

LUCIO IANNOTTA

LA CONOSCENZA DELLA FONDATEZZA  
DELLA DOMANDA NELLA GIURISPRUDENZA  
AMMINISTRATIVA DOPO LE RIFORME  
DEL 2005 DELLA LEGGE 241 DEL 7 AGOSTO 1990\*

SOMMARIO: 1. L'art. 2 c. 5 e l'art. 21 *octies* 2° c. della l. 241 del 1990: due delle norme di più immediato rilievo processuale introdotte nella l. 241 dalle due novelle del 2005 (ll. n. 15/2005 e n. 80/2005). Quadro problematico e obiettivi dell'analisi della giurisprudenza amministrativa relativa all'interpretazione applicativa delle due norme. Estensione dell'analisi alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione (oltre che del giudice amministrativo) sul giusto processo e sulla tutela dei diritti fondamentali – 2. Conoscenza della fondatezza dell'istanza nella giurisprudenza amministrativa sul silenzio (art. 2 c. 5 l. 241/1990) – 3. Verifica della (in)fondatezza della domanda nella giurisprudenza sull'art. 21 *octies* 2° c. della l. 241/1990 – 4. Accertamento della fondatezza/infondatezza delle pretese sostanziali: prevalente trattamento di maggiore favore riservato dal giudice amministrativo alle pretese dell'Amministrazione rispetto a quelle del privato. Esigenza giuridica di parità di condizioni, di effettività e completezza di tutela, oltre che di rapidità del giudizio. Il giusto processo nella sentenza del T.A.R. Lombardia, Sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380 – 5. Accentuazione dell'esigenza di effettività e completezza della tutela a seguito dell'elevazione, nell'ordinamento italiano, a normativa costituzionale interposta, della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo; e dell'attrazione, nella giurisdizione amministrativa esclusiva, dei diritti e delle libertà fondamentali: C. cost. 27.4.2007 n. 140, Cass SS.UU. 28.12.2007 n. 27187, C. cost. 24.10.2007 nn. 348 e 349. Un caso emblematico: ordinanza T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 22.5.2008 n. 791 – 6. Possibile e necessaria applicazione generalizzata al giudizio amministrativo del pieno accertamento della fondatezza/infondatezza delle pretese delle parti e dei principi del giusto processo, alla luce della giurisprudenza sulla ten-

\* Intervento all'Incontro di studio del Gruppo di San Giustino su: *Il procedimento amministrativo a tre anni dalla legge n. 15/2005*, Messina, 30-31 maggio 2008, integrato con giurisprudenza successiva e aggiunta delle note.

denziale unità della giurisdizione pur nella pluralità delle giurisdizioni: Cass. SS.UU. 22.2.2007 n. 4109 e 23.12.2008 n. 30524; C. cost. 12.3.2007 n. 77.

1. – L'esame della giurisprudenza, contenuto in questo lavoro, mira a verificare l'incidenza che stanno avendo, nel giudizio amministrativo, nei primi anni della loro applicazione, due delle norme di più immediato rilievo processuale, introdotte nella legge 241 del 1990 dalle novelle del 2005 (leggi n. 15 dell'11 febbraio 2005 e n. 80 del 14 maggio 2005)<sup>1</sup> vale a dire l'art. 2 c. 5 sulla conoscenza della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio<sup>2</sup> e l'art. 21 *octies* c. 2 sulla non annullabilità di atti illegittimi<sup>3</sup>.

Per quanto concerne l'art. 21 *octies* 2° c. l'obiettivo principale dell'analisi consiste nell'accertare se la norma, nell'interpretazione applicativa offertane dal giudice amministrativo, si inserisca, in continuità evolutiva, nel processo di caratterizzazione, già da anni in corso, del giudizio amministrativo come giudizio c.d. *di risultato*<sup>4</sup> o di spet-

<sup>1</sup> Sulla riforma del 2005 della l. 241 v. le relazioni introduttive all'incontro di Messina, 30-31 maggio 2008, del Gruppo di S. Giustino: F. ASTONE, *Il procedimento amministrativo tre anni dopo la sua riforma: spunti per una riflessione in tema di nullità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*; F. SAITTA, *La riforma della «241» tre anni dopo: spunti di riflessione su partecipazione, accordi, d.i.a. e silenzio assenso alla luce delle prime indicazioni dottrinali e giurisprudenziali*, entrambi in questa Rivista, 1, 2009, rispettivamente p. 27 e ss. e 45 e ss.

<sup>2</sup> Sulla possibilità necessità di conoscere della fondatezza dell'istanza in caso di silenzio della p.A. prima della novella del 2005, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 2002, *contra* Ad. Plen. C.d.S., 9.1.2002 n. 1. v. anche M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in D.P.A. n. 3, 2005, p. 558 e ss. spec. p. 565.

<sup>3</sup> Cfr. A. POLICE, *Annullabilità e annullamento*, in E.d.D., *Annali*, I, 2007, p. 49 e ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, *Considerazioni sull'annullamento non pronunciabile*, in *Diritto Amministrativo*, 1/2008 p. 103 e ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità di provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2008 p. 319 e ss.; D. CORLETTI, *Vizi formali e potere del giudice amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2006 p. 33 e ss.; sulla problematica prima della riforma v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2, 1998, p. 299 e ss.

<sup>4</sup> L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit.

tanza<sup>5</sup> se non  
mente ispirato  
centrazione d  
può dirsi ini  
strativo, con  
Ovvero se il  
processo evol  
ministrativa it  
tratti costituiti  
ranzie proced  
l'equilibrio de  
correnti e a v  
L'analisi de  
vece intuitivan

<sup>5</sup> A. POLICE, vol. II, Padova, 2

<sup>6</sup> T.A.R. Lom

<sup>7</sup> M. NIGRO,

<sup>8</sup> In tale prospettiva di imbarbario studio del Gruppo critica anche A. I in questa Rivista, cittadino (in riferimento dalla parte all'art. 21 *octies*, innamento a favore zione del provved sta, 4, 2008, p. 102 da un'applicazione zione di confezion a vantaggio dell'a delle parti che ris chiamato dalla noi gligenza e l'arrogia processuale del dir Rivista 2008, p. 10 sostanziale dell'art. disposizione proces previsione.

*tanza*<sup>5</sup> se non sul rapporto<sup>6</sup> e comunque come giudizio tendenzialmente ispirato ai principi di effettività, pienezza, completezza e concentrazione della tutela, costituente l'ultima fase di un'evoluzione che può dirsi iniziata fin dall'istituzione in Italia del giudice amministrativo, con l'attribuzione del potere di ricorso ai privati cittadini<sup>7</sup>. Ovvero se il medesimo art. 21 *octies* costituisca una frattura in tale processo evolutivo, per aver introdotto nel sistema di giustizia amministrativa italiano elementi incompatibili e incoerenti con i suoi tratti costitutivi fondamentali, in ragione della privazione delle garanzie procedurali che esso legittimerebbe e dell'alterazione dell'equilibrio delle posizioni processuali delle parti in danno dei ricorrenti e a vantaggio delle Amministrazioni<sup>8</sup>.

L'analisi della giurisprudenza relativa all'art. 2 c. 5 si inserisce invece intuitivamente in un quadro di minore complessità, per la mag-

<sup>5</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione innanzi al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001.

<sup>6</sup> T.A.R. Lombardia-Milano, I, 8.5.2008 n. 1380.

<sup>7</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 306 e ss.

<sup>8</sup> In tale prospettiva l'art. 21 *octies* si presenterebbe addirittura come manifestazione di imbarbarimento giuridico, secondo E. FOLLIERI, Intervento all'Incontro di studio del Gruppo di San Giustino, Messina, 30-31 maggio 2008. V. in prospettiva critica anche A. PUBUSA, *La legge 241 novellata: antinomie e ipotesi ricostruttive*, in questa Rivista, 2007, p. 571 e ss., che distinguendo tra risultato dalla parte del cittadino (in riferimento a L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit.) e risultato dalla parte dell'Amministrazione, ritiene che il secondo sia quello sottostante all'art. 21 *octies*, il quale sacrifica «al risultato importanti garanzie poste dall'ordinamento a favore del cittadino» (p. 580 nota 19); e N. LONGOBARDI *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la l. n. 15 del 2005*, in questa Rivista, 4, 2008, p. 1023 e ss. che dalla dequotazione della motivazione derivante anche da un'applicazione distorta dell'art. 21 *octies* e dalla possibilità per l'Amministrazione di confezionare una motivazione *ex post* vede derivare un *evidente squilibrio a vantaggio dell'amministrazione, in violazione del principio di parità processuale delle parti che rischia di travolgere la stessa terzietà del giudice...pressantemente chiamato dalla normativa a soccorrere l'amministrazione per coprire spesso la negligenza e l'arroganza* (pp. 1032 e 1033); v. anche A. FABRI, *Natura sostanziale o processuale del diritto di annullamento per vizi formali o procedurali*, in questa Rivista 2008, p. 1045 e ss., la quale, distinguendo tra natura processuale e natura sostanziale dell'art. 21 *octies* 2° c., considera incostituzionale la norma intesa come disposizione processuale (p. 1055 e ss.), offrendo comunque una lettura critica della previsione.

giore e più evidente continuità della norma con il sistema italiano di giustizia amministrativa e per la minore problematicità dell'applicazione, pur potenzialmente in grado di incidere, in teoria, sull'equilibrio di posizioni delle parti in danno dell'Amministrazione e degli interessi non rappresentati in giudizio<sup>9</sup>.

Considerando *prima facie* l'art. 2 c. 5 norma di (maggior) favore per il privato e l'art. 21 *octies* norma di (maggior) favore per l'Amministrazione (ma si tratta di un'affermazione da verificare), uno degli obiettivi dell'esame della giurisprudenza è stato porre a raffronto, nell'ottica dell'effettività della tutela e della parità di condizioni delle parti (principi del giusto processo), il trattamento riservato dal giudice amministrativo al privato, nel giudizio sul silenzio e all'Amministrazione, nel giudizio in cui venga in rilievo l'art. 21 *octies* della l. 241.

