

LUCIO IANNOTTA

SCRITTI VARI SU AMMINISTRAZIONE E GIUSTIZIA DI  
RISULTATO E DIRITTI DEL CITTADINO TELEMATICO

VOLUME COFINANZIATO DALLA SECONDA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI –  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO ED ECONOMIA E DAL MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E  
DELLA RICERCA SCIENTIFICA

## **Indice**

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| I)    | <i>Presentazione del volume</i>   | 4   |
| II)   | <i>Il buon risultato (oggetto e obiettivo della decisione amministrativa):<br/>condizione e limite della funzione legislativa</i>   | 6   |
| III)  | <i>Diritti del cittadino (utente) telematico e amministrazione di risultato. In<br/>appendice: Direttiva 27 luglio 2005 <i>Qualità dei servizi on line e<br/>misurazione della soddisfazione degli utenti</i></i> | 17  |
| IV)   | <i>Principi fondamentali dell'amministrazione locale di risultato<br/>nell'ordinamento repubblicano</i>   | 33  |
| V)    | <i>Dall'interesse legittimo ai diritti "amministrativi"</i>   | 49  |
| VI)   | <i>Atti e poteri non autoritativi nell'amministrazione di risultato</i>   | 70  |
| VII)  | <i>L'urbanistica di risultato</i>   | 101 |
| VIII) | <i>La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza<br/>amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990</i>  | 132 |

## I) Presentazione del volume

Pubblico in questo volume gli scritti da me redatti nel corso e all'esito della ricerca svolta, con il mio coordinamento, dall'Unità operativa locale della Seconda Università degli Studi di Napoli sull'Amministrazione c.d. *di risultato* nei suoi rapporti con i cittadini, considerati anche nella nuova dimensione di cittadini-utenti telematici, nell'ambito del Programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale *Servizi pubblici in rete ed utente telematico* promossa dall'Università degli Studi di Napoli L'Orientale<sup>1</sup>, dall'Università di Pisa<sup>2</sup> e dalla Seconda Università degli Studi di Napoli.

I primi due contributi sono dedicati alle componenti fondamentali della ricerca: l'amministrazione di risultato e i diritti del cittadino-utente telematico.

Gli altri scritti costituiscono la rivisitazione di istituti e argomenti tradizionali del diritto amministrativo nell'ottica dell'amministrazione di risultato e nella prospettiva dell'amministrazione telematica.

Le acquisizioni raggiunte, costituenti, al tempo stesso, linee di future ricerche, riguardano: la qualificazione e il fondamento costituzionale dei diritti del cittadino-utente telematico, il dovere gravante sulla Repubblica, e in particolare sull'Amministrazione locale, di rimuovere gli ostacoli e di creare le condizioni per il loro pieno esercizio; la caratterizzazione dei poteri pubblici interferenti con tali diritti in termini non autoritativi; la rilevanza della digitalizzazione sulla partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici; la coerenza dell'affidamento alla giurisdizione amministrativa della tutela dei diritti del cittadino-utente telematico; la

---

<sup>1</sup> Responsabile dell'unità operativa locale dell'Università degli Studi L'Orientale e coordinatore nazionale del progetto di ricerca è stato il Prof. Alfonso Masucci.

<sup>2</sup> Responsabile dell'unità operativa locale dell'Università di Pisa è stato il Prof. Vincenzo Ambriola

pienezza di tutela conseguibile nel giudizio amministrativo; la necessaria correlazione dell'organizzazione e della regolazione del sistema telematico con i (macro e micro) diritti dei cittadini-utenti; l'attrazione della soddisfazione degli utenti tra i parametri giuridici di qualificazione e valutazione degli atti e dei comportamenti della pubblica amministrazione digitale di risultato e di servizio.

LUCIO IANNOTTA  
PROFESSORE ORDINARIO  
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO  
NELLA SECONDA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI

## **II) Il buon risultato (oggetto e obiettivo della decisione amministrativa): condizione e limite della funzione legislativa.**

**1. Le cose ben fatte e le persone soddisfatte.** Non si tratta di uno slogan, anche se potrebbe diventarlo. E' la formula con la quale ho di recente sintetizzato il fenomeno giuridico della c.d. amministrazione di risultato<sup>3</sup>, un fenomeno che corrisponde a profonde esigenze sociali e ordinamentali ed in particolare alle esigenze dei mondi del mercato e dei diritti fondamentali, entrambi postulanti risultati concreti ed effettivi, rapidi, economici, trasparenti, concordati.

Un fenomeno che è stato recepito e formalizzato dal legislatore italiano sui piani dell'attività, della tutela, dell'organizzazione, dei servizi e delle prestazioni, dei rapporti tra politica e dirigenza, delle responsabilità; dei controlli interni, del controllo sui controlli interni<sup>4</sup> e, da ultimo, dell'amministrazione digitale<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sui caratteri dell'Amministrazione di risultato rinvio ai miei studi dell'argomento tra i quali L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della Scienza del Diritto Amministrativo tra essere e divenire*, in *Diritto Amministrativo*, 1996 p. 579 e ss. e *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative* in M. Immordino e A. Police (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004, pag. 433 e ss.

<sup>4</sup> Sulle diverse posizioni v. i contributi contenuti nel citato volume a cura di M. Immordino e A. Police, frutto della ricerca nazionale su Principio di legalità e Amministrazione di risultati coordinata da F.G.Scoca e del convegno conclusivo sul medesimo tema, svoltosi a Palermo il 27 e il 28 febbraio 2003. Sulla riferibilità del risultato all'amministrazione autoritativa v. in precedenza G.Pastori, *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in AA.VV. *Democrazia e amministrazione (In ricordo di Vittorio Bachelet)*, Milano 1992, p.98 e ss e G Morbidelli, in L.Mazzaroli e altri, *Diritto Amministrativo*, vol. II Bologna, 1993, p.1029. Sulla rilevanza del risultato nella legge, v. M.R.Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003

<sup>5</sup> v. D.lgs 7 marzo 2005 n. 82 in G.U. 16 maggio 2005 n. 112 S.O. *Codice dell'Amministrazione digitale* che ha fatto seguito all'inserimento dell'uso della telematica tra i principi dell'attività amministrativa ad opera dell'art. 3 L. 11.2.2005 n. 15 che ha introdotto nella L. 241/1990 l'art. 3 bis – *Uso della telematica*, secondo il quale *per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*. Per il collegamento tra amministrazione di risultato e amministrazione

*Le cose ben fatte*: realizzate innanzitutto in conformità con le norme tecniche, economiche, sociali e giuridiche di riferimento; e *le persone soddisfatte*: in ragione del rispetto e della realizzazione dei diritti, vale a dire con l'attribuzione, la conservazione, la valorizzazione, ecc. di cose spettanti e dovute a persone, formazioni sociali, enti pubblici e privati, comunità, società.

La massimizzazione e l'ottimizzazione del modello è data (in teoria) dalla realizzazione delle cose a regola d'arte, nel rispetto di tutte le norme di riferimento; e dalla piena soddisfazione di tutte le persone coinvolte nella vicenda, senza cioè arrecare alcun danno ingiusto e senza negare ad alcuno ciò che gli spetta, con la piena attuazione di principi e valori profondamente radicati nell'ordinamento repubblicano risalenti all'antico diritto delle genti (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

Modello ideale ma anche giuridico se sol si legga l'ordinamento nella sua dimensione fisiologica e non invece soltanto in quella patologica e quindi repressiva, sanzionatoria, risarcitoria.<sup>6</sup>

Buon risultato è quindi un risultato valido ed efficace, che incide positivamente nella realtà interessata dalle decisioni amministrative e dalla loro attuazione, in rapporto alla *res* decisa (cosa, persona, azione) che in essa viene inserita, conservata, valorizzata, potenziata, migliorata, modificata, ma anche eliminata, ridimensionata, impedita, vietata, ecc., per l'azione della pubblica amministrazione. Un risultato frutto del buon uso delle risorse; un risultato visibile e comprensibile in sé e in tutte le sue implicazioni; un risultato giusto, rispettoso cioè dei diritti soprattutto fondamentali, quali entità reali (cose, azioni, persone) emergenti dalla multiforme e poliedrica realtà sociale e umana, spettanti a persone (singole, collettive, sociali) in base a un titolo giuridico.

---

digitale v. infra il saggio *Diritti del cittadino (utente) telematico e amministrazione di risultato*

<sup>6</sup> Per un maggior approfondimento rinvio a L. Iannotta, *Merito, discrezionalità.....e Scienza e realtà..* citt

Bontà totale ove tutte le condizioni e tutti i limiti imposti dalla realtà, dall'ordinamento e dalla tecnica e tutti i diritti siano rispettati; parziale ove lo siano solo in parte; inesistente ove manchino gravemente o del tutto.

La semplice osservazione di ambiti nei quali siano intervenute o sarebbero dovute intervenire pubbliche amministrazioni consente di cogliere i risultati in tutte le loro possibili variabili positive o negative.

**2.** Quello di cui ho appena parlato è il risultato che si realizza nel mondo dei fenomeni, delle vicende giuridiche reali o, se si vuole, nel mondo del diritto *nella sua azione giornaliera*.<sup>7</sup>

Ma le cose, prima di esistere e di manifestarsi nel mondo reale, sono per così dire *contenute* nelle decisioni (o nelle non decisioni) delle quali hanno costituito oggetto.

Si potrebbe dire che *le cose che appaiono è necessario che siano già state nel modo in cui appaiono*, parafrasando una delle possibili traduzioni dei versi chiave (30 e 31) del frammento 1 del *Poema sulla natura* di *Parmenide*<sup>8</sup> e riferendola alle decisioni amministrative e alla loro attuazione e a coloro che dispongono del potere di incidere concretamente sul mondo esterno e di modificarlo, come appunto i titolari di un potere amministrativo e coloro che partecipano al suo esercizio.

Le cose che appaiono, le cose che osserviamo oggi realizzate, prima di esistere e di manifestarsi, erano nella *mente* dell'Amministrazione<sup>9</sup>, degli amministratori, dei proponenti nel modo in cui sono state realizzate e sono apparse: con le qualità e i pregi, le carenze e i difetti presenti nel progetto di risultato poi tradotto in realtà.

---

<sup>7</sup> L' espressione è di Federico Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando*, vol. III, Milano 1901.p.13

<sup>8</sup> Parmenide, *Poema sulla natura* Traduzione di Giovanni Reale. Saggio introduttivo e commentario di Luigi Ruggiu, Milano 2003. La traduzione alla quale mi riferisco è la seguente: *Eppure anche questo imparerai: come le cose che appaiono era necessario che fossero nel modo in cui appaiono* (nota 8, p. 89).

<sup>9</sup> Roger Penrose, *La mente nuova dell'imperatore*, Milano 1992

Nella dimensione del potere, le opinioni le idee, i progetti (*doxa*) si trasformano in verità (*aleteia*) la cui prima e fondamentale manifestazione è la realtà delle cose o meglio le cose che sono.

I risultati, come cose realizzate, costituiscono quindi la proiezione esterna delle cose progettate e statuite dall'amministrazione: cose *presenti* nell'oggetto del provvedimento<sup>10</sup> e della decisione che lo precede, quale disegno del risultato<sup>11</sup> e degli effetti<sup>12</sup>:disegno di cose, persone e attività che l'Amministrazione ha deciso, unilateralmente o d'intesa con i privati e con altre pubbliche Amministrazioni, che siano realizzate, concesse, attribuite, eliminate, ecc.

E' sempre stato così: il progetto di modifica del mondo esterno, nella pubblica amministrazione, ha sempre preceduto la concreta ed effettiva modifica. Ma il progetto di realtà futura non è stato visibile, conoscibile e controllabile sul piano dell'ordinamento generale, fino a quando le profonde trasformazioni sociali e istituzionali di fine millennio non hanno portato all'affermazione di un modello di Amministrazione doverosamente tenuta alla realizzazione dei risultati programmati; pluralistica, partecipata e consensuale; tecnica trasparente ed informatizzata.

All'interno del nuovo modello, viene ad assumere un peculiare rilievo l'oggetto delle decisioni e, prima ancora, del procedimento e degli atti che ad esso danno avvio<sup>13</sup> e quindi il progetto di *res* in essi contenuto, consentendone ed imponendone la visione preventiva (come *res* progettata) e la piena comprensione, per ragioni non solo di garanzia ma anche e

---

<sup>10</sup> A.M.Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989 (ma già nelle precedenti edizioni); E.Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2004; R.Villata, *L'atto amministrativo* in AA.VV. *Diritto Amministrativo* Bologna 2001 (v. anche ed. 1993), p.1427 e ss.

<sup>11</sup> sul tema rinvio al mio recente lavoro *Merito, discrezionalità e risultato...cit*

<sup>12</sup> F.G. Scoca *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento* in D.A. 1995, p.20 e ss.

<sup>13</sup> v. art. 8, c.2, lett b) L. 241 del 1990

soprattutto di validità, di efficacia e di stabilità delle decisioni, dei provvedimenti, degli accordi, dei contratti.

L'oggetto della decisione, entità da determinare, concretizzare, specificare, concordare va perciò visto, osservato, considerato, compreso all'interno della decisione da tutti coloro che vi partecipino, per esigenze di certezza, di risultato, di efficacia, di buon uso delle risorse, di validità e di stabilità dei patti e delle statuizioni ma anche di precauzione nella moderna società della instabilità, della incertezza, della *nuova intrasparenza*<sup>14</sup>, del rischio e della dominanza di *subpolitiche*<sup>15</sup> non controllabili democraticamente che, nelle loro forme immateriali ed invisibili, vanno sempre più sottraendo spazio alla politica tradizionale, facendone strumento servente e comunque successivo di decisioni prese indipendentemente da essa e fuori dei circuiti democratici<sup>16</sup>.

Esigenze che inducono ad affrontare e risolvere, nel presente della decisione, con chiarezza e completezza, quanti più problemi è possibile, pur nella consapevolezza che, nel corso dell'esecuzione, emergeranno fatti e circostanze non previsti e tuttavia di doverosa considerazione e valutazione, soprattutto quando riguardino diritti fondamentali e inviolabili di persone, formazioni sociali, comunità, sulle quali si riversano gli effetti per così dire materiali della decisione.

Nell'amministrazione di risultato pertanto coloro che partecipano alle decisioni e alla loro attuazione sono chiamati a trasformare le idee in progetti per così dire cantierabili e come tali determinati in ogni loro aspetto; possibili sul piano materiale e giuridico; leciti in quanto rispettosi

---

<sup>14</sup> J.Habermas, *Il discorso filosofico della modernità (dodici lezioni)* Roma-Bari 1987.

<sup>15</sup> U. Beck *La società del rischio verso una seconda modernità* (1986) Roma 2003 per il quale gli ambiti privilegiati della sub-politica sono la finanza, la genetica e la microtecnologia.

<sup>16</sup> v. oltre l'anticipatorio studio di U.Beck del 1986, A.Bolaffi e G.G.Marramao, *Frammento e sistema*, Roma 2001.

dei diritti e al tempo stesso aperti a integrazioni e modifiche, frutto di riesami<sup>17</sup> e di rinegoziazioni<sup>18</sup>

A un siffatto modo di amministrare, di decidere e di operare<sup>19</sup>, per il suo costante e continuo contatto con la realtà viva e dinamica, sembra adattarsi l'etichetta di *diritto al presente*<sup>20</sup> che esprime e recepisce sul piano giuridico un'esigenza avvertita agli albori della cd. postmodernità<sup>21</sup>.

**3.** L'oggetto di questo studio, come emerge dal suo titolo, è costituito dal buon risultato, oggetto della decisione amministrativa, quale condizione e limite della funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione, tenendo conto dell'imprescindibile esigenza di difendere uno spazio di scelta, di decisione e di azione della pubblica amministrazione

---

<sup>17</sup> Il diritto amministrativo italiano è stato fin dalle origini (S.Spaventa Discorsi del 1880 e del 1890) il diritto della ponderazione, della comparazione, del riesame; il diritto dell'interesse pubblico e dell'interesse legittimo; il diritto della mitezza (v. R. Ferrara), dell'adeguatezza, della proporzionalità e della ragionevolezza : un diritto che, come prassi e come scienza, non ha avuto bisogno, come altre discipline, dell'invito a rifiutare il detto *dura lex sed lex*. In recenti e importanti studi non giuridici sulle istituzioni nell'era della globalizzazione (M.R. Ferrarese, *Le istituzioni nella globalizzazione*, Bologna 2001 e spec. *Il diritto al presente (Globalizzazione e tempo delle istituzioni)*, Bologna 2002, queste esigenze vengono però proposte come nuove, come principi propri dei sistemi a *common law*, degli studi angloamericani sui contratti incompleti e su quelli che vengono definiti i rischi della rinegoziazione. Segno questo che il diritto amministrativo italiano è diritto meno noto degli altri, un diritto che forse si fa vedere e sentire poco in questi anni, ma al tempo stesso segno della sua perdurante e straordinaria attualità anche in ragione della sua affinità con il diritto anglosassone (che si ritiene vincente): affinità che riporta ad una matrice comune, già evidenziata nello studio di Bernardo Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano 1985, nel quale veniva individuata la matrice anglosassone del pensiero di Silvio Spaventa in relazione al fenomeno dei giudici di pace inglesi, conosciuto da Spaventa attraverso il filtro degli studi di Von Gneist.

<sup>18</sup> L. Iannotta, *Gli istituti di partecipazione tra pubblico e privato nell'ordinamento locale (la l. 142 dell'8 giugno 1990 alla luce dei principi della l. 241 del 7 agosto 1990)* in R. Marrana, L. Iannotta, F. Pugliese, *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, E.S. Napoli 1992 (ma già 1991) p.154 e ss., spec. pp. 158 e 159 e A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione di accordi sostitutivi di provvedimento*, in *R.D.P.A.*, 1993, p. 298 e ss.

<sup>19</sup> Sull'operazione amministrativa, v. di recente F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *E.d. D.*, Agg., vol. VI

<sup>20</sup> M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente...cit.*

<sup>21</sup> *La vera generosità verso l'avvenire consiste nel dare tutto al presente* scriveva Albert Camus, ne *L'uomo in rivolta*, (1961) Milano Boringhieri, 1996, p.332, denunciando l'allontanamento della cultura europea dalla vita reale. Ma già nei primi decenni del secolo scorso v. M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino 1973 pp. 19 e 20. Sulla c.d. postmodernità, v. J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna*, Milano, 1985

(la c.d. *discrezionalità amministrativa*) non come valore in sé ma ai fini della necessaria ponderazione e della necessaria tutela degli (altri) interessi privati e pubblici (giuridicamente) meritevoli di considerazione, protezione e soddisfazione<sup>22</sup>, specialmente di quelli corrispondenti a diritti e libertà fondamentali di rilievo costituzionale.

E, a mio avviso, è proprio il dovere di conseguire un risultato giusto, cioè rispettoso dei diritti, che rafforza la libertà dell'Amministrazione. Ed in particolare la rafforzano proprio i diritti, soprattutto fondamentali (che debbono essere immediatamente tutelati, che non possono essere sacrificati e che possono essere limitati e conformati, ove sia indispensabile, solo all'esito di una adeguata considerazione) che portano ad escludere automatismi e postulano la libertà dell'Amministrazione in funzione della loro tutela.

A tal proposito suonano ancora attuali le parole di Silvio Spaventa, nel discorso di Bergamo del 1880 *..la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione delle leggi politiche quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative. Libertà che nell'amministrazione è essenzialmente il rispetto del diritto e della giustizia* alla cui attuazione Spaventa chiama *mallevadrice la monarchia* alla luce del motto *justitia est regnorum fundamentum*.<sup>23</sup>

Parole alle quale fanno eco quelle scritte nel discorso mai pronunciato dello stesso Spaventa per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato (1890) nella quale egli vedeva concretizzata la possibilità di sottoporre l'Amministrazione ad una giurisdizione *senza nuocere alla libertà che le è necessaria per raggiungere i suoi scopi*.

---

<sup>22</sup> F. Scoca *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2004 AA.VV., Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, pp. 3 e ss.

<sup>23</sup> S.Spaventa, *Giustizia nell'Amministrazione* (Discorso di Bergamo del 1880) in *La giustizia nell'amministrazione*, (a cura di P. Alatri) Torino 1949, p. 79

Nel ricordato lavoro di Maria Rosaria Ferrarese *Il diritto al presente*, si evidenzia l'attuale crisi mondiale della legislazione, inadeguata a rispondere alla complessità delle variegate società post-moderne e la si collega alla crisi della politica a alla inadeguatezza della dialettica maggioranza/minoranza . I diritti fondamentali, considerati fin dal loro apparire sulla scena della modernità, una vera mina vagante (Burke, 1792) svelano la loro portata eversiva soprattutto rispetto alla tradizione gius-positivistica: i diritti delle persone, pur con i loro caratteri pre-politici e a-politici sarebbero in grado di resistere ai meccanismi maggioritari pur se destinati ad una esistenza incerta e mobile per la loro quotidiana affermazione. Essi vengono considerati entità che hanno bisogno di tutela e riconoscimento pubblici ma che pretendono di esistere indipendentemente.

A fronte della legge che tende a fissare stabilmente un contenuto, i diritti presentano una tendenziale apertura a diversi contenuti e sono esposti ad aggiornamenti continui e tendono a trovare tutela nelle Corti a vari livelli con una conseguente espansione del momento giudiziario

La Ferrarese ritiene che negli ordinamenti continentali i diritti non abbiano mai avuto la vitalità che essi presentano nei sistemi a *common law*. Ma questa convinzione deriva ancora una volta dalla mancata considerazione del diritto amministrativo ed in particolare di quella peculiare figura costituita dall'interesse legittimo che, fin dalla sua origine, si è rivelato forma di protezione di diritti umani ed inviolabili anche se ad essi non veniva dato questo nome preferendosi far riferimento, in conformità alla genesi idealistica della giustizia amministrativa, ai valori di libertà, solidarietà ed eguaglianza umana ed alle esigenze di giustizia sostanziale con i connessi principi del rispetto del minimo mezzo, dell'eguaglianza e della finalizzazione dei comportamenti all'interesse generale<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> v. S. Spaventa, *Discorso inedito per l'inaugurazione della IV Sezione*, cit., e giurisprudenza dei primi decenni della IV Sezione del Consiglio di Stato in sede consultiva; nonché gli studi ad essi dedicati da A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti*

In questa prospettiva e tenendo conto che nell'amministrazione di risultato (componente essenziale del mondo globalizzato), vengono ad assumere rilievo giuridico primario le singole vicende, ogni singola vicenda, i diritti fondamentali, in quanto diritti non preformati né prequalificati, vanno ricercati e trovati non nel cielo delle norme ma nella terra delle vicende giuridiche reali.

E in quanto tali essi devono avere un volto, una storia, una loro peculiarità. I diritti fondamentali, infatti, non possono essere anonimi; debbono avere ad oggetto beni concreti esposti al rischio di essere sottratti o di non essere attribuiti; debbono essere collegati ad una esigenza vitale, alla dignità e alla libertà della persone. In quanto tali essi si presentano meritevoli di tutela ed idonei a neutralizzare le previsioni di legge che ne escludano la valutazione e la soddisfazione.

**4.** Esaminando la giurisprudenza degli anni '90 della Corte Costituzionale, scandita da decisioni di incostituzionalità, decisioni additive, decisioni interpretative, autorizzanti la disapplicazione o l'inapplicazione di norme, emergono decine (forse centinaia) di diritti fondamentali, peculiari e distinti dagli altri. Diritti soddisfatti dopo anni di giudizi, probabilmente con una tutela piena ed incisiva, ma quasi sempre tardiva in contrasto con la loro natura che richiede una tutela immediata. Si tratta di vicende nelle quali, come ho già in altra occasione rilevato in rapporto ad alcune fattispecie, la soluzione si sarebbe potuta avere immediatamente. Si tratta di dare a questi diritti l'*actio* per portarli dall'apparente piano pre-giuridico a quello giuridico o, per utilizzare la terminologia sociologica, di prevedere una procedura (erroneamente identificata dalla sociologia con gli stessi diritti mentre essa ne costituisce solo strumento) che li tuteli, in tal modo

---

*amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, e da S.Sambataro, *L'abolizione del contenzioso amministrativo nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977.

manifestando la loro preesistenza all'azione giudiziaria e la loro previa rilevanza giuridica.

Queste azioni a tutela dei diritti non conformati possono essere attribuite dal Legislatore ma alla loro attivazione ben possono concorrere gli altri due normatori dell'ordinamento italiano: il giudice amministrativo e la dottrina. Ed in effetti nel nostro ordinamento già esistono gli strumenti per dare tutela ai diritti: ai fini del loro riconoscimento e della loro protezione la gamma di azioni presenti nella giurisdizione amministrativa è tale da consentirne la tutela come da tempo in dottrina è stato evidenziato<sup>25</sup>.

L'ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 1999 dispone una misura cautelare a tutela del diritto (fondamentale) di candidati capaci e meritevoli ad essere ammessi ad un concorso pur in presenza di una norma di legge ostativa all'ammissione, nella prospettiva della dichiarazione di incostituzionalità della norma, sollecitata dalla stessa Adunanza Plenaria con ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

Con azioni di questo tipo si potranno imporre all'attenzione dell'Amministrazione situazioni di rilievo giuridico fondamentale consentendo ad essa di riattivarsi come funzione e di svolgere la sua missione di tutela dei diritti alla quale l'esistenza dei poteri deve ritenersi in ultima istanza collegata: e ciò anche in rapporto all'attività autoritativa<sup>26</sup>.

Dal basso emergono quindi diritti che riattivano la funzione che si riapre a quelle che in altre occasioni ho definito, in rapporto alla scienza del diritto, contemplazione, considerazione e compartecipazione<sup>27</sup> necessarie per

---

<sup>25</sup> V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, e L. Iannotta, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, 1989.

<sup>26</sup> G. Pastori, *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in AA.VV. *Democrazia e amministrazione cit.* p.98 e ss

<sup>27</sup> L. Iannotta, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Diritto Amministrativo*, 2003, p.133 e ss.; *Costruzione del futuro delle decisioni e giustizia nell'amministrazione di risultato* in L. Iannotta (a cura di), *Economia diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino 2003; *Merito discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. Immordino e A. Police (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit.

vedere le necessità giuridiche (i diritti che mancano) e per rispondere ad esse riconoscendo nuovi diritti o rispettando quelli esistenti.

Attraverso questa operazione dal basso viene ad essere sollecitata e riattivata anche la funzione politica con quelli che Max Weber considerava i suoi connotati essenziali; la responsabilità delle conseguenze, la passione per un oggetto, la lungimiranza, e in funzione di essa il distacco<sup>28</sup>.

Quelle facoltà che, nell'amministrazione di stampo idealistico, guardavano al mondo dei valori e delle idee, oggi debbono rivolgersi ad mondo delle vicende giuridiche reali che si presta difficilmente ad essere regolata a priori dalla legge<sup>29</sup> ma che tuttavia può esserlo se il Legislatore politico volge il suo sguardo alla microrealtà e alla legge nella sua applicazione, inserendo preventivamente e virtualmente la norma (ogni singola norma) in fieri nel contesto nel quale sarà destinata a vivere e, col soccorso dell'Amministrazione contemplativa, considerativa e partecipativa, conosca e comprenda i veri problemi, i diritti coinvolti, i diritti da tutelare alla luce dei principi fondamentali di libertà, eguaglianza e solidarietà ed oggi anche di economicità, efficacia, efficienza, trasparenza che non vivono (solo) nel mondo dei valori ma (anche) in quello degli uomini che di tali valori sono (consapevoli o inconsapevoli) portatori.

---

<sup>28</sup> Max Weber, *La politica come professione*, Roma 1997

<sup>29</sup> F.Cammeo, *Della manifestazione... cit.* p. 127

### III) Diritti del cittadino (utente) telematico e amministrazione di risultato

L'analisi del Codice dell'Amministrazione digitale<sup>30</sup> e dei piani, programmi, direttive, pareri, altri atti legislativi ad esso in vario modo collegati<sup>31</sup> mostra lo stretto e indissolubile legame sul piano normativo (dover essere) tra efficacia, economicità, utilità dell'erogazione - e ancor più a monte organizzazione e diffusione - dei servizi pubblici on line<sup>32</sup> e diritti dei cittadini-utenti telematici<sup>33</sup>, quali interlocutori o clienti della pubblica Amministrazione<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> D.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, in G.U. 16 maggio 2005 n. 112 S.O. – *Codice dell'Amministrazione digitale*.

<sup>31</sup> Centro Nazionale per l'informatica sulla pubblica amministrazione: *Piano Triennale per l'I.C.T. della p.A. Centrale 2008-2010 e Linee strategiche volte a indirizzare le amministrazioni nella predisposizione del piano triennale per l'informatica 2008-2010* (Adunanza del 27 febbraio 2007); pareri C.d.S. Sezione Consultiva per gli atti normativi del 7 febbraio 2005 e del 30 gennaio 2006; Direttiva Pres. Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie – *Qualità dei servizi on line e misurazione della soddisfazione degli utenti*, riportata in appendice al presente articolo data la sua importanza per il tema trattato; *Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche)* del 18 gennaio 2007; L. 9.1.2004 n. 4, *Accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*.

<sup>32</sup> v. in particolare nel Codice dell'Amministrazione digitale: art. 7, *Qualità dei servizi e soddisfazione dell'utenza*, comma 1: *Le pubbliche amministrazioni centrali provvedono alla riorganizzazione ed aggiornamento dei servizi resi; a tale fine sviluppano l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, sulla base di una preventiva analisi delle reali esigenze dei cittadini e delle imprese, anche utilizzando strumenti per la valutazione del grado di soddisfazione degli utenti*; art. 12, *Norme generali per l'uso delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nell'azione amministrativa*, comma 1: *Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione*; art. 13, *Formazione informatica dei dipendenti pubblici: Le pubbliche amministrazioni nella predisposizione dei piani di cui all'art. 7 bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, e nell'ambito delle risorse finanziarie previste dai piani medesimi, attuano anche politiche di formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*.

