richiede riduzioni di emissioni di CO<sub>2</sub>, che sono definite “*costituzionalmente necessarie*” ai sensi dell’art. 20a del *Grundgesetz*, e che debbono inquadarsi “*in una prospettiva orientata al futuro*”<sup>131</sup>. Ne discende un’applicazione ancora più stringente del principio di precauzione, invocato al fine di tutelare i diritti fondamentali, che rafforza il sempre più stretto legame tra tutela dell’ambiente e diritto alla salute.<sup>132</sup> In questa prospettiva, nella dottrina italiana si è parlato di cd. *interessi legittimi fondamentali* quale sintesi di una “relativizzazione” del diritto alla salute e, più in generale, dei diritti costituzionali degli individui che non possono dirsi assoluti, in quanto presentano una forte connessione con il potere pubblico e il suo esercizio (quale funzione socio-istituzionale attuativa, conformante e talvolta limitativa del contenuto essenziale degli stessi)<sup>133</sup>.

## 5. Note conclusive

La decisione in commento estende al tema dell’inquinamento atmosferico principi ormai consolidati nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di riparto di giurisdizione e riposa sul fatto che nella fattispecie esaminata non vi è stato esercizio di alcun potere amministrativo, né si ricade in materia oggetto di giurisdizione esclusiva. Con ciò si conferma la competenza del giudice ordinario, cui spetta la valutazione sulla possibile lesione del diritto alla salute che implica la verifica non scontata del nesso di causalità tra l’omissione di misure di miglioramento della qualità dell’aria e il danno<sup>134</sup>. Nondimeno, la vicenda mette in luce come nella giurisprudenza continui a resistere l’argomento della indegradabilità dei diritti soggettivi in interessi legittimi. In passato, la necessità di particolari e accresciute garanzie di tutela di taluni diritti di rango costituzionale, e in particolare del diritto alla salute, si è tradotta nella insuscettibilità di affievolimento ad opera dei pubblici poteri<sup>135</sup> correlata alla tesi della “carenza di potere” della p.a. ogniqualvolta essa interferisca con diritti soggettivi fondamentali<sup>136</sup>. Di qui l’attenzione alla natura della posizione giuridica violata, che ha avuto inevitabili riflessi sul radicamento della giurisdizione. In seguito all’intervento della Corte Costituzionale, la teoria dei diritti fondamentali indegradabili ha subito una progressiva involuzione fondata su una “demitizzazione

<sup>131</sup> Ibid., par. 192 ss. La necessità di inquadrare la tutela del clima in una prospettiva orientata alle “generazioni future” viene motivata rilevando che non dovrebbe essere permesso a una generazione di consumare buona parte del budget di CO<sub>2</sub> con un onere relativamente leggero, quando ciò determini non solo un onere più gravoso per le successive generazioni, ma anche una più ampia perdita di libertà.

<sup>132</sup> Ibid., par. 122.

<sup>133</sup> Si v. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., pp. 196 ss.

<sup>134</sup> C. M. LORENZIN, *Qualità dell’aria: al giudice l’ardua sentenza (II puntata)*, cit., 1-3.

<sup>135</sup> L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili*, cit., pp. 483-509.

<sup>136</sup> R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, cit., p. 51.

dell'indegradabilità”, che ha avuto forte seguito nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha avuto modo di affermare che *“la giurisdizione del g.o. o del g.a. non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere”*, che *“non ‘degrada’ la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di capitis deminutio, così come, per converso, la ‘forza’ della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere”*<sup>137</sup>.

Dal quadro d'insieme emerge come, sul versante della tutela del diritto alla salute e dell'ambiente, si scontano i nodi irrisolti del sistema complessivo delle garanzie giudiziali del cittadino sia nei confronti della pubblica amministrazione, sia nei rapporti inter-privati, che pur a fronte dei mutamenti strutturali che interessano il sistema di giustizia amministrativa – nel senso di una progressiva equiordinazione della tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi<sup>138</sup> – vanno pur sempre inquadrati nel sistema di un modello duale<sup>139</sup>. Da altro lato, l'emergere delle molteplici interazioni con la salvaguardia dell'ambiente che muovono verso l'affermazione di un “diritto ad un ambiente salubre” apre nuovi scenari di tutela, anche anticipata, che conferiscono all'attività amministrativa un ruolo proattivo<sup>140</sup>. Ciò porta ad interrogarsi sul se (ed eventualmente sul come) l'applicazione diretta della norma costituzionale (nella specie l'art. 32 Cost.), da un lato, e la tutela dell'ambiente, da altro lato, consentono di individuare specifici obblighi di comportamento in capo alla p.a.

<sup>137</sup> Così Cons. St., sez. III, sent. del 2 settembre 2014 n. 4460, par. 27.

<sup>138</sup> In senso critico E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, cit., spec. pp. 203 ss.

<sup>139</sup> R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., pp. 101-104.

<sup>140</sup> Il quale, come ricorda A. PIOGGIA, *Salute, Diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2018, pp. 517 ss., *“meglio e più di altri diritti fondamentali, risente della trasformazione della società e delle istituzioni. Non è solo, infatti, un diritto chiave della personalità, legato all'esistenza dell'individuo come corpo e come spirito, ma è anche un diritto al quale corrisponde una doverosità complessa della sfera pubblica, che si traduce nella disciplina, programmazione e organizzazione di un articolato sistema di servizi e prestazioni”*.