Infine, per le implicazioni che le problematiche sollevate dall'applicazione delle due norme in esame hanno sui principi del giusto processo, l'analisi è stata estesa anche alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione (e attraverso di esse delle Corti sovranazionali) che direttamente o indirettamente di tali principi si sono occupate, anche a proposito di situazioni - i diritti fondamentali - per le quali l'esigenza di effettività della tutela si fa indefettibile e che, attratte nella giurisdizione amministrativa, si presentano come elementi propulsivi di ulteriori sue evoluzioni.

<sup>9</sup> Cfr. F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli 1989, per il quale (nel precedente assetto, nel quale la conoscenza della fondatezza della pretesa, in caso di impugnativa del silenzio, era ritenuta necessaria solo da una parte della giurisprudenza e, prevalentemente per motivi di interesse pubblico) il giudizio sul silenzio avrebbe potuto estendersi alla pronuncia sulla fondatezza della domanda solo se fossero stati chiamati in giudizio i controinteressati (ove esistenti). Peraltro, come ha evidenziato B. SASSANI, *Sul Commissario dell'ottemperanza quale organo dell'esecuzione forzata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1992 p. 1144 e ss., l'astratta possibilità che vi sia un controinteressato non potrebbe esimere il giudice dal pronunciarsi sull'istanza, quantomeno in merito alle parti vincolate della fattispecie (F.G. SCOCA, *Il silenzio...*, cit.). Su tali problematiche, dopo l'introduzione dell'opposizione di terzo, nel giudizio amministrativo, v. F. PUGLIESE, *L'opposizione di terzo. Riflessi sul processo e sulla funzione amministrativa*, Relazione al Convegno di Studi su *Opposizione di terzo e processo amministrativo*, Padova 24-25 maggio 1996, pubblicato postumo in questa rivista n. 3/2007 p. 501 e ss. e L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit., p. 308 e ss.

2. -  
l. 241 (s  
strativo  
il giudi  
quando  
lato, qu  
e l'amm  
La gi  
nunciars  
same del  
nali<sup>11</sup> per  
ne derive  
certamen  
incompat  
sul silenz

<sup>10</sup> C.d.S.  
2291 Sez. V  
(aggiunto d  
n. 1/2002, a  
piere alcun  
sentenza no  
che non vie  
rale delle aff  
un inizio di  
quale il giud  
anche diretta  
cenda preced  
l'art. 2 c. 5)  
quila, 20.3.20  
21 bis legge  
quest'ultimo  
sul silenzio: u  
l'altro, con ri  
<sup>11</sup> T.A.R.  
n. 332.  
<sup>12</sup> T.A.R. I  
presenza di n  
<sup>13</sup> T.A.R. I  
tivazione di u

2. - L'interpretazione assolutamente prevalente dell'art. 2, c. 5 della l. 241 (secondo il quale, nel giudizio sul silenzio «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza») è nel senso che il giudice può esercitare tale potere di cognizione esclusivamente quando l'istanza comporti l'emanazione di un provvedimento vincolato, quando cioè «una sola sia la soluzione conforme all'ordinamento e l'amministrazione non abbia emanato il dovuto atto»<sup>10</sup>.

La giurisprudenza peraltro esclude il dovere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza non solo nel caso in cui l'esame dell'istanza del privato comporti l'esercizio di poteri discrezionali<sup>11</sup> per la ritenuta sostituzione del giudice all'Amministrazione che ne deriverebbe; ma anche quando la decisione sul ricorso postuli accertamenti valutativi complessi<sup>12</sup>; accertamenti ritenuti ontologicamente incompatibili con le caratteristiche di celerità del giudizio camerale sul silenzio<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> C.d.S., IV, 28.4.2008 n. 1873. Con una recentissima decisione (14.4.2009 n. 2291 Sez. VI) il Consiglio di Stato ha riproposto l'interpretazione dell'art. 21 *bis* (aggiunto dalla legge 205 del 2000 alla) Legge T.A.R., offerta dall'Ad. Plen. C.d.S. n. 1/2002, affermando che, nel giudizio ex art. 21 *bis*, il giudice non potrebbe compiere alcun accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente. La sentenza non prende assolutamente in considerazione l'art. 2 c. 5 della legge 241, che non viene neanche citato. La decisione in esame, nonostante la portata generale delle affermazioni in essa contenute, non sembra possa essere considerata come un inizio di «restaurazione», sia per la peculiarità della fattispecie esaminata (nella quale il giudice si era forse spinto troppo in avanti nella sostituzione, nominando anche direttamente il Commissario ad acta) sia e ancor di più perché si tratta di vicenda precedente alla novella del 2005 (e quindi all'introduzione, nella l. 241, dell'art. 2 c. 5) definita in primo grado nel 2004 (con sentenza T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, 20.3.2004 n. 260). Peraltro, se si pretendesse di interpretare e di applicare l'art. 21 *bis* legge T.A.R. indipendentemente dall'art. 2 c. 5 della legge 241, non potendo quest'ultimo essere espunto dall'ordinamento, si dovrebbero ipotizzare due giudizi sul silenzio: uno, rapido e leggero, volto ad accertare il solo obbligo di provvedere; l'altro, con rito ordinario, volto a conoscere della fondatezza dell'istanza.

<sup>11</sup> T.A.R. Campania, VI, 17.3.2006 n. 3099; T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 7.2.2006 n. 332.

<sup>12</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, 10.1.2007 n. 45 che giustifica l'omessa pronuncia in presenza di norme di difficile interpretazione e di contrasti giurisprudenziali.

<sup>13</sup> T.A.R. Lazio-Roma, III *bis*, 4.4.2006 n. 2362 relativa ad una richiesta di riattivazione di una Scuola di specializzazione in odontostomatologia.

Le rare decisioni che affermano la riferibilità dell'art. 2 c. 5 della l. 241 anche all'esercizio di poteri discrezionali, escludono poi in concreto la possibilità di vagliare la fondatezza dell'istanza quando vi sia «la necessità di compiere preventivi accertamenti complessi»<sup>14</sup>.

In una decisione del 2007<sup>15</sup> il Consiglio di Stato, dopo aver escluso che la novella introdotta dall'art. 2 c. 5 l. 241 del '90 abbia istituito una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito, essendosi invece limitata – ad avviso del giudicante – ad attribuire al giudice amministrativo, nella stessa logica acceleratoria propria della riforma del 2000 (l. 205), uno strumento processuale ulteriore che ricorda il giudizio immediato di cui all'art. 26 l. 1034/1977, ha limitato i poteri cognitori del giudice alle ipotesi di manifesta fondatezza o di manifesta infondatezza dell'istanza; e ne ha escluso l'esercizio nel caso di sopravvenienza, in corso di giudizio, di un provvedimento espresso, comportante l'improcedibilità del ricorso contro il silenzio o per sopravvenuta carenza di interesse (in caso di rigetto) o per cessazione della materia del contendere (in caso di accoglimento dell'istanza e di conseguimento effettivo del bene della vita rivendicato).

L'impossibilità per il giudice amministrativo di decidere sul ricorso ex artt. 21 bis l. T.A.R. e 2 c. 5 l. 241, a seguito della sopravvenienza di un atto espresso dell'Amministrazione, sembra costituire principio pacifico, allo stato della giurisprudenza<sup>16</sup> con la precisazione che l'obbligo di provvedere (configurabile, secondo il giudicante, anche in assenza di una specifica norma di legge ma in presenza di un interesse rilevante che ragioni di equità e giustizia impongono di prendere in considerazione e di soddisfare, in tutto o in parte<sup>17</sup>) non viene meno in presenza di atti prodromici, preliminari e comunque non definitivi<sup>18</sup> né per la pendenza di altri procedimenti autonomi e distinti<sup>19</sup>.

Nel vasto, complesso e articolato panorama giurisprudenziale relativo al giudizio sul silenzio si rinvengono peraltro: A) decisioni che,

<sup>14</sup> T.A.R. Veneto, III, 16.12.2005 n. 4304.

<sup>15</sup> C.d.S., VI, 10.10.2007 n. 5310.

<sup>16</sup> C.d.S., VI, 25.6.2007 n. 3602.

<sup>17</sup> C.d.S., Sez. VI, 11.5.2007 n. 2318.

<sup>18</sup> C.d.S., IV, 11.10.2007 n. 5355.

<sup>19</sup> C.d.S., IV, 20.3.2006 n. 1475.

pur e  
dell'is  
tavia  
tende  
merito  
decisi  
dice d  
anche  
giuris

3. -  
e prec  
tazion  
21 oct.  
suale a  
di entr  
di legit  
rano e  
da vizi  
ma fa  
l'annul  
del pro  
non pe  
illegitti  
zione d

<sup>20</sup> T.A.  
a una scu  
considera

<sup>21</sup> T.A.  
un vicine  
desta enti

<sup>22</sup> CG  
fondata: s

lenzio e c  
conoscim  
fondatezz

<sup>23</sup> C.d

pur escludendo il dovere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, in presenza di margini di discrezionalità, forniscono tuttavia alla futura azione amministrativa indicazioni di merito, almeno tendenzialmente vincolanti<sup>20</sup>; B) ovvero decisioni che pronunciano nel merito pur in presenza di situazioni complesse<sup>21</sup>; C) ovvero ancora decisioni che interpretano la norma in esame come attribuita al giudice del potere di provvedere sull'oggetto del giudizio, comprendente anche la fondatezza della domanda e quindi come istituzione di una giurisdizione di merito<sup>22</sup>.

3. - Il Consiglio di Stato, in una sentenza del 2007<sup>23</sup>, ha riassunto e precisato gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti sull'interpretazione dell'art. 21 *octies* 2° c. della l. 241, evidenziando che «L'art. 21 *octies* comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, benché norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della l. 11 febbraio 2005 n. 15, non degrada i vizi di legittimità a mere irregolarità, categorie concettuali queste che operano *ex ante* e in astratto (il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare), ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso), sì che tale inosservanza non rende l'atto illegittimo... L'art. 21 *octies*, al comma 2, rende irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto per il fatto

<sup>20</sup> T.A.R. Campania, VI, 3099/2006 cit. relativa all'accesso anche a non vedenti a una scuola abilitante di massofisioterapia per ciechi: accesso che il T.A.R. sembra considerare *contra legem*.

<sup>21</sup> T.A.R. Campania, IV, 6.6.2006 n. 6747 che ha ritenuto infondata l'istanza di un vicino rivolta a conseguire la repressione di un abuso edilizio, peraltro di modesta entità.