<sup>33</sup> v. in particolare nel Codice dell'amministrazione digitale: art. 3, *Diritto all'uso delle tecnologie*, comma 1: *I cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali nei limiti di quanto previsto nel presente codice*; art. 4, *Partecipazione al procedimento amministrativo informatico*, comma 1: *La partecipazione*

Sotto altro ma concorrente profilo, l'osservazione della realtà (quale registrata anche dal piano triennale I.C.T. della P.A. centrale 2008-2010), ha evidenziato la carenza di un effettivo rilievo dei diritti degli utenti telematici

---

*al procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi sono esercitabili mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione secondo quanto disposto dagli articoli 59 e 60 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; art. 8, Alfabetizzazione informatica dei cittadini: Lo Stato promuove iniziative volte a favorire l'alfabetizzazione informatica dei cittadini con particolare riguardo alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire l'utilizzo dei servizi telematici delle pubbliche amministrazioni; art. 9, Partecipazione democratica elettronica: Lo Stato favorisce ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi; art. 17, Strutture per l'organizzazione, l'innovazione e le tecnologie, comma 1: ... d) accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici e promozione dell'accessibilità anche in attuazione di quanto previsto dalla legge 9 gennaio 2004 n. 4; e) analisi della coerenza tra l'organizzazione dell'amministrazione e l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, al fine di migliorare la soddisfazione dell'utenza e la qualità dei servizi nonché di ridurre i tempi e i costi dell'azione amministrativa; art. 53, Caratteristiche dei siti, comma 1: Le pubbliche amministrazioni centrali realizzano siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità. .*

<sup>34</sup> La "sintesi" delle due prospettive (organizzazione-erogazione-qualità dei servizi da una parte e diritti degli utenti dall'altra) è contenuta nell'art. 63 del Codice – *Organizzazione e finalità dei servizi in rete: Le pubbliche amministrazioni centrali individuano le modalità di erogazione dei servizi in rete in base a criteri di valutazione di efficacia, economicità ed utilità e nel rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione, tenendo comunque presenti le dimensioni dell'utenza, la frequenza dell'uso e l'eventuale destinazione all'utilizzazione da parte di categorie in situazioni di disagio. Le pubbliche amministrazioni centrali progettano e realizzano i servizi in rete mirando alla migliore soddisfazione delle esigenze degli utenti, in particolare garantendo la completezza del procedimento, la certificazione dell'esito e l'accertamento del grado di soddisfazione dell'utente. Le pubbliche amministrazioni collaborano per integrare i procedimenti di rispettiva competenza al fine di agevolare gli adempimenti di cittadini ed imprese e rendere più efficienti i procedimenti che interessano più amministrazioni, attraverso idonei sistemi di cooperazione.* v. anche L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir.Amm.* n. 4/1996. Sull'amministrazione informatica nella legislazione precedente al Codice dell'amministrazione digitale v. per tutti A. Masucci, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. Dir.Civ.*, n. 5/2004, pp. 749-786; *Documento informatico e sottoscrizione elettronica. La nuova normativa del .T.U. sulla documentazione amministrativa tra direttiva europea e specificità italiana*, in *Riv.It. Dir.Publ.Com.*, n. 2/2004, pp. 541-571; *L'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli 1993.

e l'assenza di un sistema di misurazione del grado di soddisfazione dell'utenza<sup>35</sup>.

I freni principali alla diffusa digitalizzazione della pubblica Amministrazione<sup>36</sup> sono costituiti dal *digital divide* (geografico, infrastrutturale, economico, generazionale, cognitivo-operativo, ecc.), dall'analfabetismo digitale e dal difetto motivazionale che si manifesta anche come mancanza di fiducia o mancata percezione della necessità dei servizi.

In questo contesto diventa giuridicamente (oltre che socialmente, politicamente, moralmente, istituzionalmente ed economicamente) necessario individuare (facendo ricorso anche all'immaginazione, alla creatività, alla fantasia) strumenti che rendano effettivo e concreto il diritto all'uso delle tecnologie telematiche riconosciuto a cittadini e imprese dal Codice dell'Amministrazione digitale insieme con altri diritti che intorno ad esso ruotano (diritto all'accesso e all'invio di documenti digitali; diritto ad effettuare qualsiasi pagamento in forma digitale; diritto a ricevere comunicazione pubblica per e-mail; diritto alla qualità del servizio e alla misura della soddisfazione; diritto alla partecipazione; diritto a trovare on-line tutti i moduli e i formulari validi e aggiornati). E ciò nella prospettiva dell'auspicato dialogo interattivo personalizzato, potenzialmente continuativo, tra Amministrazione e cittadini, rimuovendo gli ostacoli che si frappongono non solo al pieno esercizio ma ancor prima alla consapevolezza della titolarità del diritto<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> in riferimento ai quattro livelli di servizi on-line: informazione; scaricare modulistica; attivazione di procedimenti; svolgimento on-line dell'intera transazione: Relaz. Pres. Consiglio europeo Nizza 2000

<sup>36</sup> Come evidenziato dal piano I.T.C. 2008-2010 e come segnalato dalla dottrina: v. A.M. Buongiovanni

<sup>37</sup> il superamento del *digital divide*, dell'analfabetismo telematico e della mancanza di motivazione si presenta come presupposto e preconditione giuridica dei diritti e come obiettivo primario delle azioni pubbliche: v. Piano ICT 2008/2010. In dottrina v. D. Marongiu, *Il governo dell'informatica pubblica (tra Stato, Regioni ed enti locali)*, ESI, Napoli 2007, spec. p. 118 e ss..

I diritti dell'utente telematico, pur riconosciuti dalla legge a cittadini e imprese, emergono quindi come diritti la cui piena conformazione e garanzia derivano dall'esercizio di poteri lato sensu organizzatori e dall'esplicazione di una funzione per così dire sollecitatoria, promozionale, propulsiva, generatrice di fiducia da parte delle pubbliche Amministrazioni soprattutto locali e segnatamente dal Comune costituente *front office* di tutte le altre pubbliche amministrazioni e titolare privilegiato della funzione amministrativa (v. artt. 114 e 118 Cost.)<sup>38</sup>.

Ne deriva il particolare rilievo dei diritti delle categorie in situazioni di disagio o a rischio di emarginazione e comunque delle persone meno dotate rispetto all'uso delle tecnologie informatiche comprese quelle in condizioni di disabilità, come del resto richiesto dalla legislazione<sup>39</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, i diritti dell'utente telematico si presentano come diritti correlati con la funzione ed i poteri amministrativi e perciò oscillanti tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ovvero riconducibili alla figura dei c.d. diritti amministrativi, la cui titolarità scaturisce dalla legge ma la cui conformazione e il cui esercizio derivano anche dalla normazione amministrativa<sup>40</sup>. E ciò giustifica, sul piano costituzionale, la loro devoluzione alla giurisdizione esclusiva amministrativa, come sancito dall'art. 3 del Codice dell'amministrazione digitale in conformità con le indicazioni contenute nel parere 30.1.2006 n. 31/2006 dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

Al tempo stesso i diritti dell'utente telematico evidenziano la loro riconducibilità ai diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle

---

<sup>38</sup> Sul rapporto cittadino-amministrazione nell'amministrazione locale di risultato v. *infra* *Principi fondamentali dell'amministrazione locale di risultato nell'ordinamento repubblicano*

<sup>39</sup> v. art. 63 *Codice sull'amministrazione digitale*: principi di eguaglianza, non discriminazione, attenzione alle situazioni di disagio, ecc.; e l. 9 gennaio 2004 n. 4 *Accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*

<sup>40</sup> v. in proposito *infra* nel presente volume *Dall'interesse legittimo ai diritti "amministrativi"*

formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, diritti non solo da riconoscere ma anche e soprattutto da garantire (art. 2 Cost.) proponendosi sempre più come essenziali al pieno sviluppo della persona umana, con conseguente dovere della Repubblica tutta, ed in particolare dei Comuni, di rimuovere gli ostacoli che si frappongono al loro pieno esercizio (art. 3 Cost. anche in riferimento agli artt. 5, 114 e 118 Cost.) e con la conseguente caratterizzazione dei poteri pubblici che con tali diritti interferiscono in termini non autoritativi e di servizio<sup>41</sup>.

In questa prospettiva vengono in rilievo innanzitutto gli interventi, volti all'alfabetizzazione telematica e all'istruzione telematica per così dire di base, costituiti non solo dall'individuazione di figure didattiche o di sedi di insegnamento telematico<sup>42</sup>; ma anche dalla ricerca di un nuovo linguaggio che, avvalendosi dell'approccio multicanale di cui sempre più si avverte l'esigenza<sup>43</sup>, si contraddistingua per la sua semplicità e per l'utilizzazione di una pluralità di tecniche rappresentative. A tal proposito, alla progressiva dematerializzazione dei procedimenti sembra corrispondere l'esigenza di un linguaggio sempre più aderente alla realtà che porti al suo interno cose, persone, immagini reali, spiegazioni semplici, riassunti non tecnici. Un linguaggio quindi scritto, orale, figurativo, musicale, ecc., idoneo a esprimere la realtà concreta e quotidiana. Un linguaggio, sotto altro profilo, coerente con il modello di amministrazione di risultato (alla quale sempre più appare strettamente collegata l'amministrazione digitale) che miri alla

---

<sup>41</sup> v. in proposito *infra* nel presente volume *Atti e poteri non autoritativi nell'amministrazione di risultato*.

<sup>42</sup> v. Piano ICT 2008/2010

<sup>43</sup> v. direttiva 27.7.2005 *Qualità dei servizi on line e misura della soddisfazione degli utenti: web, chioschi telematici, TV digitale, call center, telefoni cellulari, VoiP*; v. in dottrina S. Boesio-M. Ott-G. Trentin, *Il "linguaggio telematico" al di là degli schemi della lingua scritta*, Istituto Tecnologie Didattiche, CNR, Genova; M. Bifulco-P. Polidoro, *La telematica come nuovo linguaggio mitico*, in *Proteo*, n. 3/2000.

rappresentazione anticipata del (progetto di) prodotto e che favorisca l'e-democracy e l'e-governance<sup>44</sup>.

L'auspicata e necessaria emersione dalla realtà locale di proposte volte al superamento del *digital divide* e all'alfabetizzazione telematica si correla anche con la funzione di coordinamento attribuita allo Stato dall'art. 117, comma 1, lettera r, della Costituzione che - in una dimensione partecipata del coordinamento - si dovrebbe presentare non come imposizione dall'alto di soluzioni ma come guida che individui, fra le soluzioni elaborate ai diversi livelli, quelle più efficaci e funzionali ai fini del loro riuso<sup>45</sup>.

Sul piano organizzativo sembra imporsi come giuridicamente necessario un sistema, frutto della proiezione dei diritti, dei macro e dei micro diritti delle persone, nel quale le norme di organizzazione e di comportamento costituiscono l'altra faccia della medaglia. Il dovere di formazione dei dipendenti, ad esempio, mostra la sua correlazione con il diritto degli utenti (a fronte del rischio di accentuazione della spersonalizzazione e dell'anonimato insito nell'uso delle tecnologie informatiche) a ché il

---

<sup>44</sup> Rileva A.G. Orofino, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci Editore, Bari, 2008, che *la partecipazione procedimentale non può essere qualificata in termini di "servizio pubblico"; ciononostante, non si può negare che sia un "servizio" (inteso nel senso di utilità) reso al cittadino il consentirgli di poter accedere via internet al fascicolo virtuale riguardante il procedimento di interesse, per poterlo visionare o potervi depositare memorie e documenti* (p. 149). E, a proposito della telematica civica, l'A. afferma che *affinché la telematica possa essere strumento effettivo di dialogo tra istituzioni e comunità, è essenziale che le tecnologie adoperate per la implementazione di reti civiche siano di semplice utilizzo, così da consentire l'accesso a chiunque e non richiedano il possesso di particolari abilità per sfruttarne le possibilità di interazione* (p. 212). In merito alla partecipazione amministrativa on line, l'A. rileva che *si tratta di uno spazio di confronto davvero angusto, laddove sarebbe auspicabile garantire forme più ampie di consultazione delle comunità che servano ad orientare la discussione sul merito delle scelte da adottarsi e, quindi, sull'esercizio della discrezionalità adoperata nel perseguimento degli interessi di cui gli enti pubblici si fanno interpreti. Il tutto, peraltro, non può che essere realizzato a partire dai livelli di governo più vicini ai cittadini e servirsi degli strumenti forniti dall'innovazione tecnologica. Sotto il primo profilo, infatti, va ribadito come la maggiore prossimità delle amministrazioni territoriali agli individui permetta a tali enti di interpretarne meglio i bisogni e, nello stesso tempo, consenta una maggiore visibilità dei governanti. Il che favorisce l'interessamento delle collettività alla vita istituzionale di realtà che sono sentite meno distanti.* (p. 216-217).

<sup>45</sup> così D. Marongiu, op. cit..

personale riceva anche una formazione umana, relazionale, di servizio e quindi una formazione al dialogo (elettronico-interattivo) interpersonale.

I misuratori di efficacia, economicità e utilità dei servizi sono in questa prospettiva costituiti dai micro e macro diritti degli utenti telematici, il cui apprezzamento soggettivo, circa l'accessibilità al servizio, la comprensibilità dei messaggi, l'accoglienza nel sistema, la fiducia, il sostegno ricevuto, ecc, si propone come parametro oggettivo qualitativo, traducibile anche in dati numerici (quantitativi).

Il modello di amministrazione digitale appare così, anche da questo punto di vista, coerente con il modello di amministrazione di risultato, ove per risultato si intenda la soddisfazione qualitativa e quantitativa dei diritti quale dovere gravante sull'amministrazione in tutti gli ambiti della sua azione amministrativa, compresa quella pianificatoria, con particolare riferimento all'urbanistica c.d. digitale<sup>46</sup>.

L'attuazione del modello su delineato postula infine meccanismi innovativi di tutela dei diritti degli utenti telematici (tribuni della plebe telematica; pretori telematici peregrini) e nuove forme di responsabilità; secondo una logica preventiva gradualistica, collaborativa, conciliativa<sup>47</sup>, piuttosto che puramente accusatoria, repressiva, sanzionatoria, risarcitoria, annullatoria (comunque sussidiaria).

In tale prospettiva il momento della tutela giudiziaria si presenta ancora essenziale e quindi non solo da potenziare per assicurare tutela ai diritti sacrificati e non soddisfatti ma anche per "indurre" le Amministrazioni a preferire, al conflitto<sup>48</sup>, il ricorso alla soluzione conciliativa concordata delle vertenze.

---

<sup>46</sup> v. I.N.U. Campania, III Giornale di Studi, *L'urbanistica digitale*, Napoli, 27.11.2006; sulla necessità di un'urbanistica di risultato v. *infra*, in questo volume, *Urbanistica di risultato*.

<sup>47</sup> v. L. Iannotta, *Scienza e realtà*, cit.

<sup>48</sup> Sulla tutela dei diritti e degli interessi legittimi nell'amministrazione di risultato v. *infra*, in questo volume, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme della legge 241 del 7 agosto 1990*.

**Appendice: Direttiva 27 luglio 2005 - Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie. Qualità dei servizi on-line e misurazione della soddisfazione degli utenti. (GU n. 243 del 18-10-2005)**

*IL MINISTRO PER L'INNOVAZIONE E LE TECNOLOGIE di concerto con IL MINISTRO PER LA FUNZIONE PUBBLICA Visto l'art. 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400, recante «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri»; Visto il decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, recante «Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421» e successive modificazioni; Visto il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» e successive modificazioni; Visto l'art. 31 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale (legge finanziaria 2002)»; Vista la legge 9 gennaio 2004, n. 4, recante «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici»; Visto il decreto del Presidente della Repubblica 1° marzo 2005, n. 75, recante «Regolamento di attuazione della legge 9 gennaio 2004, n. 4, per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici»; Visto il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante «Codice dell'amministrazione digitale»; Visto il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 6 maggio 2005, recante «Delega di funzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di innovazione e tecnologie al Ministro senza portafoglio, dott. Lucio Stanca»; Viste le «Linee guida del Governo per lo sviluppo della società dell'informazione nella legislatura», del giugno 2002; Vista la propria direttiva in data 20 dicembre 2002, recante «Linee guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione» per l'anno 2003; Vista la propria direttiva in data 18 dicembre 2003, recante «Linee guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione» per l'anno 2004; Vista la direttiva del Ministro per la funzione pubblica in data 24 marzo 2004, sulla rilevazione della qualità dei servizi percepita dai cittadini; Vista la propria direttiva in data 4 gennaio 2005, recante «Linee guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione» per l'anno 2005; E m a n a la seguente direttiva per la qualità dei servizi on-line e la misurazione della soddisfazione degli utenti.*

**1. Obiettivi della direttiva.** *Obiettivo della presente direttiva e' fornire indicazioni per migliorare la qualità e promuovere l'utilizzo dei servizi on-line, attraverso un'attenta ed efficace rilevazione delle esigenze e delle aspettative degli utenti. In particolare vengono forniti indirizzi e linee guida per: a) perseguire maggiore efficacia e tempestiva rispondenza alle aspettative degli utenti attraverso l'utilizzo della rete e le tecnologie informatiche, sia per progettare nuove modalità di interazione non condizionate da vincoli temporali e logistici, guidate da un'informazione mirata e agevolmente fruibile, esaustiva nel conseguimento del risultato atteso, sia per rilevare il gradimento degli utenti facendo emergere i bisogni reali; b) promuovere l'utilizzo delle tecnologie per realizzare servizi on-line che consentano all'utente di accedere al servizio indipendentemente dal canale utilizzato e all'amministrazione di non dover duplicare informazioni e dati relativi*

al servizio e al richiedente; cio' al fine di semplificare i rapporti P.A. - cittadini ed imprese; c) incentivare la fruizione dei servizi on-line, in modo da soddisfare le diverse tipologie di utenti, offrendo loro una piu' ampia scelta, ed attenuare la pressione sui canali di erogazione tradizionali consentendo di ridurre i costi di front-office.

**2. Scenario di riferimento.** Nel continuo processo di trasformazione e modernizzazione delle amministrazioni pubbliche, hanno assunto particolare importanza il tema della qualita' dei servizi pubblici e il ruolo centrale del cittadino, non solo come destinatario di servizi, ma anche quale risorsa strategica da coinvolgere per valutare la rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali (si veda la direttiva del Ministro per la funzione pubblica in data 24 marzo 2004, recante «Misure finalizzate al miglioramento del benessere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni»). L'accessibilita' dei servizi e' uno degli elementi piu' qualificanti dell'orientamento al cittadino: Internet, per la sua intrinseca proprieta' di interazione tempestiva e flessibile, rappresenta il canale piu' idoneo ad estenderne la fruibilita'. L'importanza centrale, anche in termini di efficienza, tempestivita' ed economicita', dell'accesso on-line ai servizi delle pubbliche amministrazioni attraverso il canale telematico e' stato peraltro affermato in modo chiarissimo nel «Codice dell'amministrazione digitale» (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82). Tuttavia, il divario digitale, che e' ancora fortemente presente in alcune fasce della popolazione, comporta la necessita' di un approccio multicanale, per rendere fruibili i servizi sia dal tradizionale sportello sia da canali a cui e' possibile accedere in modalita' remota. Dopo una prima fase di investimenti, stimolati anche da progetti sperimentali e finalizzati, i tempi sono maturi per adottare in modo diffuso il canale di erogazione on-line come componente essenziale di una strategia delle amministrazioni pubbliche improntata alla multicanalita'. Pertanto e' opportuno che le amministrazioni, allorché introducono o potenziano servizi on-line, riprogettino sostanzialmente la propria offerta in modo da gestire la multicanalita' con criteri razionali. Inoltre deve essere garantita una coerenza complessiva tra le diverse modalita' di erogazione del servizio per evitare disomogeneita' tra i livelli qualitativi nei vari canali. Solo tale strategia, che deve fondarsi su un approccio sistematico, organico e pragmatico, sara' in grado di generare un elevato valore aggiunto per i cittadini, le imprese, le famiglie e gli altri corpi intermedi della societa'. Tale valore puo' essere considerato dal punto di vista: a) economico, in quanto contribuisce ad aumentare la competitivita' dei sistemi locali e del sistema Paese, specialmente per i servizi alle imprese e in genere per le attivita' produttive; b) sociale, in termini di migliore qualita' di vita degli individui e delle comunita'. Nel contesto di una strategia multicanale, l'erogazione dei servizi on-line consente di far emergere la domanda latente in alcuni settori e di rispondere ai nuovi bisogni reali; essa permette inoltre di spostare parte della domanda su una modalita' piu' rapida e maggiormente personalizzata. Inoltre, le moderne tecnologie a supporto dei servizi on-line consentono anche di raccogliere ed elaborare un ingente volume di dati e informazioni dai quali trarre conoscenze sulle tipologie dei bisogni, sui segmenti di utenza, su eventuali barriere culturali e sociali all'utilizzo dei servizi. Tali informazioni, integrate con quelle provenienti dagli altri canali di erogazione, consentono di ridurre, o addirittura eliminare, il rischio di autoreferenzialita' nell'azione delle pubbliche amministrazioni.

**3. Classificazione dei servizi on-line e approccio multicanale.** Rientrano nell'accezione piu' ampia di «servizi on-line» i servizi non mediati da sportello a cui e' possibile accedere in modalita' remota tramite i seguenti canali: web, chioschi telematici, tv digitale, call center, telefoni cellulari. La scelta dei canali on-line di erogazione di uno specifico servizio deve essere effettuata tenendo conto sia del livello di interazione necessario alla sua completa erogazione, sia dei dati che occorre scambiare con l'utente, sia delle specifiche esigenze di fruizione. In relazione alle modalita' di interazione, come affermato nella relazione della Presidenza del Consiglio europeo di Nizza del novembre 2000, i servizi on-line sono classificati dall'Unione europea su quattro livelli, che vanno dalla disponibilita' on-line di informazioni alla possibilita' di scaricare la modulistica, alla possibilita' di attivare un procedimento, allo svolgimento dell'intera transazione on-line. Riguardo ai dati da scambiare, si va da ridotti contenuti non legati allo specifico utente, ad informazioni ponderose e complesse, fino ai dati che permettono un riconoscimento sicuro dell'utente o che forniscono una certificazione della transazione effettuata. In merito alle diverse esigenze di fruizione legate alla tipologia di servizio, occorre valutare se si fruisce del servizio in maniera estemporanea e fortemente delocalizzata (es. info viabilita', pagamento parcheggi, emergenze), ovvero se vi si accede prevalentemente da casa o dall'ufficio. I vari canali disponibili hanno intrinsecamente caratteristiche fortemente diversificate e quindi presentano diversi punti di forza o di debolezza rispetto al peso che i predetti parametri hanno nel singolo servizio. Pertanto, la scelta del canale o dei canali on-line piu' indicati per l'erogazione di un particolare servizio deve essere il risultato di un'attenta mediazione fra i punti di forza dello specifico canale e le caratteristiche salienti del servizio considerato. Al momento, il canale piu' utilizzato per l'erogazione di servizi istituzionali e' il web, stante l'ampiezza e la maturita' delle tecnologie disponibili; comunque, qualunque sia il canale on-line individuato, i criteri generali di approccio ad un risultato di qualita' sono universalmente validi e rimane centrale l'importanza di rilevare la percezione ed i comportamenti dell'utenza.

**4. Fattibilita', priorita' e fattori critici di successo.** Fattore critico e trainante e' la capacita' di generare un reale e percepibile valore aggiunto per importanti segmenti di utilizzatori dei servizi pubblici. Pertanto e' auspicabile partire da quei servizi che per loro natura e per tipologia di destinatari hanno una maggiore visibilita' e un maggiore impatto sulla soddisfazione degli utenti. Un'elevata qualita' ed efficacia di questi servizi determineranno un effetto di «emulazione», ossia l'aumento della richiesta di erogazione on-line di ulteriori servizi. Per massimizzare la certezza del risultato e' necessario: a) predisporre un piano realistico e fattibile di sviluppo dei servizi on-line, in modo da evitare di generare attese negli utenti eccessivamente elevate rispetto alla capacita' di risposta; b) stabilire un chiaro ordine di priorita' relativo ai servizi da erogare, verificando nell'ottica degli utenti le motivazioni a supporto delle priorita' individuate, e predisporre un piano di sviluppo «integrato», che tenga anche presente l'eventuale necessita' di attivare on-line altri servizi complementari, in mancanza dei quali il valore aggiunto sarebbe limitato; c) perseguire la collaborazione tra amministrazioni per la ricerca di soluzioni replicate o replicabili e per la progressiva eliminazione delle duplicazioni di informazioni, sia in fase di richiesta sia in sede di memorizzazione, attraverso un sempre maggiore utilizzo di processi

di cooperazione telematica; d) garantire un'omogenea e costante erogazione dei servizi attraverso i vari canali, in modo tale da soddisfare le diverse tipologie di utenza e valutare nel tempo l'evoluzione della domanda fra i diversi canali; e) valutare i risparmi attesi nel breve e medio periodo dall'offerta dei servizi on-line, confrontandola con i costi di realizzazione e gestione dei nuovi canali, e predisporre una concreta azione di monitoraggio del conseguimento di tali risparmi; f) verificare l'eventuale presenza di impedimenti organizzativi e normativi per l'erogazione dei servizi attraverso i nuovi canali, ed attivare tempestivamente le conseguenti iniziative; g) pianificare un'adeguata azione di informazione e promozione dell'utilizzo del nuovo canale. In tale contesto, qualora le amministrazioni, nella programmazione degli interventi di digitalizzazione dei propri servizi, ravvedano la necessita' o l'opportunita' di semplificare i procedimenti amministrativi e le regolamentazioni interne, ne informano il Dipartimento della funzione pubblica e il Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie.

**5. La qualita' dei siti e dei portali.** L'adozione di una strategia di erogazione dei servizi volta ad estendere la fruizione attraverso il canale web impone alle amministrazioni una particolare attenzione nella progettazione dei siti e dei portali; essi, infatti, vengono a configurarsi come «sportelli virtuali», e cioe' punto di accoglienza e di accesso per un bacino di utenza potenzialmente, ed auspicabilmente, molto piu' esteso e diversificato di quello di qualunque sportello tradizionale. Il loro livello di gradimento, se positivo, rappresenta la condizione necessaria affinché l'interesse degli utenti di internet si trasferisca sui servizi da essi indirizzati e conseguentemente si concretizzino i positivi ritorni pianificati. Fermo restando quanto previsto in materia di accessibilita' dai provvedimenti di attuazione della legge n. 4 del 2004, di seguito viene indicato un elenco minimo di caratteristiche da considerare per assicurare la qualita' dei servizi offerti da un portale ai suoi utenti: a) accesso ai servizi strutturato secondo il punto di vista dei segmenti di utenza ai quali si rivolgono; b) percorsi brevi, omogenei e facilmente individuabili; c) presenza di una mappa del sito chiara e sempre aggiornata; d) disponibilita' di funzioni di ricerca semplici ed efficaci; e) aggregazione organica e coerente di informazioni e servizi, correlati fra loro per tematica o finalita', con la possibilita' di accesso diretto dall'uno all'altro. Poiche' e' impossibile, per quanto si vogliano prevedere i bisogni dell'utenza, cogliere a priori ogni tipo di esigenza, e' necessario che nel portale vengano previsti, e chiaramente evidenziati, spazi per il contatto diretto attraverso indirizzi di posta elettronica o numeri verdi. Nell'allegato n. 1 vengono approfonditi gli aspetti tecnico-organizzativi legati all'interazione diretta con gli utenti.

**6. La qualita' dei servizi on-line.** Per quanto riguarda i servizi informativi on-line, che al momento costituiscono la parte preponderante dell'offerta, occorre che l'informazione resa sia: a) referenziata; b) completa; c) strutturata; d) comprensibile; e) aggiornata; f) uniforme su tutti i canali. Pertanto e' opportuno: a) evidenziare chiaramente l'identita' del soggetto pubblico responsabile dell'informazione, in quanto, stante l'istituzionalita' del servizio, va garantita la fonte e la correttezza dei contenuti; a tal fine, nel caso di servizi erogati attraverso web, si richiama l'importanza dell'utilizzo del dominio «.gov.it», e del rispetto delle procedure per l'acquisizione ed il mantenimento del dominio medesimo, disponibili sul sito del CNIPA; b) per i servizi on-line disponibili su web, creare percorsi di

navigazione sufficientemente brevi, anche per l'accesso a documenti ponderosi e complessi, e prevedere link, immediatamente attivabili, ad atti presupposti o correlati; c) introdurre «abstract» che evidenzino chiaramente, e con linguaggio di uso comune, le finalita' e gli ambiti di applicazione dei documenti pubblicati; d) attivare adeguate procedure organizzative che assicurino la tempestiva comunicazione di eventuali modifiche da parte degli uffici competenti; e) in un approccio multicanale, non duplicare i dati relativi ad uno stesso servizio e le relative piattaforme utilizzate (prevedendo invece un unico database per la gestione delle informazioni), in modo da garantire sia alla pubblica amministrazione che all'utente la possibilita' di accedere alle stesse informazioni a prescindere dal canale utilizzato. Per quanto riguarda i servizi transazionali on-line e' opportuno: a) che il servizio sia autoconsistente; di regola, non deve essere richiesto all'utente di utilizzare un altro canale, ed in particolare quello tradizionale dello sportello, al fine di completare il processo. Cio' non toglie che, ove risulti necessario od opportuno, per l'esecuzione delle diverse fasi del servizio si possano utilizzare i diversi canali disponibili e che quindi alcune fasi del processo possano essere svolte con il ricorso ad altri strumenti di comunicazione a distanza di uso comune (es. il fax o la posta); b) che il servizio sia facilmente fruibile; deve essere messa a disposizione una guida all'utilizzo semplice e chiara, fornendo collegamenti immediati a contenuti normativi o informativi correlati, deve essere attivato un recapito telefonico o di posta elettronica per la richiesta di chiarimenti e in tutti i messaggi rivolti all'utente si deve utilizzare un linguaggio che non sia per gli «addetti ai lavori»; c) che per ogni servizio siano pubblicate organicamente e mantenute aggiornate le domande piu' frequenti poste dagli utenti; d) che il servizio realizzi una reale semplificazione delle attivita' che gli utenti devono svolgere, promuovendo, per quanto possibile, l'integrazione in un'unica transazione di piu' adempimenti di competenza di diversi soggetti istituzionali, ma finalizzati al conseguimento di un risultato unitario per l'utente; e) che il servizio offra vantaggi concreti e immediatamente percepibili, quali costi inferiori a quelli richiesti nel caso di utilizzo del tradizionale canale di sportello, scadenze piu' dilazionate, fruibilita' indipendente dagli orari di ufficio; f) che il servizio sia fruibile da tutti; fermo restando, anche in questo ambito, quanto previsto nella gia' citata normativa in materia di accessibilita', e' opportuno che si tenga conto delle esigenze degli stranieri o dei cittadini italiani di origine estera, sia nella predisposizione della modulistica, sia nel prevedere, almeno per i servizi di uso piu' frequente da parte di questa classe di utenti, l'utilizzo delle lingue piu' diffuse; g) che il servizio sia trasparente; e' necessario fornire adeguata informazione sulle caratteristiche e finalita' della transazione ed evidenziare con chiarezza i risultati e gli effetti della transazione una volta attivata, indicare gli eventuali tempi di completamento del processo e delle eventuali ulteriori interazioni necessarie, nonche' consentire di conoscere lo stato di avanzamento dell'iter; h) che l'utente abbia la certezza dell'esito della transazione; sia che il procedimento si concluda in tempo reale, sia che si completi in tempi differiti rispetto alla sua attivazione, all'utente deve essere fornita un'attestazione, equivalente a tutti gli effetti a quella fornita allo sportello, atta ad evidenziare i tempi e le modalita' con le quali ha richiesto il servizio e gli esiti del procedimento.

