

## **Il Consiglio di Stato interviene in materia di giurisdizione sui c.d. diritti incompressibili (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 8 gennaio 2025, n. 129)**

Il Consiglio di Stato si pronuncia in materia di giurisdizione del giudice amministrativo nei casi di garanzia di diritti "inaffievolibili", quali quello alla salute e quello ad un ambiente salubre.

Specificamente, il giudice di prime cure (TAR Pescara) aveva declinato la propria giurisdizione, in favore dell'AGO, con riguardo a una domanda giudiziale concernente regimi autorizzatori per discoteche sull'assunto che la pretesa, nella sostanza, attenesse all'intensità e all'effettività della tutela del diritto alla salute e a un ambiente salubre.

Ebbene, i giudici di Palazzo Spada, nel riformare la sentenza appellata, hanno chiarito che i c.d. diritti incompressibili, ritenuti tali in quanto oggetto di particolare protezione da parte del dettato costituzionale, non necessariamente debbono considerarsi riservati alla sola AGO.

Pertanto, sulla scorta di consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, allo scopo di individuare l'idonea sede di tutela occorre valutare se la norma primaria attributiva del potere amministrativo di regolazione operi essa stessa un complessivo bilanciamento tra i diversi interessi e diritti coinvolti (nel caso di specie libertà di iniziativa economica-diritto alla salute e a un ambiente salubre) oppure demandi alla pubblica amministrazione una siffatta ponderazione.

Nel primo caso la giurisdizione resta salda in capo all'AGO (come in molte fattispecie espressamente indicato dalla legge), nel secondo caso l'intervento 'attivo' della PA in sede di bilanciamento determina la giurisdizione del GA. Sicché, ogniqualvolta un provvedimento amministrativo coinvolge interessi o diritti contrapposti dia evidenza dell'intervenuta attività di bilanciamento o, comunque, sopravvenga ad una norma primaria non esaustiva in materia, il GA non potrà esimersi dallo scrutinare la controversia.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4953 del 2024, proposto da Ma. Sa., rappresentata e difesa dall'avvocato Pierluigi Daniele, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
contro

Comune di Pescara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco De Flaviis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Kona S.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Cantagallo, Fabrizio Rulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 00072/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pescara e di Kona S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 il Cons. Massimo Santini e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La odierna appellante impugnava in primo grado l'autorizzazione permanente a discoteca per lo stabilimento balneare Hawaii *ex* artt. 68 e 80 del TULPS. Tale stabilimento è prospiciente alla abitazione di Montesilvano della stessa appellante la cui quiete viene disturbata, di notte, dallo stabilimento come già detto adibito a discoteca.

2. L'interessata si rivolgeva dinanzi al TAR Pescara per chiedere l'annullamento della ridetta autorizzazione a cagione della ritenuta violazione del piano urbanistico e di quello relativo alla zonizzazione acustica (si lamentava in particolare la violazione della destinazione d'uso del PRG, in base alla quale sarebbero vietati spettacoli musicali e danzanti, nonché l'omessa valutazione di impatto ambientale). Il TAR Pescara declinava tuttavia la giurisdizione, in favore dell'AGO, in quanto con tale domanda giudiziale si chiederebbe, nella sostanza, la tutela di diritti "inaffievolibili" quali quello alla salute e quello ad un ambiente salubre.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per erroneità nella parte in cui è stata declinata la giurisdizione e dunque per violazione dell'art. 7 c.p.a. Si chiedeva altresì il rinvio della questione alla Corte di giustizia UE per la violazione dell'art. 47 della Carta di Nizza e dell'art. 67 TFUE (diritto ad un ricorso effettivo).

4. Si costituiva in giudizio il Comune di Pescara il quale, nel chiedere il rigetto del gravame e dunque per confermare la giurisdizione dell'AGO, sollevava comunque eccezione di inammissibilità del ricorso originario per carenza di interesse (ciò in quanto difetterebbe una posizione differenziata in capo alla odierna appellante e dunque la possibilità di ottenere un beneficio dall'eventuale annullamento degli atti impugnati).

5. Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2024, presente l'avvocato Rulli e dato atto della richiesta di passaggio in decisione dell'avvocato De Flaviis, la causa veniva infine trattenuta in decisione.