<sup>22</sup> CGASi 4.11.2005 n. 726 che si pronuncia sull'istanza del privato ritenendola fondata: si tratta peraltro di una vicenda scandita da una precedente sentenza su silenzio e dall'acquisizione, nella fase di esecuzione, ancorché non completata, di riconoscimenti, da parte della stessa Amministrazione inadempiente, della sostanziale fondatezza della pretesa.

<sup>23</sup> C.d.S., VI, n. 4614 del 4.9.2007.

che il contenuto dispositivo dello stesso «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Però, mentre con riguardo alla prima parte del comma 2 deve essere «palese» che il contenuto dei provvedimenti (vincolati) non poteva essere diverso, per la seconda parte della norma, relativa alla violazione dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, è richiesta una prova particolarmente rigorosa da parte della p.a. sulla circostanza che il provvedimento non poteva essere che quello emesso. Deve, però, escludersi la sussistenza di tale prova quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento (e che ha indicato in giudizio) non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che appaiono precluse al giudice amministrativo (che peraltro si fonderebbero su una risposta alle osservazioni del privato resa in giudizio dalla p.a., o meglio dal suo difensore, sulla base di ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in sede procedimentale, con l'effetto di squilibrare ancor più la posizione del cittadino rispetto all'amministrazione)».

La casistica giurisprudenziale sembra mostrare però un'applicazione dell'art. 21 *octies* molto meno rigorosa di quella delineata dalla decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato con adattamenti e integrazioni di quei principi tali da comportare, in molti casi, almeno *prima facie*, il superamento delle garanzie procedimentali a tutto danno del privato.

L'analisi delle singole vicende, con l'individuazione al loro interno, della *res in iudicium deducta* e, prima ancora, della *res* oggetto della decisione amministrativa, attenua però, almeno in parte, la portata negativa del fenomeno e, sebbene non superi del tutto i problemi, da un lato li ridimensiona; e dall'altro consente di delineare possibili miglioramenti e correttivi della prassi giurisprudenziale, in una prospettiva sostanzialistica e finalistica e in funzione della ricostruzione dei principi ai quali deve ispirarsi una decisione giusta ed efficace.

I) Vanno a tal proposito ricordate innanzitutto le decisioni che, attraverso la verifica di cui all'art. 21 *octies*, sono pervenute all'accertamento della insussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento sfavorevole, non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento; e quindi correlativamente della fondatezza della pretesa del privato alla conservazione del *res in iudicium deducta*:

a) il T.A.R. Lazio, Sezione I *quater*, con sentenza n. 30.8.2005

n. 6359  
munica  
opere c  
alla rea  
mento)  
tonomo  
abusive;  
b) il  
del 13.3.  
di chius  
cazione  
testate e  
voca dell  
o in coll  
zione del  
di avvio  
serviti ad  
l'attività,  
zione dell  
al vizio in  
II) Si s  
teri discre  
nistrazion  
limitano a  
l'art. 7 l. 2  
a) T.A.  
ferma l'ess  
b) T.A.  
diniego di  
c) T.A.F  
una revoca  
particolare  
2° c. ultim  
zione offer  
prova, med  
verificabili,  
influire sull

n. 6359 ha annullato un'ordinanza di demolizione per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, avendo accertato che le opere contestate (sbancamento sottostante a un edificio, finalizzato alla realizzazione delle fondamenta e destinato pertanto a riempimento) non davano vita ad un intervento edilizio suscettibile di autonomo permesso di costruire e non potevano pertanto considerarsi abusive;

b) il T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sezione II, con sentenza n. 283 del 13.3.2006, ha accolto il ricorso proposto avverso il provvedimento di chiusura di un esercizio commerciale per mancata previa comunicazione dell'avvio del procedimento perché le infrazioni edilizie contestate e poste a base della chiusura non erano tali da imporre la revoca dell'autorizzazione in quanto nessuna di esse, in sé considerata o in collegamento con le altre, era idonea ad ostacolare la prosecuzione dell'attività in attesa della regolarizzazione. La comunicazione di avvio del procedimento e la partecipazione del privato sarebbero serviti ad evitare la chiusura e a consentire la regolarizzazione dell'attività, nell'ottica dell'art. 21 *octies*, visto dal T.A.R. come codificazione della regola del raggiungimento del risultato, che da rilievo non al vizio in sé ma alle sue conseguenze.

II) Si segnalano comunque varie decisioni che, in presenza di poteri discrezionali e in mancanza di prove certe fornite dalle Amministrazioni sulla immodificabilità del contenuto del provvedimento, si limitano ad annullare il provvedimento impugnato per violazione dell'art. 7 l. 241. Tra queste:

a) T.A.R. Piemonte-Torino, Sezione I, 24.5.2006 n. 2178 che afferma l'essenzialità della comunicazione e l'insanabilità del vizio;

b) T.A.R. Sardegna, Sezione II, 11.10.2005 n. 1386 relativa a un diniego di nulla-osta paesaggistico;

c) T.A.R. Lazio-Roma, Sezione II ter 13.2.2006 n. 1052 relativa a una revoca di aggiudicazione sformata di motivazione adeguata. In particolare il T.A.R. ha evidenziato che la sanatoria dell'art. 21 *octies* 2° c. ultima parte non scaturisce da una diversa e ulteriore motivazione offerta dall'Amministrazione in corso di giudizio, quanto dalla prova, mediante l'introduzione di elementi di fatto oggettivamente verificabili, che l'apporto del privato non avrebbe comunque potuto influire sull'esito del procedimento, così come cristallizzato nel prov-

vedimento e cioè portare all'adozione di un atto diverso, satisfattivo o comunque non configgente con gli interessi del ricorrente.

III) Numerose sono poi le sentenze che non annullano atti pur adottati in violazione dell'art. 7 l. 241, ritenendo infondata la pretesa sostanziale del privato e fondato il provvedimento. Ed in effetti, ad una attenta osservazione, nelle vicende oggetto delle decisioni qui di seguito esaminate, le domande effettive dei ricorrenti sottostanti alle impugnazioni, risultano tutte, in modo più o meno evidente, infondate in termini tali da rendere irrilevante la partecipazione al procedimento, pur rinnovato, in quanto inidonea a influire sugli esiti dello stesso.

Rientrano nel novero di tali decisioni:

- a) T.A.R. Sicilia-Palermo, Sezione II, 3.6.2005 n. 941 che non ha annullato l'annullamento d'ufficio di una gara – pur non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento – ritenendo fondata l'esclusione della ditta aggiudicataria per non aver questa prodotto idonea cauzione provvisoria;
- b) T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 16.8.2005 n. 1319 che non ha annullato (per violazione dell'art. 7 l. 241) l'esclusione da un concorso di una candidata che non era in possesso del numero medio di ore settimanali di servizio richieste dal bando e che aveva chiesto a suo favore un arrotondamento in aumento, ritenuto dal T.A.R. inammissibile e lesivo per gli altri concorrenti<sup>24</sup>;
- c) T.A.R. Campania-Salerno, Sezione I, 4.5.2005 n. 760 che, ritenendo tendenzialmente superato il divieto di motivazione postuma, non ha annullato – nonostante la mancata comunicazione di avvio del procedimento – l'esclusione di un concorrente, rinviato a giudizio per fatti connessi ad attività di refezione scolastica o ristorazione collettiva, in una gara per l'aggiudicazione di un servizio di mensa scolastica, in base al bando che prevedeva il fatto come causa di esclusione;
- d) T.A.R. Puglia-Lecce, Sezione II, 24.5.2005 n. 2913 che ha rigettato il ricorso proposto contro la revoca della concessione di suolo pubblico sul quale insisteva un impianto di distribuzione di carbu-

<sup>24</sup> In vicende analoghe e nei medesimi termini: T.A.R. Sardegna, Sezione I, 15.7.2005 n. 1653 e T.A.R. Abruzzo-Pescara, 13-6-2005 n. 394.

rante, non essendo stato documentato il contrasto con

e) T.A.R. il ricorso per di sospensione Beni Architetto avvio del progetto. Il T.A.R. quanto il chiosco senza il parere comunale in materia di antica realizzazione ottocentesca, sottraendone temeramente dimissioni la Soprintendenza contestandone la disponibilità a cedere il chiosco

f) T.A.R. Puglia il ricorso proposto da lavoratori ex art. 10 bis l. richiesto dalla n. 1000/05, ritenuto utile idoneo

IV) Una decisione del Consiglio di Stato in cui l'espressione di un provvedimento amministrativo è ritenuta viziata in base all'art. 24 del D.Lgs. n. 112/00

In particolare, il Consiglio di Stato ha annullato l'elaborazione

<sup>25</sup> C.d.S., VI, 14.4.2005 n. 1000/05

rante, non preceduta da comunicazione di avvio di procedimento; essendo stato dimostrato in giudizio, anche attraverso una eloquente documentazione fotografica, che l'impianto intralciava il traffico, in contrasto con la normativa di settore;

e) T.A.R. Sardegna, Sezione II, 31.3.2006 n. 476 che ha rigettato il ricorso proposto dal titolare di un bar avverso l'ordine comunale di sospensione lavori e il parere negativo della Soprintendenza per i Beni Architettonici e il Paesaggio, adottati senza comunicazione di avvio del procedimento, in relazione a un chiosco antistante l'esercizio. Il T.A.R. ha in particolare ritenuto legittimo il provvedimento in quanto il chiosco - autorizzato in un primo momento dal Comune senza il parere della Soprintendenza ed in deroga alla normativa comunale in materia di chioschi e ricadente in una delle strade di più antica realizzazione (di Sassari) sulla quale si affacciano numerosi palazzi ottocenteschi - poggiava inequivocamente su un palazzo d'epoca, sottraendolo palesemente alla vista dei passanti, come eloquentemente dimostrato dalla documentazione fotografica in atti. Inoltre la Soprintendenza non aveva escluso la realizzabilità della struttura, contestandone solo l'eccessiva altezza e l'ingombro e dichiarando la disponibilità a cercare soluzioni che rendessero più leggero e trasparente il chiosco.

f) T.A.R. Puglia-Bari, Sezione II, 10.4.2006 n. 1261 che ha respinto il ricorso proposto avverso il rigetto dell'istanza di regolarizzazione di lavoratori extracomunitari, non preceduto dal preavviso di rigetto ex art. 10 *bis* l. 241, non essendo il richiedente imprenditore, come richiesto dalla norma di settore e non avendo egli fornito alcun elemento utile idoneo a contrastare i motivi del rigetto.