**7. La valutazione della soddisfazione degli utenti.** L'attento e continuo monitoraggio del gradimento e delle aspettative dei diversi segmenti di utenze

*interessati alle varie aree di servizio acquisisce una particolare valenza nell'erogazione on-line dei servizi stessi, mancando su questo tipo di canale la percezione dell'atteggiamento degli utenti rilevabile nell'ambito del rapporto diretto; pertanto, tale monitoraggio rappresenta un elemento essenziale ed ineludibile dei piani di attivazione dei nuovi canali di erogazione. Per rilevare il gradimento dei cittadini, delle famiglie, delle imprese e degli altri utilizzatori dei servizi e' quindi opportuno gestire in maniera organica tre modalita' tra loro diverse ma i cui risultati vanno integrati: a) una modalita' diretta, attuata attraverso un questionario su web o per via telefonica, da proporre periodicamente; b) una modalita' indiretta fondata sulle informazioni acquisite attraverso le e-mail ricevute, il contact center e ogni altra forma di contatto prevista con gli utenti; c) una modalita' «tecnica» basata sull'analisi dei comportamenti di navigazione. Nell'allegato n. 2 sono forniti dettagli sulle diverse modalita' di rilevazione della soddisfazione degli utenti. La sintesi delle diverse fonti consente una visione piu' articolata e quindi valutazioni piu' complete. In particolare, partendo dai dati «tecnici», possono essere effettuate analisi comportamentali che fanno emergere eventuali punti di forza e di debolezza dei portali. Ad esempio, nel caso del web, interpretando i comportamenti dei navigatori, si possono individuare pagine o sezioni con elevato numero di abbandoni, che evidentemente testimoniano difficolta' nell'attivare le funzionalita' del portale o incompletezza o scarsa capacita' di istradamento; in altri casi il limitato numero di accessi di una sezione rispetto alle altre puo' indicare che l'argomento non e' di interesse per il tipo di utenti di quel portale o che lo stesso e' affrontato in maniera non soddisfacente. Analogamente vanno anche considerati i dati delle e-mail e del contact center perche', ad esempio, un elevato numero di richieste sullo stesso argomento puo' indurre a pensare che probabilmente le indicazioni presenti in materia sul portale sono insufficienti o sono poco chiare. E' opportuno che l'analisi dei comportamenti, delle aspettative e del gradimento degli utenti per i servizi on-line venga condotta anche attraverso la comparazione delle valutazioni effettuate per i singoli canali, sia per individuare e rimuovere criticita' indipendenti dal canale di erogazione, sia per monitorare l'effettivo ritorno degli investimenti sui diversi canali. Cosi', ad esempio, l'alta frequentazione di particolari sezioni di un sito, se non si accompagnasse ad una diminuzione del numero dei contatti, per le stesse sezioni, sugli altri canali, sarebbe un indicatore indiretto di come un'informazione o un servizio sia in generale poco chiara o non coerente, inducendo quindi l'utente a piu' verifiche sui vari canali su cui l'informazione o il servizio vengono erogati. Nel loro complesso, le informazioni rilevate devono configurarsi come l'elemento portante di una strategia evolutiva di successo, per la definizione delle azioni conseguenti e delle relative pianificazioni. E' necessario pertanto: a) predisporre adeguati sistemi e metodologie di analisi che permettano di monitorare il gradimento del servizio offerto, le eventuali richieste di ulteriori servizi o l'ampliamento di quelli esistenti e lo spostamento della domanda tra i vari canali utilizzabili per uno stesso servizio; a tal fine ogni amministrazione puo' utilizzare, nella propria autonomia e responsabilita', gli strumenti che ritiene piu' opportuni, quali questionari on-line, possibilmente collegati anche alla fruizione di specifici servizi, indagini via e-mail, indagini telefoniche guidate attraverso call center, ecc.; b) utilizzare almeno una struttura minima di rilevazione del livello di utilizzo dei servizi sia per quelli di*

informazione sia quelli transazionali; tale struttura minima di rilevazione e' pubblicata e periodicamente aggiornata sul sito del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione (CNIPA) [www.cnipa.gov.it](http://www.cnipa.gov.it) c) partendo dai dati quantitativi, effettuare analisi che facciano emergere ed interpretino i comportamenti dei navigatori per dedurre indicazioni altrimenti non acquisibili; d) integrare quanto rilevato tramite i questionari ad hoc con i dati acquisiti attraverso il contact center, le e-mail e i reclami, che offrono il vantaggio di poter effettuare un monitoraggio continuo delle reazioni spontanee e non condizionate, rispetto alle campagne periodiche di rilevazione del gradimento degli utenti; e) pianificare ed attuare una effettiva circolarita' delle informazioni, in modo che i risultati delle rilevazioni vengano diffusi all'interno dell'organizzazione e in particolare ai responsabili dei singoli processi sia amministrativi sia tecnologici, per le opportune valutazioni e la definizione delle eventuali iniziative necessarie; f) monitorare periodicamente l'effettiva attivazione delle azioni conseguenti. I sistemi di rilevazione devono essere attivati entro sei mesi dall'emanazione della presente direttiva.

**8. La funzione di supporto.** Presso il CNIPA e' istituito un centro di competenza a disposizione delle amministrazioni per l'attivazione degli adempimenti previsti dalla presente direttiva. Il centro fornisce supporto informativo, di consulenza diretta e di indirizzo finalizzato ad assicurare: a) la messa a fattor comune di conoscenze ed esperienze tecnologiche e organizzative; b) una maggiore efficacia degli interventi, in termini di consulenza e di assistenza alle pubbliche amministrazioni; c) la diffusione delle conoscenze relative a progetti nazionali o internazionali con obiettivi simili. Per le amministrazioni che non ritengono di poter attivare autonomamente la rilevazione diretta del gradimento degli utenti, a richiesta delle stesse puo' essere realizzato, a cura del CNIPA, un ambiente di pubblicazione di questionari on-line in cui la singola amministrazione abbia uno spazio standard dedicato, collegabile dal proprio sito, nonche' servizi per l'elaborazione e la prospettazione dei dati. La decisione in merito all'attivazione di tale servizio e' assunta in funzione del numero di adesioni ad un protocollo di intesa che sara' reso disponibile sul sito CNIPA, contenente le caratteristiche generali del servizio proposto. Il CNIPA inoltre supporta le amministrazioni nell'individuazione delle criticita' da superare per un'efficace erogazione on-line dei propri servizi, collaborando a verificarne la completezza e la usabilita' nella prospettiva degli utenti finali, nonche' a ricercare le soluzioni piu' idonee a risolvere eventuali problemi tecnici o organizzativi. Roma, 27 luglio 2005 Il Ministro per l'innovazione e le tecnologie Stanca Il Ministro per la funzione pubblica Baccini Registrato alla Corte dei conti il 23 settembre 2005 Ministeri istituzionali, Presidenza del Consiglio dei Ministri registro n. 11, foglio n. 260

**Allegato n. 1 La qualita' dei siti e dei portali. Aspetti tecnici e organizzativi dell'interazione con l'utente** Nell'erogazione dei servizi on-line l'interazione con l'utente attraverso il contatto diretto rappresenta una componente essenziale per l'efficacia del servizio stesso, da attuarsi almeno per mezzo del canale telefonico (contact center) e della posta elettronica. In particolare, per quanto riguarda il contact center, gli operatori devono avere una formazione adeguata a comprendere il problema dell'utente, guidarlo, se necessario, a definire con chiarezza il proprio quesito, e a dare comunque una risposta circostanziata ancorche' interlocutoria (ad esempio, chiarire a chi viene inoltrato il quesito,

modalita' e tempi stimati per la risposta); inoltre devono disporre di un'adeguata infrastruttura tecnico-organizzativa per tracciare l'interazione in maniera strutturata, inoltrarla correttamente e tempestivamente e monitorarne gli esiti. Analogamente, per quanto riguarda l'interazione per posta elettronica e' opportuno che l'utente venga guidato, nello strutturare il proprio quesito, suggerimento o reclamo, in maniera da individuare facilmente l'ufficio competente, agevolare la risposta, tracciare in maniera omogenea e organica l'interazione; ad esempio, e' utile impostare la e-mail prevedendo dei campi predefiniti che individuino il tipo di messaggio e l'argomento relativo, possibilmente estratto da una lista di parole chiave da selezionare. Infine, e' necessario predisporre adeguate procedure organizzative che assicurino la tempestiva e puntuale gestione dei quesiti da parte degli uffici competenti e la efficace chiusura del contatto con l'utente, ed eventualmente prevedere la disponibilita' di opportuni strumenti di e-mail management per agevolare e tracciare il processo.

**Allegato n. 2 Organizzazione delle diverse fonti di rilevazione del gradimento degli utenti** Per quanto riguarda la modalita' diretta, la progettazione del questionario e delle altre forme di contatti va effettuata utilizzando adeguate metodologie che ne assicurino efficacia ed utilita'; inoltre e' importante rilevare non solo il gradimento espresso rispetto ai servizi disponibili, ma si deve rivolgere una particolare attenzione a quei servizi che costituiscono le principali aspettative future degli utenti. La conoscenza di servizi non ancora presenti, ma attesi, rappresenta un passo ulteriore di ausilio per la pianificazione di nuovi interventi. Le indicazioni vanno opportunamente confrontate con il potenziale bacino di utenza, con altri parametri inerenti i costi necessari per la loro realizzazione e con la loro concreta fattibilita'. Nella definizione dei rapporti «indiretti» occorre fare in modo che quanto proviene dagli utenti in termini di informazioni e indicazioni sia il piu' possibile strutturato, affinche' se ne possano trarre dei vantaggi in fase di analisi. Da qui l'importanza: a) che la strutturazione della interazione via e-mail sia orientata anche a rilevare la percezione dello scrivente; b) che l'operatore di contact center sia adeguatamente formato e sensibilizzato anche per far emergere criticita' ed aspettative, e che l'infrastruttura tecnologica consenta un'agevole e coerente tracciatura di tali informazioni; c) che le informazioni tratte dai due canali confluiscono in un database integrato. Nella misurazione delle caratteristiche tecniche di utilizzo dei servizi, si devono rilevare il numero di accessi necessari per individuare la transazione desiderata, il numero di pagine visitate per unita' di tempo, il numero di sessioni, la percentuale e la fase di «abbandono» lungo i percorsi di fruizione dei diversi servizi (ad esempio, nel caso in cui si ricorra a componenti on-line solo per estrarre informazioni, realizzando l'interazione con modalita' tradizionali, e' ragionevole ipotizzare che l'esigenza esiste, ma la modalita' di erogazione della transazione e' inadeguata). Altra informazione interessante e' la distribuzione degli accessi nel tempo e, soprattutto, la percentuale degli accessi di nuovi utenti rispetto al totale, che costituisce un significativo indice di fidelizzazione e quindi di gradimento. La misurazione dell'utilizzo del servizio si puo' articolare in numero di accessi totali, in media giornaliera, in valore massimo e valore minimo degli stessi. Inoltre si puo' definire il numero degli accessi in prospettiva longitudinale (ad esempio numero riscontrato nell'ultimo mese, nei due mesi, sei mesi e dodici mesi precedenti). Questa ulteriore articolazione permettera' di rilevare l'andamento del servizio on-

*line ed eventuali aumenti o diminuzioni in rapporto a modifiche del servizio erogato on-line e, soprattutto, al livello di fruizione su altri canali. I dati rilevati devono essere organizzati in un'apposita base dati con profondita' storica, per analizzarne gli andamenti nel tempo e per operare confronti tra analoghe tipologie di servizi, comprensiva anche delle analisi effettuate sulle e-mail e sulle chiamate al contact center. Tale base informativa rappresenta uno strumento essenziale per la pianificazione strategica e tecnica dei nuovi interventi e quindi deve essere predisposta in maniera da consentire un accesso agevole, mirato e tempestivo alle informazioni per i diversi livelli operativi e decisionali dell'amministrazione.*

#### **IV) Principi fondamentali nell'amministrazione locale di risultato nell'ordinamento repubblicano**

1. L'esigenza di individuare una *stella polare*, vale a dire principi supremi (Augusto Barbera) che fungano da guida e luce nella *selva degli interessi* (Silvio Spaventa 1880) e nella *babele delle norme* (Vittorio Domenichelli) si fa particolarmente pressante in momenti, come l'attuale, contraddistinti da un altissimo tasso di complessità (Rosario Ferrara), se non di caoticità (Edgard Morin).

La dottrina costituzionalista, guardando alle norme che, all'interno della Costituzione scritta, concorrono a definire l'immodificabile *forma repubblicana* (v. l'art. 139 Cost. *La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale* sul quale v. Feliciano Benvenuti) e perciò esse stesse immodificabili, ha individuato la *stella polare* dell'ordinamento repubblicano (Cesare Pinelli; Alberto Predieri) nel *pieno sviluppo della persona umana* che, alla luce del combinato disposto degli articoli 3 c.2° e 2 della Costituzione, si propone e si impone come obiettivo ultimo e fondamentale della Repubblica, impegnandola costituzionalmente, in funzione di tale obiettivo, a riconoscere e garantire *i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità* e a chiedergli contemporaneamente *l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale*; e gravandola del compito di *rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono tale pieno sviluppo nonché l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*.

Orbene nella Repubblica – *costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato* (art. 114 Cost.) - l'entità chiamata a garantire efficacemente i diritti fondamentali dell'uomo come

singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e a rimuovere effettivamente gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione alla vita del Paese è principalmente la pubblica Amministrazione ed in particolare i Comuni ai quali appunto *le funzioni amministrative sono attribuite...salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza* (art. 118 Cost.).

**2.** L'amministrazione locale appare quindi oggi impegnata su un piano costituzionale – in termini qualitativamente diversi rispetto al passato - ad assicurare le condizioni essenziali del pieno sviluppo della persona umana, individuate tradizionalmente nei valori di libertà ed eguaglianza (Cesare Pinelli) e di solidarietà (Lucio Iannotta e Francesco Pugliese; Francesco Manganaro) e modernamente nei diritti inviolabili e nei doveri inderogabili dell'uomo, nel cui rispetto sembra oggi identificarsi lo stesso principio di legalità (Jean Paul Costa)

In questa prospettiva, gli articoli 3 c.2° e 2 Cost. si presentano come la costituzionalizzazione (in riferimento anche all'amministrazione locale) dei principi che, alle origini del sistema amministrativo italiano (all'epoca incentrato nello Stato nazionale) furono individuati quale nucleo vitale di alcune norme fondamentali non scritte, il cui rispetto e la cui applicazione vennero considerate, dai padri fondatori, essenziali per realizzare l'obiettivo della *Giustizia nell'Amministrazione*.

Come si legge nel Discorso (mai pronunciato) di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato (1890): *La prima norma di ogni attività amministrativa è l'osservanza assoluta della legge come tale .. La seconda... è che tutta l'attività di un'amministrazione deve avere per iscopo l'interesse generale .. La terza norma è che nella collisione dell'interesse pubblico col privato gli atti amministrativi, per*

*quanto liberi, non abbiano da arrecare a terzi e alla volontà degli individui restrizioni maggiori di quello che è richiesto necessariamente dall'interesse generale. La quarta norma è che così in queste restrizioni, come nei favori che all'amministrazione accade di largire nell'interesse generale essa deve serbar sempre un'egual misura, ossia quella dell'imparzialità, che è l'idea suprema di giustizia.. Le tre idee in esse racchiuse – quelle della libertà, della solidarietà e dell'eguaglianza umana – una volta emerse nella coscienza degli uomini diventano fattori inesauribili e perenni del diritto e sottopongono lentamente a sé tutti i rapporti in cui quelli vivono non solo tra loro ma con la comunità di cui fanno parte..*

Ma gli articoli 3 c.2° e 2 Cost. non solo conferiscono carattere costituzionale a quegli antichi principi - che mi piace definire *D.N.A.* (in quanto codice e progetto) del diritto amministrativo italiano - elevandoli a principi fondamentali - a *D.N.A.* - dell'intero ordinamento repubblicano (Augusto Barbera e Carlo Fusaro); ma svelano altresì il fondamento costituzionale del moderno – o, se si vuole, postmoderno (François Lyotard) - principio di efficacia dell'azione amministrativa (art. 1.c 1° l. 241/1990), inteso quale doveroso conseguimento dei risultati programmati e deliberati, da identificare, nella prospettiva costituzionale – o meglio istituzionale (Alberto Romano) – proprio nella doverosa effettiva garanzia - e quindi nella concreta soddisfazione - dei diritti inviolabili dell'uomo e dei correlativi doveri inderogabili e nell' altrettanto doverosa efficace (e concreta) rimozione degli ostacoli limitativi della libertà e dell'eguaglianza delle persone.

Nel disegno costituzionale fondamentale, la Repubblica – una, indivisibile e pluralistica (art. 5 Cost., in riferimento anche al nuovo Titolo V) - e per essa l'Amministrazione (specialmente locale) si presenta pertanto doverosamente orientata al servizio delle persone e perciò improntata ad efficacia ed effettività e quindi a giustizia, ad una giustizia dai connotati spiccatamente finalistici e sostanziali quale dovere di assicurare, di concorrere ad

assicurare ovvero di lasciare che a ciascuno sia assicurato o che ciascuno assicuri a sé il *suo*, un suo concreto consistente in cose materiali, immateriali, morali, spirituali, ecc.. Giustizia quindi come *suum cuique tribuere* che implica anche *alterum non laedere*, il non procurare ad altri danni ingiusti; e che presuppone *honeste vivere*, vale a dire il fissare regole giuste e rispettarle per realizzare effettivamente ed efficacemente le altre due condizioni.

**3.** La logica che ispira gli articoli 3 c. 2° e 2 della Costituzione repubblicana risulta essere quindi una logica di tipo né strumentale né risarcitorio bensì soddisfattivo, o se si vuole di risultato: le persone sviluppano pienamente la loro personalità facendo le cose che sono in grado di fare (aprendo, sviluppando e potenziando imprese se sono imprenditori; o iniziative sociali se sono promotori di organizzazioni di volontariato – v. Mario R. Spasiano - o svolgendo un'attività professionale, un lavoro subordinato o ricoprendo un pubblico ufficio, avendone i rispettivi requisiti e capacità; ecc.), conseguendo gli obiettivi che sono in grado di raggiungere in rapporto alle caratteristiche e alle doti di ciascuna di esse, e quindi vedendo effettivamente soddisfatti i propri diritti, adempiendo altrettanto effettivamente i propri doveri e superando realmente gli ostacoli che vi si oppongono. E la responsabilità del conseguimento di tale risultato costituzionale è affidato alla Repubblica, nel rispetto del principio di sussidiarietà (quale sintesi di – rispetto della – libertà; di – intervento per motivi di – solidarietà; di – perseguimento, in tal modo dell'obiettivo della – uguaglianza).

Nell'Amministrazione locale il disegno costituzionale si umanizza e si concretizza, prendendo il volto di persone concrete, assumendo una specifica identità costituita dalla personalità di ciascuno e di tutti i membri della comunità, delle formazioni sociali in cui questa è articolata e della comunità nel suo insieme: quale delineata dal rapporto dinamico e

costruttivo con il contesto fisico, dai rapporti interni ed esterni con persone e istituzioni; dalla sua storia sociale, economica, politica; dal suo patrimonio artistico, culturale, spirituale, ecc.; dalla visione del mondo e della vita che la contraddistingue. Sono le concrete persone che compongono ogni singola comunità, con il nome che portano quale loro insopprimibile segno identificativo (art. 22 Cost: sul quale v. Corte Cost. n. 3 del 3 febbraio 1994) che, come singoli o in formazioni sociali, debbono poter sviluppare la propria personalità, attualizzando nel concreto della loro esistenza la libertà, l'eguaglianza e la solidarietà, quali condizioni congiunte del pieno e integrale sviluppo di ciascuna.

Con i diritti della comunità, delle formazioni sociali e delle singole persone si correla, in questa prospettiva, il dovere dell'Amministrazione repubblicana locale di operare e di cooperare attivamente con le persone perché il disegno costituzionale si realizzi non in generale ma nel concreto e nel particolare delle varie singole vicende amministrative; e quindi di agire e vigilare perché, senza discriminazioni, siano superati gli ostacoli che si frappongono ad una giusta (satisfattiva cioè di tutti i diritti coinvolti) e perciò anche tempestiva conclusione favorevole di ogni singola vicenda.

L'attuale *favor* comunitario per la libertà e l'eguaglianza, temperate dall'altrettanto cogente dovere di solidarietà; la c.d. aziendalizzazione della pubblica amministrazione e le connesse esigenze di semplificazione, di deburocratizzazione e di velocizzazione che l'accompagnano; l'efficacia, l'economicità e la trasparenza che ne debbono contrassegnare l'azione; il c.d. approccio *problem solving* nell'affrontare le questioni, ecc.: in sintesi, il nuovo modello di amministrazione emerso dalle profonde e radicali trasformazioni degli ultimi decenni viene a collegarsi all'obiettivo costituzionale del pieno sviluppo della persona umana, trovando in esso legittimazione e fondamento.

**4.** L'esigenza ordinamentale di rispetto dei diritti e dei valori e di

adempimento dei doveri induce altresì ad una considerazione realistica dei fenomeni.

Per realizzare l'obiettivo costituzionale non in generale, ma in ogni singola concreta vicenda amministrativa è necessario prendere consapevolezza della possibile normale esistenza di ostacoli di ordine sociale ed economico che ne impediscono il pur doveroso buon esito: ostacoli che diventano anche di ordine amministrativo e politico quando la stessa Amministrazione locale, che dovrebbe rimuoverli, si trasforma in fattore impeditivo, per *la passione di parte, la prepotenza delle maggioranze.. le influenze partigiane* (con parole di Silvio Spaventa tratte dal discorso di Bergamo del 1880 e riferite all'amministrazione locale) o per altre ancor meno nobili ragioni.

Per dirla in altri termini la realizzazione del primario obiettivo costituzionale impone a quanti siano coinvolti nella soluzione di problemi amministrativi di perdere per così dire l'innocenza, consistente nel credere che bastino le regole e gli inviti al loro rispetto a far operare bene l'amministrazione, identificando il male con la violazione delle forme e delle procedure.

Il rispetto delle forme e delle procedure, in quanto manifestazione del dovere costituzionale, gravante su tutti i cittadini, di fedeltà alla Repubblica, osservandone la Costituzione e le leggi (art. 54 Cost.) è sicuramente essenziale, ma non basta a realizzare nel concreto l'obiettivo costituzionale, ove non sia accompagnato da mezzi che si facciano carico della garanzia effettiva dei diritti (di ciò che va attribuito, di ciò che non va sottratto, o anche di ciò che non va attribuito, concesso, autorizzato, ecc.) e quindi della loro rapida e completa soddisfazione e della rimozione di tutti gli ostacoli che vi si oppongono.

**5.** Il problema fondamentale è pertanto che cosa fare e come fare per raggiungere, in ogni singola vicenda, l'obiettivo di far dare tempestivamente a ciascuno - comprese la stessa Amministrazione e la comunità che essa

rappresenta - ciò che spetta, di non farlo dare a chi non spetta, di non danneggiare ed anzi possibilmente di soddisfare i vari soggetti coinvolti: nella consapevolezza della difficoltà di raggiungere l'obiettivo, come dimostra la tendenza delle Amministrazioni (specialmente locali) a reiterare, con nuove argomentazioni, decisioni negative pur annullate e a sottrarsi quindi all'esecuzione, ove ciò sia possibile.

Sul fronte del giudizio il raggiungimento dell'obiettivo sembra richiedere innanzitutto una maggiore chiarezza della parte ordinatoria delle decisioni giurisdizionali, siano esse cautelari o di merito, soprattutto quando si tratti della rivendicazione di un bene al quale il richiedente aspira. Ciò significa, per il giudice, indicare in modo sempre più chiaro ed esplicito ciò che l'Amministrazione doveva fare, non ha fatto e che invece dovrà fare; ciò in cui ha errato e che non deve reiterare, qual è in positivo l'interpretazione della norma violata o falsamente applicata, ecc., in modo da orientare, senza invasioni di campo, ma nel quadro del sindacato di legittimità, l'azione dell'amministrazione in modo inequivoco verso l'obiettivo della attribuzione di ciò che spetta ovvero della sottrazione o della mancata attribuzione di ciò che non spetta; ovvero ancora della posizione di regole idonee a produrre effetti giusti.

Alla chiarezza dell'ordine, nella prospettiva del doveroso conseguimento dell'obiettivo giustizia, appare necessario che si accompagni la tempestiva verifica della sua esecuzione: il che comporta la normale operatività di meccanismi che lascino la questione nelle mani del giudice fino a quando la vicenda non sia stata definita in tutti i suoi aspetti (v. Francesco Pugliese che esprimeva l'esigenza come necessità di colloquio continuo tra procedimento e processo). E gli strumenti oggi previsti dall'ordinamento, compresa la emergente tutela *ante causam*, appaiono sicuramente idonei a tali scopi.

Sotto altro profilo, la tutela *ante causam*, se estesa, come appare doveroso (Maria Alessandra Sandulli; Pasquale De Lise), a tutti i giudizi

amministrativi e soprattutto a quelli ricadenti nella giurisdizione esclusiva - e non limitata invece al solo campo degli appalti - potrebbe consentire di assicurare protezione a situazioni sicuramente meritevoli di tutela - in quanto corrispondenti a diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni in cui si svolge la sua personalità - e tuttavia non considerate, non adeguatamente tutelate o non debitamente protette dall'Amministrazione.

**6.** L'obiettivo costituzionale del pieno sviluppo della persona umana, pur trovando nel giudizio un suo indispensabile strumento di attuazione, passa prioritariamente per l'Amministrazione, sulla quale grava il dovere di attribuzione di ciò che spetta e quindi di riconoscimento e piena soddisfazione dei diritti, di adempimento dei doveri di solidarietà, di rimozione degli ostacoli limitativi della libertà e dell'eguaglianza.

Obiettivo, si ripete, da perseguire e realizzare doverosamente in ogni vicenda: dal combinato disposto degli art. 3 comma 2 e 2 della Costituzione e dal loro riferimento all'Amministrazione locale deriva infatti la valorizzazione ordinamentale del *particolare*, della miriade di *vicende particolari* nelle quali si realizzano (o non si realizzano) le condizioni di libertà, eguaglianza e solidarietà e quindi il pieno sviluppo della persona umana e il rispetto per la sua dignità; postulanti il conseguimento o la conservazione dei beni dovuti.

La prima norma di azione dell'Amministrazione locale così caratterizzata è quindi proprio il tenere in massima considerazione e trattare con la massima cura e attenzione ogni singola vicenda, senza discriminazioni di persone, nella prospettiva della sua rapida e favorevole conclusione.

La seconda norma è l'istituzionale *favor* per il far fare, per la realizzazione delle iniziative costituenti esplicazione della personalità dei componenti della comunità. *Favor* dal quale scaturisce - come terza norma - il dovere di cooperazione effettivo e sostanziale dell'Amministrazione con i cittadini (e

viceversa) per il buon esito di ogni vicenda: che implica non solo l'obbligo di non porre ostacoli pretestuosi ad iniziative già conformi a legge, ma anche di adoperarsi per ricondurre a norma iniziative che lo sono solo in parte (*utile per inutile non vitiatur*); ed ancora, di impegnarsi per far conseguire protezione a situazioni corrispondenti a diritti fondamentali meritevoli di tutela che però non hanno trovato ancora protezione normativa (cfr. art. 2, comma 12, lettera c, legge 14.11.1995 n. 481, che fissa per i servizi pubblici il principio – elevabile a regola generale di azione amministrativa – della normale soddisfazione delle ragionevoli esigenze degli utenti, comprese quelle di anziani e disabili).

Il vincolo di solidarietà, il principio di eguaglianza e il rispetto della libertà, anche delle persone diverse dai promotori di iniziative, impongono ovviamente all'Amministrazione di pervenire a un risultato che sia frutto della massima soddisfazione possibile di tutte le persone e di tutti i beni coinvolti, favorendo al massimo le nuove iniziative e salvaguardando egualmente al massimo quelle esistenti.

7. Per il conseguimento di tale obiettivo, nel concreto di ogni vicenda particolare, il problema non è la mancanza di strumenti, oggi sovrabbondanti non solo sul piano processuale ma anche su quello procedimentale; bensì è quello della effettività e della efficacia del loro impiego.

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10 bis della legge 241 può essere utilizzata come mero adempimento formale rispetto ad una decisione considerata dall'amministrazione non modificabile; oppure all'opposto può servire per ricondurre a norma iniziative che non lo sono del tutto e che possono essere *salvate*; ovvero ancora per rivedere effettivamente decisioni sbagliate.

E questo vale per l'intera partecipazione procedimentale e per ogni altra forma di partecipazione (ad es.: istruttoria pubblica): che può essere

considerata ininfluyente rispetto a decisioni già assunte ovvero utilizzata per dare spazio a fatti e circostanze rilevanti, a situazioni meritevoli di considerazione, a diritti a volte fondamentali che restano senza voce e che invece, se considerati, potrebbero e dovrebbero ricevere tutela.

I costituzionalisti hanno ben chiaro che lo studio, la formazione, la cultura, il lavoro, la dignità, la vita e tutti gli altri diritti e libertà compresi nella Parte prima della Costituzione sono entità giuridiche, sono cioè diritti, cose dovute, che l'ordinamento protegge nelle forme del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo (come ho evidenziato in un recentissimo studio) ma che comunque hanno di per sé, nell'ordinamento repubblicano, rilevanza giuridica, tanto da imporsi allo stesso legislatore, come conferma la giurisprudenza *additiva* della Corte Costituzionale (Francesco Guizzi), che accorda tutela a situazione non protette dal legislatore né come diritti soggettivi, né come interessi legittimi (v., tra le tante, Corte Cost., 2.12.2005 n. 432 e n. 433; 16.6.2005 n. 233; 5.12.2003 n. 350; 26.5.1998 n. 185).

Ma anche nella giurisprudenza amministrativa e per essa nell'azione amministrativa l'interpretazione delle norme, guidata dagli artt. 3 comma 2 e 2 della Costituzione, consente di assicurare tutela a situazioni meritevoli non espressamente protette dalla legge.

In relazione al diritto allo studio, si è ad esempio riconosciuto che la posizione giuridica di soggetti che, abitando in un Comune montano, abbiano manifestato all'Amministrazione scolastica la propria intenzione di iscriversi ad un indirizzo professionale (abbigliamento e moda) diverso da quello già attivato (alberghiero), chiedendo la costituzione di un'apposita classe, trova fondamento nel diritto fondamentale allo studio di cui all'art. 34 comma 3 Cost. che implica che i suoi fruitori possano effettuare la scelta dell'indirizzo scolastico per loro più consona e in grado di garantire meglio la realizzazione delle proprie aspettative e lo sviluppo della propria personalità. In questi termini si è espresso il T.A.R. Molise con sentenza del 9.3.2007 n. 163 che ha annullato il diniego di istituzione della prima classe

del percorso di studi richiesto, per non aver l'Amministrazione preso in considerazione la possibilità di derogare al numero minimo (cfr. le sentenze Corte Cost., 19.1.1995 n. 28 e 3.2.1994 n. 3 che legittimano il potere del giudice amministrativo di accordare tutela a diritti non espressamente previsti dalla legge attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione o attraverso disapplicazione).

