

**queste istituzioni**

---

**Le oscillazioni del criterio di riparto  
di giurisdizione: tra potere vincolato  
e interesse alla tutela della salute  
pubblica**

**Annamaria Bonomo**

**Numero 4/2022**  
**31 dicembre 2022**

---

# Le oscillazioni del criterio di riparto di giurisdizione: tra potere vincolato e interesse alla tutela della salute pubblica

Annamaria Bonomo\*

## Sommario

1. Il riparto di giurisdizione: una questione non ancora risolta. – 2. Posizioni giuridiche soggettive e criteri di distinzione. – 3. La questione del riparto nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa sull'obbligo vaccinale. – 4. Il recente contrasto tra Consiglio di Stato e Sezioni Unite. – 5. Le oscillazioni del criterio di riparto tra potere vincolato e formula dell'interesse.

## Sintesi

La questione del riparto di giurisdizione in materia di obbligo vaccinale è stata negli ultimi anni oggetto di pronunce contrastanti tra i giudici chiamati ad occuparsi di controversie relative ai professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione. Il profilo di interesse, e di cui ci si occupa in queste brevi note, non attiene, tuttavia, ai profili di legittimità dell'obbligo vaccinale, che rimane sullo sfondo anche per essere già stato affrontato anche in diverse pronunce del giudice amministrativo, quanto quello della verifica della giurisdizione relativamente alle controversie contro gli atti di sospensione disposti dagli ordini professionali in seguito al mancato adempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori sanitari. L'occasione è data dalla singolare coincidenza che vede le S.U. della Corte di Cassazione e la III Sezione Consiglio di Stato pronunciarsi a distanza di pochi giorni l'una dall'altra sulla stessa identica fattispecie, in tema di riparto di giurisdizione, relativamente alla questione dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione.

## Abstract

The issue of the allocation of jurisdiction in the field of compulsory vaccination has in recent years been the subject of conflicting rulings among judges called to deal with disputes relating to health professionals suspended for non-vaccination. The profile of interest, which is addressed in these brief notes, does not, however, relate to the legitimacy of the obligation to vaccinate, which remains in the background also for having already been addressed in several judgments of the administrative court, as that of the verification of jurisdiction in respect of disputes against suspension acts ordered by professional bodies following the failure of health professionals to comply with the vaccination obligation. The occasion is given by the singular coincidence that sees the U.S. of the Court of Cassation and the III Chamber Council of State pronounce a few days apart on the same identical case, in the matter of division of jurisdiction, on the issue of health professionals suspended for non-vaccination.

## Parole chiave

Giurisdizione – Riparto di competenze – Potere vincolato – Obbligo vaccinale.

---

\* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari.

## 1. Il riparto di giurisdizione: una questione non ancora risolta.

Il tema della giurisdizione e del suo riparto è una questione antica nell'ambito del dibattito pubblicistico nazionale, ma che continua ad essere di perdurante attualità<sup>1</sup>. Da quando, alla fine del XIX secolo, il nostro ordinamento scelse di optare per un sistema dualista di giustizia amministrativa, accogliendo un modello basato sulla pluralità delle giurisdizioni<sup>2</sup>, la questione del riparto non ha smesso di sollevare contrasti giurisprudenziali i cui effetti si riverberano sulle posizioni dei soggetti che di volta in volta necessitano di tutela.

Tutta la storia della giustizia amministrativa è stata contrassegnata dalla contesa tra le due giurisdizioni, dato immanente e costitutivo del nostro sistema dualista, generato dalla necessità di un controllo giudiziario sul potere discrezionale dell'amministrazione e di assicurare una maggiore tutela a quegli "affari non compresi" nella nozione di diritto civile o politico, rispetto ai quali, nella legge abolitrice del contenzioso, la tutela giurisdizionale era preclusa<sup>3</sup>.

Recentemente il contrasto ha interessato le numerose controversie sorte nelle ipotesi di inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte dei professionisti sanitari, questione che, in ragione dell'intreccio delle posizioni giuridiche soggettive sottese, ha generato diverse difficoltà nell'individuazione della giurisdizione da parte dei ricorrenti.

È storia arcinota quella delle significative difficoltà che il nostro sistema, all'indomani dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, ha dovuto affrontare in ragione della coesistenza di due ordini giurisdizionali cui è affidata la tutela delle controversie di cui sia parte una pubblica amministrazione. La caratterizzazione in senso dualista del sistema di giustizia amministrativa ha posto sin da subito la giurisprudenza e la dottrina del nostro ordinamento di fronte al problema di individuare un criterio certo per stabilire i confini tra le due giurisdizioni. Nella quasi totale assenza di riferimenti normativi, il problema del limite interno di giurisdizione ovvero la difficile opera di individuazione dei parametri per ripartire tra due giudici dai poteri così diversi le controversie di cui fosse parte una pubblica amministrazione, fu lasciata ai giudici

---

<sup>1</sup> Cfr. C. CONTESSA, *L'attualità del riparto di giurisdizione a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa*, 2020, che osserva come «le ragioni della perdurante attualità del tema sono evidenti e ben note: l'intera storia del diritto amministrativo nazionale tende a coincidere per una sua parte importante con quella del Giudice amministrativo, così come l'intera storia della giustizia amministrativa (e del suo Giudice) è costellata di vere e proprie *azioni di regolazione dei confini* che trovano il proprio campo di elezione sul terreno della giurisdizione». Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, XXXX.

<sup>2</sup> C. CONTESSA, *L'attualità del riparto di giurisdizione*, cit., p. 9.

<sup>3</sup> Sull'evoluzione della giustizia amministrativa a partire dalla legge n. 2248/1865 si veda *ex multis* A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 ss.

stessi ed è proprio dall'analisi delle loro decisioni, nonché dalle elaborazioni della dottrina che è possibile individuarne i principi direttivi<sup>4</sup>.

È appena il caso di ricordare che il criterio che ha prevalso, ed ancora oggi in vigore, è quello della *causa petendi* (o *petitum* sostanziale), che individua il giudice in base alla posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, affermato nel noto concordato giurisprudenziale del 1930 in cui la Corte di Cassazione<sup>5</sup> e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>6</sup> affermarono quasi contestualmente che ciò che rilevava ai fini dell'attribuzione all'uno o all'altro ordine giurisdizionale era il tipo di posizione che si riteneva violata, indipendentemente dalla natura del provvedimento giurisdizionale richiesto dall'interessato (c.d. criterio del *petitum*)<sup>7</sup>.