IV) Una specifica ed autonoma considerazione merita una decisione del Consiglio di Stato del 2008<sup>25</sup> che non ha annullato un atto espressione di un potere (almeno in astratto) discrezionale, potenzialmente viziato non solo per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento ma anche per altri profili non rientranti tra quelli sanabili in base all'art. 21 *octies*.

In particolare, con la decisione in esame, il Consiglio di Stato non ha annullato l'eliminazione del progetto della Strada Sassari-Castel-

<sup>25</sup> C.d.S., VI, 14.4.2008 n. 1588.

sardo-Santa Teresa dal programma di iniziativa comunitaria, nonostante: *a)* la mancata comunicazione di avvio del procedimento; *b)* il contrasto della decisione con atti recenti che avevano ritenuto l'opera strategica; *c)* la non esaustività della prova fornita dall'amministrazione circa l'immodificabilità del contenuto del provvedimento, tant'è che era stata addebitata al ricorrente la mancata dimostrazione di alcune circostanze.

La decisione va collegata alla peculiare vicenda esaminata dal Consiglio di Stato, che vedeva ricorrente una Società pubblica affidataria nel 1990, senza gara, delle indagini preliminari, della progettazione esecutiva e della costruzione della strada.

La Società nel 2003 aveva redatto il progetto esecutivo che era stato approvato nel 2004, sotto il vigore dell'obbligo di gara.

Lo stralcio dell'opera – pur ritenuta strategica – dai progetti finanziabili con fondi comunitari (dei quali essa avrebbe assorbito almeno il 50%) avrebbe comportato la revoca dei finanziamenti assegnati all'opera in ragione dell'aggiudicazione dei lavori senza gara pubblica e della impossibilità di rispettare i tempi del programma di iniziativa comunitaria per i ritardi accumulati. In relazione a tale ultimo rilievo il Consiglio di Stato ha contestato alla Società di non aver provato la realizzabilità dell'intervento in tempi compatibili con l'accesso ai finanziamenti, neanche per uno stralcio dell'opera.

Si tratta di una sentenza contraddistinta da un forte ridimensionamento delle garanzie procedurali e formali e da una lettura estensiva dell'art. 21 *octies* c. 2 ultima parte che, in relazione ad atti non vincolati, come quello in esame, fa riferimento espresso al solo vizio di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento e non anche a difetti motivazionali.

Tuttavia il risultato, stando alla sentenza, non sembra ingiusto, ove si consideri la rilevata certezza di perdita di tutto il finanziamento a causa del mancato espletamento della gara per la scelta del concessionario-esecutore dell'opera, nonché a causa dell'impossibilità di rispettare i tempi del programma: con conseguente infondatezza della domanda sostanziale della Società ricorrente tendente alla conservazione del finanziamento e irrilevanza della partecipazione, rispetto all'esito del procedimento.

La sentenza non sembra quindi appartenere al novero di quelle

«allarmanti»: e ricorrente non zie procedime

L'aspetto di vece costituito tivo, di perven tesa, anche a f senza di una v essenziali, port

Tale soluzio zione dei profi in tale ottica, l della doverosa cessaria valutaz Stato, in termin bile di una con

4. – L'osservato, non partico sione di più vas (di impugnazio può pervenire ai domande, riserv

In particolare care in positivo prevalentemente si vuole alla mani tre, quando si tra

<sup>26</sup> Suscitano piutt tivi procedurali e for della *res* contestata e pania-Napoli, Sez. II tenze che negano in dimenti destinati a s n. 3825).

<sup>27</sup> v. autori citati a

«allarmanti»: e cioè delle sentenze che senza certezza del «torto» del ricorrente non annullano l'atto pur adottato in assenza delle garanzie procedurali<sup>26</sup>.

L'aspetto di maggior interesse, nella sentenza in esame, sembra invece costituito dalla possibilità, riconosciuta dal giudice amministrativo, di pervenire all'accertamento della sicura infondatezza della pretesa, anche a fronte di un potere astrattamente discrezionale, in presenza di una vicenda che, ricostruita compiutamente nei suoi tratti essenziali, portava ad una soluzione necessitata.

Tale soluzione è scaturita dalla necessaria contestuale considerazione dei profili normativi e di quelli fattuali, i quali ultimi svelano, in tale ottica, la loro diretta e immediata normatività, sia sul piano della doverosa considerazione sia su quello della consequenziale necessaria valutazione: conclusasi, nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, in termini negativi per il privato; ma, in altre ipotesi, suscettibile di una conclusione ad esso potenzialmente favorevole.

4. - L'osservazione del campione giurisprudenziale sopra considerato, non particolarmente esteso ma significativo in sé e quale espressione di più vasti orientamenti, manifesta l'affermarsi di un giudizio (di impugnazione) di risultato<sup>27</sup>, nel quale il giudice amministrativo può pervenire all'accertamento della fondatezza o infondatezza delle domande, riservando però un trattamento meno favorevole alle domande del privato rispetto a quelle dell'Amministrazione.

In particolare il giudice amministrativo, quando si tratta di verificare in positivo la fondatezza della domanda del privato, si ferma prevalentemente all'attività vincolata e ad accertamenti semplici (o se si vuole alla manifesta fondatezza o alla manifesta infondatezza); mentre, quando si tratta di evitare l'annullamento dell'atto ed è l'Ammi-

<sup>26</sup> Suscitano piuttosto preoccupazione le sentenze che, non dando rilievo ai motivi procedurali e formali, rigettano i ricorsi senza individuare con precisione i tratti della *res* contestata e le ragioni della totale infondatezza della pretesa (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, sentenza 13 dicembre 2005 n. 20227); ovvero anche le sentenze che negano in radice il diritto di partecipazione, fin dalle origini di procedimenti destinati a sfociare in atti fortemente discrezionali (C.d.S., VI, 22.6.2006 n. 3825).

<sup>27</sup> v. autori citati alla nota 3.

nistrazione a chiedere l'accertamento della infondatezza della domanda, asserendo che la soluzione prescelta è l'unica praticabile e quindi non modificabile, tende a superare i limiti degli accertamenti semplici e dell'attività vincolata.

Peraltro, attraverso la verifica, pur finalizzata alla possibile conservazione degli atti impugnati *ex art. 21 octies*, 2° c., il giudice amministrativo è in varie vicende pervenuto<sup>28</sup> all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente e al connesso accertamento della infondatezza della pretesa dell'Amministrazione, anche se ciò è avvenuto prevalentemente in presenza di interessi alla conservazione, piuttosto che all'acquisizione, di un bene della vita.

Alla base del diverso e più favorevole trattamento prevalentemente praticato dal giudice amministrativo alla parte pubblica rispetto a quella privata (soprattutto quando la decisione riguarda interessi privati pretensivi) sembrano esservi due *pre-giudizi* che (in maniera più o meno espressa e in termini più o meno intensi), integrandosi tra loro, inducono il giudice ad astenersi dal compiuto accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del privato, vale a dire: che la definizione della spettanza del bene costituisca giudizio di merito imputabile a (inammissibile) sostituzione del giudice all'amministrazione; e che, in presenza di poteri discrezionali, una pronuncia esautiva implicherebbe valutazioni dell'interesse pubblico precluse al giudice amministrativo.

Ma va in contrario rilevato, quanto al primo pre-giudizio, che non vi è sostituzione allorché la definizione della spettanza (come della non spettanza) del bene della vita avvenga, in vicende compiutamente ricostruite sul piano fattuale, alla luce delle norme e dei principi tecnici e giuridici ai quali la pubblica Amministrazione deve (e quindi avrebbe dovuto) attenersi; e, quanto al secondo, che la presenza, in astratto, di poteri discrezionali non esclude che, in concreto, alla luce della (possibile e doverosa) ricostruzione della vicenda «storica» portata all'esame del giudice amministrativo (e sempre in base a norme e principi oggettivi) non residuino, in capo all'Amministrazione, margini di discrezionalità né, quindi, profili ulteriori di interesse pubblico da valutare, in rapporto al potere che è stato esercitato o al potere

<sup>28</sup> v. giurisprudenza citata retro *sub* 2.

che avrebbe  
cretizzato l

In altri t  
nistrazione  
mente in b:  
amministrat  
amministrati

La possib  
scere della fo  
in presenza  
struzione dei  
è del resto co  
cazione dell'  
della VI Sezi  
matico<sup>29</sup>.

Le più re  
determinato l  
stione e con  
Amministrazione  
plicazione inte  
giusto process

<sup>29</sup> v. retro *sub*

<sup>30</sup> Tali effetti a  
ancora pienament  
spettanza e oscilla  
trazione per la pri  
antiche e collauda  
*amministrativo: da*  
<sup>31</sup> Sul quale per  
«La completa parit  
di rilevanza costitu  
processuale deve as  
interpretazione nor  
scapito delle altre».  
LIERI, *Il contradditt*  
e ss. Il 1° e il 2° c  
di motivazione) rist  
anche al giudizio an

che avrebbe dovuto essere esercitato nel momento in cui si è concretizzato l'obbligo di provvedere.

In altri termini si tratta di realizzare in giudizio ciò che l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto fare spontaneamente e direttamente in base a regole oggettive e fatti certi, nel corso dell'azione amministrativa, senza negare l'importanza e la centralità, nel giudizio amministrativo, del potere amministrativo e del suo esercizio.

La possibilità (da verificare in concreto e caso per caso) di conoscere della fondatezza/infondatezza della domanda del privato, anche in presenza di poteri astrattamente discrezionali, allorché dalla ricostruzione della vicenda emerga la praticabilità di un'unica soluzione, è del resto confermata proprio dalla giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 21 *octies*, 2° c., di cui la sentenza n. 1588 del 2008 della VI Sezione del Consiglio di Stato costituisce esempio emblematico<sup>29</sup>.