Anche per dar voce a tali diritti esistono strumenti più che adeguati quali ad esempio: a) la diretta interpretazione *secundum constitutionem* da parte dei dirigenti, delle norme da applicare (che il più delle volte non contengono previsioni totalmente ostative alla protezione dei diritti pur in esse non contemplati); b) la richiesta dei dirigenti agli organi di indirizzo politico-amministrativi di formulare indirizzi interpretativi e applicativi, rispettosi dei diritti fondamentali, di atti normativi (cfr. art. 4, comma 1, lettera a, d.lgs. 165/2001 in relazione agli artt. 107 e ss. d.lgs. 267/2000); c) la formulazione da parte dei dirigenti di proposte rivolte agli organi di indirizzo di modifica o di integrazione di direttive, priorità, piani, programmi per dare rilievo, priorità, risorse, ecc., a diritti (cfr. art. 4, comma 1, lettera b, e art. 16, comma 1, lettera a, d.lgs. 165/2001 in relazione agli artt. 107 e ss. d.lgs. 267/2000); d) il riconoscimento della sussistenza in capo agli organi di indirizzo del dovere di prendere in considerazione le istanze e le proposte correlate alla tutela di diritti fondamentali; e) l'utilizzo diretto da parte degli organi di indirizzo di direttive ed indirizzi volti a valorizzare il riconoscimento e la protezione da parte dei dirigenti di diritti meritevoli di tutela e il favor per il far fare, valutando invece negativamente la prassi del rigetto totale di istanze in parte compatibili con le norme; f) e quindi l'esercizio continuo dei poteri di controllo su gestione e risultati di dirigenti e personale in rapporto alla normale favorevole conclusione di vicende amministrative.

Inoltre, nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, in ragione della maggiore vicinanza dell'Amministrazione alle persone ed anche in

virtù della deroga prevista dall'art. 53, comma 23, legge 388 del 23.12.2000 che consente di attribuire ai componenti dell'organo esecutivo competenze tecniche e gestionali, l'obiettivo della tutela dei diritti può essere perseguito più agevolmente, per la  *fusione*  di indirizzo e di gestione (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 6.3.2007 n. 1052 che ha ritenuto legittima una deliberazione comunale adottata nell'esercizio del potere di deroga in questione, ancorché non assunta nella forma del regolamento pur richiesto dalla legge).

**8.** Sotto altro profilo, il dovere gravante sull'Amministrazione locale repubblicana di riconoscere e tutelare i diritti e le libertà fondamentali e quindi la personalità di ogni componente della comunità, nonché delle formazioni sociali e della stessa comunità nel suo insieme (Ignazio Marino), dà fondamento e forza alla sua autonomia, alla sua libertà e alla sua creatività anche nei rapporti con altri centri di governo (regionale, statale e comunitario), consentendo di escludere automatismi, imposizioni di ordini, assoggettamento a regole uniformi laddove determinino il sacrificio di tali diritti senza alcuna possibilità di considerarli e tutelarli.

I diritti inviolabili di doverosa protezione, sui quali può fondarsi la rivendicazione di libertà dell'Amministrazione locale finalizzata alla loro tutela, non sono però diritti anonimi e senza volto e non possono essere cercati nel  *cielo*  delle norme bensì nella  *terra*  delle vicende giuridiche reali, ancorché illuminata dai principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano.

Deve trattarsi cioè di diritti di persone concrete (quali i ricordati diritti degli aspiranti all'accesso a un determinato indirizzo scolastico professionale) essenziali per lo sviluppo, il potenziamento o la conservazione della personalità di ciascuno, che in molti casi coincide con la conservazione della dignità, della salute, della vita.

A tal proposito appare emblematica una recente sentenza del Consiglio di Stato che, a fronte della pretesa di un Comune a conservare un numero

determinato di posti letto esistenti in un ospedale ricadente nel suo territorio, a fronte dell'approvazione con legge del piano di riordino della rete ospedaliera, ha escluso la configurabilità di un tale diritto alla stregua della normativa europea (invocata dal Comune) e non ha quindi dato ingresso alle doglianze relative alla mancata partecipazione del Comune alla programmazione e alla violazione del principio di leale cooperazione (C.d.S., V, 24.3.2004 n. 1559).

La vicenda esaminata dal Consiglio di Stato presentava tutti gli elementi del conflitto tra leggi e diritti segnalati da una dottrina non giuridica (Maria Rosaria Ferrarese), per la quale i diritti fondamentali - con i loro caratteri anche pre-politici e a-politici - sarebbero in grado di resistere ai meccanismi maggioritari, in quanto entità che hanno bisogno di tutela e riconoscimento pubblici ma che pretendono di esistere indipendentemente.

In particolare, nella vicenda in esame si fronteggiavano una legge provvedimento (anzi due successive leggi provvedimento) che aveva approvato il piano ospedaliero ispirandosi ad esigenze di contenimento della spesa, da un lato; e i diritti della comunità a conservare la propria dotazione ospedaliera, dall'altro.

Ma a ben guardare i grandi assenti erano proprio i diritti fondamentali seppur affermati sul piano astratto e formale.

Ed invero l'Amministrazione locale non aveva prospettato in giudizio diritti collegati con particolari esigenze di salute o di mobilità degli assistiti né aveva rappresentato un peculiare rapporto tra il reparto ospedaliero e la comunità.

Diritti anonimi quindi e non personalizzati, non riferibili a persone concrete e non costituenti manifestazione della loro personalità e come tali ritenuti non meritevoli di tutela dal giudice amministrativo.

Tali caratteri si rinvergono invece ad esempio in vicende nelle quali il diritto fondamentale è stato protetto come diritto soggettivo inviolabile ex art. 32 Cost.: è il caso del diritto di parcheggio lungo un viale per poter

facilmente accedere ad un centro medico, riconosciuto a pazienti emodializzati – e quindi con difficoltà motorie – anche in presenza di un divieto di sosta imposto dal Comune (Cass. SS.UU., 1.8.2006 n. 17461; ma v. anche Cass. Sez. Lav., 26.8.1999 n. 839).

Orbene, diritti di questo tipo (che nella vicenda in esame il Comune ha ignorato e che in giudizio gli si sono contrapposti come diritti soggettivi assoluti) se presi in considerazione e regolati dalle Amministrazioni locali nella prospettiva di assicurare ad essi piena tutela, con mezzi compatibili con gli altri beni di rilievo pubblico coinvolti (nella specie col divieto di sosta, compatibile con un trasporto pubblico e gratuito dei pazienti) si possono presentare come fondamento dei poteri locali di normazione o di deroga a regole o ordini indifferenziati di rango superiore; ma anche come fondamento della rivendicazione di una effettiva partecipazione delle amministrazioni locali alle decisioni che le riguardino e all'attivazione doverosa di meccanismi di leale cooperazione con gli altri livelli di governo (Luciano Vandelli); nonché della richiesta di (doverosa) attribuzione, da parte dello Stato, delle risorse aggiuntive previste dall'art. 119 comma 5 Cost. per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona.

Per potere tutelare i diritti concreti delle proprie comunità e delle persone che le compongono le Amministrazioni debbono però volgere lo sguardo alla realtà delle vicende reali, di ogni singola vicenda, facendo ricorso a tutti gli strumenti formali e informali (Giorgio Berti) necessari per cogliere le necessità della comunità e delle persone che la compongono e per dare ad esse risposte adeguate.

Ma ciò chiama in causa (come ho in altre occasioni prospettato) le virtù del buon amministratore e del buon politico messe insieme, vale a dire: contemplazione, considerazione e compartecipazione; responsabilità delle conseguenze e passione per oggetti concreti (i concreti problemi delle

persone e della comunità), lungimiranza e distacco (Max Weber); e infine (ma non ultima) consapevolezza dell'importanza del particolare, della miriade di particolari in cui si sostanzia e vive l'ordinamento repubblicano.

**9.** Tra i diritti affidati alla cura dell'amministrazione locale, emergono dalle recente legislazione i c.d. diritti dell'utente telematico riconducibili nell'attuale mondo globalizzato ai diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, diritti non solo da riconoscere ma anche e soprattutto da garantire (art. 2 Cost.) che si propongono sempre più come essenziali al pieno sviluppo della persona umana, con conseguente dovere della Repubblica tutta, ed in particolare dei Comuni, di rimuovere gli ostacoli che si frappongono al loro pieno esercizio (art. 3 Cost. anche in riferimento agli artt. 5, 114 e 118 Cost.) e con la conseguente caratterizzazione dei poteri pubblici che con tali diritti interferiscono in termini non autoritativi e di servizio.

In questa prospettiva vengono in rilievo innanzitutto gli interventi, volti all'alfabetizzazione telematica e all'istruzione telematica per così dire di base, costituiti non solo dall'individuazione di figure didattiche o di sedi di insegnamento telematico; ma anche dalla ricerca di un nuovo linguaggio che, avvalendosi dell'approccio multicanale di cui sempre più si avverte l'esigenza, si contraddistingua per la sua semplicità e per l'utilizzazione di una pluralità di tecniche rappresentative e che, in aderenza e adeguazione alla realtà, porti al suo interno cose, persone, immagini reali, spiegazioni semplici, riassunti non tecnici. Un linguaggio quindi scritto, orale, figurativo, musicale, ecc., idoneo a esprimere la realtà concreta e quotidiana. Un linguaggio, sotto altro profilo, coerente con il modello di amministrazione di risultato (alla quale sempre più appare strettamente collegata l'amministrazione digitale) che miri alla rappresentazione anticipata del (progetto di) prodotto e che favorisca l'e-democracy e l'e-governance.

L'auspicata e necessaria emersione dalla realtà locale di proposte volte al superamento del *digital divide* e all'alfabetizzazione telematica si correla anche con la funzione di coordinamento attribuita allo Stato dall'art. 117, comma 1, lettera r, della Costituzione che - in una dimensione partecipata del coordinamento – si dovrebbe presentare non come imposizione dall'alto di soluzioni ma come guida che individui, fra le soluzioni elaborate ai diversi livelli, quelle più efficaci e funzionali ai fini del loro riuso<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> D. Marongiu, *Il governo dell'informatica pubblica (tra Stato, Regioni ed enti locali)*, ESI, Napoli, 2008.

## V) Dall'interesse legittimo ai diritti *amministrativi*

1. Il processo di trasformazione – sociale, politica, istituzionale, normativa e comportamentale – quasi rivoluzionario in corso da quasi due decenni e ancora in atto ha conferito alle pubbliche amministrazioni tratti sempre più spiccatamente economico-aziendali, con la sottoposizione a logiche e regole considerate in passato proprie delle organizzazioni private.<sup>50</sup>

In questo contesto appare indispensabile ripensare gli istituti tradizionali del diritto amministrativo, primo tra tutti l'interesse legittimo, nella consapevolezza che questa figura (ormai unanimemente ricondotta – con la dignità sostanziale e la pienezza ed effettività della tutela che oggi lo contraddistinguono<sup>51</sup> - al novero delle situazioni giuridiche favorevoli e garantite<sup>52</sup>) sembra corrispondere ad esigenze costituzionali profonde quali la necessità di conciliare libertà dell'amministrazione per la realizzazione della sua missione e rispetto delle situazioni giuridiche soggettive interferenti con l'esercizio dei poteri amministrativi<sup>53</sup>; e il collegamento tra le tutela di tali situazioni giuridiche soggettive e l'attuazione del valore costituzionale della Giustizia nell'Amministrazione (art. 100 Cost.)<sup>54</sup>. Giustizia nell'Amministrazione che, per le sempre più pressanti esigenze di

---

<sup>50</sup> Per una più ampia analisi del fenomeno, da inquadrare nell'ambito del processo di riassetto dell'ordine economico e politico mondiale e di attuazione dell'ordinamento europeo, rinvio a L. IANNOTTA, *Costruzione del futuro delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in L. Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'Amministrazione di risultato*, Torino, 2003, pag. 3 e ss.

<sup>51</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 6 luglio 2004 n. 204

<sup>52</sup> L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, vol. II, p. 453 e ss., spec. p. 467 e ss., ove si evidenzia il superamento delle teorie che vedevano nell'interesse legittimo una situazione tutelata solo occasionalmente o che lo consideravano situazione meramente formale ovvero solo processuale o comunque strumentale o ancora che lo riducevano a interesse alla legittimità.

<sup>53</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari-Roma 2005

<sup>54</sup> Cfr. Corte Cost. n. 204/2004 cit.

effettività della tutela<sup>55</sup> e di efficacia dell'azione amministrativa, sembra manifestarsi anche, contemporaneamente, come giustizia dell'amministrazione: con l'attualizzazione o meglio con la piena espansione, anche nei rapporti amministrativi, dei principi costituzionali fondamentali consacrati negli articoli da 1 a 5 della Costituzione ed in particolare negli artt. 2 e 3.

**2.** Che cos'è dunque oggi l'interesse legittimo? La problematicità della figura emerge fin dalle origini del giudice amministrativo, prima ancora che l'interesse fosse definito legittimo<sup>56</sup> e mi sembra emblematicamente rappresentato dai travagliati appunti di Silvio Spaventa pubblicati in calce al discorso (mai pronunciato) per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato (1890) nei quali il promotore e primo Presidente della IV Sezione, dopo aver affermato che la giurisdizione creata nel 1889 presupponeva *un altro concetto del diritto che non sia più semplice interesse ma qualcosa di più* e che la legge del 1889 ha dato protezione non a tutti gli interessi *ma solo a quelli che se non sono protetti direttamente dalla legge (diritti subiettivi, facoltà) si connettono con la legge che protegge l'interesse generale, in modo da far obbligo all'autorità pubblica di non offenderli*, esclamava *che diavolo è ... questo interesse?*.

A conferma della persistente problematicità vi è il fatto che sono ancora dibattute, pur in un contesto normativo, ordinamentale e sociale profondamente mutato rispetto al passato, questioni fondamentali quali: il rapporto tra interesse materiale e interesse legittimo<sup>57</sup>, la natura e il grado del vincolo che grava sulla pubblica amministrazione a fronte dell'interesse

---

<sup>55</sup> v. la recentissima sentenza della Corte di Giustizia Europea Grande Sezione 13 marzo 2007 nel proc. n. C-432/05

<sup>56</sup> v. Lorenzo MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino 1898, p. 127

<sup>57</sup> E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in questa *Rivista*, 2006 pp. 18 e ss.

legittimo<sup>58</sup>; la configurabilità di un rapporto giuridico tra pubblica Amministrazione titolare di un potere e cittadino titolare di un interesse legittimo<sup>59</sup>.

**3.** Le problematiche complesse richiedono - e in un certo modo impongono - la ricerca dell'approccio più semplice per affrontarle: approccio che, nel caso dell'interesse legittimo, è quello della tutela processuale ad esso accordata dall'ordinamento. Ed invero, sebbene non possa più dubitarsi dell'irriducibilità dell'interesse legittimo al solo potere di impugnazione (a fronte del riconoscimento legislativo al suo titolare di facoltà di proposta, di negoziazione, di accordo, di autoconformazione, ecc.) è altrettanto incontestabile che il contenuto sostanziale dell'interesse legittimo, la sua consistenza e la sua forza, la sua conformazione derivano *in larghissima ed essenziale misura dal tipo di tutela giurisdizionale che ad esso è garantita* (Alberto Romano).

In passato il punto di riferimento quasi esclusivo di tale ricostruzione era costituito dalla giurisprudenza del giudice amministrativo e dall'elaborazione dottrinale; a partire dal 2000 (ma già dal 1998) lo è diventato anche la legislazione.

E in base anche alla legislazione l'interesse legittimo è (oggi) situazione risarcibile e reintegrabile, della quale sono accertabili la fondatezza o l'infondatezza. Sono in particolare verificabili i presupposti della sua soddisfazione e del suo sacrificio, anche attraverso consulenza tecnica. All'interesse legittimo è accordata piena tutela cautelare, dalla quale può scaturire anche una immediata pronuncia di merito. E' inoltre prevedibile (ed auspicabile) una generalizzata tutela ante causam – per ora limitata al

---

<sup>58</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2005, p. 68 e pp. 386 e ss.; L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi e interessi legittimi*, Napoli, 1984.

<sup>59</sup> A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo* in F.G. SCOCA (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino 2003 pp. 61 e ss.

settore degli appalti – in forza dei principi di ragionevolezza, giustizia ed eguaglianza.<sup>60</sup>

La giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha confermato che siffatta tutela (piena ed effettiva anche nei suoi profili risarcitori) è demandata al giudice amministrativo (Corte Cost. n. 204/2004 cit) e si estende non solo ai provvedimenti ma anche ai comportamenti quando questi siano riconducibili o ricollegabili all'esercizio di un potere amministrativo<sup>61</sup>.

Alle innovazioni legislative e giurisprudenziali realizzate tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo ha fatto riscontro il riconoscimento da parte della dottrina **a)** della caratterizzazione in termini di spettanza (specialmente dopo le novelle del 2005 della legge 241 del 1990) della tutela di interesse legittimo mirante a determinare se il bene della vita sia o meno da attribuire al titolare, offrendogli protezione in vista di ciò (A. Romano Tassone); **b)** della riacquisizione di un'assoluta centralità del momento della cognizione della fondatezza della pretesa in relazione a sentenze di condanna al risarcimento dei danni, presupponendo il risarcimento *l'accertamento non tanto e non solo della illegalità dell'atto amministrativo quanto della titolarità del bene della vita e della sua ingiusta lesione* (V. Domenichelli); ma anche l'affermazione **c)** della

---

<sup>60</sup> P. DE LISE, *Inaugurazione dell'anno giudiziario del TAR Lazio* (Roma, 1° marzo 2007) in *Lexitalia.it* p. 23

<sup>61</sup> Come si ricava, tra le altre, **I)** dalle decisioni del Consiglio di Stato che hanno riconosciuto il risarcimento dei danni senza annullamento di provvedimenti (considerato ammissibile in linea generale dalla Cassazione a SS.UU. con ordinanze 13.6.2006 nn. 13659-13660-13661 in contrasto con Cass. SS.UU. sentenza 23.1.2006 n. 1207) **a)** per il ritardo con cui è stato adottato un provvedimento favorevole (C.d.S., Ad.Plen., 15.9.2005 n. 7); **b)** per comportamento inerte produttivo di danno esistenziale per lesione del *valore costituzionale uomo* (C.d.S., V, 18.1.2006 n. 125); **c)** per violazione dell'affidamento suscitato nella fase anteriore alla stipula del contratto nonostante la riconosciuta legittimità del provvedimento di mancata aggiudicazione (C.d.S., Ad. Plen., 5.9.2005 n. 6); e come ritenuto anche **II-a)** dalla Corte Costituzionale (in riferimento all'occupazione d'urgenza ma con affermazione di carattere generale) con sentenza n. 191 dell'11 maggio 2006 alla quale si è richiamata espressamente **b)** la Corte di Cassazione a SS.UU. nella sentenza 7 febbraio 2007 n. 2688 che ha riservato alla giurisdizione ordinaria la sola cognizione della lesione da parte della p.A. di diritti incompressibili (salute, integrità fisica, ecc.) e dei pregiudizi derivanti da mera attività materiale della p.A., alla quale ha ricondotto quella esecutiva di atti nulli (dichiarazioni di pubblica utilità, senza alcun termine).

*dissoluzione dell'interesse legittimo nella logica della spettanza e cioè del diritto* e quindi della sua scomparsa anche se si tratta pur sempre di un diritto che si confronta con il potere; con la previsione di un assetto di giustizia amministrativa che per i provvedimenti vincolati (in senso ampio...) giudica della spettanza e per quelli discrezionali valuta direttamente (nel merito...) il buon uso del potere, assumendo i vizi procedurali e di forma come indizi del contrario (D. Corletto); in una prospettiva che sembra (ancora) attribuire centralità al conseguimento del bene della vita e carattere sussidiario al risarcimento per equivalente, essendo il primo la forma di tutela più rispondente al principio di effettività<sup>62</sup> (E. Follieri) e all'esigenza costituzionale di giustizia nell'Amministrazione.

Ma i valori che hanno ispirato le riforme degli ultimi anni costituiscono l'accentuazione di trasformazioni già da tempo in corso e che erano venute caratterizzando il giudizio amministrativo di legittimità in termini spiccatamente sostanziali e finalistici, con il riconoscimento della centralità della conservazione, acquisizione, sottrazione (ad altri), ecc. della *res in iudicium deducta*, destinata a diventare il normale e naturale *petitum* del ricorso.<sup>63</sup>

La tutela innanzi al giudice amministrativo sopra delineata ed in particolare quella risarcitoria e reintegratoria è riferibile ad ogni tipo di interesse – sia esso oppositivo o pretensivo; relativo a un bene che si aspira a conservare, a conseguire o a sottrarre (a un terzo) – senza limitazioni dovute al tipo di potere amministrativo con il quale l'interesse legittimo interferisce

---

<sup>62</sup> In giurisprudenza C.d.S., VI, 5.12.2005 n. 6960

<sup>63</sup> L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in questa *Rivista* 1998, spec. p. 340 e pp. 304 e ss.; F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in questa *Rivista* 1999, pp. 616 e ss., spec. p. 622. Tra le prime letture del giudizio amministrativo in termini finalistici dopo l'istituzione dei TT.AA.RR. v. G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1972, pp. 241 e ss., spec. pp. 262 e ss..

(ablatorio, autorizzatorio, concessorio, programmatorio, pianificatorio, normativo, ecc.). Ed invero, la portata generale della tutela trova riscontro non solo nelle norme di legge, che non contengono alcuna differenziazione, limitazione o eccezione; ma anche nella loro lettura da parte della giurisprudenza della Corte Costituzionale che, nel riconoscere la piena legittimità costituzionale del potere, attribuito al giudice amministrativo, di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, ha dato a tale affermazione carattere generale, attraverso una sentenza (la n. 204 del 2004) avente ad oggetto materie nelle quali si riscontrano tutte le tipologie di poteri e di interessi.

Quanto in particolare alle tipologie di interessi, la risarcibilità affermata dalla celebre sentenza della Corte di Cassazione a SS.UU. 22.7.1999 n. 500 (ancorché, all'epoca, in riferimento al giudice ordinario) in una fattispecie di esercizio della potestà pianificatoria, è espressamente riferita sia agli interessi oppositivi sia a quelli pretesivi, considerando anche questi ultimi situazioni idonee a conseguire il bene della vita sperato e ad essere accertate in giudizio.

Quanto agli interessi legittimi oppositivi, con particolare riferimento a quelli che si confrontano con il potere espropriativo, anche per essi vale la tutela reintegratoria, specialmente alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.1.2006 n. 290 che richiama per tutte CEDU 30.5.2000 su ric. 31524/96): salvo ad accertare in concreto l'insussistenza dei presupposti della reintegrazione in relazione **a)** all'intervento di un atto di acquisizione sanante ex art. 43 T.U. espropriazione (sul quale v. C.d.S., Ad. Plen. 29 aprile 2005 n. 2), ove ne ricorrano le ragioni; ovvero, **b)** all'accertamento dell'irreversibile trasformazione del fondo secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 191 del 2006.

4. La pur sommaria ricostruzione della tutela giurisdizionale oggi accordata all'interesse legittimo (agli interessi legittimi) rende manifesto che si tratta dello stesso tipo di protezione riconosciuta ai diritti soggettivi<sup>64</sup> ed anzi con una più accentuata tendenza all'acquisizione del bene della vita rivendicato<sup>65</sup> e con maggiori e migliori strumenti per conseguirlo (quale ad es. il ricorso al commissario ad acta per l'esecuzione di ordinanze, sentenze non definitive, sentenze passate in giudicato) (B. Sassani).

Nella prospettiva prescelta - della ricostruzione dell'interesse legittimo alla luce del tipo di tutela ad esso garantita - si dovrebbe quindi affermare su un piano generale che l'interesse legittimo è diventato diritto: un diritto che da *diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo* (Alberto Romano) si sarebbe trasformato in diritto soggettivo *tout court*<sup>66</sup>.

Si tratta di un'affermazione ancora minoritaria, in dottrina e in giurisprudenza, come affermazione di carattere generale (in tal senso: D. Corletto, L. Iannotta); mentre sembra riscuotere consenso lievemente maggiore se riferita all'attività vincolata (M. Clarich, A. Orsi Battaglini) o all'attività c.d. paritetica (L. Iannotta).

Ben diverso appare l'atteggiamento della dottrina degli inizi del secolo scorso, in un momento storico nel quale l'amministrazione non si era ancora venuta costruendo come potere speciale.

In quel contesto<sup>67</sup>, in presenza di una tutela giurisdizionale consistente nel solo potere di ricorso (non accompagnato all'epoca da strumenti esecutivi delle decisioni eventualmente favorevoli né da una piena tutela cautelare),

---

<sup>64</sup> v. Adolfo DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1993

<sup>65</sup> v. A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo ed interesse legittimo*, 2005 dattiloscritto, per il quale la tutela di diritto soggettivo, basata sui canoni di correttezza e buona fede sembrerebbe partecipe di una logica oggettiva e presenterebbe carattere più spiccatamente risarcitorio (per equivalente)

<sup>66</sup> Come pure ipotizzato dallo stesso Alberto Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *D.A.*, 1998, pp 1 e ss.

<sup>67</sup> Quella lontana fase storica sembra presentare analogie con l'attuale per il ritrovato liberalismo e la tendenziale sottoposizione dei poteri amministrativi al diritto comune: fenomeni collegati all'attuazione dell'ordinamento europeo.

era sembrato logico e naturale a Federico Cammeo affermare che gli interessi legittimi *...pur se non sono positivamente denominati diritti, ...vanno considerati diritti, sebbene accompagnati da caratteri speciali che servono a distinguerli dai diritti muniti di azione giudiziaria*<sup>68</sup> in ragione dell'attribuzione al soggetto della *facoltà, rimessa alla sua volontà ... di adire un organo giurisdizionale per il riconoscimento e la soddisfazione dell'interesse protetto dalla legge*<sup>69</sup>, proponendone una classificazione analoga a quella dei diritti soggettivi<sup>70</sup>, correlando ad essi, a seconda del tipo, doveri di astensione e obblighi di prestazione<sup>71</sup>.

Le attuali resistenze alla diretta qualificazione dell'interesse legittimo in termini di diritto sembrano derivare dalla preoccupazione di cancellare, insieme con l'interesse legittimo trasformato in diritto, anche la potestà amministrativa funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico, riducendola alternativamente ad obbligo indefettibile o a libertà assoluta: e ciò sul duplice concorrente presupposto della inconciliabilità di potere e diritto e della identificazione del diritto con il diritto soggettivo.

Si tratta però di presupposti che vanno sottoposti a verifica dopo le profonde trasformazioni ordinamentali degli ultimi decenni e che non appaiono più fondati, anche alla luce di una rilettura della Costituzione – imposta dal

---

<sup>68</sup> Federico CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo* (1911) Ristampa con note di Giovanni Miele, Cedam 1960, p. 307

<sup>69</sup> F. CAMMEO, *op. cit.* p. 318

<sup>70</sup> F. CAMMEO, *op. cit.* pp. 332 e ss. nonché p. 328 ove si parla di classificazione dei diritti amministrativi riferendola a diritti e interessi legittimi.

<sup>71</sup> Rileva in proposito CAMMEO (pp. 325-326) che *....se il requisito di un diritto è il corrispondere ad un dovere, gli interessi legittimi, che hanno tutela giurisdizionale dinanzi alle giurisdizioni amministrative, possono, pur sotto questo aspetto, considerarsi diritti. Imperocché i cosiddetti interessi legittimi, talora, hanno per contenuto una prestazione amministrativa che soddisfa per intero un bisogno del soggetto e che non dà luogo al diritto soltanto perché la norma, originariamente, non era scritta a tutela del subbietto stesso; in tale ipotesi è indubitato che vi è un dovere corrispondente dell'amministrazione; talaltra il contenuto degli interessi legittimi è soltanto che l'amministrazione rispetti i limiti della sua attività discrezionale, ossia sacrifichi l'interesse con provvedimenti d'autorità competente, emessi nelle forme stabilite, senza eccesso di potere e nei casi previsti: ma anche questa, è una forma di attività dell'amministrazione, un modo di prestazione, cioè un dovere. Laonde rettamente si parla, anche se a ogni diritto deve corrispondere un dovere, di diritto del cittadino alla legalità degli atti amministrativi.*

cambiamento – che sembra svelarne significati al tempo stesso nuovi e originari.

Quanto alla natura del diritto (già interesse legittimo) che si confronta con il potere amministrativo, esso in ragione appunto dell'interferenza con un potere assume tratti diversi dal diritto soggettivo, per l'assenza in questo, di ogni profilo riconducibile all'amministrazione come autorità: o perché si tratta di un diritto incompressibile (salute, integrità fisica: Cass. SS.UU. n. 2688/2007 cit.; ma v. anche Cass. Sez. Lav. 26.8.1999 n. 8939); o perché l'amministrazione è totalmente obbligata in base alla legge o al contratto e agisce con la capacità di diritto privato e in posizione del tutto paritaria; ovvero perché pone in essere comportamenti materiali privi di qualsiasi rilievo anche solo indirettamente pubblico<sup>72</sup>

La rilevata tensione al normale conseguimento del bene della vita, che contraddistingue l'interesse legittimo come diritto collegato con il potere, fa sì che il suo oggetto si identifichi con la *res* (in senso ampio: cosa materiale o immateriale; attività; persona) spettante a qualcuno e da questi rivendicata (*res in iudicium deducta*) come dovuta (come *res* da conservare, difendere, valorizzare, acquisire, ecc.) ovvero come *res* non dovuta a qualcuno (perché non spettantegli in assoluto o perché dovuta ad altri): *res* evocante l'antico oggetto – *suum* – della tradizionale definizione di giustizia, identificata nel <*suum cuique tribuere*><sup>73</sup>.

**5.** La riconduzione dell'interesse legittimo al diritto, vale a dire alla rivendicazione da parte di un soggetto di una *res* in quanto a lui dovuta, a lui spettante (da attribuire, concedere, lasciar utilizzare, valorizzare; non sottrarre; non attribuire ad altri; conformare in modo adeguato, ecc.) porta alla configurazione, in capo alla pubblica amministrazione (tenuta all'efficacia, all'economicità, alla pubblicità, alla trasparenza) di un vincolo giuridico riferibile al titolare del diritto.

---

<sup>72</sup> Corte Cost. 204/2004

<sup>73</sup> J. PIEPER, *Sulla giustizia*, Brescia 1975

Per la persistenza in capo all'amministrazione di un potere – più o meno ampio – di scelta, apprezzamento, decisione, e ancor di più, in ragione della normale presenza nell'azione amministrativa di una pluralità di “diritti” (non soggettivi) privati e pubblici di singoli, formazioni sociali, collettività, dell'intera comunità (ad es.: diritto alla costruzione di un edificio interferente con i diritti - non soggettivi - dei vicini nonché con il diritto della comunità al buon uso del territorio; diritti di più concorrenti all'assunzione, all'aggiudicazione del contratto, ecc.), siffatto vincolo sembra ancor oggi definibile - come in passato (L. Iannotta 1984) - in termini di considerazione adeguata e completa (differenziandolo in tal modo dal vincolo correlato con i diritti soggettivi) non più però degli interessi bensì dei diritti rivendicati dai cittadini, nell'area pubblica.