Tale conformazione sarà accolta e cristallizzata nella Costituzione che all'art. 113 costituzionalizza i cardini del sistema dualista e codifica il criterio della *causa petendi* come criterio di riparto fra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa<sup>8</sup>. La stessa Costituzione, tuttavia, all'art. 103 Cost., co. 1, fornisce anche lo strumento per il superamento di tale regola, attribuendo al legislatore la possibilità di introdurre materie di "giurisdizione esclusiva" nelle quali il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti soggettivi. Com'è noto, il legislatore ha nel corso del tempo, e con un'intensificazione nell'ultimo decennio del secolo scorso, dato ampia attuazione alla disposizione costituzionale devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo numerose materie. L'estensione del numero di materie, solo parzialmente circoscritta dagli interventi della Corte costituzionale degli anni 2004-2006<sup>9</sup>, oggi elencate all'art. 133 del CPA, ha di fatto introdotto un secondo criterio di riparto della giurisdizione, il c.d. "criterio per blocchi di materie", che si basa sull'inerenza della controversia ad una certa materia<sup>10</sup>. Se l'introduzione della giurisdizione esclusiva è stata sicuramente di

---

<sup>4</sup> Su queste tematiche *ex multis* A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975; F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss..

<sup>5</sup> S.U. Cassazione, sentenza 15 luglio 1930, n. 2680, Pres. D'Amelio.

<sup>6</sup> Cons. Stato, decisioni nn. 1 e 2 del 14 giugno 1930, Pres. Romano. In argomento cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 14 ss.

<sup>7</sup> La vicenda sottesa dal c.d. concordato è ben nota. All'interno del Consiglio di Stato (tra la Quarta e la Quinta Sezione) e nei confronti delle Sezioni Unite della Cassazione era in discussione il criterio empirico del riparto della giurisdizione, nell'ambito delle teorie della c.d. doppia tutela, se cioè in presenza dello stesso «episodio di vita», possa legittimamente adirsi il giudice amministrativo allorché si invochi l'annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo o alternativamente il giudice ordinario allorché si richieda il risarcimento, indipendentemente dalla situazione soggettiva lesa (teoria del *petitum*); oppure, quale che sia il *petitum*, ciò che rilevi sia soltanto l'individuazione della situazione soggettiva (teoria della *causa petendi*). L'allineamento dei due giudici di vertice sancì la vittoria del criterio della *causa petendi* (o del *petitum sostanziale*), mettendo definitivamente da parte il congegno della doppia tutela. Per tutti cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 135 ss.

<sup>8</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 517 ss.

<sup>9</sup> Corte costituzionale sentenza 6 luglio 2004, n. 204 e sentenza 11 maggio 2006 n° 191.

<sup>10</sup> Emblematica al riguardo è la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 500 del 1999, la quale giunge ad affermare che, con il Decreto legislativo n. 80 del 1998 il Legislatore avesse operato «una decisa scelta nel

aiuto nel risolvere il problema del riparto in tutte quelle vertenze nelle quali il criterio fondato sulle situazioni soggettive risultava di difficile applicazione, tuttavia l'evoluzione giurisprudenziale mostra come la questione della giurisdizione continui a sollevare difficoltà applicative perché, nelle materie non affidate alla giurisdizione esclusiva nelle quali sarà ancora necessario utilizzare il criterio della *causa petendi* per l'individuazione della giurisdizione.

## 2. Posizioni giuridiche soggettive e criteri di riparto.

L'aver posto a fondamento del criterio di riparto la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio ha sollevato fin da subito il problema della distinzione tra le posizioni che possono fronteggiare la pubblica amministrazione. L'accertamento della posizione soggettiva che si intende tutelare davanti al giudice (diritto soggettivo o interesse legittimo) in ragione della quale si afferma il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo diventa dunque l'oggetto di una necessaria verifica preliminare di rito da parte del giudice adito, il quale nel tempo ha elaborato diversi criteri per l'attribuzione della giurisdizione.

Senza poter ripercorrere in questa sede un dibattito teorico assai complesso, che ha dato luogo a differenziate elaborazioni dottrinali sui criteri di distinzione delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dell'amministrazione<sup>11</sup>, è sufficiente ricordare che, tra le principali strade percorse, la tesi affermata si basa sulla nota formula "carenza di potere e scorretto esercizio del potere"<sup>12</sup>. Secondo tale tesi, si ha carenza di potere quando si contesti la stessa esistenza di un "potere" autoritativo riconosciuto dalla legge in capo all'amministrazione che ha agito (incompetenza assoluta o carenza dei presupposti necessari) e dunque, precludendo il vizio all'atto di produrre alcun effetto giuridico, la posizione del privato rimarrà quella originaria di diritto soggettivo<sup>13</sup>. In caso invece, di cattivo esercizio del potere, quando cioè il potere idoneo sussista, ma sia stato esercitato male, l'illegittimità del provvedimento non incide sulla sua efficacia e la posizione del privato sarà configurabile come di interesse legittimo. Tale criterio è arrivato pressoché immutato sino ad oggi tanto da essere recepito anche dall'art. 7 CPA che fa riferimento all'"esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo".

---

sensu del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia».

<sup>11</sup> La distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi è uno degli enigmi più controversi della storia giuridica italiana oggetto di "mille ed una interpretazioni" così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 115.

<sup>12</sup> Tesi accolta dalla Corte di cassazione a partire dal secondo dopoguerra cfr. Cass. S.U., 4 luglio 1949, n. 1657.

<sup>13</sup> Il potere autoritativo, come noto, rappresenta il vero fattore sottinteso della giurisdizione, secondo l'insegnamento reso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004.

Limitandosi qui unicamente a richiamare le altre teorie elaborate dalla dottrina e giurisprudenza al fine di distinguere tra le posizioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo, esse hanno fatto leva sulla teoria della degradazione dei diritti, sulla distinzione tra norme di relazione e norme di azione e su quella tra attività discrezionale e attività vincolata<sup>14</sup>. È proprio con riferimento a quest'ultima tesi, basata sulla diversa natura del potere, che si registrano i più frequenti contrasti in tema di riparto che vedono contrapporsi i giudici supremi delle due giurisdizioni.