Le più recenti evoluzioni ordinamentali sembrano peraltro aver determinato le condizioni per il superamento dei pregiudizi in questione e con essi della rilevata disparità di trattamento fra privato e Amministrazione a vantaggio della seconda<sup>30</sup>: rendendo possibile l'applicazione integrale, anche al giudizio amministrativo, dei principi del giusto processo, compreso quello della parità delle parti<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> v. retro *sub* 3-IV.

<sup>30</sup> Tali effetti appaiono imputabili a tutti gli attori del sistema e del giudizio non ancora pienamente convinti della necessaria prevalenza della logica di risultato e di spettanza e oscillanti tra tutela formale e tutela sostanziale, con una maggiore attrazione per la prima dovuta anche alla sua corrispondenza con valori ed esperienze antiche e collaudate. v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, cit.

<sup>31</sup> Sul quale peraltro v. già C.d.S., Ad. Plen. 29.12.2004 n. 14, secondo la quale: «La completa parità delle parti nel processo amministrativo si impone come valore di rilevanza costituzionale ai sensi degli artt. 24 e 3 Cost. per cui non solo la norma processuale deve assicurare detta parità in ogni stato e grado del processo ma la sua interpretazione non può assegnare una posizione di privilegio ad una parte a discapito delle altre». La sentenza è in D.P.A. 2006, p. 495 e ss. con nota di E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, p. 499 e ss. Il 1° e il 2° comma dell'art. 111 Cost. (nonché il comma relativo all'obbligo di motivazione) risultano riferibili integralmente ad ogni tipo di giudizio e quindi anche al giudizio amministrativo. L'art. 111, 1° e 2° comma, recita infatti: «La giu-

Emblematica di tale possibile evoluzione appare una recente sentenza del T.A.R. Lombardia-Milano, Sezione I, 8 maggio 2008 n. 1380 nota soprattutto per aver (ri)attratto la cognizione delle sorti del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione nella giurisdizione del giudice amministrativo, sub specie di decisione incidentale, ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, sulla sua fondatezza e sul suo ammontare<sup>32</sup>; ma che in questa sede viene presa in consi-

derazione completez  
ropei e in:  
Secondo  
procedure  
fondament  
un confror  
di una ten  
gnata dal c  
toritativi, r  
vato, per c  
della l. 241

risdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Sulla ragionevole durata v. F. AULETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, e C. SALTIELLI, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in D.P.A., 4, 2007, rispettivamente p. 959 e ss. e p. 979 e ss.

Sul principio di parità tra le parti nel giudizio amministrativo si è recentissimamente espressa la Corte costituzionale con sentenza del 9 aprile 2009 n. 108 riconoscendo l'ammissibilità teorica di disimmietrie tra le parti ma sempre che esse trovino adeguata giustificazione e siano contenute nei limiti della ragionevolezza (C. cost. n. 26/2007). In altri termini, secondo la Corte costituzionale, simili limitazioni per poter essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (così C. cost. n. 108/2009 che richiama C. cost. n. 85/2008). Nella sentenza in esame la Corte costituzionale, in riferimento all'art. 113 Cost. quale parametro rivolto a garantire il cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione, ha ritenuto legittima la limitazione del diritto di difesa della p.A. relativamente all'applicazione dell'art. 4 c. 2 bis D.L. 155/2005 sul conseguimento dell'abilitazione professionale in forza di ordinanza cautelare alla quale abbia fatto seguito il superamento delle prove in base a un nuovo atto dell'Amministrazione. Orbene, l'eccezionalità della limitazione del diritto di difesa, l'esigenza di protezione del cittadino nei rapporti con la p.A., l'assenza di previsioni limitative del sindacato sull'esercizio del potere quanto all'accertamento della fondatezza delle pretese: sono tutti elementi che, alla luce dei principi del giusto processo, portano ad escludere che si possa riservare alla p.A. un trattamento privilegiato che si traduca nell'impossibilità per il privato di conseguire il bene della vita cui aspira in forza di un accertamento pieno ed esecutivo, a differenza dell'Amministrazione legittimata a richiedere e ottenere l'accertamento di segno contrario.

<sup>32</sup> In termini analoghi v. T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 29.1.2009 n. 514 confermata da C.d.S., Sez. V, dispositivo n. 282 del 31.3.2009. Favorevole alla cognizione in via incidentale del contratto senza trasfondere la cognizione in statuizione (in dispositivo) è S. BACCARINI, *I conflitti di giurisdizione*, in D.P.A. 2008, p. 1053 e ss.. In senso contrario si erano espresse le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza del 28.12.2007 n. 27169 alla quale aveva fatto seguito C.d.S., Ad.Plen.

I  
derazione  
completez  
ropei e in:  
Secondo  
procedure  
fondament  
un confror  
di una ten  
gnata dal c  
toritativi, r  
vato, per c  
della l. 241  
In partic  
starebbe sp  
bardia - dal  
nel suo insi  
tempo (che  
confermato  
trodotte nel  
certare la fo  
(v. artt. 2, cc  
pria del «gi  
cipio di effet  
risprudenza  
della Corte  
rare una tute  
protette dalla  
namento cor  
le cui norme  
norme interp  
vellato art. 1  
Ed è noto

30.7.2008 n. 9.5  
bypassa il proble  
tratto (a margine  
in Articoli e not

2/09

pare una recente sentenza 3 maggio 2008 n. 1380 delle sorti del contratto nella giurisdizione incidentale, sulla sua fondatezza viene presa in consi-

lla legge. Ogni processo parità, davanti a un giudice durato». Sulla ragionevolezza amministrativa, e C. in D.P.A., 4, 2007, ri-

ativo si è recentissima aprile 2009 n. 108 ricorda sempre che esse trovano la ragionevolezza (C. male, simili limitazioni eguaglianza e ragionevolezza razionale giustificata (2008). Nella sentenza Cost. quale parametro di amministrazione, ha riferito relativamente all'appello dell'abilitazione proseguito il superamento. Orbene, l'eccezione del cittadino sindacato sull'esercizio: sono tutti elementi ad escludere che si ca nell'impossibilità di un accertamento di a richiedere e ot-

1.2009 n. 514 con-orevole alla cognizione in statuizione P.A. 2008, p. 1053 Cassazione con la C.d.S., Ad.Plen.

derazione per la sua rilevanza sul piano della effettività, pienezza e completezza della tutela e del rispetto dei canoni costituzionali, europei e internazionali sul giusto processo.

Secondo il T.A.R. Lombardia la riconduzione, nella materia delle procedure di gara, delle relazioni tra amministrazione e privati «al fondamentale concetto di rapporto giuridico che implica, a sua volta, un confronto tendenzialmente paritario tra due soggetti è espressione di una tendenza più generale dell'ordinamento nazionale, contrassegnata dal crescente uso di strumenti privatistici, o comunque non autoritativi, nell'esercizio dell'azione amministrativa come è comprovato, per citare un solo ma rilevante esempio, dall'art. 1 co. 1 bis della l. 241/1990».

In particolare nella giurisdizione esclusiva l'oggetto del giudizio si starebbe spostando – come si legge nella sentenza del T.A.R. Lombardia – dall'atto «all'accertamento del rapporto giuridico controverso nel suo insieme, sulla scorta di opinioni dottrinali anche risalenti nel tempo (che per lungo tempo erano rimaste minoritarie). Ciò sembra confermato dalle recenti norme in tema di azione amministrativa introdotte nel 2005, laddove attribuiscono al giudice il compito di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio (v. artt. 2, co. 5, e 21 octies, co. 2, l. 241/1990) secondo la logica propria del «giudizio di spettanza». Ed è soprattutto imposto dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, che campeggia nella giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia e che impone al giudice interno di assicurare una tutela piena alle situazioni giuridiche soggettive direttamente protette dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'ordinamento comunitario (con particolare riferimento al diritto CEDU, le cui norme sono riconosciute ora integrare, secondo la tecnica delle norme interposte, il parametro di costituzionalità introdotto dal novellato art. 117 co. 1 Cost, v. Corte cost. n. 348-349/2007).

Ed è noto come proprio questa esigenza di effettività di tutela –

30.7.2008 n. 9. Sulla decisione del T.A.R. v. M.A. SANDULLI, Il T.A.R. Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), in Articoli e note n. 5/2008.

che autorevole dottrina interpretava già venti anni orsono come «necessità che il processo assicuri la soddisfazione dell'interesse materiale» in quanto «Il raggiungimento di traguardi formali non basta più» - abbia comportato nell'ultimo decennio l'introduzione di importanti riforme nel giudizio amministrativo che hanno investito in particolare il processo cautelare e quello di cognizione, ampliando la gamma delle azioni proponibili in giudizio dal privato e di conseguenza il novero delle decisioni adottabili dal giudice amministrativo».

Alla luce di tali premesse la sentenza, in riferimento alla sottrazione al giudice amministrativo delle sorti del contratto, ma con affermazioni di portata generale, prosegue rilevando che «la soluzione delle Sezioni Unite n. 27169/2007, laddove ripropone lo schema un tempo abusato del «doppio binario», non sembra conciliarsi con i valori oggi correlati al giusto processo (art. 111 co. 1 Cost.) della effettività/tempestività e della concentrazione della tutela giurisdizionale. Valori che sono stati riconosciuti a fondamento della scelta legislativa di attribuire al giudice amministrativo la tutela risarcitoria intesa quale strumento di tutela ulteriore rispetto a quello tradizionale demolitorio (Corte cost. n. 204/2004; n. 191/2006; Cons. St. Ad. Plen. N. 12/2007).