Il vincolo (di adeguata e completa considerazione dei diritti) in rapporto alle diverse tipologie di poteri e di beni si verrà caratterizzando di volta in volta come vincolo **a)** di soddisfazione dei diritti se ne ricorrono i presupposti (sub specie anche di astensione ove si tratti di diritti “autoconformati”, come nel caso della denuncia di inizio di attività); **b)** di rispetto (di mancato sacrificio) dei diritti se non ricorrano i presupposti di pubblico interesse di segno contrario (come nel caso della proprietà che, a fronte di poteri espropriativi e del bene comune al quale essi sono finalizzati, si presenta come diritto non soggettivo, come conferma l'orientamento giurisprudenziale che tende a devolvere al giudice amministrativo la quasi totalità delle controversie derivanti dall'esercizio di poteri espropriativi); **c)** di non attribuzione ad altri di ciò che ad essi non spetta; **d)** di giusta ed adeguata conformazione dei diritti in rapporto all'esercizio dei poteri di indirizzo politico-amministrativo.

Tenuto conto delle già rilevate varietà e pluralità di rapporti amministrativi e del fatto che il vincolo non va considerato (conformemente alla realtà) una entità statica e sempre uguale a sé stessa, bensì dinamica e multiforme, esso potrà assumere tratti più vicini a quelli del dovere, quando i diritti si

confrontano con poteri di indirizzo; e tratti più propri dell'obbligo, quando i diritti si confrontano con poteri puntuali e ancor più quando si tratta di poteri non autoritativi; per assumere infine i caratteri dell'obbligo di tipo privatistico quando il potere è espressione di capacità di diritto privato, come accade oggi per i rapporti di impiego privatizzati con pubbliche amministrazioni (nei quali il diritto - interesse legittimo privatistico - ricade nell'ampia categoria dei diritti soggettivi di diritto privato di cui all'art. 2907 del Codice Civile come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella decisione 24.2.2000 n. 41).

Ma sotto altro profilo, la riconduzione dell'interesse legittimo al novero dei diritti (delle cose dovute, spettanti a qualcuno e da questi rivendicate in quanto tali) rende meno urgente il problema della qualificazione – in termini di obbligo o di dovere – del vincolo gravante sulla pubblica Amministrazione e con esso l'ulteriore problema della configurabilità di un rapporto giuridico paritario tra soggetto titolare dell'interesse legittimo e pubblica Amministrazione titolare del potere. Ciò che rileva prioritariamente è che l'ordinamento ha elevato al rango di diritti le situazioni tradizionalmente definite interesse legittimo; che ha assicurato a chi ne sia titolare la possibilità di conseguire il bene della vita ponendo in capo all'amministrazione un vincolo giuridico collegato con il diritto nella sua portata finalistica e sostanziale, con evidenti implicazioni processuali.

Richiamando le considerazioni svolte prima della riforma legislativa del giudizio amministrativo ma in un contesto che già manifestava le esigenze e dava ad esse anche concrete – ancorché parziali – risposte, si può dire che *per corrispondere ad un'amministrazione obbligata a raggiungere bene (sul piano giuridico) i risultati programmati corrispondenti al fine indicato dalla legge, il processo non solo può ma anzi deve tendere anch'esso al massimo risultato conseguibile.*

*E se a questo processo è oggi applicabile la famosa massima chiovendiana secondo la quale <il processo deve dare, per quanto è possibile*

*praticamente, a chi ha un diritto, tutto quello che egli ha diritto di conseguire>, le parti dovranno concretizzare il loro rispettivo risultato individuando lo specifico bene o la specifica utilità che esse intendono raggiungere, identificandoli e perciò circoscrivendoli.*

*L'attrazione del bene nel processo, quale risvolto processuale e personale del principio di azione dell'efficacia, conferisce alle rivendicazioni del bene connotati di più spiccata giuridicità.*

*Il grado di attingibilità del bene sarà ovviamente diverso a seconda delle vicende, dei poteri, delle modalità del loro esercizio, dei soggetti e di altri possibili varianti.*

*Il bene sarà in effetti attingibile solo ove sia possibile stabilire, in riferimento ai parametri normativi e alla situazione di fatto: a) che la posizione fatta valere è meritevole di considerazione; b) che gli elementi su cui si fonda la pretesa sono meritevole di una valutazione adeguata e completa; c) che tale valutazione comporta l'attribuzione del bene, per la fondatezza dei presupposti e per la infondatezza di pretese di segno contrario. Il grado di soddisfazione varierà a seconda che gli elementi addotti siano in tutto o in parte fondati e che le pretese sostanziali di segno contrario siano totalmente o parzialmente infondate. Ma la regola che le parti debbano tendere a raggiungere il massimo risultato concretamente conseguibile (sul piano sostanziale e al tempo stesso giuridico) sembra mostrare una validità assoluta, impedendo che ci si possa fermare al livello inferiore (considerazione-valutazione) se si hanno elementi per conseguire il livello superiore (valutazione-soddisfazione) ed imponendo comunque di guardare al livello superiore, anche quando il processo – per il tipo di atto impugnato e/o in relazione alla concreta vicenda portata in giudizio – non consenta di pervenire all'acquisizione del bene. Ché altrimenti le azioni perderebbero il loro scopo e resterebbero fini a sé stesse, inidonee cioè ad apportare vantaggi (giuridici) alle parti, compresa l'amministrazione, all'interesse pubblico concreto e all'interesse generale, in ragione della*

*incapacità di realizzare i risultati concreti e della loro riduzione a mero strumento di ripristino della legalità formale*<sup>74</sup>.

6. La ipotizzata trasformazione generalizzata degli interessi legittimi in diritti - che in attesa di una definizione più appropriata potremmo chiamare, con antica terminologia, diritti amministrativi<sup>75</sup> - e la conseguente affermata conciliabilità di diritto e potere inducono a soffermarsi sul problema che nelle concezioni tradizionali dell'interesse legittimo, viene descritto come *problema dell'individuazione della relazione tra l'interesse materiale – che peraltro a sua volta postula la definizione di ciò che vale a contraddistinguerlo – e l'interesse legittimo caratterizzato dalla strumentalità rispetto a quello* (L. Mazzarolli).

Il problema così posto scaturisce, nella dottrina in esame, sia dal riconoscimento del carattere sostanziale dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva favorevole e garantita, assimilata ai diritti di credito, nei quali il comportamento dell'obbligato è al contempo oggetto dell'uno e dell'altro; sia dal necessario collegamento tra interesse legittimo e potere finalizzato alla cura dell'interesse pubblico, a fronte del quale non possono esservi diritti soggettivi, con esclusione della riconduzione del bene della vita ad elemento costitutivo dell'interesse legittimo.

La situazione sostanziale alla quale è ritenuto strumentale l'interesse legittimo, secondo la ricostruzione qui ricordata, può avere, ma può anche non avere, la consistenza di un diritto soggettivo: ciò che rileva è che sia stata presa in considerazione dalla legge la posizione di taluni *mediante norme dalle quali sia dato ricavare una tutela di una situazione pertinente alla loro sfera giuridica con riguardo a quell'aspetto o a quegli aspetti di essa che possa essere investito dall'azione della p.A.* (L. Mazzarolli).

---

<sup>74</sup> L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in questa *Rivista*, 1998, pp. 336-337

<sup>75</sup> F. CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., p. 328

Vi è in questa tesi il chiaro riconoscimento della rilevanza giuridica di quello che viene definito *interesse materiale protetto con l'interesse legittimo* strumentale alla sua soddisfazione che legittima ad agire – a reagire – nei confronti dell'atto o del comportamento inerte che determina il non soddisfacimento dell'interesse.

Anche per Aldo Piras, in uno studio lontano nel tempo ma ancora attuale<sup>76</sup> ... *non può ritenersi in alcun modo consentito pensare che l'interesse il quale trova tutela nel giudizio amministrativo sia un interesse di mero fatto non altrimenti protetto se non dalla norma che, in seguito all'avvenuta sua lesione da parte di un provvedimento amministrativo illegittimo, proceda ad attribuire la situazione di interesse legittimo. Tale interesse protetto ha ... in comune con il diritto soggettivo il carattere di attenersi direttamente ad un bene determinato.*

Ed in effetti diritto soggettivo ed interesse legittimo sono due diverse forme di protezione accordate dalla legge a quella entità definita tradizionalmente interesse, termine che esprime una relazione tra una persona (individuo, formazione sociale, collettività, comunità, ente) e un bene della vita (fisico o spirituale), ovvero, in una prospettiva dinamica, la tensione di una persona a difendere, conquistare, valorizzare, una cosa con la quale siano in relazione anche altre persone, singole, collettive, entificate e non.

E in quanto situazioni entrambe *ex lege* e quindi pariordinate, né il diritto soggettivo né l'interesse legittimo possono essere presupposto l'uno dell'altro.

Il presupposto giuridico sia dell'interesse legittimo che del diritto soggettivo è costituito da qualcosa di diverso da tali figure, come si ricava anche dalle affermazioni dottrinali sopra ricordate. Anzi *diritto soggettivo, interesse legittimo* – secondo Alberto Romano - *non sono la sostanza delle cose. Sono meri concetti, mere nozioni classificatorie, Che sono state definite al fine di*

---

<sup>76</sup> Aldo PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, vol. II,

*inquadrate, nell'una o nell'altra, l'effettivo assetto che l'ordinamento imprime, ai concreti rapporti fra amministrazione e soggetti privati: che è il fattore essenziale.*

E le trasformazioni ordinamentali e sociali degli ultimi decenni – attraverso l'affermazione di un modello di potere pubblico finalizzato al tempo stesso allo sviluppo economico e al rispetto e alla valorizzazione dei diritti fondamentali – hanno reso manifesta una realtà presente fin dalle origini nel nostro ordinamento repubblicano: e cioè che il presupposto giuridico sia dei diritti soggettivi che degli interessi legittimi è costituito non già da interessi di fatto cioè da relazioni, da mere aspirazioni, da semplici “tensioni” verso le cose e quindi da entità non giuridiche, bensì dai loro oggetti vale a dire dalle cose, dai beni<sup>77</sup>.

Beni spettanti alla persona, ad ogni persona in ragione del rilievo riconosciuto dalla Repubblica all'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e ai suoi diritti, alle sue libertà, ai suoi doveri inderogabili: diritti e libertà che la Repubblica, nel suo insieme e nelle sue parti, ha il dovere di riconoscere - dando ad essi un'adeguata veste giuridica - e di garantirne il conseguimento, anche attraverso l'imposizione di doveri inderogabili a carico di altri e degli stessi titolari di diritti e la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione alla vita (politica, economica e sociale) del paese: come stabiliscono gli artt. 2 e 3 della Costituzione, definiti significativamente *stella polare*<sup>78</sup> o anche *dna*<sup>79</sup> dell'ordinamento repubblicano.

---

<sup>77</sup> E CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in Riv.Trim.Dir.Publ., 1953, pp. 334 e ss.

<sup>78</sup> Cesare PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologna 2002

<sup>79</sup> Augusto BARBERA – Carlo FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 2006, pp. 199 e ss.

Quelli che la dottrina definisce come interessi materiali protetti<sup>80</sup> sono in realtà i diritti e le libertà – legati ai doveri di solidarietà e in larga parte a questi funzionali - dell'ordinamento repubblicano: diritti che non solo non sono incompatibili con i poteri repubblicani ma che ne rappresentano anzi il presupposto, il fondamento e il fine, essendo la Repubblica ed in modo speciale l'amministrazione (ed in particolare quella locale: v. art. 118 Cost.) gravata dal dovere di garantirli e di assicurarne (direttamente o indirettamente) la soddisfazione, in quanto componenti essenziali della immodificabile forma repubblicana<sup>81</sup>.

Si tratta dei diritti e delle libertà individuati nella Parte Prima della Costituzione (sub Diritti e Doveri dei cittadini) ai quali direttamente o indirettamente possono essere ricondotti anche quelli azionabili nei confronti dell'amministrazione nonché degli ulteriori diritti costituenti specificazione e sviluppo di quelli già riconosciuti dalla Costituzione o che emergono come nuovi dall'evoluzione sociale e ai quali viene accordata tutela (se non incompatibili con la Costituzione, e soprattutto se corrispondenti all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale<sup>82</sup>) nelle forme dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (oggi diritti amministrativi) innanzi ai rispettivi giudici naturali (G.O. e G.A.)<sup>83</sup>.

Tra i nuovi diritti vanno annoverati: il diritto all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazione e nell'esercizio della partecipazione al procedimento e ai processi decisionali pubblici in generale e dell'accesso agli atti e alle informazioni; nonché i diritti all'alfabetizzazione informatica e al superamento delle varie forme di

---

<sup>80</sup> F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990

<sup>81</sup> F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, pp. 211 e ss.; ed anche *Il nuovo Cittadino tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994

<sup>82</sup> v. Corte Costituzionale, 3 febbraio 1994 n. 19

<sup>83</sup> v. oltre alla recente Corte Costituzionale n. 204 del 2004 anche Corte Costituzionale ord.za 21.7.1988 n. 867 di recente annotata da G. VIRGA, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela* in *Lexitalia.it*

*digital divide*, costituenti presupposti essenziali del diritto all'uso delle tecnologie telematiche.

Diritti che l'evoluzione sociale e istituzionale propone sempre più non solo come diritti fondamentali ma anche come diritti attinenti al pieno sviluppo della persona umana (nell'attuale contesto storico) che la Repubblica, specialmente nelle sue articolazioni locali, è tenuta a garantire, anche rimuovendo gli ostacoli che si oppongono al loro pieno esercizio (art. 3, comma 2, Cost.).

7. Nella prospettiva costituzionale i diritti e le libertà non possono che manifestarsi in una dimensione sostanziale, come beni ed utilità spettanti e dovuti a persone, sui quali l'Amministrazione, in quanto attività in ultima istanza esecutiva, materiale, incide per attribuirli, valorizzarli, disciplinarne l'uso e/o per consentire che siano ben utilizzati, valorizzati, sviluppati, ecc.. Nei loro tratti essenziali le libertà e i diritti repubblicani emergono come beni attinenti all'esistenza, alla dignità umana, all'integrità fisica e morale, alla difesa e allo sviluppo della sfera morale, culturale, spirituale, economica: cibo, acqua, vestiti, casa, cure mediche, istruzione, formazione, educazione, cultura, riposo, svago, assistenza, previdenza, buon nome, astensione da ogni violenza e rispetto di ogni condizione, specialmente di debolezza (bambini, malati, carcerati, poveri, ecc.); iniziativa economica, scelta del proprio stato, lavoro (da apprendere e da svolgere), possibilità di costruirsi un futuro, di trasmettere esperienze e valori, libertà di fondare una famiglia, di agire secondo il dettato della coscienza, libertà di movimento, di riunione, di associazione, libertà religiosa, diritto di amministrarsi, ecc.<sup>84</sup>. Si tratta di diritti di tutti e di ciascuno, fondati sulla condivisione della natura umana e che, nei tratti fondamentali, non possono non ricevere il consenso di tutti: diritti che trascendono l'appartenenza ad una nazione, ad una razza, ad un popolo, ad un partito, ad una fede e che accomunano tutti gli uomini

---

<sup>84</sup> v. la *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948*

quali abitanti della terra<sup>85</sup>, ancor prima che come cittadini e che assumono una particolare forza quando ne siano portatori soggetti deboli, presentandosi in tal caso immediatamente nella loro dimensione di obbligo di tempestivo ed indefettibile adempimento in capo a chi ne abbia la responsabilità ed il potere.

**8.** La immediata rilevanza giuridica dei diritti e delle libertà delle persone, la doverosità della loro protezione da parte del Legislatore e quindi la loro priorità rispetto alla legge e alle situazioni giuridiche soggettive che da questa scaturiscono: emergono in maniera particolarmente evidente dalla giurisprudenza costituzionale relativa alla tutela di diritti non contemplati dalla legge.

Solo a titolo di esempio possono essere ricordate, tra le tante, le decisioni della Corte Costituzionale che hanno ritenuto doverosi (alla luce dei principi costituzionali fondamentali tra i quali, in particolare, quelli di eguaglianza, di dignità della persona umana e di ragionevolezza), il riconoscimento e la tutela: **a)** del diritto degli stranieri residenti nella Regione alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, previsto per i soli cittadini da una legge della Regione Lombardia (Corte Cost. 2.12.2005 n. 432); **b)** del diritto della madre extracomunitaria casalinga a ricongiungersi col figlio minore, previsto espressamente dalla legge statale per lo sole lavoratrici (Corte Cost. 19.1.1995 n. 28); **c)** del diritto di una donna a non occupare stabilmente la casa di edilizia residenziale pubblica (in ragione dell'adempimento del dovere di assistenza al padre invalido residente in altro comune) previsto per altre diverse situazioni da una legge della Provincia di Bolzano (Corte Cost. 3 febbraio 1994 n. 19); **d)** del diritto di un padre affidatario della prole a conservare l'alloggio di cui era assegnataria la convivente *more uxorio*: condizione non prevista dalla legge della Regione

---

<sup>85</sup> Francesco PUGLIESE, *L'indirizzo politico negli Statuti comunali*, in MARRAMA, IANNOTTA, PUGLIESE, *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, p. 203 sottolinea la prevalenza del *denizen* sul *citizen*.

Piemonte ai fini del subingresso o della voltura della convenzione (Corte Cost. 20.12.1989 n. 559); **e**) del diritto degli operatori sanitari che abbiano subito danni permanenti per una infezione da epatite ai benefici previsti per chi avesse contratto altri tipo di malattia (Corte Cost. 26.11.2002 n. 476); **f**) del diritto degli orfani maggiorenni, iscritti all'Università, al trattamento pensionistico di reversibilità per tutta la durata del corso legale di studi e fino a 26 anni: diritto previsto dalla legge per i soli figli minorenni (Corte Cost. 2.12.2005 n. 433); **g**) del diritto di fratello o sorella, conviventi con soggetto portatore di grave handicap, al congedo straordinario retribuito nel caso in cui i genitori siano totalmente inabili, previsto solo per l'ipotesi di morte dei genitori (Corte Cost. 16.6.2005 n. 233); **h**) del diritto dei malati senza adeguati mezzi economici a ricevere gratuitamente i farmaci ricompresi in una terapia ammessa alla sperimentazione nelle strutture pubbliche: diritto riconosciuto gratuitamente ai pazienti ricoverati in tali strutture e accessibile a pagamento a chi ne avesse i mezzi (Corte Cost. 26.5.1998 n. 185).

Vanno inoltre ricordate le sentenze che, in rapporto a funzioni materialmente amministrative (volontaria giurisdizione; sorveglianza carceraria) hanno riconosciuto diritti non previsti dalla legge **i**) a permessi premio, a favore di condannati militari (Corte Cost. 6.6.1995 n. 227); **l**) alle ferie a favore dei detenuti lavoratori (Corte Cost. 22.5.2001 n. 158); **m**) a conservare il cognome, divenuto segno distintivo della sua identità personale, indebitamente attribuito alla nascita dalla madre a un giovane di 20 anni al momento della scoperta del fatto (Corte Cost. 3.2.1994 n. 13); **n**) alla concessione della detenzione domiciliare a genitore di figlio maggiorenne handicappato (Corte Cost. 5.12.2003 n. 350).

**9.** La giurisprudenza della Corte Costituzionale relativa alla tutela di diritti non “riconosciuti” e quindi “non garantiti” dal Legislatore (della quale è stato riportato un campione emblematico) ha reso innanzitutto manifesta

l'esistenza di una realtà giuridica – costituita dai diritti e dalle libertà delle persone che compongono la Repubblica – che si impone al Legislatore gravandolo dal dovere di riconoscerli e di garantirli, in conformità con i principi di libertà, eguaglianza e solidarietà che sono alla base dell'ordinamento repubblicano.

In questa prospettiva i diritti – in senso ampio – non sono tali solo perché li riconosce una legge (o una sentenza), ma una legge (o una sentenza) li riconosce – li deve riconoscere – perché già sono diritti. Diritti che in alcuni casi si impongono di per sé (in virtù del solo fondamento costituzionale) e che normalmente richiedono il completamento legislativo (o spontaneo o a seguito di sentenza di costituzionalità), in forme variabili che, per quanto concerne le situazioni soggettive di vantaggio, sono riconducibili alle due figure fondamentali del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo – diritto amministrativo.

Sia l'uno che l'altro sono forme di protezione di diritti e di libertà, di cose dovute alle persone (singole, associate, collettive, entificate e non) e che ad esse vanno concretamente assicurate con l'efficacia e l'effettività che contraddistinguono l'ordinamento repubblicano fin dal disegno originario (artt. 2 e 3 Cost.). In esso ai diritti e alle libertà (e ai doveri) delle persone corrispondono in capo alla Repubblica doveri di rispetto e garanzia e poteri adeguati a tale fine: con l'emersione di un fondamento costituzionale della già rilevata compatibilità tra diritti e poteri.

Quando il riconoscimento e la garanzia dei diritti, l'individuazione dei doveri ad esso correlati, l'eliminazione degli ostacoli alla loro piena esplicazione non possono essere direttamente realizzati dal legislatore (diritto soggettivo) il conseguimento di tali risultati è affidato all'Amministrazione sulla quale ricade il compito di provvedere al completamento della tutela e all'effettiva doverosa soddisfazione dei diritti (già interessi legittimi) attraverso l'esercizio dei poteri di volta in volta necessari al fine: da quelli di indirizzo politico amministrativo a quelli

amministrativi discrezionali fino a quelli amministrativi non autoritativi che presuppongono la consumazione di tutta la libertà riconosciuta all'Amministrazione ma non escludono la riespansione della stessa ove ne ricorrano i presupposti.

Il dovere di rispetto, riconoscimento e garanzia dei diritti, gravante sulla Repubblica, *passa* in tal modo dal legislatore all'Amministrazione unitamente ai poteri necessari allo scopo.

Ed è su tale dovere – dovere di conseguire un risultato giusto, rispettoso e soddisfacente dei diritti, di tutti i diritti (di singoli, formazioni sociali, comunità, collettività) nei quali si traducono e si concretizzano in ultima istanza tutti gli interessi pubblici – che si fonda oggi nell'ordinamento repubblicano giunto alla sua piena espansione (al pieno sviluppo del suo *dna*) la libertà<sup>86</sup> e l'autonomia dell'Amministrazione (Alberto Romano); e l'esigenza di difendere in forme nuove la discrezionalità amministrativa<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> A tal proposito suonano ancora attuali le parole di Silvio Spaventa, nel discorso di Bergamo del 1880 ... *la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative. Libertà che nell'amministrazione è essenzialmente il rispetto del diritto e della giustizia* alla cui attuazione Spaventa chiama *malleadrice la monarchia* alla luce del motto *justitia est regnorum fundamentum*: Silvio SPAVENTA, *Giustizia nell'Amministrazione* (Discorso di Bergamo del 1880), in *La giustizia nell'amministrazione*, (a cura di P. Alatri), Torino 1949, p. 79

<sup>87</sup> F.G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica Amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2004*, Giuffrè 2005, pp. 3 e ss.

## **VI) Atti e poteri non autoritativi nell'amministrazione di risultato**

**1.** Il comma 1bis dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990 n. 241 introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 recita testualmente *La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.*

L'interpretazione del comma 1 bis è necessariamente ipotetica per la consapevolezza che un'interpretazione compiuta della norma potrà emergere solo a seguito della sua applicazione a vicende concrete e dipenderà (come quella di tutta la l. 15 del 2005 e delle successive modifiche alla l. 241 contenute nella l. 80 del 14.5.2005) anche *dalle opzioni degli operatori del diritto e dal sostegno che ad esse saprà dare la letteratura scientifica* <sup>88</sup>.

Si tratta di un'interpretazione che in quanto doverosamente finalizzata (art. 12 - *Disposizioni sulle leggi in generale*, cc.dd. *Preleggi*) ad individuare il senso e la portata applicativa del comma 1bis, si presenta estremamente complessa per l'assenza nella norma di una definizione di atto di natura non autoritativa; per la mancata individuazione delle fattispecie di possibile applicazione; per le evidenti e al tempo stesso non considerate implicazioni processuali della previsione <sup>89</sup>.

Complessità confermata dalle divergenti e a volte opposte valutazioni della norma che oscillano tra i due estremi della negazione di una sua qualsiasi

---

<sup>88</sup> A.Romano Tassone, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>89</sup> M. A. Sandulli, *Introduzione al tema all'incontro di studio Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Il Foro Amministrativo T.A.R., supp. n. 12/04

effettiva rilevanza<sup>90</sup> da un lato; e dell'attribuzione ad essa di una possibile portata eversiva e disgregatrice del sistema amministrativo fondato sull'interesse pubblico<sup>91</sup> dall'altro; passando attraverso varie posizioni intermedie<sup>92</sup>.

La difficoltà e la complessità dell'operazione interpretativa mi inducono ad assumere l'approccio ermeneutico più semplice qual è quello delineato dall'art. 12 delle preleggi per il quale *nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore*.

Tale approccio presuppone la considerazione del comma 1 bis come norma vigente ed obbligatoria (art. 10 delle Preleggi) e quindi di doverosa applicazione ed implica la rinuncia, almeno in sede di primo esame, a giudizi valutativi ma non ovviamente alla lettura sistematica della disposizione, implicante anzi tra l'altro il necessario confronto con le statuizioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 sulla giurisdizione esclusiva e con le altre modifiche apportate alla legge 241 sia dalla legge n. 15 sia dalla successiva legge n. 80 del 14.5.2005.

**2.** Le prime interpretazioni del comma 1 bis, pur con valutazioni fortemente diversificate, hanno in maggioranza visto nella sua formulazione la

---

<sup>90</sup> N. Longobardi, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>91</sup> F. Satta, *La riforma della legge 241/1990: dubbi e perplessità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>92</sup> esplicitazione di un principio già operante nel sistema (M.A. Sandulli *op.cit.*); innovatività del principio ma con ridotti margini di applicazione (V. Cerulli Irelli, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, *Astrid Rassegna* n. 4/2005); penetrazione del diritto privato nel cuore dell'azione amministrativa (G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, *Giornale di diritto amministrativo*, *Ipsos* 5/2005); riduzione dell'area dell'autorità ai soli atti restrittivi della sfera giuridica dei privati – art. 21 bis l. 241 (B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2005)

consacrazione del modulo contrattuale<sup>93</sup> piuttosto che del modulo degli atti negoziali unilaterali, ritenuto proprio essenzialmente della gestione del rapporto di impiego privatizzato<sup>94</sup>: moduli secondo i quali si ritiene che si svolga fondamentalmente l'amministrazione secondo il diritto comune<sup>95</sup>.

Aderendo invece all'indirizzo interpretativo allo stato minoritario<sup>96</sup> parto dall'ipotesi che il comma 1 bis si riferisca primariamente al modulo di azione degli atti unilaterali. Atti aventi rilevanza esterna, adottati dall'amministrazione come soggetto pubblico, nell'esercizio di un potere amministrativo non autoritativo: e che quindi si tratti – secondo la previsione normativa - di atti amministrativi “secondo il diritto privato” e non direttamente e immediatamente “di diritto privato”, anche se implicanti la normale applicazione delle norme civilistiche.

A favore di tale interpretazione vi sono le parole usate dal legislatore (*adozione, atti, agisce*) che esprimono appunto un agire unilaterale manifestantesi in atti egualmente unilaterali; l'aggettivazione dell'amministrazione come pubblica; il mancato riferimento alla capacità di diritto privato<sup>97</sup>; la medesima terminologia (*adozione*) adoperata dalla stessa l. 15/2005 per i provvedimenti e cioè per i tipici atti amministrativi unilaterali aventi rilevanza esterna<sup>98</sup>.

Secondo la lettura proposta, il comma 1 bis dà veste legislativa, elevandola a categoria generale, alla tipologia di atti emersa nella giurisprudenza amministrativa sul pubblico impiego<sup>99</sup> ed estesa ad altri settori ricompresi (come il pubblico impiego, fino al d.lgs. 80/1988) nella giurisdizione

---

<sup>93</sup> V. Cerulli Irelli, op cit.; F. Francario, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. Napolitano, op cit.; F. Satta, op.cit.

<sup>94</sup> V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto Amministrativo*, 2003

<sup>95</sup> V. Cerulli Irelli, *op cit.*

<sup>96</sup> F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *Diritto Amministrativo*, 4/2004; M. A. Sandulli, op.cit.

<sup>97</sup> richiamata invece espressamente dall'art. 5 c. 2 d.lgs. 165/2001

<sup>98</sup> v. aggiunta alla lettera e) dell'art. 6 e art. 10 bis della l. 241

<sup>99</sup> C.d.S.: V. 1.12.1939 n. 795; Ad. Plen. 15.3.1940 nn. 4, 5 e 6; Ad. Plen. 26.10.1979 n. 25

esclusiva del giudice amministrativo<sup>100</sup>: quella degli atti cc.dd. paritetici<sup>101</sup> o di adempimento<sup>102</sup> ovvero non autoritativi<sup>103</sup>.

Si tratta di atti che (richiamando una non recente ma ancora attuale definizione<sup>104</sup>) pur consistendo, come i provvedimenti, in manifestazioni di volontà inerenti all'esercizio di un potere e dotati di una propria autonomia funzionale che li mette in grado di incidere unilateralmente e direttamente nella sfera giuridica altrui, operano tuttavia in modo non dissimile dalle dichiarazioni e dai comportamenti di un soggetto privato ai quali pertanto vengono assimilati sul piano sostanziale<sup>105</sup>.

Riferendo l'attributo della non autoritarietà, come quello dell'autoritarietà, al potere e non (solo) all'atto, qualificabile piuttosto come imperativo/non imperativo<sup>106</sup> emerge con maggior evidenza la riconducibilità dell'atto non autoritativo ad un potere amministrativo ed in particolare al potere dell'amministrazione di definire unilateralmente un rapporto, adempiendo ai propri obblighi a favore di un soggetto privato<sup>107</sup> ovvero ponendo in essere un comportamento al quale essa è tassativamente tenuta<sup>108</sup>.

In ragione di tali caratteristiche il potere manifestantesi in atti non autoritativi va ricondotto al novero dei poteri esecutivi<sup>109</sup> ovvero di messa in

---

<sup>100</sup> A. Quartulli, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. III; R. Iannotta, *La nuova giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici*, Il Foro Amministrativo T.A.R. supp. al n. 12/2005

<sup>101</sup> S. Fagiolari, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1943, 2

<sup>102</sup> M.S. Giannini, *Gli atti amministrativi di adempimento*, 1945, in *Scritti (1939-1948)*, Milano, 2002

<sup>103</sup> L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984

<sup>104</sup> Aldo M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974; e in continuità, L. Iannotta, *op.cit.*;

<sup>105</sup> cfr. C.d.S., Ad.Plen. n. 25/1979

<sup>106</sup> F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano 2002

<sup>107</sup> M.S. Giannini, *op.cit.*

<sup>108</sup> Aldo M. Sandulli, *op.cit.*

<sup>109</sup> F. Merusi, *op.cit.* in riferimento a Salvatore Romano

opera di scelte prelieve e di realizzazione dell'effetto prefigurato<sup>110</sup> e pertanto alla funzione amministrativa di attuazione, distinta da quella di indirizzo politico-amministrativo<sup>111</sup> e alla dimensione di servizio dell'amministrazione, non più sovrana<sup>112</sup>.