Tale criterio di riparto, che si basa sull'assunto in base al quale del potere discrezionale in quanto deve conoscere il giudice amministrativo, mentre del potere vincolato il giudice ordinario, trova una delle maggiori difficoltà nella qualificazione delle posizioni soggettive di fronte all'esercizio dell'attività vincolata dell'amministrazione nonché nella questione dell'ammissibilità teorica di un provvedimento amministrativo che incide sul diritto soggettivo<sup>15</sup>.

Tradizionalmente, quando la legge conferisce all'amministrazione in ragione della cura dell'interesse pubblico il potere di compiere una scelta discrezionale tra più opzioni possibili, ciò implica la possibilità per l'amministrazione di definire in modo autoritativo l'assetto di interessi, innovando rispetto alla norma attributiva del potere. In questi casi la ponderazione degli interessi in gioco porterà ad una decisione che non sarebbe ricavabile interamente dalla norma, ma che si determina in seguito alla intermediazione dell'amministrazione che esercita il potere e che dunque configura in capo al privato destinatario una situazione di interesse legittimo<sup>16</sup>.

Quando l'attività è vincolata invece, poiché la norma attributiva del potere definisce in modo puntuale tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, lo spazio lasciato all'amministrazione è di mero accertamento della corrispondenza tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta prevista dalla norma e, laddove i presupposti ricorrano, il contenuto della decisione è predeterminato dalla norma<sup>17</sup>. Nell'ipotesi in cui l'amministrazione, cioè, non abbia

---

<sup>14</sup> Sulle diverse teorie di distinzione punto si veda M. C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2018, 33, p. 37 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 116 ss.

<sup>15</sup> Sulla correlazione biunivoca tra potere vincolato e titolarità di un diritto soggettivo si vedano A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249 (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 e ss.); C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985. Cfr. M.C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, cit., p. 52 ss., secondo la quale si tratta di una possibilità che in un certo senso è implicitamente ammessa nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, dove è lo stesso legislatore che riconosce che di fronte ad una data attività amministrativa, riconducibile all'esercizio del potere, esiste un intreccio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'interesse legittimo, come al diritto soggettivo.

<sup>16</sup> F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 79.

<sup>17</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006. Sul se l'atto amministrativo vincolato non sia espressione di potere amministrativo poiché quando la norma predetermina presupposti e contenuto dell'atto non v'è potere amministrativo, ovvero l'atto vincolato sia in sé una decisione perché senza la sua adozione l'effetto giuridico non si

margine di scelta, il privato può, se possiede i requisiti indicati dalla legge, senz'altro ottenere il bene giuridico al quale aspira e quindi è titolare di un diritto soggettivo<sup>18</sup>.

In base a questa ricostruzione, se l'attività dell'amministrazione si configura come potere discrezionale il privato potrà vantare una posizione di interesse legittimo tutelabile davanti al giudice amministrativo, viceversa nel caso di attività vincolata, non vi sarebbe esercizio di un potere e il privato rimarrà titolare di una posizione di diritto soggettivo la cui tutela spetterà al giudice ordinario<sup>19</sup>.

Non mancano tuttavia opinioni contrarie, espresse da altra parte della dottrina che ritiene che in capo all'amministrazione rimanga in ogni caso il potere di produrre gli effetti giuridici attraverso l'esercizio della sua attività (riserva di amministrazione) e quindi, nel momento in cui vi è potere, la posizione del privato di fronte alla decisione amministrativa sarà comunque di interesse legittimo, tanto che la decisione sia espressione di un'attività vincolata, quanto che sia manifestazione di un'attività discrezionale<sup>20</sup>.

È stato altresì ritenuto e precisato dalla giurisprudenza amministrativa che l'attività vincolata non determina automaticamente l'assenza di discrezionalità e di esercizio del potere. Molto diffusa in giurisprudenza, infatti, la tesi che sostiene che in presenza del potere vincolato si verifichi una bipartizione delle posizioni soggettive in relazione all'interesse in vista del quale il vincolo è stato posto<sup>21</sup>. Non è quindi sufficiente accertare che l'azione dell'amministrazione sia

---

produce cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 34; E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 251; E. FOLLIERI, *Potere vincolato e potere discrezionale puro*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2015, p. 189 ss.

<sup>18</sup> Com'è noto, tuttavia, nelle considerazioni della dottrina, la nozione di "atto vincolato" comprende diverse rappresentazioni: dall'atto vincolato come espressione di un potere di accertamento, ovvero come adempimento di un dovere, o ancora alla negazione dell'esistenza di un potere vincolato, sino all'accoglimento di una più ampia nozione di "attività vincolata". Per una recente ricostruzione del dibattito cfr. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi* n.7/2017, p. 16; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 98 ss.

<sup>19</sup> Sulla difficoltà di tracciare una linea di demarcazione netta fra attività discrezionale, da un lato, ed attività vincolata, dall'altro. Cfr. E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 506; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; F. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., p. 16.

<sup>20</sup> F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 1 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 495; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *ingiustizia-amministrativa*, 2019, che cita anche la pronuncia della Corte cost. n. 127/1998 secondo la quale costituisce «un postulato privo di qualsiasi fondamento [...] che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi». Cfr. L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, p. 653, che invece ritiene irrilevante la distinzione tra potere discrezionale e vincolato ed esclude in radice l'esistenza di poteri vincolati.

<sup>21</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 62 ss.



vincolata, ma occorre verificare il fine per il quale il vincolo è stato posto all'amministrazione<sup>22</sup>. Se il potere sia stato attribuito nell'interesse dei destinatari la posizione è di diritto soggettivo, se invece il vincolo sia stato posto nell'interesse pubblico generale, la situazione del privato si configurerebbe come di interesse legittimo. In sintesi, quando il potere è vincolato ad un fine pubblico, quel potere non è puro riconoscimento di un fatto, ma è giudizio sul fatto, perché verifica che quel fatto sia adeguato all'interesse<sup>23</sup>. L'analisi della giurisprudenza ci restituisce che, al di là delle ripartizioni teorizzate in via generale, i problemi applicativi sono molteplici e dovrà sempre verificarsi la posizione giuridica sottesa ed incisa dalla situazione.