Sul piano prettamente pratico, la soluzione delle Sezioni Unite non sembra garantire l'effettivo soddisfacimento della pretesa del ricorrente, risultato vittorioso all'esito dell'impugnazione della gara, di conseguire (ove possibile) il «bene della vita» rappresentato dall'aggiudicazione in suo favore dell'appalto (nel senso che la tutela in forma specifica vada sempre privilegiata, eccezion fatta per i casi in essa non risulti materialmente possibile o appaia obiettivamente non soddisfattiva per la parte ricorrente v. Cons. St., V, n. 490/2008)<sup>33</sup>. Una di-

<sup>33</sup> In questa linea si collocano numerose importanti decisioni del Consiglio di Stato tra le quali una citata espressamente dal T.A.R. Lombardia: C.d.S., V, 12.2.2008 n. 490 secondo la quale «la tutela in forma specifica va sempre privilegiata, eccezion fatta per i soli casi in cui essa non risulti materialmente possibile o appaia obiettivamente non soddisfattiva per la parte ricorrente». Sulla prevalenza della tutela reintegratoria su quella risarcitoria v. di recente T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 3.4.2008 n. 351. Rileva N. TROCKER, «Civil law» e «common law», nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2, 2007, p. 455 e ss. spec. 457 «...Il profilo dei rimedi trova considerazione anche più esplicita nelle

versa imposte  
pestività e cor  
vasta gamma

L'autore al  
bardia è Mari  
le parole ripor  
recitano «in ur  
dell'individuo  
tutela significa  
materiale. Il ra  
senziale che il  
utilità sostanzia

5. - L'esiget  
forte negli ultim

pronunce con cui l  
«decisione» e della  
e precisa che l'obie  
zio non si risolve (n  
valere ma compren  
lizzata in cognizion  
mente dall'attivazio  
a cui si riconosce ra  
realizzazione coattiv  
nota così il par. 40  
1997, pp. 409 e ss.,  
«processo» di tutela

<sup>34</sup> M. NIGRO, *Gz*

<sup>35</sup> A quella risalir  
bardia - appartengon  
torevole «osservatore  
G. VERDE, *Ma che co*  
secondo il quale «Il s  
consistenza sostanzial  
gura dell'interesse legi  
di Giannini, ma sopri  
lata, Follieri, Scoca, G  
D.P.A. 4, 1993, p. 670  
dividuato nel principic  
zione amministrativa.

versa impostazione contrasterebbe con i principi di effettività, tempestività e concentrazione della tutela, portando alla vanificazione della vasta gamma di poteri pur attribuita al giudice amministrativo.

L'autore al quale fa riferimento esplicito la sentenza del T.A.R. Lombardia è Mario Nigro dalla cui *Giustizia Amministrativa*<sup>34</sup> sono tratte le parole riportate in virgolette nella decisione e che, per esteso, così recitano «in un ambiente culturale e politico che valorizza la posizione dell'individuo (anche) nei confronti dei pubblici poteri, effettività della tutela significa che il processo assicuri la soddisfazione dell'interesse materiale. Il raggiungimento di traguardi formali non basta più: è essenziale che il cittadino possa conseguire attraverso il processo, quella utilità sostanziale che l'amministrazione gli ha illegittimamente negato»<sup>35</sup>.

5. – L'esigenza di effettività della tutela sembra essersi fatta più forte negli ultimi tempi a seguito dell'attrazione nel giudizio ammi-

pronunce con cui la Corte dei diritti dell'uomo si libera dello schermo formale della «decisione» e della «controversia» richiamate dal dettato testuale dell'art. 6, par. 1 e precisa che l'obiettivo a cui è finalizzato l'esercizio del diritto di agire in giudizio non si risolve (necessariamente) nella determinazione autoritativa del diritto fatto valere ma comprende anche l'attuazione coattiva del diritto. Quando la tutela realizzata in cognizione non è idonea a soddisfare autonomamente – e indipendentemente dall'attivazione di meccanismi stricto sensu esecutivi – la posizione della parte a cui si riconosce ragione, il precetto convenzionale copre anche il momento della realizzazione coattiva del diritto riconosciuto dal contenuto della pronuncia», (in nota così il par. 40 della sentenza *Hornsby contro Grecia*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1997, pp. 409 e ss., spec. 412). L'esecuzione è prosecuzione e completamento del «processo» di tutela giurisdizionale.

<sup>34</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 307.

<sup>35</sup> A quella risalente dottrina – oggi tornata di attualità secondo il T.A.R. Lombardia – appartengono anche molti di noi Sangiustiniani, come evidenziava un autorevole «osservatore esterno» del processo amministrativo in uno scritto del 1993: G. VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, D.P.A. 1993, p. 587 e ss., secondo il quale «Il segno (del) mutamento sta nello sforzo della dottrina di dare consistenza sostanziale (sulle orme dell'intuizione di Mortara... e Cammeo) alla figura dell'interesse legittimo (v., a partire da Miele, l'incerta e complessa esplorazione di Giannini, ma soprattutto le posizioni di Cannada Bartoli, Nigro, Casetta, Villata, Follieri, Scoca, Greco, Iannotta, Pugliese F., ecc.)». V. anche F. DE LEONARDIS, D.P.A. 4, 1993, p. 670 e ss., spec. p. 675, che ricorda come già Ranelletti avesse individuato nel principio di effettività una delle ragioni dell'istituzione della giurisdizione amministrativa.

nistrativo della tutela dei diritti fondamentali<sup>36</sup>: attrazione prima ritenuta costituzionalmente legittima, dalla Corte costituzionale, con sentenza 27 aprile 2007 n. 140, in riferimento a provvedimenti e procedimenti tipizzati nella materia degli impianti di generazione elettrica; e poi generalizzata in rapporto a tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva ed estesa ai comportamenti collegati con l'esercizio di poteri amministrativi dalla Cassazione a SS.UU. con la sentenza 28.12.2007 n. 27187 con l'affermazione del seguente principio di diritto «anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.A. di cui sia denunciata la illegittimità, in materia riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come ad es. in quelle di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il contemporaneo o la limitazione dei suddetti diritti con l'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e la emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale, sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti».

In effetti, a ben guardare, anche il potenziamento della tutela nel campo dei contratti pubblici viene collegato alla elevazione delle situazioni soggettive che vi si manifestano – la libertà di iniziativa privata e la connessa libertà di concorrenza – al rango di libertà fondamentali, in ragione della protezione ad esse accordata dal diritto europeo e della sua forza vincolante.

In rapporto ai poteri delle Autorità amministrative indipendenti è stato poi autorevolmente affermato che «...l'interesse legittimo non è incompatibile con la nozione di diritto fondamentale ma si prospetta come una sua manifestazione quando si tratta di tutelare un

<sup>36</sup> Sulla correlazione amministrazione di risultato – diritti fondamentali – giudizio di risultato v. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1, 1999, p. 57 e ss., spec. p. 76 e ss.

diritto fondar  
tere che viene  
e, soprattutto

A rafforza  
mentali (anch  
tribuire l'elev  
la salvaguardi  
Europea dei c  
leggi, come ri  
ottobre 2007  
dell'art. 117 1  
costituzionali  
zitutto interpr  
dai giudici naz  
stituzionalità.  
sto processo e

<sup>37</sup> F. MERUSI, *AIPDA 2002 p. strative indipendenti del potere ed efficienza* (a cura di IANNOTTA, *L'inter* 935 e ss.

<sup>38</sup> A tal proposito giurisdizione amministrativa del 4 del recentissimo

<sup>39</sup> Art. 117, 1° *Regioni nel rispetto comunitario e dagli interessi dell'uomo e il* e ss. e dottrina ivi *CEDU e sui suoi* nistrativo, in *Riv.*

<sup>40</sup> Art. 6, *Diritti* sia esaminata equamente dal giudice amministrativo indipendente e non si può rinunciare sulle condanne datezza di ogni acc

diritto fondamentale nei confronti dell'esercizio del potere»<sup>37</sup>: un potere che viene caratterizzandosi in termini sempre meno discrezionali e, soprattutto, non autoritativi.

A rafforzare l'esigenza di effettività della tutela dei diritti fondamentali (anche) nella giurisdizione amministrativa<sup>38</sup> sembra poter contribuire l'elevazione, nell'ordinamento interno, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, quale interpretata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, a parametro di costituzionalità delle leggi, come riconosciuto dalle sentenze della Corte costituzionale 24 ottobre 2007 n. 348 e (spec.) 349 che, in riferimento al nuovo testo dell'art. 117 1° c. Cost.<sup>39</sup>, hanno qualificato le norme CEDU norme costituzionali interposte, alla cui luce le norme interne vanno innanzitutto interpretate e, solo ove riconosciute incompatibili, sottoposte dai giudici nazionali alla Corte costituzionale per lo scrutinio di costituzionalità. E tra i diritti della C.E.D.U. campeggiano quelli al giusto processo e ad un ricorso effettivo<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> E. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA* 2002 p. 175 e ss. e p. 180., v. F.G. SCOCA e F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in AA.VV. *Authorities imparzialità e indipendenza* (a cura di L. Paganetto), Roma 2007 p. 25 e ss. Su un piano generale v. L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *D.P.A.*, 4, 2007 p. 935 e ss.

<sup>38</sup> A tal proposito va segnalata la tendenza anche legislativa alla estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie relative ai diritti fondamentali: v. l'art. 4 del recentissimo d.l. 23.5.2008, n. 80 sull'emergenza rifiuti in Campania.

<sup>39</sup> Art. 117, 1° comma Cost. *La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*. Sulle due sentenze della Corte costituzionale da lui definite storiche v. F. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, D.A. 2008, p. 379 e ss., spec. par. 7 p. 423 e ss. e dottrina ivi citata. S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 4, 2008, p. 1375 e ss.

<sup>40</sup> Art. 6, *Diritto a un equo processo*. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. Art. 13 - *Diritto ad un*

È ben vero che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riferendosi ad una concezione antica e superata di interesse legittimo e senza tenere conto delle evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali verificatesi nei trascorsi decenni, ha ritenuto talvolta questa situazione priva delle garanzie proprie del diritto soggettivo, ma è altrettanto vero che la stessa Corte riconosce la consistenza di diritti anche a situazioni, qualificabili come interessi legittimi nell'ordinamento italiano, in presenza di indicatori tutt'altro che esigenti, ritenendo ad esempio sufficiente la circostanza che il privato possa vantare una ragionevole aspettativa rispetto al conseguimento di un bene della vita<sup>41</sup>. Ed oggi, nell'ordinamento europeo e segnatamente in Italia, gli strumenti di tutela assicurati al privato nei rapporti con l'Amministrazione consentono di qualificare le situazioni soggettive in termini di diritti anche ai fini dell'applicazione dei principi del giusto processo<sup>42</sup>.