**3.** Con gli evidenziati caratteri sostanziali dei tradizionali poteri non autoritativi si correlava la caratterizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, che a tali poteri si contrappongono, in termini di diritti soggettivi e cioè di situazioni protette direttamente e immediatamente dalla legge, attraverso l'imposizione in capo all'Amministrazione di un obbligo specifico posto a loro diretta tutela: obbligo meglio evidenziato dalla formula *atti di adempimento* che, con parole di Massimo Severo Giannini sono appunto gli atti con cui *l'autorità dà attuazione ad obblighi che le incombono quale che ne sia la fonte e che, se all'obbligo dell'autorità fa riscontro un diritto dell'altro soggetto, sono idonei a dare vita ad un inadempimento* nel caso in cui l'atto sia sbagliato o ingiustamente negativo<sup>113</sup>. La diretta tutela da parte dell'ordinamento e il carattere vincolato dell'attività sono considerati dalla giurisprudenza elementi entrambi essenziali per la configurabilità di diritti, non essendo sufficiente a tal fine la sola vincolatività in presenza di un potere comunque amministrativo<sup>114</sup>.

All'assimilazione sostanziale (ancorché non alla identificazione) degli atti non autoritativi agli atti di soggetti di diritto privato incidenti nella sfera giuridica altrui corrispondeva, nelle ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali, un trattamento processuale non dissimile da quello riservato agli

---

<sup>110</sup> R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005; F.G. Scoca, *op.cit.*

<sup>111</sup> d.lgs. 165/2001

<sup>112</sup> F.G. Scoca, *op.cit.*; F. Pugliese, *Scritti recenti sull'amministrazione "consensuale": nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 1996

<sup>113</sup> M.S. Giannini, *op.cit.*

<sup>114</sup> C.d.S. Ad.Plen. n. 25/1979

atti di diritto comune consistente, secondo la giurisprudenza, nella esperibilità dell'azione nel termine di prescrizione a fronte di determinazioni espresse e nella proponibilità del ricorso anche in assenza di atto formale; ma implicante altresì la possibilità/necessità di un compiuto esame della vicenda portata all'esame del giudice amministrativo in tutte le componenti fattuali e giuridiche, con pieno esercizio dei poteri istruttori e cognitori<sup>115</sup> ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno dell'inadempimento dell'amministrazione e correlativamente della spettanza o meno al privato del bene rivendicato.

Peraltro, la non autoritarità dei poteri è stata ritenuta compatibile anche con la loro non totale vincolatività e quindi con la correlazione con interessi legittimi<sup>116</sup> in relazione al riconoscimento della non necessaria autoritatività degli atti amministrativi<sup>117</sup> all'interno di un processo *decostruttivistico* della nozione di imperatività identificata con autoritarità<sup>118</sup>, che ha portato parte della dottrina prima a negare la sussistenza dell'autoritarità a fronte di atti emanati su istanza del destinatario, ritenendola invece configurabile solo in rapporto ad atti ablatori<sup>119</sup> in grado, in quanto tali, di modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive; per poi negare completamente la natura di elemento caratterizzante degli atti amministrativi, con riconoscimento della persistenza di un privilegio della pubblica amministrazione solo a fronte di situazioni pretensive<sup>120</sup>.

Nello studio del 1984 dedicato agli atti non autoritativi evidenziavo peraltro il carattere normativo della ricostruzione giurisprudenziale degli atti

---

<sup>115</sup> L. Iannotta, *Atti non autoritativi...*, op.cit.; V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Vol II, Padova, 2001

<sup>116</sup> L. Iannotta, *Atti non autoritativi...op.cit.*

<sup>117</sup> M.S.Giannini, *Gli atti amministrativi...op.cit.*

<sup>118</sup> G. Corso, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2004

<sup>119</sup> D. Sorace e C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, Digesto delle Discipline pubblicistiche, Vol. III, 1989

<sup>120</sup> B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova 2000

amministrativi quali atti normalmente autoritativi e la necessità di verificare, caso per caso, attraverso un accurato esame della legislazione, se l'autoritarità fosse stata effettivamente superata, pervenendo alla conclusione che si potesse parlare di atti non autoritativi a fronte di interessi legittimi se questi fossero stati presi in considerazione direttamente ed immediatamente dalla legge o in ragione della previsione di una disciplina necessariamente convenzionale dei rapporti (licenze edilizie attuative di convenzioni di lottizzazioni; poteri di gestione del personale disciplinati da fonti contrattuali) ovvero di una sicuramente diretta ed immediata protezione legislativa della quale mi appariva emblematica la possibilità riconosciuta al privato di operare in forza di silenzio-assenso in alternativa al provvedimento.

Non consideravo invece necessario corollario della pariteticità l'azionabilità delle pretese nel termine di prescrizione ritenendo che la preminente esigenza di pienezza di tutela non comportasse necessariamente l'esclusione dell'impugnazione nel termine di decadenza: e ciò anche in ragione della compatibilità di diritti soggettivi e decadenza, come viene riconosciuto anche da qualche significativa decisione<sup>121</sup>.

La norma del comma 1 bis, nella lettura che se ne è ipotizzata, va a questo punto confrontata con l'assetto normativo preesistente nel quale si è inserita (art. 11 delle Preleggi) ed in particolare con l'interpretazione che del potere amministrativo e della giurisdizione amministrativa ha dato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004.

**4.** La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, com'è noto, ha ritenuto estranee alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali sia del tutto assente ogni profilo riconducibile all'Amministrazione come autorità, riferendosi in particolare: a rapporti strettamente contrattuali (art. 33, comma 2, lettera b, D.lgs.

---

<sup>121</sup> in tal senso v. di recente C.d.S., VI, 7 giugno 2005 n. 2954

80/1998); ad attività e prestazioni anche patrimoniali rese nei pubblici servizi (art. 33, comma 2, lettera e, d.lgs. 80/98); a comportamenti non riconducibili neanche mediatamente all'esercizio di un pubblico potere (art. 34, comma 1, d.lgs. 80/98).

Si tratta in particolare di vertenze nelle quali, a fronte di diritti soggettivi perfetti, l'Amministrazione si presenta nelle vesti di soggetto totalmente obbligato in base alla legge<sup>122</sup> o al contratto; oppure operante con la capacità di diritto privato; ovvero ancora come autore di comportamenti privi di qualsiasi rilievo (anche indirettamente) pubblico: in sintesi, come soggetto che non esercita alcun potere amministrativo e che non pone in essere né atti né comportamenti amministrativi.

Il comma 1 bis, nella lettura proposta, essendo intervenuto dopo la sentenza della Corte Costituzionale, viene a riconfermare l'esistenza di poteri e di atti non autoritativi e tuttavia riconducibili all'Amministrazione come soggetto pubblico, non potendo la norma (alla luce della sentenza n. 204) aver ricompreso nelle sue previsioni attività, quand'anche tradotte in atti, rientranti totalmente, secondo l'interpretazione (normativa) della Corte, nel diritto privato e nella relativa tutela; e al tempo stesso interpreta la sentenza nel senso di ricondurre all'Autorità anche l'esercizio di poteri amministrativi non autoritativi.

In quest'ottica gli atti di natura non autoritativa di cui al comma 1 bis vanno ricercati in fattispecie nelle quali l'Amministrazione si confronta non già con diritti soggettivi perfetti inconciliabili in quanto tali con l'esercizio del potere amministrativo<sup>123</sup>; bensì con diritti di diversa natura che possano

---

<sup>122</sup> D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005

<sup>123</sup> E. Follieri, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); A. Police, *La giurisdizione sulle controversie in materia di urbanistica ed edilizia torna all'antico*, Il Foro Amm.T.A.R., supp. al n. 12/04; F.G. Scoca, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, Il Foro Amm. T.A.R., supp. al n. 12/04, interpretano la sentenza della Corte Costituzionale come sostanziale soppressione della giurisdizione esclusiva con il ritorno dal giudizio amministrativo al giudizio su interessi legittimi, dotati

coesistere con l'esercizio del potere amministrativo dal quale sono, in qualche modo, condizionati e incisi<sup>124</sup>. Un potere che sebbene definito non autoritativo resta amministrativo ed espressione, ancorché finale e esecutiva, di autorità; così come restano amministrativi e rientrano nell'esercizio di un potere amministrativo i comportamenti riconducibili alla funzione amministrativa e che ne accompagnano l'esplicazione<sup>125</sup>.

Deve trattarsi peraltro di diritti che, parafrasando la Corte Costituzionale, partecipino in un certo qual modo della natura dell'interesse legittimo (con la dignità sostanziale e la pienezza ed effettività di tutela che oggi lo contraddistinguono: come riconosce la Corte Costituzionale nella sentenza 204 del 2004) e che implicano non già l'assenza di autorità in capo all'Amministrazione bensì la consumazione di tutta la libertà lasciata all'Amministrazione dalla legge e l'esercizio previo di tutti i poteri che la contraddistinguono con la sua trasformazione in esecuzione.

In altri termini, deve trattarsi di diritti riconosciuti dalla legge ma la cui conformazione finale dipende, in base alla legge, dalla pubblica Amministrazione come autorità. Diritti riconducibili a quello che è stato

---

anche di una loro peculiare tutela risarcitoria diversa da quella accordata dal giudice ordinario agli interessi legittimi: E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, 2 dicembre 2005, Avezzano, L'Aquila. Tutela risarcitoria peculiare che sembra particolarmente adeguata ai diritti amministrativi. Per una diversa lettura della sentenza 2004 v. L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte Costituzionale ne ridisegna l'ambito*; v. anche T.A.R. Sicilia-Catania, II, 2.2.2005 n. 175

<sup>124</sup> C. Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al nodo gordiano diritti-interessi*, in *Giustizia Civile* 2004, Parte Prima. La necessaria inerenza della controversia ad una situazione di potere quale elemento giustificativo della giurisdizione esclusiva è affermata da A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro It.*, I, 2004. Di necessario collegamento delle controversie al farsi del potere e quindi alla lesione di interessi legittimi parla F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro It.*, I, 2004.

<sup>125</sup> C.d.S.: Ad. Plen. 15.9.2005 n. 7, sul ritardo nel rilascio del permesso di costruire; Ad. Plen. 5.9.2005 n. 6, sui comportamenti antecedenti alla stipula del contratto; Ad. Plen. 16.11.2005 n. 9, sulle condotte attuative di atti amministrativi pur riconosciuti ex post illegittimi

definito diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo<sup>126</sup>; buon diritto<sup>127</sup> o anche, riproponendo antiche terminologie, diritto soggettivo amministrativo<sup>128</sup> o interesse legittimo finale: diritto minore se ci si colloca nell'ottica del solo potere, ma vero diritto dal punto di vista dell'amministrato-beneficiario (ed anche del terzo leso e della stessa Autorità retamente intesa), in quanto relativo a un bene della vita e in questo consistente, scaturente da un potere che si è trasformato in servizio e in dovere: dovere di dare o di non sottrarre ciò che spetta e di non attribuire ciò che non spetta, realizzando contemporaneamente (con l'efficacia richiesta all'Amministrazione in questa fase storico-istituzionale)<sup>129</sup> la giustizia effettiva nell'Amministrazione anche come giustizia dell'Amministrazione.

**5.** Gli atti amministrativi di natura non autoritativa adottati da una pubblica amministrazione in quanto tale e regolati dal diritto privato ed incidenti su situazioni tutelate dalla norma in funzione della loro soddisfazione, ancorché attraverso il previo esercizio di poteri autoritativi, non costituiscono, alla luce del comma 1 bis, l'unica tipologia di atti non autoritativi.

La norma contiene infatti il riconoscimento della possibile esistenza anche di atti non autoritativi retti dal diritto amministrativo come si ricava dall'ultima parte del comma (... *salvo che la legge disponga diversamente*) dalla cui interpretazione (con la conseguente ricerca dei segni di pubblicità) dipenderà (anche) l'estensione dell'ambito di operatività del diritto privato nell'adozione di atti amministrativi (B.G. Mattarella).

---

<sup>126</sup> A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in Atti del 150° anniversario del Consiglio di Stato, Milano, 1983

<sup>127</sup> L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, Dir.Proc.Amm., 1998.

<sup>128</sup> A. Klitsche de Lagrange, ricordato da M. Tiberii, *La nullità e l'illecito contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2003

<sup>129</sup> L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, Dir.Amm., 1999

Gli atti non autoritativi retti dal diritto privato vengono, in tal modo, a collocarsi, per così dire, ai confini tra ambito pubblico e ambito privato, presentandosi come anello di congiunzione e di passaggio tra i due campi.

Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, vanno esclusi dall'ambito di rilevanza del comma 1 bis, in quanto attratti totalmente nel diritto privato e rimessi sicuramente alla cognizione del giudice ordinario, gli atti espressione di poteri privati (quali sono oggi gli atti di gestione del personale nel rapporto di impiego privatizzato)<sup>130</sup> e, come si è già detto, gli atti nei quali l'Amministrazione si presenta come mero obbligato<sup>131</sup> o assuma obbligazioni e acquisti diritti nell'esercizio della capacità di diritto privato<sup>132</sup> ovvero in cui formalizzi comportamenti posti in essere in carenza di qualsiasi potere pubblico: atti tutti estranei alla *logica* del comma 1 bis in quanto riferito ad atti amministrativi.

Alla luce delle acquisizioni giurisprudenziali e dottrinali precedenti alle ultime novelle della legge 241 e con le limitazioni derivanti dalla sentenza n. 204 della Corte Costituzionale e senza soffermarsi sul relativo regime (di diritto privato o di diritto amministrativo), l'attenzione va quindi portata alle fattispecie nelle quali la legge, pur tutelando direttamente ed immediatamente la posizione dell'amministrato in funzione della sua soddisfazione ed individuando un obbligo specifico in capo all'Amministrazione in correlazione con il diritto (in senso ampio) dell'amministrato medesimo, lasci tuttavia spazi più o meno ampi all'Amministrazione come autorità ai fini – per così dire – del completamento della fattispecie descritta dalla norma di legge, collocando l'atto non autoritativo all'esito dell'esercizio di tutti gli altri poteri amministrativi (di indirizzo, normativo, pianificatorio, programmatico, di

---

<sup>130</sup> cfr. Cass. SS.UU., ordinanza 8.11.2005 n. 21593, che definisce espressamente non autoritativo il conferimento di un incarico di direzione

<sup>131</sup> cfr. T.A.R. Lazio-Roma, II, 4.6.2005 n. 3366, in materia di sovvenzioni previste da legge a presupposti totalmente vincolati

<sup>132</sup> pagamento di prestazioni rese dal gestore in base al contratto di servizio: Corte Cost. n. 204/2004

scelta politico-amministrativa, di opportunità, tecnica riservata) come atto esecutivo non solo rispetto alla legge ma anche rispetto alle precedenti decisioni dell'Amministrazione come autorità.

In questa prospettiva la parola Autorità, dal latino *auctoritas*, emerge nella sua corrispondenza alla radice *augeo* che significa aumentare, aggiungere. Nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi l'Amministrazione completa la fattispecie delineata dalla legge, integrandola con gli elementi già individuati dalla stessa legge quali presupposti per il riconoscimento e la soddisfazione del diritto del privato.

Una volta completata la fattispecie<sup>133</sup> l'Amministrazione non ha altro da aggiungere se non il riconoscimento della spettanza (o della non spettanza) del bene che si realizza (o non si realizza) appunto attraverso l'atto non autoritativo. Si potrebbe dire (richiamando un mio recente studio su merito e discrezionalità nell'amministrazione di risultato)<sup>134</sup> che l'atto non autoritativo, considerato comunque manifestazione di volontà dotata di autonomia funzionale, è un provvedimento senza orpelli, ridotto al suo dispositivo e al suo oggetto, costituito dalla res (in senso ampio: cose, persone, attività) attribuita, autorizzata, concessa, ecc., ovvero non attribuita, non autorizzata, non concessa, ecc..

Alla luce di tali premesse si possono individuare alcune possibili fattispecie di atti non autoritativi (riconducibili al comma 1 bis) espressione di potere amministrativo correlato con diritti *amministrativi*:

A) Vi rientrano innanzitutto i tradizionali atti di gestione del personale non privatizzato, anche se il carattere spiccatamente pubblico dei rapporti sembra portare, allo stato della giurisprudenza, alla restrizione dell'ambito della non autoritarietà<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> F.G. Scoca, *Autorità e consenso...cit*

<sup>134</sup> L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, Dir.Proc.Amm., 2005

<sup>135</sup> T.A.R. Lazio, I quater, 13.5.2005 n. 3746; cfr. anche C.d.S., VI, 2.5.2005 n. 2044

B) In alcuni casi c'è stato per così dire un riconoscimento legislativo "postumo" del carattere non autoritativo di taluni atti amministrativi:

b1) nel rapporto di impiego privatizzato, il passaggio alla giurisdizione del giudice ordinario delle relative controversie ha confermato la già acquisita non autoritarietà, nel precedente assetto, degli atti di gestione del personale, dei quali molti a carattere non vincolato (promozioni, sanzioni, note di qualifica, ecc.), anche se la privatizzazione totale mostra profili di incongruenza che emergono soprattutto in fase di esecuzione, come sembrano dimostrare vicende nelle quali, nonostante i poteri del giudice ordinario<sup>136</sup> viene richiesta al giudice amministrativo l'esecuzione di sentenze del giudice del lavoro<sup>137</sup>;

b2) anche l'art. 19 della legge 241 sembra contenere il riconoscimento implicito della già acquisita non autoritarietà degli atti ivi indicati (frutto dell'esercizio di mera potestà accertativa) avendone previsto la sostituzione con un atto negoziale di diritto privato (la Dichiarazione di Inizio Attività), ove ne ricorrano i presupposti.

C) L'art. 19 della legge 241, contiene sotto altro profilo la diretta tutela della posizione del privato che assume carattere di situazione soggettiva finale e quindi di diritto soggettivo amministrativo laddove sia conformata dal privato nel rispetto dei requisiti e presupposti stabiliti dalla legge o da atti amministrativi, con diritto comunque alla conservazione di ciò che è conforme alla legge o da questa conformato: con conseguente possibile caratterizzazione non autoritativa dei poteri previsti dalla norma, riconducibili allo schema proprio dei poteri sanzionatori di diritto comune in quanto collegati alla sola insussistenza dei presupposti della DIA. Il riferimento contenuto nell'ultima versione dell'art. 19 all'esercizio dei

---

<sup>136</sup> art. 68 d.lgs. 80/1998

<sup>137</sup> v. T.A.R. Marche, 19.9.2003 n. 453; v. pure C.d.S., V, 23.8.2005 n. 4386, anche se relativo a vicenda non recente sulla rilevanza pubblica del potere organizzatorio

poteri di autotutela non sembra possa riferirsi alla DIA in sé che non è atto amministrativo<sup>138</sup> bensì ai presupposti sui quali la DIA si fonda.

D) In ragione della possibilità riconosciuta al privato (art. 22 T.U. Edilizia) di autoconformare la propria situazione soggettiva con Denuncia di Inizio di Attività in alternativa al permesso di costruire - nelle ipotesi di interventi edilizi anche di nuova costruzione disciplinati da piani attuativi o da strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni planovolumetriche - deve ritenersi non autoritativo il permesso di costruire essendo previsto da una norma che tutela direttamente e immediatamente anche la posizione del privato in funzione della sua realizzazione, in uno schema normativo che individua il “diritto” del privato quale frutto (anche) dei poteri propri dell’autorità amministrativa nel campo urbanistico-edilizio (diritto del privato che presenta un progetto conforme totalmente al piano a realizzarlo con DIA o con permesso di costruire).

E) Al novero degli atti non autoritativi possono essere ricondotti gli atti amministrativi che l’Amministrazione si sia impegnata ad emanare a seguito di un accordo pubblicistico con il privato, stipulato in base all’art. 11 della legge 241 compreso l’accordo negoziale avente valore di piano attuativo in campo urbanistico, ai quali il citato art. 22 del T.U. estende la possibilità di ricorrere alla DIA (con doppia riduzione dell’autoritatività: per la fonte consensuale e per la possibilità di ricorrere alla DIA).

Anche in questa ipotesi è configurabile un “diritto” non soggettivo perché non scaturente direttamente solo da legge bensì anche dall’esercizio di autorità ed in particolare dall’esercizio della potestà amministrativa confluita nell’accordo che in sé non è ascrivibile al novero degli atti non autoritativi proprio per la libertà che ne è alla base<sup>139</sup>. La situazione del privato, interesse legittimo a fronte del potere pianificatorio, diventa diritto

---

<sup>138</sup> ma v. in contrario T.A.R. Pescara, 1.9.2005 n. 494

<sup>139</sup> C.d.S., VI, 14.9.2005 n. 4735, che afferma il carattere autoritativo della cessione volontaria di un bene in un procedimento espropriativo

a seguito del suo completo esercizio essendo tutelata direttamente ed immediatamente dalla norma di legge in funzione della sua soddisfazione e dall'accordo che concretizza la fattispecie descritta dall'art. 11 della legge 241.

F) Diritti soggettivi amministrativi e corrispondenti poteri di natura non autoritativa si hanno nelle fattispecie relative alla liquidazione dell'indennizzo per revoca di provvedimento e recesso dall'accordo; ed anche alla determinazione dell'indennizzo in caso di recesso dall'accordo (cfr. in tal senso già A.M. Sandulli)<sup>140</sup>.

G) Anche il diritto dei cittadini e delle imprese a richiedere e ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori dei pubblici servizi, sancito dall'art. 3 del Codice dell'Amministrazione digitale, appare riconducibile al novero dei diritti amministrativi, con una più spiccata caratterizzazione in termini di vero e proprio diritto nei confronti dell'Amministrazione statale (art. 3 comma 1) e più vicino all'interesse legittimo (rafforzato) nei confronti delle amministrazioni regionali e locali (art. 3 comma 2). Diritto correlato con poteri non autoritativi (specialmente nei rapporti con le amministrazioni statali) e tuttavia riferibile all'amministrazione-autorità, come conferma la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (comma 3 dell'art. 3 del Codice dell'Amministrazione digitale introdotto dall'art. 3 del D.lgs. 159/2006).

H) Al novero degli atti non autoritativi dovrebbero essere ricondotte (sebbene costituiscano atti limitativi della sfera giuridica dei privati: cfr. art. 21 bis legge 241) le sanzioni pecuniarie dell'Autorità antitrust, accomunate alle ipotesi sopra indicate perchè al completamento delle fattispecie concorre la stessa Autorità amministrativa che applica la sanzione e al

---

<sup>140</sup> A.M. Sandulli, *Manuale ....cit*

tempo stesso per la operatività dei principi generali<sup>141</sup> in tema di sanzione con sottoposizione delle sanzioni a un sindacato di merito<sup>142</sup>.

D) Tutte le ipotesi fin qui esaminate rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, in questa ottica, si presenta, per espressa previsione legislativa, come giurisdizione relativa non già a diritti soggettivi bensì a diritti *amministrativi*, a diritti dell'ordinamento amministrativo o, se si vuole, a interessi legittimi finali conformati anche attraverso il completamento della fattispecie legislativa che già li individua come situazioni di diritto di immediata protezione e meritevoli di soddisfazione.

La giurisdizione esclusiva si presenta quindi come segno dell'esistenza di un ambito di non autoritatività pur in mancanza di diritti soggettivi perfetti e quindi della possibile coesistenza di poteri non autoritativi e *diritti* compatibili con l'esercizio dei poteri, come del resto ha riconosciuto la stessa Corte Costituzionale ritenendo conformi alla Costituzione, come interpretata nella sentenza 204, alcune delle ipotesi sopra indicate (accordi, atti delle autorità amministrative indipendenti, ecc.).

Non sono invece ricomprese espressamente dalla legge nella giurisdizione esclusiva le sovvenzioni pur considerate dalla dottrina non solo di recente (V. Cerulli Irelli) alla luce del comma 1 bis, ma anche in passato<sup>143</sup> appartenenti al novero degli atti non autoritativi, in quanto scaturenti da norme che tutelano direttamente anche la posizione dei destinatari.

E alla tipologia degli atti non autoritativi potrebbero essere riportate le sovvenzioni che scaturiscono non solo dalla legge (in questa ipotesi si resterebbe infatti nell'ambito delle obbligazioni *ex lege* e

---

<sup>141</sup> M. Ramajoli, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, Dir. Proc.Amm., 2005

<sup>142</sup> C.d.S.; VI, 2.2.2004 n. 926

<sup>143</sup> V. Spagnuolo Vigorita, *Problemi Giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati* (Ed. Giannini) Napoli, 1964

dell'adempimento)<sup>144</sup> ma anche dall'esercizio dei poteri amministrativi di integrazione della fattispecie<sup>145</sup>.

In questa prospettiva mi è parsa emblematica una recente decisione<sup>146</sup> che, a fronte di un provvedimento di sovvenzione esecutivo – essendo stata la discrezionalità consumata a monte – ha ricondotto la questione alla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ex art. 5 legge T.A.R., facendo scaturire la giurisdizione esclusiva dal carattere non autoritativo dell'atto pur qualificato provvedimento (forse un possibile atto non autoritativo secondo il diritto amministrativo).

**6.I)** A questo punto già si potrebbero trarre conclusioni ed esprimere valutazioni sulla opportunità e sulla utilità del comma 1 bis che avrebbe riattualizzato un istituto, quello degli atti non autoritativi, sorto per esigenze primarie di giustizia (M.S. Giannini) che sembrerebbero già garantite non solo nella giurisdizione esclusiva (alla quale tali atti quasi totalmente appartengono) ma anche nel giudizio di impugnazione per le profonde trasformazioni verificatesi nel corso degli ultimi decenni, formalizzate ed accentuate dalla legge 205 del 2000 (accertamento del fatto, sindacabilità della tecnica, rimedi risarcitori con tendenziale prevalenza di quelli reintegratori, immediatezza della tutela) e che sembrano destinate ad accentuarsi ulteriormente dopo le riforme della legge 241 (ed in particolare delle sue nuove norme di rilievo processuale: pronuncia sulla fondatezza della pretesa in caso di silenzio e verifica della non infondatezza previa all'annullamento).

Ed ancora, ci si potrebbe già interrogare sia sull'utilità della norma nella parte in cui ha richiamato, per gli atti non autoritativi, il diritto privato, la cui applicazione, sub specie di principi di diritto comune, già era

---

<sup>144</sup> cfr. T.A.R. Lazio, II, n. 3366/05 cit.

<sup>145</sup> cfr. C.d.S., IV, 7.6.2005 n. 2871; e sulla tematica generale v. A. Police, *La preordinazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1998

<sup>146</sup> T.A.R. Sicilia, I, 17.6.2005 n. 1032

riconosciuta dalla dottrina<sup>147</sup> e dalla giurisprudenza; sia sulla sua opportunità per gli effetti negativi che, da una sua lettura per così dire radicale, potrebbero derivare quanto alla tutela dei terzi e dello stesso destinatario dell'atto (a fronte della libertà privatistica) e, ancor di più, rispetto alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico.

Ma ritengo opportuno procedere nella lettura della norma in coerenza con l'impostazione per così dire applicativa prescelta, per coglierne le implicazioni soprattutto di ordine processuale quanto alla titolarità della giurisdizione (M.A. Sandulli) e quanto alla intensità della tutela, nella consapevolezza che l'obiettivo della tutela piena, completa e finale (conseguibile a fronte di atti non autoritativi) non si ritiene ancora conseguito pienamente nel giudizio di impugnazione<sup>148</sup>, al quale vengono ricondotti al di là della loro natura l'assoluta maggioranza degli atti amministrativi.

**II)** Il legislatore, attraverso il comma 1 bis, ha voluto che la pubblica amministrazione nell'adozione degli atti di natura non autoritativa agisca *secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*.

In tal modo, gli atti di natura non autoritativa sono stati attratti nell'ambito del diritto privato con l'applicazione necessaria e diretta non già dei soli *principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili* com'è previsto dall'art. 11 comma 2 della stessa l. 241 per gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti, bensì delle norme di diritto

---

<sup>147</sup> M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in Foro It., 1987, V

<sup>148</sup> F.G. Scoca, *Conclusioni*, al Convegno su *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, Il Foro Amministrativo T.A.R., supp. 6/2005; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, Dir.Proc.Amm., 2005

privato in generale e quindi delle norme del codice civile rapportate al carattere unilaterale degli atti non autoritativi.

E il codice civile, all'art. 1324, stabilisce che: *Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano in quanto compatibili per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.*

L'assenza di riferimenti nel comma 1bis al contenuto patrimoniale degli atti sembra comportare l'applicazione a tutti gli atti di natura non autoritativa adottati dalla pubblica amministrazione delle norme che regolano i contratti, vale a dire delle norme contenute nel Libro Quarto, Titolo II del Codice Civile, ove compatibili con la natura degli atti unilaterali.

Tra le norme compatibili di particolare rilievo vanno segnalate le norme che individuano l'oggetto tra gli elementi del contratto e quindi dell'atto unilaterale (art. 1325 c.c.); la norma che stabilisce che l'oggetto *deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile* (art. 1346), con particolare riguardo alla possibilità, intesa in senso sia materiale che giuridico; le norme che sanciscono la nullità del contratto e quindi dell'atto unilaterale non solo per mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 (tra i quali l'oggetto) ma anche per mancanza, nell'oggetto, dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c., vale a dire possibilità, determinatezza, liceità (art. 1418); la norma sulla nullità parziale (art. 1419); la norma che conferisce la legittimazione all'azione di nullità del contratto e quindi anche dell'atto unilaterale a chiunque vi abbia interesse (art. 1421) e pertanto potenzialmente anche al terzo portatore di un interesse di rilievo giuridico; la norma sulla rilevanza d'ufficio da parte del giudice della nullità dell'atto (art. 1421); la norma sull'imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.).

Sotto altro profilo, la rilevata componente obbligatoria degli atti non autoritativi consente di applicare ad essi e ai relativi comportamenti le norme sull'adempimento delle obbligazioni; sull'inadempimento, sulla coercibilità degli obblighi e sulle relative azioni (artt. 1176 e ss. c.c.; art.

1218 e ss. c.c.; art. 2907 c.c.; artt. 2930 e ss c.c.); oltre ai canoni generali di correttezza e buona fede che informano l'ordinamento privatistico e che la giurisprudenza ha individuato come canoni di comportamento vincolanti per i titolari dei poteri privati paritari o espressione di posizione di supremazia, quali sono quelli dei datori di lavoro privati<sup>149</sup>.

Il quadro normativo sommariamente e solo parzialmente delineato lascia intravedere la (almeno astratta) possibilità di assicurare, anche col diritto privato, la tutela di tutte le posizioni coinvolte nell'adozione (o nella mancata adozione intesa quale possibile inadempimento di obblighi) di atti di natura non autoritativa, compresa quella dei terzi che invece si ritiene prevalentemente compromessa dal diritto privato tanto da far ricercare, anche dai suoi fautori (V. Cerulli Irelli), mitigazioni alla integrale operatività della logica privatistica attraverso l'applicazione di principi pubblicistici.