### **3. La questione del riparto nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa sull'obbligo vaccinale.**

La questione del riparto di giurisdizione in materia di obbligo vaccinale è stata negli ultimi anni oggetto di pronunce contrastanti tra i giudici chiamati ad occuparsi di controversie relative ai professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione. Si tratta di un argomento destinato ad essere superato in considerazione dell'abolizione dal 1° novembre 2022 dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, ma sulla cui legittimità si è pronunciata proprio recentemente la Corte costituzionale, giudicando le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario "non irragionevoli, né sproporzionate"<sup>24</sup>.

Il profilo di interesse, e di cui si occupa in queste brevi note, non attiene tuttavia, ai profili di legittimità dell'obbligo vaccinale, che rimane sullo sfondo anche per essere già stato affrontato anche in diverse pronunce del giudice amministrativo<sup>25</sup>, quanto quello della verifica

---

<sup>22</sup> Tale considerazione dell'interesse sul piano del riparto di giurisdizione già emergeva ben chiara e veniva assunta a criterio dall'Adunanza plenaria del Cons. Stato del 1° gennaio 2007, n. 87 che enunciava questo principio: «anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica ... occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo»; di conseguenza, «applicando le esposte coordinate ricostruttive, ritiene questa Adunanza Plenaria che la controversia sia stata correttamente ritenuta dal giudice di primo grado di competenza del giudice amministrativo».

<sup>23</sup> A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)*, in *giustiziainsieme*, 2021.

<sup>24</sup> Corte costituzionale, 1° dicembre 2022, non ancora depositata al momento in cui si scrive. Ugualmente non fondate, inoltre, sono state ritenute le questioni proposte con riferimento alla previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico.

<sup>25</sup> Cfr. per tutti l'ampia pronuncia del Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045 (in *Foro it.* 2022, III, 1, con ampia nota redazionale) che ha affermato la legittimità dell'obbligo vaccinale. Nelle parole dei giudici «la vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il principio di solidarietà, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili. Nel dovere di cura, che incombe sul personale sanitario, rientra anche il dovere di tutelare il paziente, che ha fiducia nella



della giurisdizione relativamente alle controversie contro gli atti di sospensione disposti dagli ordini professionali in seguito al mancato adempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori sanitari.

L'occasione è data dalla singolare coincidenza che vede le S.U. della Corte di Cassazione e la III Sezione Consiglio di Stato pronunciarsi a distanza di pochi giorni l'una dall'altra sulla stessa identica fattispecie, in tema di riparto di giurisdizione, relativamente alla questione dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione.

Osservando il dato normativo oggetto delle due decisioni, la questione riguarda l'obbligo vaccinale dei professionisti sanitari sancito espressamente dal d.l. 1° aprile 2021, n. 41<sup>26</sup>. Tale decreto ha stabilito, altresì, che tale vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio delle professioni e delle prestazioni rese da tali lavoratori (art. 4, comma 1) e che il rifiuto del vaccino, non giustificato da un "accertato pericolo per la salute" (comma 2), ed in assenza di mansioni alternative disponibili, anche inferiori, che non comportino contatti interpersonali o rischio di diffusione del contagio (comma 8), determina la sospensione dalla prestazione e dalla retribuzione (comma 6), fino al 31 dicembre 2021, o fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale (comma 9). Quanto al sistema delle fonti, la normativa, da un lato, è intervenuta ad assicurare copertura costituzionale all'obbligo vaccinale, sancendo il collegamento con la "tutela della salute pubblica"; dall'altro lato, ha consentito di soddisfare i requisiti della riserva di legge previsti dall'art. 32, comma 2, Cost., per l'introduzione dell'obbligo vaccinale, escludendo quindi possibili profili di illegittimità costituzionale anche alla luce della sentenza della Consulta n. 5 del 2018.

La vaccinazione nell'ambito del rapporto di lavoro concernenti le professioni sanitarie viene invero qualificata dal legislatore sia in termini di obbligo che di onere, in quanto requisito essenziale per lo svolgimento di tali attività. L'art. 4, dal comma 3 al comma 7, inoltre prevede un'articolata scansione procedimentale volta a regolare le modalità operative dell'obbligo vaccinale e alla verifica dell'adempimento, a partire dall'atto di accertamento dell'ottemperanza da parte del destinatario dell'obbligo vaccinale sino, in caso di esito negativo, al provvedimento di immediata sospensione dell'esercizio della professione sanitaria da parte dell'Ordine professionale territorialmente competente.

---

sicurezza non solo della cura, ma anche nella sicurezza di chi cura e del luogo in cui si cura, e questo essenziale obbligo di protezione di sé e dell'altro non può lasciare il passo a visioni individualistiche ed egoistiche, non giustificate in nessun modo sul piano scientifico» (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85). Cfr. A. DE MATTEIS, *Dal Tribunale di Belluno al Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045. Uno sguardo sulla giurisprudenza in tema di obbligo di vaccino*, in *Labor*, 5 novembre 2021.

<sup>26</sup> D.l. 1° aprile 2021, n. 41 recante *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*, in G.U. 1° aprile 2021, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76 in G.U. 31/05/2021, n. 128.

Si tratta di una questione che coinvolge, come spesso accade quando si tratta della materia sanitaria, più interessi, sia pubblici che privati. L'imposizione dell'obbligo vaccinale nei confronti dei sanitari è infatti strumentale alla soddisfazione sia di interessi pubblici, quali quello alla tutela della salute collettiva e quello al mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'esercizio delle prestazioni "sanitarie", ma anche di interessi privati, quali il "diritto" al libero esercizio della professione e, più in generale, il diritto alla libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro.

Il dato singolare è che i giudici di ultima istanza delle due giurisdizioni hanno adottato a pochi giorni di distanza due decisioni in netto contrasto tra loro. Si tratta di un aspetto comunque non eccessivamente sorprendente, poiché sintomatico di un'oscillazione già presente nelle pronunce dei giudici ordinari e amministrativi relativamente a questioni di giurisdizione in ipotesi di doglianze sui provvedimenti di sospensione per mancata vaccinazione, ma su cui in ogni caso occorre riflettere perché sintomatico di una tensione.

Si può dire fin d'ora che tendenzialmente, anche se con qualche eccezione, nelle precedenti pronunce in materia, ciascuno dei due ordini giurisdizionali è orientato a sostenere la sussistenza della propria giurisdizione.