6. Tutto ciò premesso va innanzitutto rigettata l'eccezione di rito sollevata dalla difesa dell'amministrazione comunale in quanto le condizioni dell'azione (*id est*: interesse a

ricorrere) vanno sempre valutate dopo la questione di giurisdizione. Nel merito il ricorso in appello della originaria ricorrente si rivela peraltro fondato dal momento che:

6.1. Si contesta non la carenza ma il cattivo uso del potere amministrativo ossia la violazione di plurime disposizioni in materia urbanistica e ambientale;

6.2. Per costante giurisprudenza costituzionale, i c.d. *diritti incompressibili* in quanto oggetto di particolare protezione sul piano costituzionale (tra cui anche quello alla salute) non necessariamente debbono essere riservati alla sola AGO (cfr. Corte cost., sentenza n. 140 del 2007);

6.3. In questi casi occorre piuttosto valutare se la norma primaria, attributiva del potere amministrativo, preveda in via diretta essa stessa un bilanciamento tra diversi diritti e interessi oppure riservi alla PA una siffatta operazione di bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti (es. salute) ed altri diritti o interessi comunque meritevoli di tutela (es. libertà imprenditoriale);

6.4. Non a caso la stessa Corte di cassazione ha affermato a più riprese che: *"Può ... solo eventualmente qualificarsi come interesse legittimo quello del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all'amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell'interesse individuale, bensì di un interesse pubblico che lo ricomprende, per la realizzazione del quale l'amministrazione è dotata di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua disposizione"* (cfr. Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2019, n. 19231; Cass. civ., sez. un., 2 luglio 2015, n. 13568; Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2015, n. 10095);

6.5. Pertanto, nell'ottica di una "società pluralista" occorre valutare se si tratta di una legge che preveda direttamente il bilanciamento tra la tutela di un diritto fondamentale (es. riservatezza, invalidità o libertà individuali in generale) ed altri interessi pure costituzionalmente rilevanti oppure di una legge che regoli un determinato settore della PA (es. urbanistica, energie rinnovabili o ambiente) e con l'occasione si premuri altresì di delegare alla stessa amministrazione la ponderazione tra interessi rimessi alla cura della PA e la presenza di altri diritti pur costituzionalmente tutelati e tra questi, naturalmente, non solo la salute dei cittadini ma anche altri interessi rilevanti come la libertà di impresa oppure il diritto all'abitazione e alla proprietà privata. Nel primo caso la giurisdizione sarà dell'AGO (e la legge in questi casi lo prevede spesso espressamente, quasi in funzione di "giurisdizione esclusiva al contrario" ossia del giudice ordinario); nel secondo caso, per lo più caratterizzato da una attività di bilanciamento che la PA di volta in volta sarà chiamata ad operare in ordine ai contrapposti interessi e diritti in gioco, la giurisdizione sarà del GA;

6.6. Paradigmatici, nella direzione appena indicata, si rivelano diversi passaggi della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione civile 27 luglio 2022, n. 23436 (che in ogni caso si riferisce ad una fattispecie di inerzia della PA nel mettere in atto le dovute azioni per la tutela della salute dei cittadini), i cui spunti più significativi, almeno per quanto di specifico interesse, qui di seguito si riportano per maggiore comodità espositiva:

*“La giurisprudenza costituzionale offre all’interprete molti esempi al riguardo. Così, nella sentenza n. 182 del 2017, la Corte osserva che gli interventi legislativi succedutisi nel tempo ”sono accomunati da una medesima ratio, quella di realizzare un ragionevole bilanciamento tra una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti: da un lato, l’interesse nazionale alla prosecuzione dell’attività di uno stabilimento avente natura strategica e al mantenimento dei livelli occupazionali; dall’altro, l’interesse a che l’attività produttiva prosegua nel rispetto dell’ambiente circostante e della salute degli individui”. La cornice costituzionale - sottolinea la Corte - ”impone alle istituzioni di tenere in considerazione l’esigenza di garantire la continuità produttiva (...), scongiurando una crisi occupazionale, senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità dell’ambiente, e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe”.*