Ritengo pertanto che si debba concordare con chi afferma: *Quando usa il diritto dei privati, l'amministrazione non accampa poteri nè subisce vincoli diversi da quelli dei privati e Che l'applicazione delle regole procedurali che valgono per l'attività amministrativa sia da escludere per l'attività che si svolge nelle forme del diritto privato dovrebbe essere fuor di dubbio* (F. Trimarchi Banfi). E ritengo che si debba rispondere negativamente al dilemma se *gli adattamenti che dovrebbero garantire l'imparzialità e la tutela del terzo siano compatibili con la collocazione nel diritto privato di quell'attività amministrativa o non rappresenterebbero invece la riemersione degli elementi qualificanti del diritto amministrativo* (A.Travi).

La collocazione dell'attività amministrativa nel diritto privato impone di ricercare all'interno di questo gli spazi per soddisfare le insopprimibili esigenze di imparzialità e buon andamento.

---

<sup>149</sup> L. Iannotta, *Atti non autoritativi...cit*; Cass., I: 4.5.1994 n. 4323 e 20.4.1994 n. 3775

E pertanto non sembra utile nel diritto privato parlare di imparzialità<sup>150</sup>; né di diretta operatività del principio di legalità<sup>151</sup> ancorché funzionaliticamente inteso<sup>152</sup>; e neanche di eguaglianza come norma-principio operante anche nei rapporti privatistici<sup>153</sup>, come ha confermato la giurisprudenza nel campo del lavoro privato che, dopo qualche apertura, ne ha negato l'operatività, facendo invece leva, per il controllo dei poteri privati, sulle norme relative all'interpretazione dei contratti e sui canoni di correttezza e buona fede<sup>154</sup>.

Ritengo invece che il comportamento dell'Amministrazione vada sottoposto al diritto privato tenendo conto del Soggetto e del suo Statuto, dello statuto di una persona giuridica pubblica operante nell'ordinamento privatistico, definito dalla Costituzione e dalla legge ordinaria<sup>155</sup> con lo scopo fondamentale (art. 16 C.c.) che la contraddistingue e che ne evidenzia la funzione ma ne limita l'azione (o meglio rende indefettibile ciò che per altri soggetti sarebbe solo *doveroso*): assicurare alle persone, alle formazioni sociali e alle comunità i beni e servizi dovuti garantendo effettivamente i diritti (art. 2 Cost.), rimuovendo gli ostacoli (art. 3 Cost.) operando con giustizia (art. 100) con efficacia ed economicità (valori nei quali si sostanziano nella nuova dimensione ordinamentale l'imparzialità e il buon andamento: art. 97 Cost.), dando a ciascuno ciò che spetta e al tempo stesso non attribuendo ciò che non spetta.

In questa prospettiva appare riconducibile al *giuridicamente impossibile* per l'Amministrazione l'attribuzione di ciò che non spetta o il dare più di quello

---

<sup>150</sup> lo esclude F. Trimarchi Banfi, ...*op.cit.*; ma già V.Spagnuolo Vigorita, ...*op.cit.*

<sup>151</sup> a favore invece F. Merusi, ..*op.cit.*

<sup>152</sup> C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982

<sup>153</sup> F. Trimarchi Banfi, ...*op.cit.*; V.Spagnuolo Vigorita, ...*op.cit.*

<sup>154</sup> G. Grasso, *L'atto non autoritativo nel pubblico impiego contrattualizzato (tra mitologia e realtà giuridica)*, Il Foro Amministrativo C.d.S., 2004; S. Veneziano, *Dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione (quasi) esclusiva del giudice del lavoro*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

<sup>155</sup> F.G. Scoca, *Autorità...cit*; ma anche M.R. Spasiano, *Funzioni amministrative e legalità di risultato*, Torino, 2003

che spetta non *ab externo*, applicando cioè agli atti di diritto privato norme e principi di diritto pubblico, bensì *ab intra*, alla luce del suo Statuto e quindi guardando a ciò che essa può fare e a ciò che non può fare. Impossibilità suscettibile di tradursi, alla luce del combinato disposto dagli artt. 1346, 1418 o 1419 Codice Civile, per la carenza di uno dei requisiti essenziali dell'atto, in impossibilità giuridica appunto e, di conseguenza, in nullità totale o parziale dell'atto che attribuisce un bene non dovuto o lo attribuisce in quantità maggiore del dovuto.

E l'azione di nullità potrebbe essere proposta dal controinteressato, portatore di un interesse giuridico, sicuramente rientrante in quanto tale nel chiunque vi abbia interessi di cui all'art. 1421 c.c..

Si pensi a un permesso di costruire o a una sovvenzione qualora ricompresi nella categoria degli atti non autoritativi, come ipotizzato (V. Cerulli Irelli).

La realizzazione di un edificio non consentito dal Piano Regolatore o con un piano in più di quelli ammessi costituirebbe oggetto (totalmente o parzialmente) impossibile del permesso di costruire rendendolo suscettibile di declaratoria di nullità. E così la sovvenzione che attribuisse somme non dovute o superiori al dovuto, alla luce dei criteri stabiliti dalla legge e integrati dall'Amministrazione.

Il diretto interessato, a fronte di poteri non autoritativi, potrebbe naturalmente far valere il suo diritto, nei limiti della spettanza, attraverso azioni di accertamento, di adempimento e di condanna.

La pubblica Amministrazione verrebbe al tempo stesso liberata dai vincoli formali (procedimentali, motivazionali, partecipativi) e dal connesso rischio di veder annullati i propri atti anche quando abbia deliberato risultati conformi a legge sul piano sostanziale; e contemporaneamente sottoposta a vincoli sostanziali (dare ciò che spetta, non attribuire ciò che non spetta, ecc.), con il conseguente venir meno di quello che è stato individuato come l'ultimo privilegio derivante dall'autoritatività/imperatività, vale a dire la

difficoltà per i privati portatori di pretese fondate di conseguire il bene spettante (B.G. Mattarella).

7. Le implicazioni sostanziali e processuali relative agli atti non autoritativi derivanti dall'interpretazione del comma 1 bis e dalle norme del codice civile da esso richiamate nonché della interpretazione giurisprudenziale e dottrina antecedente all'entrata in vigore della l. 15/2005 - compresa quella della giurisdizione esclusiva offerta dalla Corte Costituzionale - vanno a questo punto, anche se brevemente, confrontate con le altre norme introdotte dalla stessa legge n. 15.

In particolare la l. 15 attraverso la *moltiplicazione* del suo art. 21 ha fatto della l. 241 anche una legge sul provvedimento amministrativo (F. Francario) attribuendo a questo talune caratteristiche non dissimili da quelle proprie degli atti negoziali, ad es. sancendo (art. 21 septies) la rilevanza dei suoi elementi essenziali (cfr. art. 1325 c.c.) e collegando alla loro mancanza la nullità (cfr. art. 1418 c.c.).

Sotto altro profilo la medesima legge 241 ha introdotto il principio almeno tendenziale della irrilevanza dei vizi formali attenuando comunque il rilievo delle formalità (art. 21 octies).

Confrontando la disciplina dell'atto non autoritativo emergente dal rinvio alle norme del diritto privato contenuto nel comma 1 bis con quella del provvedimento contenuta negli artt. 21 bis e ss. della legge 241, si potrebbe affermare che il primo realizza appieno tutte le esigenze sottostanti alla disciplina del provvedimento. Nell'atto non autoritativo c'è sicura libertà delle forme, non c'è procedimento, non c'è obbligo di motivazione, c'è logica di risultato; la nullità (prevista a proposito del provvedimento per la mancanza degli elementi essenziali) potrebbe operare negli atti non autoritativi in tutta la sua estensione, essendo riferibile, in assenza di limitazioni, anche alla mancanza nell'oggetto dei requisiti della liceità, della determinatezza e della possibilità.

Inoltre il potere non autoritativo, proprio in quanto retto nel suo esercizio dal diritto privato, può agevolmente convertirsi in un contratto senza che lo stesso debba essere accompagnato da alcuna determinazione previa com'è invece previsto dalla nuova disciplina dell'accordo (art. 11 comma 4 bis), per corrispondere a dichiarate esigenze di imparzialità e di buon andamento. Ed in effetti, pur avendo l'interpretazione proposta preso le mosse dal riferimento testuale del comma 1 bis agli atti piuttosto che ai contratti, essa ben può portare alla legittimazione del contratto che verrebbe a formalizzare gli effetti bilaterali dell'atto unilaterale o a sostituirsi ad esso con applicazione diretta delle norme del codice civile sopra richiamate che al contratto direttamente e prioritariamente si riferiscono.

L'atto non autoritativo, oltre che delle esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, consente altresì la realizzazione delle esigenze di pienezza e completezza della tutela diffusamente avvertite e solo in parte recepite dalla giurisprudenza (F.G. Scoca) per la mancanza di una tutela esaustiva e finale (M. Clarich) delle posizioni di interesse legittimo soprattutto di carattere pretensivo, non sussistendo ostacoli alla proponibilità di azioni di accertamento, di adempimento e di condanna anche in assenza di un provvedimento, come la dottrina ha da tempo segnalato<sup>156</sup>

L'atto non autoritativo di diritto privato, come pure si è visto, potrebbe inoltre non escludere ed anzi potenziare la tutela del terzo: questo, a fronte dell'indebita attribuzione di beni ai beneficiari, sembra avere infatti la

---

<sup>156</sup> G. Abbamonte, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. 1, Milano 1988, e *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, *Rass. Dir.Pubb.*, 1972; V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; F. Pugliese, *Note minime in tema di accertamento e di effetti della decisione amministrativa di accoglimento del ricorso*, *Dir.Proc.Amm.*, 1993; L. Iannotta, *Atti non autoritativi...cit.*; N. Di Modugno, *Tipicità (o atipicità) delle azioni e tipicità dei dispositivi di accoglimento del ricorso*, *Dir.Proc.Amm.*, Milano, 1992; M. Clarich, *op.cit.*, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione...cit.*

possibilità di proporre l'azione di nullità per impossibilità dell'oggetto, con esposizione del beneficiario dell'indebito ad una azione idonea a colpire l'atto nel suo risultato qualora giuridicamente impossibile. E ciò ovviamente varrebbe anche ove l'atto fosse accompagnato o sostituito dal contratto.

Rispetto all'attività non autoritativa, infine, potrebbe prospettarsi la configurabilità di obblighi di negoziazione e di rinegoziazione (anche in riferimento agli artt. 2957 e 2958 c.c.) in conformità con le interpretazioni di recente offerte al fenomeno della dottrina privatistica<sup>157</sup>. In particolare, a fronte di poteri non autoritativi e quindi di obblighi di comportamento, potrebbe configurarsi come doverosa la presa in considerazione di una proposta contrattuale (come ha di recente riconosciuto il Consiglio di Stato<sup>158</sup> in relazione a rapporti tra enti pubblici, vale a dire tra soggetti pariordinati).

**8.** Ma la ipotizzata disciplina sostanziale e processuale degli atti non autoritativi va confrontata altresì con le ulteriori modifiche alla l. 241 introdotte dalla l. 80 del 14 maggio 2005 a completamento di quelle già realizzate dalla l. 15.

In particolare va rilevato che la l. 80 ha aggiunto – alla già riconosciuta impugnabilità del silenzio su istanza, senza previa diffida, ben al di là del termine breve di decadenza previsto per i provvedimenti e alla qualificazione del silenzio come inadempimento (l. n. 15/2005) -

---

<sup>157</sup> F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. Grandò Stevens, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Nicolò Lipari, Milano, 1998; in campo pubblicistico sull'obbligo di rinegoziazione L.Iannotta, *Gli istituti di partecipazione tra pubblico e privato nell'ordinamento locale (La l. 142 dell'8 giugno 1990 alla luce dei principi della l. 241 del 7 agosto 1990)*, in Marrama, Iannotta Pugliese *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, Napoli, 1991; A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, Dir.Proc.Amm. 1993.

v. M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna 2002 sull'instabilità dei rapporti economici

<sup>158</sup> C.d.S., VI, 10.3.2004 n. 214

l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di conoscere della fondatezza dell'istanza nei procedimenti a istanza di parte<sup>159</sup>.

Orbene, in tal modo il legislatore ha riconosciuto (almeno potenzialmente) a tutti gli interessi pretensivi il trattamento processuale che si è visto proprio delle situazioni interferenti con poteri non autoritativi avviando, se non addirittura sancendo, il riconoscimento della non autoritarietà di tutti gli atti conseguenti a istanza di parte, almeno di quelli derivanti dall'esplicazione di attività vincolata, rendendo praticabili quelle interpretazioni (fino ad oggi ritenute non compatibili col sistema) che correlavano vincolatività a diritto<sup>160</sup> intendendo per diritto il diritto soggettivo (dell'ordinamento) amministrativo.

Se si tiene conto poi dell'accentuazione della deprovvedimentalizzazione realizzata dalla legge n. 80/2005 in ragione dell'estensione del silenzio-assenso (che implica diretta considerazione e tutela ad opera della legge della posizione del privato, realizzabile anche senza provvedimento) e della già sancita estensione della DIA, si dovrà prendere atto della concretizzazione delle condizioni che autorevole dottrina (F.G. Scoca) ha da tempo segnalato quale sintomi di un processo teso all'eliminazione dell'autoritatività: condizioni individuate appunto nelle tecniche della dichiarazione di inizio attività, del silenzio-assenso e della deregolazione.

Se infine si considera l'alto grado di tutela accordato dalla giurisprudenza amministrativa, anche sotto la spinta del diritto europeo, alle situazioni

---

<sup>159</sup> Potere riferito a fattispecie di ridotta discrezionalità da T.A.R. Puglia-Bari, II, 17.11.2005 n. 4905 anche per ragioni di compatibilità col rito di cui all'art. 21 bis legge T.A.R.; cfr. il commento all'art. 2 legge 241 di A. De Roberto, *La legge generale sull'azione amministrativa (la legge n. 241 del 1990 dopo le modifiche delle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80)*, Torino, 2005. Sulla possibilità-necessità di conoscere della fondatezza dell'istanza già prima della novella della l. 241 v. F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del nuovo trattamento processuale* in *Dir.Proc.Amm.*, 2002; contra C.d.S. Ad Plen, 9.1.2002 n. 1

<sup>160</sup> v. per tutti A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv.proc.civ.*, 1988 ripreso da M. Clarich, *op cit*

soggettive incise sfavorevolmente dal provvedimento amministrativo<sup>161</sup>, tanto da far affermare che i poteri che incidono sugli interessi dei privati *non sono diversi da quelli di cui sono titolari altri soggetti pubblici e privati, anzi sono molto più limitati e controllati* (B.G. Mattarella) si potrebbe arrivare anche a sostenere che - con l'eliminazione dell'ultimo privilegio dell'amministrazione (quello relativo a posizioni pretensive) conseguente alla possibilità riconosciuta al giudice amministrativo di pronunciare sulla fondatezza dell'istanza, a seguito di azione proponibile entro un lungo termine - è definitivamente venuta meno l'autoritatività dei poteri amministrativi e degli atti incidenti ancorché unilateralmente su situazioni giuridiche soggettive: situazioni tutte definibili in termini di diritti amministrativi<sup>162</sup>.

L'autoritarità contraddistinguerebbe i soli poteri di indirizzo politico-amministrativo: gli atti nei quali essi si manifestano (v. artt. 4 e 14 d.lgs. 165/2001) e, ancor di più, i comportamenti formali e informali espressi e inespressi in cui si concretizzano, vale a dire atti e comportamenti che, almeno sul piano formale, non incidono direttamente e concretamente sulle situazioni soggettive degli amministrati.

Ma anche su questi poteri e comportamenti non potrebbe non produrre effetti la possibile caratterizzazione in termini di diritti (amministrativi) delle posizioni coinvolte (si pensi alle posizioni cc.dd. consolidate previe rispetto all'esercizio del potere di pianificazione urbanistica in cui essa si concretizza).

L'altra manifestazione di autoritarità potrebbe essere costituita dagli atti di autotutela: sulla cui disciplina egualmente non potrebbe non ripercuotersi la caratterizzazione delle situazioni interferenti con l'esercizio di poteri non

---

<sup>161</sup> cfr. C.d.S., IV, 2.3.2004 n. 950 sulla priorità della reintegrazione sul risarcimento in una fattispecie di annullamento di occupazione

<sup>162</sup> e perciò risarcibili A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, D.A., 1998, ed arbitrabili M. Vaccarella, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004

autoritativi ancor più se soddisfatte, in termini di diritti amministrativi quantomeno da indennizzare (nella revoca: art. 21 quinquies) e da non sacrificare necessariamente ex tunc (v. art. 21 nonies), con conseguente possibilità di apprezzare la legittimità e l'entità del sacrificio almeno ai fini dell'indennizzo (revoca) o della decorrenza degli effetti negativi (annullamento).

Poteri di autotutela la cui astratta titolarità non potrebbe privare, sotto altro profilo, le situazioni soggettive, nei rapporti con poteri di amministrazione per così dire ordinaria, del loro possibile carattere di diritto<sup>163</sup>. E ciò senza considerare i limiti che derivano non solo all'esercizio ma alla stessa titolarità dei poteri di autotutela dalla qualificazione degli atti come di diritto privato e, ancor di più, dalla loro sostituzione con contratti (atti aventi forza di legge tra le parti: art. 1372 c.c.) eliminabili in quanto tali solo a seguito di azioni giudiziarie.

**9.** Osservando la giurisprudenza formatasi dopo le novelle alla l. 241 si avvertono segni abbastanza evidenti di una accentuazione della trasformazione del giudizio amministrativo di legittimità in termini spiccatamente sostanziali e finalistici<sup>164</sup>. Trasformazioni già da anni in corso (pieno accertamento del fatto;<sup>165</sup> sindacabilità, almeno potenziale, delle decisioni tecniche; rimedi risarcitori, con prevalenza di quelli reintegratori<sup>166</sup>) e che sta portando la giurisprudenza a qualificare il giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto<sup>167</sup>; di accertamento della fondatezza della pretesa<sup>168</sup> e addirittura di merito come si afferma in una

---

<sup>163</sup> cfr. C.d.S., IV, 7.6.2005 n. 2871, che distingue tra diritto soggettivo al finanziamento e interesse legittimo rispetto al potere di annullamento

<sup>164</sup> C.d.S., IV, 14.6.2005 n. 3124 e V, 7.12.2005 n. 6990

<sup>165</sup> C.d.S., VI, 23.4.2002 n. 2199 e n. 296/2004 cit.

<sup>166</sup> C.d.S., IV, 2.3.2004 n. 950 e V, 15.3.2004 n. 1280

<sup>167</sup> T.A.R. Abruzzo-Pescara 13.3.2005 n. 394; T.A.R. Campania-Salerno, 4.5.2005 n. 760

<sup>168</sup> T.A.R. Lazio, I quater, 30.8.2005 n. 6359, TAR Campania-Napoli, I 13.6.2005 n. 7817; T.A.R. Sicilia-Palermo, II, 3.6.2005 n. 941; T.A.R. Puglia-Lecce, II, 27.5.2005 n. 2913

recentissima decisione<sup>169</sup> in riferimento al giudizio su silenzio ex art. 2 l. 241 novellata e art. 21 bis legge T.A.R.. Inoltre, alle pretese al rilascio di permessi di costruire viene riconosciuta una tutela finale sia in giudizi di merito<sup>170</sup> sia in sede cautelare (con ordinanza che ha disposto il rilascio della concessione edilizia in fase di esecuzione di sospensiva<sup>171</sup> ovvero con ordinanza di sospensione di sentenza di rigetto di ricorso avverso diniego di permesso di costruire<sup>172</sup>) come peraltro riconosciuto fin dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso dalla giurisprudenza sulla sospendibilità degli atti negativi<sup>173</sup>.

In questo contesto la norma sugli atti non autoritativi e il diritto privato potrebbe risultare effettivamente inutile (come ha sostenuto Aristide Police): nel senso che i vantaggi della *privatizzazione* potrebbero essere assicurati pienamente dal giudice amministrativo, riportandoli nell'ambito del diritto amministrativo e negli schemi (ampi) del giudizio amministrativo, in ragione della piena tutelabilità dei diritti (ove fondati) e della possibilità di conseguire risultati giusti ed efficaci, per così dire con una saldatura delle esigenze sottostanti all'art. 2 della legge 241 (pronuncia sulla fondatezza dell'istanza) con quelle proprie dell'art. 21 octies (limiti dell'annullabilità) e quindi dando soddisfazione alle pretese fondate non solo rispetto al silenzio ma anche in presenza di atti; e rigettando quelle infondate non solo in presenza di atti ma anche rispetto al silenzio, senza sancire ambigui obblighi di provvedere. Pervenendo quindi – ove possibile –

---

<sup>169</sup> C.G.A.SI. 4.11.2005 n. 726

<sup>170</sup> T.A.R. Pescara, 13.12.2005 n. 855

<sup>171</sup> ord.za C.d.S., IV, 29.9.2005 n. 4345

<sup>172</sup> ord.za C.d.S., IV, 2.12.2005 n. 8538

<sup>173</sup> C.d.S., Ad. Plen. n. 14 dell'1.6.1983 e n. 17 dell'8.10.1982. In questo contesto anche la norma dell'art. 10 bis (aggiunto dalla l. 15 alla l. 241) della quale la giurisprudenza ha già fatto ampia applicazione (TAR Lazio, Roma, II Bis, 18.5.2005 n. 3921; TAR Sicilia-Palermo, III, 13.9.2005 n. 1528; TAR Veneto, II, 1.6.2005 n. 2358; TAR Lazio, III ter, 8.9.2005 n. 6618, per la DIA TAR Veneto, II, 13.9.2005 n. 3418) e letta come un contraddittorio ritorno al procedimento (F.G. Scoca, *Conclusioni...cit*) appare sintomatica dell'esigenza di accertare compiutamente anche sul piano procedimentale la fondatezza-infondatezza della pretesa sostanziale.

all'accertamento della fondatezza (o dell'infondatezza) delle pretese, senza preoccupazione di sostituirsi all'Amministrazione.

In altri termini, il comma 1 bis diventerà inutile se il giudice amministrativo – come sembra indicare l'evoluzione ordinamentale - porterà avanti la trasformazione del giudizio amministrativo per assicurare una tutela piena ed effettiva ai diritti dell'ordinamento amministrativo, già interessi legittimi, in piena conformità con l'esigenza costituzionale di giustizia nell'Amministrazione che implica, anche per gli interessi legittimi – diritti dell'ordinamento amministrativo (Alberto Romano) o se si vuole diritti amministrativi dell'ordinamento generale (L. Iannotta) la piena soddisfazione attraverso il conseguimento del bene sperato (art. 2 Cost.), la rimozione degli ostacoli a tale conseguimento (art. 3 Cost.) e l'adempimento dei doveri e degli obblighi che a tali diritti a vario titolo si correlano.

In questa prospettiva, gli atti non autoritativi, secondo il diritto privato, di cui parla il comma 1 bis non potranno che essere ricompresi nella giurisdizione amministrativa in quanto atti espressione di potere amministrativo ancorché non autoritativo, incidenti su diritti che partecipano della natura di interesse legittimi. Giurisdizione amministrativa piena e non più esclusiva (A. Police) rispetto ai diritti soggettivi a fronte dei quali non vi è alcun potere amministrativo. Ma giurisdizione piena ed esclusiva rispetto ai diritti amministrativi con applicazione del diritto privato o del diritto amministrativo a seconda delle opzioni (normative) del giudice amministrativo, ma con la realizzazione in entrambe le ipotesi di una giustizia piena ed effettiva e con la salvaguardia dell'interesse pubblico alla conservazione e alla realizzazione di risultati validi, legittimi e giusti e dell'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici.

Del resto, alla diffusa domanda di giustizia effettiva e finale e di risultato sociale concreto potrà dare efficace e tempestiva risposta, nel nostro ordinamento, solo il giudice amministrativo perchè è il giudice naturale dei diritti amministrativi, già interessi legittimi che (svelando la loro natura di

forma di protezione di diritti fondamentali)<sup>174</sup> si presentano come situazioni di necessaria soddisfazione nei termini ad essi propri, cioè come conseguimento effettivo e tempestivo dei beni della vita spettanti, alla cui attribuzione è tenuta l'Amministrazione nella sua dimensione di servizio. Quanto alle esigenze di autonomia dell'amministrazione, queste potranno essere assicurate non già rinunciando a definire la spettanza del bene, bensì accertandola sempre ove sia possibile (e quasi sempre lo è<sup>175</sup>, anche se a volte con difficoltà) e lasciando all'amministrazione, se necessario e opportuno, la facoltà di scelta tra attribuzione e risarcimento, dando priorità alla giustizia effettiva e finale: che ha un valore ordinamentale e sociale sicuramente più alto di quella meramente risarcitoria e monetaria di cui beneficia il singolo individuo che percepisce il risarcimento (peraltro a distanza di tempo e in misura normalmente ridotta, ad es. corrispondente all'utile d'impresa) mentre della giustizia effettiva possono beneficiare tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nell'iniziativa originalmente impedita (imprese, lavoratori, ecc.) e la comunità nella quale l'iniziativa si inserisce, per la rilevanza sociale del lavoro e della produzione di beni e servizi.

---

<sup>174</sup> A. Barbera e C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004

<sup>175</sup> cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 23.11.2005 n. 1217 sulla possibilità di accertare la spettanza del bene attraverso la ripetizione virtuale di una gara; v. anche C.d.S., VI, 23.4.2002 n. 2199

## **VII) Urbanistica di risultato**

### **A) Ricostruzione di un caso di recupero urbanistico e ambientale di area industriale dismessa (Napoli: piano urbanistico di Bagnoli-Coroglio)**

**1.** Il Comune di Napoli, con le Varianti al Piano Regolatore del 1972 - approvate nel 1998 per la zona occidentale e nel 2004 per il centro storico e le zone orientale e nord occidentale – ha posto il recupero delle aree dismesse tra i suoi obiettivi fondamentali, insieme con la tutela e il ripristino dell'integrità fisica e dell'identità culturale del territorio; la riqualificazione degli agglomerati urbani; l'adeguamento della dotazione di servizi; la riforma del sistema di mobilità cittadina e metropolitana; l'integrazione a scala metropolitana del sistema urbano di Napoli.

Le Varianti hanno previsto in particolare il recupero delle due grandi aree industriali situate a occidente e oriente della Città, da realizzare attraverso il rinnovamento della destinazione produttiva di quella orientale, la riconversione a nuovi usi dell'area siderurgica a occidente.

Il perno del processo di riqualificazione della zona orientale è costituito dalla prevista realizzazione, nelle aree delle ex raffinerie, di un grande parco di oltre 150 ettari, che collega la piana al mare, seguendo l'andamento di un nuovo corso d'acqua, che ricorda l'antico fiume Sebeto e di un lungo viale che vuole esprimere l'obiettivo, ricorrente nella Variante del 2004, di ricongiungere centro e periferia. Intorno al parco è previsto un articolato tessuto di industrie leggere, attività artigianali, servizi, residenze.

In accordo con il piano comunale dei trasporti si è inoltre proposta una drastica semplificazione dell'attuale intricato reticolo stradale, di forte impatto ambientale, anche attraverso la demolizione delle infrastrutture incompatibili con gli standard di qualità urbana perseguiti (sulla problematica v. AA.VV. in E. FERRARI – a cura di – 2000).

Il processo di riqualificazione proposto richiede come condizione preliminare, secondo le previsioni della stessa Variante del 2004, la delocalizzazione di tutti gli impianti petroliferi (non solo dei residui depositi, ma anche dell'attracco delle petroliere nel porto), ritenuti incompatibili con la qualità dei nuovi insediamenti.

Si tratta però di una condizione non immediatamente realizzabile, sia per la complessità delle operazioni di delocalizzazione sia per l'impossibilità di chiudere gli stabilimenti di stoccaggio e smistamento di gas propano liquido-GPL (che producono circa 840mila tonnellate – all'anno - di gas destinato alla combustione e all'autotrazione, servendo tutte le regioni meridionali), senza aver prima individuato una nuova sede.

Della complessità e della lunga durata della delocalizzazione si è reso conto il pianificatore comunale che, superando la poco realistica impostazione della Variante, adottata nel 2001 (v. M. R. SPASIANO 2003), ha introdotto nelle norme tecniche di attuazione della Variante, approvata nel 2004, in accoglimento delle osservazioni delle società titolari degli stabilimenti di GPL, una disciplina transitoria che consente alle società sia di effettuare tutti i lavori necessari per conservare ed accrescere il livello di sicurezza, sia di continuare ad operare, anche se in un ambito più ristretto, nelle more del trasferimento definitivo (v. art 143 N.T.A. Variante 2004).

Estremamente attuale si presenta invece il recupero della vasta area industriale (circa 200 ettari) situata nella zona occidentale della città, dismessa dalle acciaierie della Italsider–Ilva dell'IRI (che ne occupavano la maggior parte) e da uno stabilimento per la produzione di cemento amianto della Società Eternit agli inizi degli anni '90, a seguito di decisioni della Commissione della Comunità Europea conseguenti alla crisi internazionale ed europea del settore siderurgico.

**2.** La variante al P.R.G. relativa alla zona occidentale – avviata nel 1994, adottata nel 1996 e approvata nel 1998 - mira al dichiarato obiettivo *di*

*costruire nell'area industriale dismessa di Coroglio-Bagnoli un insediamento a bassa intensità, connotato da un'alta qualità ambientale, nel quale trovino posto funzioni anche altamente rappresentative per il rinnovamento di Napoli...ripristinando le straordinarie condizioni ambientali che furono cancellate dalla costruzione della fabbrica come si legge nella Relazione generale.*

Presupposto e condizione per il perseguimento dell'obiettivo individuato dallo strumento urbanistico era *la realizzazione di una imponente opera non solo di demolizione dei manufatti industriali ma anche di risanamento ambientale* (A. CONTIERI in E. FERRARI e F. PUGLIESE – a cura di – 1999).

In quel momento il recupero ambientale delle aree, in precedenza occupate dalle industrie siderurgiche, era affidato alla Bagnoli s.p.a del gruppo I.R.I., costituita appunto con il compito specifico di attuare *il Piano di recupero ambientale – Progetto delle operazioni tecniche dei siti industriali dismessi nella zona ad elevato rischio ambientale dell'area di crisi produttiva e occupazionale di Bagnoli* approvato nell'aprile e nel dicembre 1994 dal C.I.P.E.

Il risanamento comprendeva *le operazioni di smantellamento e di rimozione, le demolizioni e le rottamazioni, nonché la bonifica delle aree (suolo, sottosuolo e acque di falda) dalla presenza di inquinanti fino alla profondità interessata dalla contaminazione, in modo da raggiungere valori corrispondenti a quelli delle aree non inquinate circostanti il sito, con analoghe caratteristiche geologiche e pedologiche* secondo le previsioni dell'art.1 c.1 del D.L. 20.9.1996 n.486 convertito con modifiche dalla legge n.582 del 1996

Lo stesso art. 1 del d.l. 486/1996 ha previsto al c. 14 l'integrazione del piano di bonifica e recupero ambientale dell'area industriale di Bagnoli con la bonifica dell'arenile di Coroglio Bagnoli e dell'area marina, comprensivo

del ripristino della morfologia naturale della costa, in conformità con lo strumento urbanistico del Comune di Napoli.