Osservando la giurisprudenza amministrativa nelle ipotesi di impugnazione di atti di sospensione dei professionisti sanitari per mancata vaccinazione, essa si è prevalentemente espressa a favore della giurisdizione del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato in diverse pronunce<sup>27</sup>, di cui l'ultima del 20 giugno 2022<sup>28</sup>, ha ritenuto, che il procedimento diretto ad accertare se il personale sanitario, iscritto in un ordine professionale, abbia ricevuto il vaccino, rappresenti l'espressione dell'esercizio di un potere discrezionale ed autoritativo "di carattere eminentemente pubblicistico". Tale carattere, che si riverbera anche sull'atto di sospensione in quanto atto consequenziale rispetto all'esercizio del potere, definisce dunque la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto l'intera fattispecie va ad incidere su posizioni di interesse legittimo.

Nello stesso senso si sono successivamente espressi diversi giudici di prime cure. Il primo provvedimento sulla questione fu adottato il 5 agosto 2021 dal TAR Puglia, Lecce che, con una motivazione particolarmente interessante, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo. Premettendo che il d.l. n. 44/21 appartiene alla categoria delle leggi-provvedimento, il Tar pugliese ha qualificato la comunicazione di sospensione come atto meramente ricognitivo di un effetto già verificatosi *ex lege*, e nonostante ciò autonomamente impugnabile quale unico mezzo per introdurre un giudizio sulla costituzionalità della legge-

---

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. III, ord. 22 dicembre 2021 n. 6791, 23 dicembre 2021 n. 6796 e 4 febbraio 2022 n. 583.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. III, sentenza 20 giugno 2022, n. 5014.

provvedimento; ciò premesso, ha respinto il ricorso perché il diritto dell'individuo deve ritenersi “decisamente recessivo” rispetto all'interesse pubblico sotteso alla normativa<sup>29</sup>.

Posizione analoga quella del TAR Friuli-Venezia Giulia con la sentenza 10 settembre 2021 n. 262, che, respingendo il ricorso di una operatrice sanitaria volto all'annullamento del provvedimento di sospensione per mancata vaccinazione emesso dalla ASL di cui era dipendente, ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto «la scelta di imporre l'obbligo vaccinale ai sanitari risponde – in modo pressoché esclusivo – al primario interesse pubblico costituito dalla tutela della salute collettiva, a fronte del quale la posizione del privato inevitabilmente recede». Osserva il collegio che «l'interesse a prevenire lo sviluppo della malattia da Covid-19 in capo agli operatori sanitari, nel contesto dell'emergenza pandemica, assume un'indubbia valenza pubblicistica, giacché garantisce la continuità delle loro prestazioni professionali e, quindi, l'efficienza del servizio fondamentale cui presiedono»<sup>30</sup>.

Non mancano, tuttavia, le pronunce di alcuni Tribunali amministrativi a favore della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto atto inerente al rapporto di lavoro privatizzato<sup>31</sup>. In particolare, il TAR Toscana con le sentenze nn. 200 e 201 del 17 febbraio 2022 e n. 1565 del 26 novembre 2021<sup>32</sup>, in controversie relative ad atti di sospensione dell'attività per professionisti sanitari inadempienti all'obbligo vaccinale, ha dichiarato inammissibili i ricorsi per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, perché la questione in oggetto concerneva la tutela di una posizione di diritto soggettivo a fronte della quale non era configurabile alcun esercizio di potere autoritativo o discrezionale da parte dell'ente resistente. In particolare, argomenta la sentenza n. 1565/21, poi riformata dal Consiglio di Stato, posto che ai fini dell'individuazione del giudice competente (in assenza di giurisdizione esclusiva) è dirimente la natura giuridica della posizione dedotta in giudizio, deve ritenersi che nella fattispecie in esame i ricorrenti pretendono di fare valere il diritto al libero esercizio della professione sanitaria. Infatti, prosegue la sentenza, «quello all'esercizio della professione è un diritto disciplinato integralmente dalla legge quanto a presupposti e modalità di svolgimento, e le operazioni valutative presenti nell'ambito procedimentale di cui si discute non sono interne ad un potere pubblicistico poiché l'amministrazione, nel rapporto *de quo*, si pone su un piano paritetico essendo lo stesso integralmente disciplinato dalla legge. Nella fattispecie l'amministrazione ha il solo compito di

---

<sup>29</sup> TAR Puglia, Lecce, sez II, decreto 5 agosto 2021, n. 480.

<sup>30</sup> TAR Friuli-Venezia Giulia, sentenza 10 settembre 2021 n. 262 che aggiunge «Sotto altro profilo, è di valenza pubblicistica anche l'interesse a mitigare l'impatto sul SSN – in termini, soprattutto, di ricoveri e occupazione delle terapie intensive – che potrebbe comportare l'incontrollata diffusione della malattia da Covid-19 in capo a soggetti naturalmente esposti, in misura maggiore rispetto alla media, al rischio di contagio e che costituiscono un insieme numericamente considerevole della popolazione nazionale».

<sup>31</sup> A. DE MATTEIS, *Una panoramica del flusso normativo e della giurisprudenza sulla pandemia da Covid*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3, 2022, p. 24 ss.

<sup>32</sup> TAR Toscana, Sez. 2 - Firenze, 26 novembre 2021, n. 1565

verificare la sussistenza dei requisiti indicati dalla legge per l'esercizio della professione sanitaria in relazione all'obbligo vaccinale che incombe sugli operatori ad essa adibiti; ogni valutazione di pubblico interesse in proposito è già stata compiuta dal legislatore subordinando detta professione (in aggiunta ai requisiti già esistenti) all'obbligo di vaccinazione contro il Covid 19»<sup>33</sup>.

Sempre in favore della giurisdizione del giudice ordinario si è espresso in più occasioni il TAR Veneto<sup>34</sup>, ritenendo che al datore di lavoro pubblico non sia stato attribuito alcun potere pubblico autoritativo o comunque dispositivo delle situazioni giuridiche medesime, ma solo quello di “fotografare” l'inadempimento mediante un atto di accertamento rispetto al quale la situazione giuridica del sanitario non è qualificabile in termini di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo. Dunque, l'atto di sospensione, ancorché all'esito di una sequenza procedimentalizzata, costituisce conseguenza *ex lege*, non intermediata dall'esercizio di un potere autoritativo ed è sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario.