*I diritti fondamentali sono - al pari di ogni diritto - soggetti al bilanciamento, e dunque alla possibilità che la tutela avvenga secondo gradazioni che dipendono dalla presenza e dalla rilevanza di altri interessi, da intendere - come è stato autorevolmente osservato in dottrina - anche in una prospettiva qualitativa, secondo la maggiore o minore afferenza rispetto alla dimensione essenziale della dignità della persona. Il valore della persona umana, infatti, è il valore primario, intorno al quale tutto ha da essere ordinato.*

*Ove detto bilanciamento sia già stato interamente effettuato dal legislatore, l’interesse fondamentale non può che avere la consistenza di un diritto soggettivo anche verso la pubblica amministrazione.*

*Ma può anche darsi che, per alcuni aspetti, la realizzazione dell’interesse fondamentale, ovvero il grado e le modalità di detta realizzazione, sia fatta dipendere da scelte che implicino (oltre quelle, eventualmente, già effettuate dal legislatore) valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, in relazione alle quali la posizione del privato si profila come posizione di interesse legittimo.*

*Il diritto e la giustizia sono fatti per le persone e agli appartenenti alla comunità la Costituzione assegna diritti inviolabili e doveri inderogabili, legati dal collante della solidarietà. Il diritto fondamentale vive in una dimensione solidale e richiede spesso l’intervento del potere pubblico a fini di bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali.*

*Tuttavia, vi è un carattere proprio dei diritti fondamentali in quanto diritti che godono di una copertura costituzionale: la presenza, in essi, di un contenuto minimo, di un contenuto di valore.*

*Nella misura in cui viene ad essere coinvolto il nucleo minimo essenziale di tali diritti, l’azione della P.A. difetta sin dall’origine di qualsiasi carattere di discrezionalità e si prospetta come un’azione vincolata, sicché la posizione del privato si configura come di diritto soggettivo pieno, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione.*

*Quando viene in gioco tale nucleo essenziale, il diritto alla salute si presenta come diritto soggettivo assoluto e primario, insuscettibile di qualsivoglia compressione e limitazione da parte così del legislatore ordinario come pure (e a maggior ragione) della P.A.*

*La P.A. deve altresì ritenersi carente di discrezionalità in tutti quei casi in cui il bene salute, anche al di là della tutela del suo nucleo essenziale, risulta conformato dal legislatore ordinario senza lasciare in sede applicativa ulteriori margini di bilanciamento con l'interesse pubblico.*

*La prospettiva d'insieme è evidenziata nella giurisprudenza di questa Corte regolatrice. La categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi (Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011). Ferma l'incomprimibilità del nucleo minimo essenziale, del nocciolo duro del diritto inviolabile, a seconda delle modalità con le quali il legislatore prende in considerazione situazioni giuridiche fondamentali è ben possibile che lo stesso introduca forme di protezione che affidano al potere amministrativo la concreta determinazione e conformazione del livello di tutela del diritto fondamentale, che si realizza, in un quadro pluralistico, attraverso il bilanciamento, ragionevole e proporzionato, con altri valori costituzionali (Cass., Sez. Un., 15 febbraio 2022, n. 4873).*

*La sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione, anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma sia nel riconoscimento, ad opera della Corte costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo "ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa" (sentenza n. 140 del 2007); sia nelle previsioni legislative contenute nel codice del processo amministrativo che escludono che la concessione o il diniego della misura cautelare possa essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale (art. 55), o che, ad esempio, affidano alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quando anche relative a diritti costituzionalmente tutelati (art. 133, comma 1, lett. p).*

*È proprio la prospettiva della valutazione dei diritti fondamentali sistemica e non isolata o frazionata (Corte costituzionale, sentenza n. 264 del 2012) e della verifica in concreto del quadro normativo e delle modalità con le quali è preso in considerazione il diritto fondamentale in gioco, a risultare decisiva ai fini del riparto delle giurisdizioni, dovendosi ritenere che, ove il legislatore abbia delineato e predefinito in modo assoluto e cogente un determinato diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico, la giurisdizione vada senza alcun dubbio attribuita al giudice ordinario.*

*12. - Poste tali premesse, al Collegio preme osservare che, in generale, la pretesa a che un'autorità amministrativa eserciti i poteri che la legge le assegna per la tutela di un interesse pubblico non può essere configurata come un diritto soggettivo di colui il quale quella pretesa voglia far valere in giudizio, né quando essa investa la scelta dell'amministrazione se esercitare o meno quel potere, in una situazione data, né quando sia volta a sindacare i tempi ed i modi in cui lo si è esercitato.*