In questa prospettiva viene in rilievo l'ordinanza del T.A.R. Lombardia-Milano, Sezione III 22.5.2008 n. 791 che si inserisce dichiaratamente nell'indirizzo inaugurato da Cass. SS.UU. 28217/07 secondo il quale «nelle materie in cui dispone di giurisdizione esclusiva il GA può conoscere anche di domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali, non comprimibili ad interessi legittimi, quando questi si confrontino non con semplici comportamenti materiali della p.a. ma con poteri da essa illegittimamente esercitati», rilevando, a proposito della tutela del diritto alla salute che «la giurisdizione del GA, riconosciuta dalla Corte Suprema in un'ipotesi in cui tale diritto è stato azionato in chiave oppositiva avverso atti illegittimi della p.a. tendenti a comprometterne l'integrità (localizzazione di una discarica), deve, a maggior ragione, sussistere nei casi in cui il diritto sia fatto valere in chiave pretensiva allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico-discrezionali spettanti alla p.a.».

ricorso effettivo. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

<sup>41</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 5.10.2000, *Mennitto c/Italia*.

<sup>42</sup> M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2008, p. 37 e ss.

Alla lu  
sto al suc  
cato inser  
dell'Agen  
manere in  
manda an  
accertato l  
nale alla lu  
ropeo dei  
mori epati  
provvedere

Ricondo  
vizi pubbli  
nazione de  
potestà tec  
emanato «a  
sicurare int  
nel porre a  
ministrazio  
mento del p

A tali sta  
limiti della c  
che l'inserim  
stato probab  
comprovata  
dalla Comm  
serimento de  
l'art. 13 del l  
more alle ce  
valide alterna  
inclusi nel p  
giudizio nel  
a prolungare  
maco in ogge

<sup>43</sup> Cfr. L. IAN  
dall'interesse legi

dell'Uomo, riferen-  
se legittimo e senza  
denziali verificatesi  
uazione priva delle  
t tanto vero che la  
e a situazioni, qua-  
aliano, in presenza  
sempio sufficiente  
nevole aspettativa  
d oggi, nell'ordi-  
nenti di tutela as-  
ne consentono di  
ritti anche ai fini

del T.A.R. Lom-  
nserisce dichiara-  
8217/07 secondo  
e esclusiva il GA  
ela di diritti fon-  
quando questi si  
iali della p.a. ma  
do, a proposito  
e del GA, rico-  
le diritto è stato  
ella p.a. tendenti  
discarica), deve,  
sia fatto valere  
e la sua lesione  
tecnico-discre-

osciuti nella pre-  
fettivo davanti ad  
sa da persone che

/Italia.  
in Riv. Ital. Dir.

Alla luce di tali coordinate il T.A.R. ha vagliato il caso sottopo-  
sto al suo esame nel quale il ricorrente G. «...lamenta che il man-  
cato inserimento del Nexavar nel prontuario farmaceutico da parte  
dell'Agenzia Italiana per il Farmaco (AIFA) lede il suo diritto a ri-  
manere in vita il più a lungo possibile e, avendo notificato la do-  
manda anche al Ministero della Salute, chiede in sostanza che venga  
accertato l'obbligo di tale Agenzia di aggiornare il prontuario nazio-  
nale alla luce dell'inserimento del suddetto medicinale nel registro eu-  
ropeo dei farmaci, con indicazione anche per il trattamento dei tu-  
mori epatici e il conseguente obbligo della ASL n. 3 di Milano di  
provvedere alla sua somministrazione gratuita».

Ricondotta la vicenda alla giurisdizione esclusiva in materia di ser-  
vizi pubblici, in quanto il diritto alla salute (nella sua massima decli-  
nazione dei diritti alla sopravvivenza in vita) investe direttamente la  
potestà tecnico-discrezionale dell'Agenzia del Farmaco, il T.A.R. ha  
emanato «ai sensi dell'art. 21 L. 1034/71 le misure necessarie ad as-  
sicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso consistenti  
nel porre a carico della ASL n. 3 della provincia di Milano la som-  
ministrazione gratuita del Nexavar al ricorrente fino all'aggiorna-  
mento del prontuario farmaceutico da parte dell'AIFA».

A tali statuizioni il T.A.R. è pervenuto avendo rilevato pur «...nei  
limiti della cognizione sommaria propria della presente fase cautelare,  
che l'inserimento del Nexavar nel prontuario farmaceutico appaia allo  
stato probabile alla luce del fatto che: a) l'efficacia del farmaco risulta  
comprovata dalla autorizzazione alla commercializzazione concessa  
dalla Commissione Europea in data 29/10/2007 e dal conseguente in-  
serimento del prodotto nel registro europeo dei farmaci ai sensi del-  
l'art. 13 del Regolamento CE 726/04 anche per il trattamento del tu-  
more alle cellule epatiche; b) non sono state prospettate dalla ASL  
valide alternative terapeutiche nell'ambito dei medicinali attualmente  
inclusi nel prontuario; c) che i tempi necessari alla definizione del  
giudizio nel merito non possono pregiudicare il diritto del ricorrente  
a prolungare la durata della sua vita attraverso l'assunzione del far-  
maco in oggetto»<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, cit., p. 299 e ss. e *Previsione e realizzazione*

In tal modo il T.A.R. Lombardia ha assicurato alla persona ricorrente quella tutela forte che la Corte di Cassazione ha ritenuto essenziale garantire al diritto alla salute (di cui ha individuato un nocciolo duro insuscettibile di affievolimento)<sup>44</sup>, rispondendo in tal modo ad esigenze giuridiche e sociali profonde, segnalate anche in sede teorica dalla magistratura amministrativa<sup>45</sup>.

*del risultato: dagli interessi ai beni*, cit., p. 76 e ss.; cfr. E. FOLLIERI, *Il processo*, in D.P.A., 1, 2004 che ricostruendo la concezione del processo di Franco Pugliese rileva come questi, nel suo percorso culturale, sia giunto in modo chiaro e definitivo ad abbracciare senza riserve l'idea che il processo amministrativo debba assicurare il risultato di attribuire il bene giuridico al titolare dell'interesse legittimo in quanto spetti. F. PUGLIESE in *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in D.P.A., 1999, 615 e ss. Orbene tale obiettivo si impone in modo particolarmente stringente quanto sono in gioco diritti umani fondamentali, portando il giudizio amministrativo sempre più vicino al traguardo (che è poi punto di partenza) della effettività, pienezza e tempestività della tutela (cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.* p. 92).

<sup>44</sup> V. Cass. SS.UU. 1 agosto 2006 n. 17461 relativa ad una vicenda nella quale un Comune, con una serie di divieti di parcheggio, aveva reso estremamente disagiata, a persone emodializzate, l'accesso ad un centro di emodialisi: e (va aggiunto per sottolineare la potenziale presenza in quella vicenda di una potestà discrezionale) senza assicurare altri mezzi di trasporto e di accesso al centro.

<sup>45</sup> Si veda in proposito F. CARINGELLA, Consigliere di Stato, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) 2008: «il giudice amministrativo ormai ha a disposizione tutte le tecniche di tutela per conoscere adeguatamente di queste posizioni e per somministrare loro una tutela che sia degna del loro altro lignaggio... Se questo è vero sul piano normativo - con la conseguenza che la tutela dei diritti fondamentali secondo la tecnica dell'interesse legittimo è una tutela astrattamente piena che non conosce più quei vuoti e quelle dimidiazioni che hanno innescato la creazione della mistica dei diritti affievolibili - dobbiamo fare in qualche misura un esame di coscienza come giudici, avvocati e in generale come operatori del servizio giustizia. Dobbiamo cioè chiederci se, passando dall'iperuranio plotiniano delle proposizioni normative al terreno concreto della prassi delle aule di giustizia, ci siano passi necessari ancora da fare affinché il giudice amministrativo possa essere un giudice adeguato a tutelare efficientemente i diritti fondamentali. E ciò sempre in ossequio all'impostazione costituzionalmente cogente secondo cui sono le tecniche di tutela a dover plasmarsi in senso evolutivo sui cromosomi dei diritti fondamentali e non questi ultimi ad essere dimezzati, come il visconte calviniano, per effetto di tecniche di tutela inefficienti, quando non sterili». Alla luce di tali premesse, Caringella individua almeno cinque profili critici giurisprudenziali sui quali è necessario riflettere: la tutela inibitoria; necessariamente

6. - In  
nistrativi  
rattere del  
nire meno  
mento pier  
zioni sogge  
terizzarsi c  
potere amr  
sue relazio  
con il pote  
L'accerta  
tuato dal gi  
l'Amministr  
dei diritti e  
cesso, quali  
brano riceve

anche ante caus  
che i provvedim  
di tecniche di tu  
sdizione ammini  
niti non solo dif  
<sup>46</sup> I diritti e l  
zionale nazionale  
e corti europee: la  
in D.P.A., 2, 200

<sup>47</sup> L. IANNOTTI  
in D.A. 2/2006, p

<sup>48</sup> Cfr. C. cost

<sup>49</sup> G. GUZZARE  
*Giustizia «celere»*,  
e ss. per il quale «  
di Cassazione in o  
costituzionale app  
l'art. 6 della CED  
processi - tutelato.  
giurisprudenza, sot  
diritto alla giustizi  
gettiva dell'ordinam  
sona nella CEDU».

6. – In presenza di diritti e libertà fondamentali<sup>46</sup>, i poteri amministrativi perdono (e comunque vedono fortemente attenuato) il carattere dell'autoritarità (pur restando poteri)<sup>47</sup>, con il conseguente venire meno di ogni teorico dubbio circa la possibilità di un accertamento pieno dei fatti e di una tutela effettiva e completa delle situazioni soggettive, all'interno di un giudizio che pur continua a caratterizzarsi come giudizio nel quale riveste una posizione centrale il potere amministrativo e comunque l'Autorità amministrativa, nelle sue relazioni con i legittimi interessi (ormai legittimi diritti correlati con il potere) dei cittadini<sup>48</sup>.

L'accertamento della fondatezza/infondatezza della pretesa, già attuato dal giudice amministrativo, in parte e con un maggior favor per l'Amministrazione, sembra destinato a generalizzarsi sotto la spinta dei diritti e delle libertà fondamentali e dei principi del giusto processo, quali sanciti sia dalla CEDU sia dall'art. 111 Cost.<sup>49</sup>, che sembrano ricevere un ulteriore impulso alla loro piena attuazione, anche

anche ante causam; la necessità di colpire l'esecuzione dei provvedimenti piuttosto che i provvedimenti in sé; il pieno ricorso ai mezzi istruttori; la somministrazione di tecniche di tutela efficaci, le sole in grado di giustificare l'attrazione nella giurisdizione amministrativa dei diritti fondamentali *per non rendere l'amore per i diritti non solo difficile o impossibile ma addirittura ridicolo*.