In ordine cronologico, in una delle ultime decisioni il Consiglio di Stato nel giugno del 2022 è tornato, con una motivazione particolarmente approfondita, ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo<sup>35</sup>. Secondo il collegio, in primo luogo, la giurisdizione amministrativa di legittimità sussiste in base, all'art. 7 del Cpa, quando sono impugnati atti emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato, così come affermato dalla Corte costituzionale, per la quale è un “postulato privo di qualsiasi fondamento” il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo<sup>36</sup>. Secondo i giudici di Palazzo Spada la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste dunque perché è stato impugnato un atto autoritativo e «come avviene in pressoché tutti i settori nei quali gli atti autoritativi incidono su attività riconducibili all'esercizio di “diritti”, le posizioni correlative sono di interesse legittimo, che costituisce il diaframma intercorrente tra l'atto autoritativo e la sfera giuridica del suo destinatario» (Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257). Inoltre, i giudici di appello fanno riferimento al profilo della finalità perseguita dalla norma primaria, per cui, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, (in particolare, l'art. 4 del d.l. 44/21

---

<sup>33</sup> Cons. Stato n. 5014 del 2022 che al punto 3.2 della motivazione richiama le motivazioni della sentenza di primo grado.

<sup>34</sup> TAR Veneto, ord. 20 gennaio 2022 n. 141 e 142, 26 gennaio 2022 n. 168, 31 gennaio 2022 n. 183, 186, 188 e 189; 2 febbraio 2022 n. 207; 14 febbraio 2022 n. 290.

<sup>35</sup> Cons. Stato, n. 5014/2022, cit. Il TAR Toscana aveva dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario avendo la fattispecie ad oggetto un diritto soggettivo ovvero il ‘diritto’ dell'interessato a svolgere liberamente un'attività professionale, ovvero un'attività lavorativa intellettuale di rilievo economico, ai sensi degli articoli 4 e 41 della Costituzione. Il Consiglio di Stato accoglie l'appello e rimette la questione al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105 del Cpa.

<sup>36</sup> Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 1998, n. 127.

ha disposto l'obbligo vaccinale «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza») la situazione vantata dal privato non possa che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo<sup>37</sup>.

#### 4. Il recente contrasto tra Consiglio di Stato e Sezioni Unite.

Il 29 settembre 2022 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tornano sulla questione chiamate a risolvere un conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal TAR Marche. La controversia era stata promossa da parte di un fisioterapista libero professionista sanitario, adducendo il proprio “diritto all'esercizio di una attività professionale regolamentata”, davanti al Tribunale di Ancona che, ai sensi dell'art. 11 CPA, aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore di quella del giudice amministrativo. Secondo il tribunale ordinario, aderendo ad un orientamento, fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa<sup>38</sup>, l'atto di accertamento dell'ottemperanza da parte dell'operatore sanitario dell'obbligo vaccinale – al quale consegue, come effetto automatico, la sospensione dall'esercizio della professione ad opera dell'Ordine competente – inerisce all'esercizio di un potere discrezionale ed autoritativo e dunque appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo. In seguito alla riassunzione del giudizio, il TAR Marche solleva il conflitto negativo di giurisdizione davanti alle Sezioni Unite esprimendosi a favore della giurisdizione del giudice ordinario e argomentando che l'obbligo vaccinale discende immediatamente dalla legge e l'amministrazione non dispone di un potere autoritativo, ma di mero accertamento di fronte al diritto alla salute che è un diritto fondamentale che non può essere compresso e come tale degradato da un provvedimento amministrativo.

Le Sezioni Unite si pronunciano per la giurisdizione del giudice ordinario sulla base dei seguenti essenziali passaggi motivazionali: la giurisdizione si determina sulla base del *petitum* sostanziale costituito nella specie dalla pretesa del diritto dell'operatore sanitario ad esercitare l'attività libero professionale; la sospensione costituisce una conseguenza *ex lege* della mancata vaccinazione e non l'oggetto di un provvedimento autoritativo discrezionale; nel momento in cui la norma non attribuisce alcun potere discrezionale in capo all'amministrazione, potendo la ASL compiere solo un mero accertamento dell'inadempimento si verte nel campo dei diritti soggettivi devoluti al giudice ordinario. Nelle parole della Suprema Corte «*nel caso di specie, nessun potere discrezionale è attribuito alla pubblica amministrazione nella conformazione del diritto all'esercizio della professione sanitaria, il cui svolgimento – e, dunque, il suo pieno dispiegarsi come posizione soggettiva piena e immediatamente tutelabile - viene sospeso temporaneamente*

---

<sup>37</sup> Cons. Stato, sez. III, sentenza 20 giugno 2022, n. 5014 del punto 5.3 della motivazione.

<sup>38</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sentenza 20 dicembre 2012, n. 8454.

*in ipotesi di inadempimento dell'obbligo vaccinale in forza delle previsioni dettagliatamente recate dalla fonte legislativa»<sup>39</sup>.*

La Cassazione, dunque, fonda la sua motivazione assumendo in maniera netta, e probabilmente eccessivamente rigorosa, la differenziazione tra l'attività vincolata e quella discrezionale che adotta come criterio di riparto tra le due giurisdizioni. La presa di posizione delle Sezioni Unite, evidentemente mossa da un intento limitativo degli spazi cognitori del giudice amministrativo, esprime una interpretazione non univocamente accolta in dottrina e giurisprudenza<sup>40</sup>. In realtà si tratta di un criterio che in molte occasioni lo stesso legislatore ha inteso superare. Com'è noto, nello stesso codice sul processo amministrativo sono contenute diverse ipotesi in cui al giudice amministrativo si riconosce sindacare anche l'attività vincolata dell'amministrazione, come, ad esempio, la possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi, nell'azione avverso il silenzio, sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio «quando si tratta di attività vincolata» (art. 31 comma 3, Cpa)<sup>41</sup>.

Ad una soluzione opposta giunge viceversa pochi giorni dopo il Consiglio di Stato, che sull'impugnazione della ricorrente in primo grado della decisione sulla giurisdizione<sup>42</sup>, afferma che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo e rimette la questione al primo giudice.