*Può dunque solo qualificarsi come interesse legittimo quello del privato a ottenere un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all'amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell'interesse individuale, bensì di un interesse pubblico che lo ricomprende, per la realizzazione del quale l'amministrazione è dotata di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua*

*disposizione (Cass., Sez. Un., 18 maggio 2015, n. 10095; Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015, n. 13568; Cass., Sez. Un., 17 luglio 2019, n. 19231; Cass., Sez. Un., 12 novembre 2021, n. 33851; Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21768)";*

6.7. Ciò doverosamente puntualizzato, nel caso di specie si tratta all'evidenza di contestare la corretta applicazione non di una disposizione primaria che direttamente riconosce al privato la sussistenza di un suo diritto alla salute e ad un ambiente salubre (previo bilanciamento "a monte", ossia, da parte del legislatore stesso) ma, piuttosto, di leggi urbanistiche (statali e regionali) nonché di leggi ambientali in tema di zonizzazione acustica che ontologicamente implicano un delicato bilanciamento "a valle" della PA tra proprietà privata, interessi imprenditoriali e tutela della salute: di qui la competenza di questo giudice amministrativo, trattandosi di sindacare in pieno l'esercizio del potere pubblico di natura discrezionale;

6.8. Né risulta pertinente il richiamo operato dal giudice di primo grado alla sentenza della Corte di cassazione, sez. un., 23 aprile 2020, n. 8092, atteso che in quella specifica evenienza: a) il giudice della giurisdizione ha affermato che in presenza di una *"azione generale risarcitoria ex art. 2043 c.c. e ... per ciò che concerne la tutela accordata al titolare del diritto reale dall'art. 844 c.c. ... Appartiene ... alla giurisdizione ordinaria la domanda del privato che si dolga delle concrete modalità di esercizio del ciclo produttivo, assumendone la pericolosità per la salute o altri diritti fondamentali della persona e chiedendo l'adozione delle misure necessarie per eliminare i danni attuali e potenziali e le immissioni intollerabili (Cass. civ. S.U. n. 11142 dell'8.5.2017)";* b) in quel caso si trattava infatti di un "fatto produttivo di danni" già arrecati nei riguardi degli interessati per via di una attività industriale in merito alla quale non era tuttavia messa direttamente in discussione la legittimità degli atti amministrativi che ne avevano consentito l'esercizio; c) ed infatti al centro della controversia non vi era la legittimità dell'esercizio dell'attività amministrativa ossia la corretta spendita di poteri autoritativi della PA in fase di autorizzazione ma, piuttosto, le "le modalità materiali di esercizio" dell'attività industriale (termovalorizzatore di rifiuti urbani), attività foriera di emissioni nocive non tollerabili e dunque di danni per la salute dei cittadini. Al contrario, nel caso di specie si contestano non le "concrete modalità di esercizio" dell'attività produttiva in essere (discoteca all'aperto) ma, ancor prima, il corretto svolgimento dell'attività amministrativa autorizzatoria nella parte in cui non avrebbe operato un corretto bilanciamento di tutti gli interessi in giuoco (libertà di impresa, proprietà privata, salute dei cittadini). Al centro della controversia, diversamente dal caso trattato dalle Sezioni Unite nella sentenza richiamata dal TAR Pescara, si staglia più da vicino l'improprio utilizzo del potere amministrativo senza fare (ancora) cenno ai (soli) danni per la salute che ne potranno derivare;

6.9. Nei termini di cui sopra l'unico motivo di appello deve dunque essere accolto.

6.10. Di conseguenza non deve essere affrontata la sollevata questione pregiudiziale per ritenuta violazione del diritto eurounitario in tema di diritto ad un ricorso effettivo.

7. Alla luce di tutte le considerazioni sopra evidenziate, deve dunque essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo con specifico riguardo alla controversia in esame.

Pertanto, in accoglimento dell'appello la sentenza appellata va annullata con rinvio al medesimo T.a.r. *ex art. 105 c.p.a.*

8. Quanto al regime delle spese di lite, il Collegio ritiene di poterle compensare in ragione della peculiarità della esaminata questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla con rinvio la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 08 GEN. 2025.