<sup>46</sup> I diritti e le libertà fondamentali manifestano il loro rilievo giuridico costituzionale nazionale, europeo e internazionale. v. G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in D.P.A., 2, 2006, p. 285 e ss.

<sup>47</sup> L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in D.A. 2/2006, pp. 353 e ss. e dottrina ivi richiamata.

<sup>48</sup> Cfr. C. cost. n. 204 del 2004.

<sup>49</sup> G. GUZZARDO, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla Giustizia «celere»*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, p. 155 e ss. per il quale «di estremo interesse si appalesa il principio enunciato dalla Corte di Cassazione in ordine alla natura cogente dell'art. 111, comma 2 Cost. La norma costituzionale appena citata risulterebbe non più contrapposta ma integrata «con l'art. 6 della CEDU» in ragione dell'identità del bene – le ragionevole durata dei processi – tutelato. Il giudice della legittimità, discostandosi dalla propria precedente giurisprudenza, sottolinea, dunque, la sola prospettiva diversa secondo la quale il diritto alla giustizia «celere» assumerebbe rilievo nei due ordinamenti: garanzia oggettiva dell'ordinamento nella norma costituzionale, garanzia soggettiva della persona nella CEDU».

all'interno del giudizio amministrativo, dalla affermazione del principio della unità della giurisdizione pur nella pluralità delle giurisdizioni (e quindi della loro tendenziale omogeneità)<sup>50</sup> sottostante alle recenti decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, sulla *translatio iudicii*<sup>51</sup>; e delle Sezioni Unite della Cassazione sul doveroso esame da parte del giudice amministrativo della domanda autonoma di risarcimento danni<sup>52</sup>.

In un siffatto contesto, l'accertamento della fondatezza della pretesa non solo non risulta precluso, ma appare sempre possibile e necessario – ove ne sussistano i presupposti – anche in presenza di interessi pretensivi: o ai fini dell'annullamento del provvedimento, in sede di verifica ex art. 21 *octies* l. 241 (quale norma non solo di efficienza ma anche di garanzia<sup>53</sup>), con la identificazione del vizio di legittimità nella mancata doverosa attribuzione del bene spettante; o dopo l'annullamento, ai fini della determinazione e della quantificazione del danno<sup>54</sup>; o autonomamente, in sede di giudizio sul silenzio (art. 2 c. 5 della l. 241) e di giudizio sulla domanda autonoma di risarcimento<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> M.V. FERRONI, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, in D.P.A., 2, 2008, p. 419 e ss., che evidenzia l'affermazione dell'unità della giurisdizione sottostante alle sentenze citate alla nota seguente sulla *translatio iudicii*.

<sup>51</sup> Cass. SS.UU., 22.2.2007 n. 4109 e C. cost. 12.3.2007, n. 77. Sul tema v. C.E. GALLO, *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni...*, in D.P.A., 3, 2007 p. 910 e ss.; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in D.P.A., 3, 2007, p. 796 e ss.; C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in D.P.A., 4, 2007 p. 1023 e ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di Cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in D.P.A., 4, 2007 p. 1103 e ss.

<sup>52</sup> Cass. SS.UU. 23.12.2008 n. 30524.

<sup>53</sup> v. giurisprudenza esaminata retro *sub* 2.

<sup>54</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica*, in D.P.A., n. 4, 1983, p. 371 e ss. spec. p. 403, il quale, in un lavoro lontano nel tempo ancora attuale nei contenuti, rilevava che «quando l'Amministrazione è convenuta innanzi al giudice (ieri ordinario oggi amministrativo) per rispondere del danno, l'autorità si è ormai dissolta integralmente appunto per l'effetto dell'annullamento, con il venir meno di ogni preclusione relativa alla pienezza della cognizione». L'affermazione, nell'attuale contesto ordinamentale, non può non essere generalizzata.

<sup>55</sup> Cass. SS.UU. n. 30524/2008, cit.

All'obiettivo il giudice ammi che lo caratteriz luta maggioranz già gli attribuisce consulenza tecni noscitiva e accer amministrativo, la prospettiva de sarebbe dovuto e il provvedimento sivo tenuto in un

Una volta rico tuali e normative) desima prospettiv esercitato o che si che la stessa Amr plicato o ha falsa tecniche, quantom disciplina (tecnica) nella consapevolez nabile, non è mai alcune delle sue co cisione né tantome

Ne consegue ch che la compongon bili, in quanto defi delle scienze e dell nel caso concreto, c annidano gli errori molto più ridotti, f tutto se agganciata :

Ridotto in tal m

<sup>56</sup> Cfr. C.d.S., VI, 23 serezionalità tecnica (di v alle regole delle esperien

All'obiettivo del pieno accertamento della fondatezza della pretesa il giudice amministrativo potrà pervenire, con la peculiare capacità che lo caratterizza (e lo differenzia da ogni altro giudice), nell'assoluta maggioranza dei casi, esercitando i poteri istruttori che la legge gli attribuisce (dagli antichi «schiaramenti» e «verificazioni» alla consulenza tecnica, utilizzata peraltro in chiave prevalentemente conoscitiva e accertativa), ai fini della completa ricostruzione del fatto amministrativo, in tutte le sue componenti rilevanti, tenendo ferma la prospettiva del sindacato sul potere, che è stato esercitato o che si sarebbe dovuto esercitare, nella specifica vicenda *storica*, definita con il provvedimento adottato, o conclusasi con il comportamento omissivo tenuto in un determinato momento *storico* antecedente al giudizio.

Una volta ricostruito il fatto, nelle sue componenti essenziali (fattuali e normative), il giudice amministrativo potrà valutarlo nella medesima prospettiva dell'Amministrazione e cioè del potere che è stato esercitato o che si sarebbe dovuto esercitare, alla stregua delle norme che la stessa Amministrazione avrebbe dovuto applicare e non ha applicato o ha falsamente applicato o ha violato, comprese le norme tecniche, quantomeno quelle costituenti principi fondamentali della disciplina (tecnica) coinvolta e massime di comune esperienza. E ciò nella consapevolezza che qualsiasi decisione, anche tecnica, pur opinabile, non è mai opinabile in tutta la sua estensione, bensì solo in alcune delle sue componenti: che altrimenti non si tratterebbe di decisione né tantomeno tecnica, bensì di mero arbitrio<sup>56</sup>.

Ne consegue che, se si scompone la decisione tecnica nelle parti che la compongono e se ne individuano le componenti non opinabili, in quanto definibili e valutabili alla luce dei principi elementari delle scienze e delle tecniche e delle massime di esperienza rilevanti nel caso concreto, da un lato si potrà più facilmente scoprire dove si annidano gli errori, dall'altro si ricondurrà l'opinabilità in margini molto più ridotti, facendola risultare normalmente residuale, soprattutto se agganciata al fatto compiutamente ricostruito.

Ridotto in tal modo il margine di opinabilità, in molti casi sarà

<sup>56</sup> Cfr. C.d.S., VI, 23.7.2008 n. 3649 e IV, 14.4.2004 n. 2114 per le quali la discrezionalità tecnica (di valutazione) è sindacabile allo stato delle conoscenze in base alle regole delle esperienze e delle scienze rilevanti nel caso concreto.

zione del principio delle giurisdizioni sottostante alle sezioni Unite giudice amministrativo<sup>52</sup>.  
za della pretesaabile e necessaria di interessi to, in sede di efficienza ma legittimità nella po l'annullamento del danno<sup>54</sup>; 2 c. 5 della l. to<sup>55</sup>.

zione: possibili efficienza, in D.P.A., giurisdizione sottostante

Il tema v. C.E. A., 3, 2007 p. in D.P.A., 3, Cassazione e CIO, Corte di i compatibile

azione pubblica lontano illustrazione è ponderare del dell'annullamento della cognizione essere ge-

possibile definire in giudizio la giusta decisione (anche tecnica) adeguata al caso concreto attraverso l'applicazione al fatto dei principi fondamentali della disciplina e delle massime di esperienza, censurando la decisione adottata dall'Amministrazione ove contrastante con quella che essa avrebbe dovuto oggettivamente adottare. In molti altri casi la decisione in concreto assunta dall'Amministrazione (la parte residuale rimasta opinabile) sarà comunque più facilmente sindacabile sotto i profili tipici del sindacato sulla discrezionalità, vale a dire l'illogicità manifesta, il palese travisamento dei fatti<sup>57</sup>, l'irrazionalità e la contraddittorietà<sup>58</sup>.

#### *Abstract*

L'esame della giurisprudenza formatasi dopo la riforma del 2005 della legge 241 mostra l'accentuazione della tendenza del giudice amministrativo a conoscere della fondatezza/infondatezza delle pretese sostanziali delle parti. Il maggior favor per l'Amministrazione, rispetto al privato, emergente dalle decisioni del giudice amministrativo, sembra destinato ad attenuarsi e a venir progressivamente meno in ragione della sempre più intensa applicazione, al giudizio amministrativo, dei principi del giusto processo, dovuta a una serie di concomitanti fattori tra i quali: l'elevazione della Carta Europea dei diritti dell'Uomo a parametro costituzionale interposto (C. cost. n. 348 e 349 del 2007); l'attrazione, nella giurisdizione amministrativa esclusiva, dei diritti e delle libertà fondamentali; la tendenziale affermazione del principio di unità della giurisdizione, pur nella pluralità (ed omogeneità) delle giurisdizioni.

<sup>57</sup> Cfr. C.d.S., IV, 19.2.2008 n. 540.

<sup>58</sup> C.d.S., V, 23.3.2009 n. 1741.

SOMMARIO:  
svolgime  
ricorso a  
strutturaz  
mazioni  
l'ammini:  
l'accesso  
tivi che c  
negli arcl  
ministrat  
zione me  
alla fattisj  
9. Istrutt  
10. Il diri  
- 11. Segn  
via telem:  
menti e n  
telematica

1. - La  
la sua giust:  
dizioni sog:  
l'amministra  
esplicita cor  
tivazione de  
che hanno c  
alle risultan:  
Quando