I giudici di appello non contestano il carattere vincolato dell'attività oggetto di impugnazione in quanto (e su questo concordano con le Sezioni Unite) il potere vincolato non tocca solo diritti soggettivi, ma può anche riguardare, come nella fattispecie, interessi legittimi, ma fanno riferimento al criterio della finalità perseguita dalla norma primaria. Si tratta di una distinzione che si fonda sulla tesi, già prospettata in maniera chiara dall'Adunanza Plenaria n. 8/2007, secondo la quale occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, e dunque si deve «distinguere, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico»<sup>43</sup>.

Nella controversia in esame, secondo il Consiglio di Stato la norma che attribuisce il potere di sospensione del professionista sanitario è immediatamente e direttamente rivolta alla tutela

---

<sup>39</sup> SU Cass., ordinanza n. 28429 del 29 settembre 2022, punto 5.2. della motivazione.

<sup>40</sup> Si veda infra § 3.

<sup>41</sup> Sulla tutela processuale avverso il silenzio, si vedano *ex multis* G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, p. 997 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, p. 116 ss.

<sup>42</sup> Il Tar aveva declinato in favore del giudice ordinario in quanto l'ordine impugnato era stato emesso «in applicazione di una norma di legge – e, in particolare, l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 – che non ammette l'esercizio di potestà discrezionali, residuando perciò all'interessato un diritto soggettivo alla corretta applicazione della misura contestata, una situazione giuridica tutelabile avanti al giudice ordinario».

<sup>43</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 24 maggio 2007, n. 8.

dell'interesse pubblico e non del singolo amministrato e dunque l'atto resta espressione di un potere autoritativo e la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. In questo caso la norma attributiva del potere (art. 4 d.l. 44/21) individua nella tutela della salute pubblica il fine da realizzare che funzionalizza l'azione amministrativa e giustifica l'adozione obbligatoria del provvedimento in questione, di fronte al quale i destinatari non sono titolari di diritti, ma solo di interessi legittimi.

La terza sezione del Consiglio di Stato, riaffermando dunque quanto già espresso nell'precedente sentenza n. 5014 del 20 giugno 2022, afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa, in quanto «si è al cospetto di un potere esercitato dall'autorità sanitaria per garantire attraverso la vaccinazione obbligatoria, il rispetto del fondamentale interesse pubblico volto ad evitare la diffusione del virus o comunque il propagarsi della malattia nelle sue forme più gravi e addirittura letali»<sup>44</sup>.

##### **5. Le oscillazioni del criterio di riparto tra potere vincolato e formula dell'interesse.**

Dalle argomentazioni dei due giudici emerge come l'elemento sottinteso che determina il cambio di giurisdizione è il potere amministrativo: per la Cassazione l'atto vincolato, nella fattispecie la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, non rappresenta l'espressione di potere autoritativo, per il Consiglio di Stato l'atto vincolato invece è comunque espressione di potere autoritativo.

Affiora dagli orientamenti richiamati la nota divergenza da tempo presente nel dibattito teorico sul significato stesso da attribuire alla nozione di potere, tra coloro che ritengono che il potere sia la facoltà di produrre unilateralmente effetti giuridici, e coloro che invece reputano che il potere sia la capacità non solo di produrre unilateralmente effetti giuridici, ma in grado di innovare, cioè di produrre effetti che non siano interamente predeterminati da una norma. Trattandosi, evidentemente, di questioni di grande rilievo sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, si può osservare che tale contrapposizione si riflette nell'applicazione giurisprudenziale che ancora stenta a trovare una convergenza su posizioni comuni.

In realtà come è stato osservato, la linea di demarcazione tra le due giurisdizioni nell'attuale quadro normativo e alla luce dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo, non può più basarsi sull'opzione tra l'esistenza e la non esistenza del potere, laddove il confine tra le due giurisdizioni, così come emerge nei più recenti orientamenti del giudice del riparto, sembra essere definito sulla base della sussistenza o meno del potere *discrezionale*<sup>45</sup>. Tale precisazione descrive una tendenza della giurisprudenza, la quale sembra ammettere la possibilità di

---

<sup>44</sup> Cons. Stato, n. 8434/2022, punto 4.8 della motivazione

<sup>45</sup> M. C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, cit., p. 47.



distinguere, ai fini del riparto, le ipotesi in cui vi sia l'esercizio di un potere discrezionale, dalle ipotesi in cui sia assente qualunque valutazione discrezionale, perché si tratta, appunto, di atto o attività vincolata, o perché si tratta di un potere di mero accertamento o perché difetta il carattere dell'autoritariorietà<sup>46</sup>. Indipendentemente dalla natura vincolata del potere, sembra cioè che, nell'interpretazione della giurisprudenza, ciò che conta, ai fini del riparto, sia la sussistenza o meno della discrezionalità come attributo del potere.

I due giudici supremi nelle sentenze richiamate, pur concordando sulla natura vincolata dell'atto impugnato, arrivano a soluzioni opposte. Mentre le S.U. dalla natura vincolata hanno desunto la non autoritariorietà e dunque l'inidoneità dell'atto impugnato a modificare la posizione giuridica contrapposta, che rimane di diritto soggettivo, così incardinandone la giurisdizione presso il giudice ordinario, il Consiglio di Stato ha utilizzato la tesi dell'interesse pubblico, contenuto nella norma attributiva del potere, per giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo pur in presenza di un potere vincolato.

La tesi della funzionalità alla realizzazione dell'interesse pubblico come elemento caratteristico del potere non è nuova<sup>47</sup> e ha il vantaggio di consentire al giudice amministrativo di conservare il criterio classico, basato sull'esercizio del potere e sulla carenza di potere, perché se il potere è vincolato ad interessi pubblici si tratta sempre di potere amministrativo, mentre se il potere non è finalizzato al perseguimento di interessi pubblici l'atto non è espressione di potere amministrativo<sup>48</sup>, ma è espressione di interessi privati e quindi allude a una capacità di diritto privato dell'amministrazione<sup>49</sup>. In sostanza, se la norma, per natura, vincola il potere a fini pubblici, la controversia che ne deriva andrà giudicata dal giudice amministrativo, giudice degli interessi, come già aveva stabilito l'Adunanza plenaria n. 8/2007.

In base alla "formula dell'interesse", quindi, il *discrimen* tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria è ancorato alla presenza o assenza di un fine pubblico nella norma attributiva del potere. Quando il potere vincolato è finalizzato a soddisfare interessi pubblici, resta potere autoritativo e quindi resta la giurisdizione amministrativa; quando invece il potere non sia vincolato a interessi pubblici, l'atto non è esercizio del potere amministrativo, ma soddisfa interessi privati e quindi ha bisogno d'una capacità privata dell'amministrazione,

---

<sup>46</sup> Ad es. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2013, n. 17; analogamente, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2013, n. 4327 in materia di concessioni e revoca dei contributi pubblici.

<sup>47</sup> Per una ricostruzione degli elementi caratteristici del potere rispetto agli interessi si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 53 ss.

<sup>48</sup> Come osserva A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 56, se l'attività è vincolata, ogni apprezzamento degli interessi è preclusa all'amministrazione e quindi la 'funzionalità' a certi interessi dovrebbe ritenersi giuridicamente irrilevante

<sup>49</sup> Cfr. ancora in tal senso Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021, n. 802 che riafferma la giurisdizione amministrativa in caso di potere vincolato, poiché «il potere vincolato resta potere autoritativo, in quanto esprime non solo "supremazia" ma "funzione". Funzione vuol dire "finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico"».

che possa gestire diritti soggettivi, propri e altrui e sarà giudicato davanti alla giurisdizione ordinaria<sup>50</sup>.

Interessante al riguardo ed indicativa una pronuncia delle S.U. di qualche giorno precedente che nel pronunciarsi su di un regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall'amministrazione resistente in primo grado<sup>51</sup>, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo sia perché la questione riguardava la legittimità del provvedimento rispetto alle circolari precedenti e quindi era un profilo che «involgeva unicamente e necessariamente la giurisdizione generale di legittimità su atti, la cui sindacabilità per violazione di legge è propria del giudice amministrativo»<sup>52</sup>, sia perché l'interesse pubblico della tutela della salute pubblica, nella sua accezione collettiva ai sensi dell'art. 32 Cost., a cui era preordinato il provvedimento adottato, richiedeva «l'intervento del potere pubblico per bilanciarlo con altri interessi e valori parimenti fondamentali» (Cass., S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187).

Emerge da queste oscillazioni la difficoltà che l'ordinamento incontra nell'individuare un criterio di riparto coerente con l'attuale quadro normativo che, con l'estensione dei poteri del giudice amministrativo, a volte stenta a trovare le motivazioni per supportare la necessità stessa del duplice ordine di giurisdizioni.

Se appare comprensibile l'intento del giudice amministrativo di riconoscere la perdurante attualità del suo sindacato non solo sul potere discrezionale, ma anche su quello vincolato, appare tuttavia un po' troppo debole la giustificazione rappresentata dall'oggetto della tutela della norma individuato come quello di perseguire "in via diretta l'interesse pubblico". È piuttosto difficile immaginare infatti che la norma attribuisca un potere ad una pubblica amministrazione che non persegua in via diretta l'interesse pubblico, dal momento che l'attribuzione di un compito (un atto da porre in essere in una fattispecie concreta) ad una pubblica amministrazione è disposta da una norma, per definizione, allo scopo del perseguimento da parte della stessa di un interesse pubblico e non certo di un interesse privato, nel qual caso il privato sarebbe investito direttamente dalla legge della possibilità di agire<sup>53</sup>. Si tratta del resto di una distinzione nei fatti facilmente contestabile e che introduce elementi di incertezza, dal momento che lo scopo della norma non è quasi mai esplicitato dalla stessa ed è dunque quasi impossibile dedurre la funzionalità del potere dalla norma che lo prevede<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. sul punto A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione*, cit., p. 2.

<sup>51</sup> Cass. S.U., ordinanza n. 28022 del 26 settembre 2022. Secondo l'Asl remittente il *thema decidendum* investiva le modalità di esercizio del diritto alla salute in una situazione di epidemia, incidendo altresì sul diritto agli spostamenti degli atleti affetti dall'infezione da Covid-19 o con questi venuti in contatti stretti e sull'esercizio dell'attività agonistica; dunque, la cognizione di simili valutazioni spettava al giudice ordinario.

<sup>52</sup> S.U. Cass., n. 28022/2022, pag. 13 della motivazione.

<sup>53</sup> F. BOTTEON, *Diritti soggettivi e interessi legittimi: "tecniche di accertamento" contrastanti tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato nel caso dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione*, in *amministrativisteneti*, 2022.

<sup>54</sup> Cfr. in tal senso anche M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 121.

In particolare, nel caso di specie l'interesse pubblico da tutelare contenuto nella norma attributiva del potere è quello dell'interesse pubblico alla salute collettiva, canonizzato nell'art. 32, comma primo, Cost., che diventa non solo prevalente rispetto agli altri interessi coinvolti, ma consente di conservare in capo all'amministrazione l'autoritarità del potere e dunque di giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Si tratta di un'argomentazione che, se pur risalente, comincia a mostrare i suoi limiti specialmente in un ambito, quello sanitario, dove l'intreccio delle posizioni soggettive coinvolte rende estremamente difficile individuare l'interesse pubblico prevalente e solleva il rischio dei c.d. diritti tiranni nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette<sup>55</sup>.

Le numerose pronunce in materia di regolamento dei confini tra i due ordini giurisdizionali mostrano dunque un incremento dei conflitti ogni qual volta sono coinvolti interessi legati al settore sanitario. Esigenze di certezza e ragioni di coerenza con il sistema generale di riparto richiederebbero probabilmente un intervento del legislatore che, senza necessariamente ricorrere all'individuazione di nuove materie di giurisdizione esclusiva, possa definire settorialmente gli ambiti di giurisdizione.

---

<sup>55</sup> Cfr. le osservazioni del Cons. Stato n.7045 del 2021 che al punto 42.9 osserva: «la logica dei cc.dd. diritti tiranni e, cioè, di diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con eguali diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla Costituzione, e pretendono di essere soddisfatti sempre e comunque, senza alcun limite, è del resto estranea ad un ordinamento democratico, perché “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto” (Corte cost., 14 giugno 1954, n. 1) ed è stata espressamente sempre ripudiata anche dalla Corte costituzionale che, come noto, ha chiarito che tutti i diritti tutelati dalla Costituzione – anche quello all'autodeterminazione – si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri perché, se così non fosse, si verificherebbe “la illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette” (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85)».