Ma l'originario piano di recupero ambientale approvato dal CIPE nel '94, oltre all'integrazione dovuta all'inclusione dell'arenile di Coroglio-Bagnoli, subiva ulteriori profonde modifiche e integrazioni dovute sia ai necessari approfondimenti sul campo (carotaggi, analisi del suolo e del sottosuolo e delle acque di falda) delle sue originarie previsioni di larga massima o di carattere meramente presuntivo; sia alla sopravvenienza di norme in materia ambientale (d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 – decreto Ronchi; Decreto Ministero Ambiente 15.12.1999 n. 471) che hanno introdotto criteri più stringenti e sostanzialmente diversi nella classificazione dei rifiuti e nella disciplina del loro smaltimento, con rilevanti ricadute in termini di tempo, costi e qualità dell'intervento (v. Stato di Avanzamento al 31.10.2000 delle attività della Bagnoli S.p.A.); sia a nuove scelte politiche di ordine culturale, sociale e paesaggistico (v. art. 31 c. 43 l. 23.12.1998 n. 448 che, integrando l'art. 1 c. 1 d.l. 486/1996, ha affidato al Comitato di coordinamento delle operazioni di bonifica il compito di *individuare i manufatti industriali particolarmente significativi dal punto di vista storico e testimoniale che, a salvaguardia della memoria storica del sito, non dovranno essere demoliti. La destinazione dei manufatti salvaguardati è decisa dal Consiglio comunale di Napoli nell'ambito della pianificazione urbanistica esecutiva*).

**3.** Con deliberazione n. 4098 del 13 dicembre 2000 la Giunta ha proposto al Consiglio comunale il Piano urbanistico esecutivo (P.U.E.) della Variante del 1998 relativo all'ambito di Coroglio –Bagnoli.

In quel momento, il piano di recupero ambientale - secondo lo stato di avanzamento al 31.10.2000 redatto dalla Bagnoli S.p.A. - era stato realizzato al 95% per le demolizioni; al 64% per gli smontaggi ma con vendita della restante parte (trenonastro) a una Società Tailandese; e, per la

bonifica all'80%, sul piano quantitativo (il restante 20% risultava però molto più complesso sul piano qualitativo).

Il P.U.E., fin dalla sua adozione, ha specificato le scelte e gli obiettivi della variante; ha definito la precisa collocazione territoriale e la volumetria dei manufatti da realizzare; ha esplicitato i contenuti economici del progetto; ha confermato e qualificato gli obiettivi che il Comune di Napoli si era posto nella riconversione dell'ex sito industriale di Bagnoli, proponendosi di ripristinare le condizioni ambientali originarie, progressivamente e sempre più gravemente alterate a partire dai primi anni del secolo scorso.

Al tempo stesso il P.U.E., a modifica della Variante, ha recepito la decisione adottata il 23 marzo 1999 (in base all'art. 1 c. 1 D.L. 486/1996 e successive modifiche e integrazioni) dal Comitato di Coordinamento delle operazioni di bonifica che aveva previsto la sottrazione alla demolizione di 16 manufatti industriali, conservando in tal modo la memoria del passato industriale e della cultura del lavoro che lo aveva caratterizzato.

Il Comune di Napoli, attraverso il P.U.E., mirava all'obiettivo di formare, come si legge nella Relazione generale, *un grande sistema di attrezzature per il tempo libero, per lo sport e per il godimento della natura*

In questo sistema i punti di forza e di maggior richiamo sono rappresentati dalla spiaggia e dal parco, costituenti la prima delle nove aree tematiche in cui si articola il piano e che il piano stesso configura come uno spazio pubblico unitario, che misura nel suo insieme 190 ettari e che, con le vicine aree verdi di Posillipo e Nisida, pur esterne al piano, viene a comporre un unico grande spazio verde di più di 340 ettari, aperto sul golfo di Pozzuoli.

Un polo congressuale in grado di ospitare fino a quattromila congressisti, un settore destinato alla cultura e alla ricerca, un vasto ambito destinato allo sport con uno straordinario campo di regate, un nuovo borgo marinaro, un settore musicale, il recupero delle fonti termali all'interno del settore legato all'attività turistico ricettiva, un ampio spazio dedicato alle attività commerciali: sono queste alcune delle componenti di un progetto che

interessa circa il 10% del territorio di Napoli e che dovrebbe concorrere all'opera di rinnovamento della città e alla sua caratterizzazione quale città post-industriale ecocompatibile, una ecometropoli, secondo la terminologia degli urbanisti (A. LORIS ROSSI 2000).

Il P.U.E., concretizzando la previsione contenuta nella variante generale del 1998, ha individuato il soggetto attuatore nella Società di trasformazione urbana (prevista dall'art. 17 c. 59 l. 127/1997 poi trasfuso nell'art. 120 del T.U. Enti Locali) considerandola – come si legge nella Relazione illustrativa – *“strumento di urbanistica operativa, concepito espressamente per far fronte alle nuove esigenze di gestire la trasformazione delle aree dismesse”* che *“dà inoltre all'Amministrazione pubblica la possibilità di associare alla propria iniziativa operatori privati – e quindi capitali e capacità manageriali – scelti ad hoc in funzione delle caratteristiche dell'iniziativa urbanistica che si intende intraprendere, senza per questo rinunciare alla qualificazione pubblica dell'iniziativa e ai numerosi vantaggi che ciò comporta”*.

Il P.U.E. in conformità con il dettato legislativo, demandava alla S.T.U. il compito di provvedere all'acquisizione delle aree interessate dall'intervento, alla trasformazione e alla commercializzazione delle stesse nonché alle progettazione edilizia preliminare o definitiva a seconda dei casi, ma non alla progettazione urbanistica esecutiva completamente predisposta dal Comune; sottolineando in modo particolare la funzione della STU di definizione dell'assetto di tutte le opere pubbliche e di interesse pubblico e la necessità del coordinamento della trasformazione urbana con la bonifica ambientale, in quel momento affidata a un diverso soggetto attuatore (l'I.R.I. attraverso la Bagnoli S.p.A.).

Va infine segnalato che il piano di fattibilità economico-finanziario allegato allo strumento urbanistico delineava vari possibili modelli comportamentali della S.T.U.: il modello c.d. *immobiliare puro* nel quale la STU opera in via esclusiva in tutte le fasi dell'intervento, fino alla vendita del prodotto finito;

il modello c.d. della *valorizzazione pura* nel quale la STU provvede ad urbanizzare l'area nel suo insieme, vendendo poi ad altri operatori esterni alla società i terreni fabbricabili; il c.d. *modello misto*, consistente in una contaminazione della valorizzazione pura, nel quale la Società, oltre a provvedere all'urbanizzazione dell'area, realizza direttamente i soli immobili a destinazione commerciale, terziaria e manifatturiera per poi metterli in vendita. I tre modelli sono stati poi inseriti e vagliati in quattro diversi scenari tenendo conto della diversa incidenza di altri fattori (costi e partecipazione finanziaria del Comune).

4. Alle esigenze di coordinamento della trasformazione urbana con la bonifica ambientale, rappresentata nella Relazione alla proposta di P.U.E. di Coroglio-Bagnoli del 2000, ha dato risposta il legislatore statale con la l. 23.12.2000 n. 388 (legge finanziaria 2001).

La legge 388/2000 all'art. 114, cc. 17, 18, 19 e 20 ha infatti dettato norme relative alla bonifica, al recupero e alla valorizzazione dell'area di Coroglio-Bagnoli, ricomprendendola espressamente al c. 20 (che ha aggiunto all'art. 4 c. 1 l. 9.12.1998 n. 426 la lettera *p ter*) tra i siti di interesse nazionale, nel cui novero peraltro già doveva essere ricompresa per la presenza delle condizioni richieste dalla normativa dell'epoca (art. 15, c. 1 D.M. 25.10.1991 n. 471 e art. 17 d.lgs. n. 22/97), confermate dalla legislazione successiva (art. 252 d.lgs. 3.4.2006 n. 152): pregio paesaggistico-ambientale; alto rischio sanitario e ambientale; impatto socio-economico, sanitario ed ecologico, ecc..

In particolare, l'art. 114 della legge finanziaria 2001, ha previsto al c. 17, in continuità con la legislazione precedente, l'approvazione con Decreto del Ministro dell'ambiente, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, del piano di completamento della bonifica e del recupero ambientale dell'area industriale di Bagnoli, da predisporre, entro trenta giorni, ad opera del soggetto attuatore di cui all'art. 1 c.1 d.l. 486/1996, e cioè, in quel momento, l'I.R.I. e per esso la Bagnoli s.p.a., nel rispetto degli strumenti

urbanistici vigenti e con la conservazione degli elementi di archeologia industriale di cui al medesimo art.1 c.1 d.l. 486/1996.

Al successivo comma 19 l'art. 114 della legge ha innovato al precedente assetto, valorizzando il ruolo del Comune di Napoli e determinando le condizioni e i presupposti per la riunificazione in capo ad un unico soggetto (il Comune e, per esso, una S.T.U.) delle funzioni esecutive dei progetti di recupero urbanistico e ambientale.

Più specificamente il c. 19, dopo aver sancito l'attribuzione al Ministro dell'ambiente della funzione di vigilanza sulla corretta e tempestiva attuazione del piano di recupero, ha stabilito che *In considerazione del pubblico interesse alla bonifica, al recupero e alla valorizzazione dell'area di Bagnoli è attribuita la facoltà al Comune di Napoli, entro il 31 dicembre 2001, di acquisire la proprietà delle aree oggetto degli interventi di bonifica (con un corrispettivo calcolato dall'Ufficio tecnico erariale in base al valore effettivo dei terreni) anche attraverso una società di trasformazione urbana. In tale caso possono partecipare al capitale sociale, fino alla completa acquisizione delle aree al patrimonio della società medesima, esclusivamente il Comune di Napoli, la Provincia di Napoli e la Regione Campania. Il Comune di Napoli, a seguito del trasferimento della proprietà, subentra nelle attività di bonifica attualmente gestite dalla società Bagnoli s.p.a. con il trasferimento dei contratti e dei finanziamenti e con l'obbligo di affidare i lavori nel rispetto della legge n.109 del 1994 e con modalità che assicurino il mantenimento dell'occupazione dei lavoratori della Bagnoli s.p.a. nell'attività di bonifica. L'ultima parte del comma 19 ha stabilito che *In caso di rinuncia esplicita da parte del Comune di Napoli all'acquisto...l'I.R.I. o altro proprietario....provvede all'alienazione... mediante asta pubblica...**

Il Comune di Napoli ha immediatamente colto l'occasione offertagli dalla legge finanziaria 2001 provvedendo, in tempi relativamente brevi, a rendere concrete ed effettive le previsioni legislative.

In particolare il Comune, dopo aver confermato la proposta di P.U.E. (con deliberazione della Giunta comunale n. 2593 del 9 novembre 2001), ha acquisito, per il corrispettivo determinato dall'U.T.E., con atto dirigenziale n. 49 del 27 dicembre 2001, le aree oggetto del piano di bonifica dell'ex zona industriale di Coroglio – Bagnoli di proprietà di Società a capitale pubblico (Cimi.Montubi s.p.a. e Mededil -Edilizia Mediterranea s.p.a. del gruppo IRI).

Le Società proprietarie hanno impugnato il provvedimento innanzi al T.A.R. Campania deducendo una pluralità di censure ruotanti intorno alla incostituzionalità della norma “espropriativa” (l'art. 114 della finanziaria 2001 in rapporto tra gli altri agli artt. 42 e 97 Cost.). Ed hanno anche chiesto la trascrizione del ricorso nei registri immobiliari senza peraltro conseguirla (Corte d'Appello di Napoli, I, 25 novembre 2003 n. 31034 in D.P.A. 2004 con nota di F. AULETTA). Sulla complessa problematica non sono però intervenute decisioni del giudice amministrativo né ulteriori pronunce del giudice ordinario essendo stata la controversia successivamente superata dall'accordo raggiunto sul prezzo di cessione tra l'Amministrazione comunale e le società proprietarie dei suoli.

Il Comune ha subito dopo deciso la costituzione della *Bagnolifutura s.p.a. di trasformazione urbana*, con sua partecipazione al 90,%, con deliberazione del Consiglio comunale n. 40 del 18 febbraio 2002, con la quale ha inoltre approvato la perimetrazione delle aree di intervento della Società, con conseguente dichiarazione di pubblica utilità anche per gli immobili non interessati da opere pubbliche (art. 120 c. 3 d.lgs. 267/2000); stabilendo altresì che, dopo l'acquisizione delle aree da parte della Società, si sarebbe dovuto “*procedere all'apertura della compagine sociale ad azionisti privati...*” previa approvazione della procedura ad evidenza pubblica per la loro selezione.

Alla deliberazione del Consiglio comunale hanno fatto seguito le deliberazioni degli altri due azionisti: la Regione Campania, socio al 7,5%

(deliberazione G.R. n. 917 del 15 marzo 2002) e la Provincia di Napoli, socio al 2,5% (deliberazione del Consiglio provinciale n. 6 del 14 marzo 2002).

L'atto pubblico costitutivo della Società per azioni di trasformazione urbana Bagnolifutura ai sensi dell'art. 120 d.lgs. 207/2000 è stato stipulato il 24 aprile 2002.

La Società, in base all'atto costitutivo e allo Statuto, ha per oggetto la progettazione e la realizzazione degli interventi di trasformazione urbana su tutto il territorio del Comune di Napoli, (non solo a Bagnoli quindi) in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti.

In ragione della sua *genesi* anche ambientale lo Statuto e l'atto costitutivo hanno previsto che la Società possa procedere non solo all'acquisizione delle aree e alla loro trasformazione, manutenzione, gestione e commercializzazione (come previsto dall'art. 12 d.lgs. 120/2000) ma anche alla loro previa o contestuale bonifica; e che possa altresì svolgere direttamente o indirettamente, attività di promozione dello sviluppo e dell'occupazione nell'intera area occidentale di Napoli.

Il 25 giugno 2002, in conformità con le previsioni dell'art 17, c. 59 l. n. 127/1997, è stata sottoscritta la convenzione tra la S.T.U. e gli Enti azionisti con la quale la Società si è obbligata ad acquisire, trasformare previa bonifica – in base ad un piano di intervento contenente un cronoprogramma e uno studio di fattibilità economica - gestire e commercializzare le aree del P.U.E. di Bagnoli–Coroglio; nonché, dopo l'acquisizione delle aree e a conclusione della procedura selettiva comunale, a deliberare un aumento di capitale con rinuncia dei soci pubblici al diritto di opzione, per consentire l'ingresso di soci privati nella compagine sociale; provvedendo successivamente alla modifica delle quote di partecipazione.

In particolare, come si legge nella convenzione, *Il Consiglio comunale si obbliga ad approvare il bando di gara....entro un mese dalla relativa richiesta della Società, a nominare la Commissione ...preposta alla*

*selezione ed a concludere il procedimento di evidenza pubblica non oltre sei mesi dalla pubblicazione del bando.*

Il Comune di Napoli si è poi impegnato a ridurre la propria partecipazione fino ad una percentuale non inferiore al 30%, mentre l'impegno degli altri azionisti è quello di mantenere invariata la propria percentuale di partecipazione: ne è derivata in teoria la possibilità che gli azionisti privati, da scegliere tramite gara, giungano a detenere azioni fino al 60% della S.T.U., ancorchè non concentrate nelle mani di un unico azionista, stanti l'obbligo del Comune di articolare il bando in lotti e il divieto di aggiudicare ad un solo soggetto più di un lotto.

Il conferimento dei suoli alla Società si è perfezionato nel 2002 a seguito dell'accordo con le Società proprietarie sul prezzo di cessione.

**5.** Il 26 luglio 2002 è stato sottoscritto un Accordo normativo tra Regione, Provincia, Comune, Bagnolifutura, Commissario straordinario per l'emergenza rifiuti in Campania (subentrato al Ministro dell'Ambiente nelle competenze attuative del piano di bonifica e nell'uso delle risorse) e Autorità portuale di Napoli in base al quale: il Commissario di Governo si è impegnato a mettere a disposizione le risorse per lo smaltimento in discarica dei rifiuti inerti derivanti dalla bonifica; la Regione e il Comune si sono impegnati a individuare il sito della discarica; l'Autorità portuale si è impegnata a demolire la colmata a mare.

Il 29 luglio 2002 la Bagnolifutura ha trasmesso per l'approvazione al Ministro dell'Ambiente il piano di completamento della bonifica e del recupero ambientale dell'area industriale, nel frattempo completato e gli annessi cronoprogramma e piano finanziario, senza però conoscere ancora con certezza la destinazione d'uso dei singoli suoli non essendo stato il P.U.E. ancora approvato e neanche esaminato dal Consiglio Comunale di Napoli; e quindi – secondo gli amministratori della società - con la previsione di un tasso massimo di bonifica e di un livello massimo dei costi.

Il progetto di completamento della bonifica è stato approvato dal Ministro dell'Ambiente ed ha cominciato ad essere attuato nel 2003, a seguito della stipulazione il 17 luglio 2003 di un Accordo di programma tra le Amministrazioni statali e locali interessate e competenti (nel quale sono stati definiti gli apporti finanziari dei vari soggetti) e dell'avvio dell'erogazione (il 31.7.2003) da parte del Ministero dell'Ambiente della somma di 75 milioni di € come previsto dall'art. 114 della legge finanziaria 2001.

La sottoscrizione dell'Accordo era stata preceduta dalla individuazione, da parte del Comune di Napoli (con deliberazione G.C. n. 2509 del 15.7.2003), di una vasta area, nella circoscrizione del quartiere napoletano di Pianura, come discarica dei rifiuti inerti provenienti dalla bonifica.

I lavori di completamento della bonifica del sottosuolo sono stati affidati, nel luglio 2004, dalla Bagnolifutura ad una ditta italiana, a seguito di gara internazionale alla quale hanno partecipato 19 Associazioni d'impres e, nello stesso mese, è stata aggiudicata anche la gara per la direzione dei lavori di bonifica e risanamento ambientale.

L'unicità della gara per tutte le operazioni di bonifica, l'assenza di subappalti, la complessità e tecnicità dei lavori (disinquinamento del suolo, del sottosuolo e delle acque di falda), l'assenza di movimenti di terra (notorio campo d'azione della camorra: v. delib. C.I.P.E. n. 57/2002 del 2 agosto 2002: *Strategia d'azione ambientale per lo Sviluppo Sostenibile in Italia*), unitamente alla visibilità dell'operazione e ai particolari controlli sulle procedure, previsti espressamente dall'Accordo di programma del 17.7.2003, sembra che abbiano tenuto l'intervento al riparo dalle infiltrazioni della criminalità organizzata.

6. Con deliberazione del 16 maggio 2005 il Consiglio comunale ha approvato il Piano Urbanistico Attuativo – P.U.A. di Coroglio Bagnoli - in conformità con le previsioni e la nuova terminologia della sopravvenuta legge urbanistica regionale n. 16 del 22 dicembre 2004 – completando

(anche sotto la spinta del fattore di “accelerazione”, costituito dalla possibilità, poi sfumata, che Napoli fosse scelta come sede dell’America’s Cup) l’iter avviato nel 2000 con la deliberazione G.C. di proposta al Consiglio e proseguito con l’adozione del P.U.E. deliberata dal Consiglio nel novembre 2003.

Subito dopo l’approvazione del P.U.A. di Coroglio Bagnoli, la Bagnolifutura, a seguito di gare pubbliche, ha aggiudicato, nell’ottobre 2005, la progettazione di varie opere in esso previste; e, conseguita la progettazione, ha aggiudicato (nel 2006) i lavori e la relativa direzione della c.d. *Porta del Parco*, un centro integrato di servizi (turismo, centro termale, centro fitness, ecc.) che si sviluppa su un’area di circa 12mila mq.; del *Parco dello sport* che sorgerà su un’area di circa 35 ettari, che sarà rimodellata a crateri in modo da riprodurre la morfologia tipica dell’organizzazione vulcanica dei Campi Flegrei; del *Centro esposizione del Mare* da ubicare in uno dei manufatti di archeologia industriale. Le tre opere dovranno essere completate entro il 2008.

Nel luglio 2006 si è concluso il concorso internazionale di progettazione del parco urbano di 120 ettari e del ripristino della costa, tappa essenziale per poter poi realizzare le relative opere e dar quindi vita ad uno degli elementi fondamentali del nuovo insediamento.

L’approvazione del P.U.A. da parte del Comune di Napoli, nel maggio 2005, ha comportato la necessità di modificare il piano di bonifica, sul quale ha inciso altresì la chiusura della discarica cittadina di Pianura – nella quale sarebbero dovuti confluire, in base agli impegni assunti nel citato Accordo normativo del 2002, gli inerti risultanti dalle demolizioni – disposta a seguito delle opposizioni degli abitanti del quartiere.

Ed in effetti, a fine ottobre 2006 è stata approvata dal Ministero dell’Ambiente la proposta di utilizzare gli inerti per consolidare il costone della collina di Posillipo, sovrastante Bagnoli-Coroglio, con conseguente

variante del piano di completamento della bonifica, trasfusa poi in una modifica degli Accordi (normativo e di programma) 2002 e 2003.

A seguito della sospensione – ancorché parziale – dei lavori, nelle more dell'approvazione della variante al relativo piano, il completamento della bonifica, previsto per la fine del 2007, dovrebbe aversi a metà del 2008.

Per la fine del 2009, dopo due anni dall'inizio dei lavori previsti per settembre 2007, dovrebbe essere invece completata la rimozione da parte dell'Autorità portuale di Napoli della c.d. *colmata a mare* (240mila mq e 800mila mc): rimozione che – sebbene prevista dalla Variante del 1998 al P.R.G. di Napoli e nonostante gli impegni assunti nell'Accordo normativo del 2002 e nell'Accordo di Programma del 2003 e la copertura finanziaria delle opere – è stata a lungo rimessa in discussione dalle forze politiche e sociali, per poi essere definitivamente confermata nell'aprile 2007 a seguito di intesa tra le Amministrazioni interessate anche in merito alla destinazione del materiale di risulta (75% a Piombino e 25% in zona).

Per completare l'esposizione delle principali iniziative in corso va ricordata la sottoscrizione (14.3.2006) da parte della Regione Campania, del Comune di Napoli, dell'Autorità portuale, del Commissario per l'emergenza bonifiche e altri di un protocollo d'intesa relativo alla bonifica degli arenili di Bagnoli, con sostituzione della sabbia e realizzazione di sbarramenti per le acque di falda inquinate.

La rimozione della colmata a mare, la successiva ricostruzione della linea di costa, il risanamento di tutte le spiagge dovrebbe completare il recupero della parte di territorio più vicina al mare.

**7.** I costi complessivi previsti per tutto l'intervento di trasformazione urbana del quartiere di Coroglio–Bagnoli, desumibili dal piano di fattibilità economico-finanziaria, allegato al P.U.A. 2005 e tenendo conto dei maggiori costi di alcune delle opere (ad es. rimozione colmata, trasporto inerti) dovrebbero aggirarsi intorno ai 3000 miliardi di vecchie lire (per

costo delle aree, demolizioni, urbanizzazioni, parcheggi, attrezzature, parco sportivo, sistemazione arenile, parco urbano, approdo, linea metropolitana cumana, archeologia industriale, residenze e parcheggi, non residenziale, ecc.) oltre alle somme spese per la bonifica che lo stato di avanzamento al 31.12.2000 redatto dalla Bagnoli S.p.A. quantificava in 200 miliardi di lire ai quali vanno aggiunti i 75 milioni di euro erogati dal Ministero dell'Ambiente nell'ambito dell'Accordo di Programma 2003.

I costi dell'intervento di trasformazione urbana, stando al piano di fattibilità del P.U.A., gravano per il 40% circa sulle pubbliche amministrazioni, per il 25% sulla S.T.U. e per un altro 25% sugli investitori privati. Il tutto in vista della realizzazione di nuova edificazione per 1 milione 300 mila mc. compresa la volumetria dei manufatti di archeologia industriale (circa 200 mila mc), ai quali vanno aggiunti 600 mila mc corrispondenti alle attività da reinsediare e circa 200 mila mc per conservazione funzionale, per un totale complessivo di circa 2 milioni 115 mila mc.

## **B) Profili critici e propositivi**

**8.** La STU Bagnolifutura S.p.A. – stando alla variante del 1998, al P.U.A. del 2000 e ai provvedimenti adottati dagli Enti azionisti ed in particolare dal Comune di Napoli nel 2002 – si presenta come Società per azioni che, pur nascendo come società di soli soggetti pubblici e, quindi, a capitale totalmente pubblico, sembra destinata ad aprirsi necessariamente agli azionisti privati.

Ed infatti quella che la legge finanziaria 2001 (art. 114 c. 19 l. 388/2000 sulla quale v. retro *par. 4*) prevedeva come facoltà - una volta completata l'acquisizione delle aree al patrimonio della STU, in conformità del resto con la normativa generale sulle Società di trasformazione urbana – era diventata, nel caso della Bagnolifutura, una necessità. E ciò sia alla luce degli atti e dei provvedimenti comunali, sia in base alla convenzione tra la

STU e gli enti azionisti che configurava, come obbligo del Comune, l'indizione – su richiesta della S.T.U. – della gara per la scelta dei soci privati; e come obbligo della STU, una volta scelti dal Comune i soci privati, l'aumento di capitale, con rinuncia dei soci pubblici al diritto di opzione.

Sotto altro profilo, va considerato che “l'operazione Bagnoli” presenta caratteri non solo pubblici e sociali, ma anche spiccatamente economici, sia per la sua idoneità a produrre profitti rilevanti soprattutto in caso di vendita del costruito (come emerge dalle analisi economico – finanziarie che hanno accompagnato e seguito la redazione del P.U.A); sia per la sua rispondenza alle condizioni che la dottrina e la prassi aziendalistiche (P. STAMPACCHIA in L. IANNOTTA – a cura di - 2003) individuano per il successo di un'iniziativa di sviluppo, tra le quali la capacità di offrire funzioni, beni e servizi a vantaggio di persone e collettività di aree diverse da quella di insediamento e di attrarre in cambio, risorse finanziarie e valoriali.

L'ingresso di soci “investitori e sviluppatori” e la conseguente riduzione della partecipazione comunale sembravano quindi destinati ad attuarsi subito dopo l'acquisto delle aree da parte della STU e il connesso venir meno dell'esclusiva pubblicistica, per la corrispondenza sia con interessi economico-impresariali, sia con le finalità di sviluppo statutariamente attribuite alla Società.

Ma ad oggi la prevista parziale privatizzazione degli azionisti non si è realizzata e sembra destinata a non essere più attuata.

Il Comune di Napoli non sembra infatti intenzionato a cedere ai soci privati le sue azioni: e sebbene tale “non decisione” si ponga in contrasto con i vincoli e gli obblighi assunti dal medesimo Comune nelle sedi sia provvedimentale che convenzionale, gli stessi non appaiono coercibili per una pluralità di concorrenti ragioni.

Innanzitutto non sembra seriamente ipotizzabile che gli amministratori della S.T.U. agiscano, in forza della convenzione, contro il Comune, titolare del 90% del capitale sociale e quindi “azionista sovrano” (F. GAZZONI, 2006); né che l’adempimento dell’obbligo di cessione sia richiesto dagli altri due soci, la Regione Campania e la Provincia di Napoli, titolari rispettivamente del 7% e del 3% del capitale sociale, pur considerando la convenzione del 25.6.2002 con la S.T.U. (anche) patto parasociale tra gli azionisti sottoscrittori, svincolato dal rispetto del termine quinquennale massimo di efficacia dei patti parasociali di cui all’art. 2341 c.c., essendo la partecipazione privata prevista dalla legge.

In ogni caso le azioni giudiziarie, quand’anche avviate, non sembrano in grado di produrre effetti reintegratori ma al più risarcitori, anche se ricondotte tutte (nonostante le connessioni con il diritto societario e la possibile interferenza con poteri non autoritativi: C.d.S., VI, 13.12.2006 n. 7369) alla giurisdizione del giudice amministrativo (generale di legittimità, riguardando comunque le azioni la scelta da parte del Comune di soci privati; o anche esclusiva, riconducendo i patti, specialmente tra gli azionisti pubblici, alla figura degli accordi ex artt. 15 e 11, spec. c. 5 legge 7.8.1990 n. 241 e succ. mod. e integr., in campo urbanistico ex art. 34 d.lgs. 31.3.1998 n. 80); e pur applicando alle controversie i principi e le norme non solo del diritto amministrativo ma anche del diritto privato (artt. 1 c. 1 bis e 11 c. 2 l. 241/90) relativamente ai profili non autoritativi dei rapporti dedotti in giudizio (senza però sottrarli alla giurisdizione del giudice amministrativo, come ipotizzato da L. IANNOTTA 2006).

Ed invero, nonostante la più accentuata caratterizzazione in termini di risultato del giudizio amministrativo rispetto a quello ordinario (A. ROMANO TASSONE 2006), sta di fatto che la richiesta di adempimento in forma specifica dell’obbligo di messa in vendita delle azioni detenute dal Comune di Napoli troverebbe ostacolo nella titolarità in capo a questo dei poteri sia di revoca dei provvedimenti e delle loro singole clausole, sia di

recesso dagli accordi, implicante quest'ultimo anche il potere di rinegoziazione (F. GAMBINO 2004) e quindi di modifica di singole pattuizioni; sia del più generale potere di rivalutare l'interesse pubblico anche in rapporto ai mutamenti della situazione di fatto verificatasi per il passaggio del tempo (nella specie un quinquennio).

Se, come sembra, sarà abbandonata l'ipotesi dell'ingresso nella STU di soci privati, la sola strada percorribile resterà quella della vendita diretta dei suoli bonificati e urbanizzati.

Una tale scelta renderà impraticabile, anche sul piano imprenditoriale, l'ingresso di soci privati.

Ed infatti, delle ipotesi delineate dal PUA – vendita del costruito e vendita dei suoli risanati e urbanizzati – solo la prima appare realmente compatibile con l'ingresso di soci privati nella S.T.U. sia per il ruolo attivo che essi vi potrebbero svolgere, sia per i ben più alti profitti conseguibili. La semplice vendita dei suoli, ancorché risanati e urbanizzati, non richiede particolari competenze e apporti privatistici e, al tempo stesso, non sembra in grado di offrire un livello di profitto appetibile, rendendo implausibile l'ingresso in società di privati.

In conclusione sul punto, la Bagnolifutura s.p.a. appare allo stato destinata a restare una S.T.U. a totale capitale pubblico, in coerenza del resto con l'impegno finanziario esclusivamente pubblico che ha contraddistinto fino ad oggi l'operazione.

Sotto altro profilo, la caratterizzazione pubblicistica della Bagnolifutura sembra trovare riscontro nella configurazione delle società di trasformazione urbana offerta dalla legge urbanistica della Regione Campania n. 16 del 22.12.2004 che, nel precisare che le STU *possono essere a capitale interamente pubblico o miste a capitale prevalentemente pubblico* (art. 36) e nell'individuare (all'art. 27) come soggetti legittimati a redigere i piani urbanistici attuativi, sembra dare preferenza alla dimensione pubblicistica, a differenza della (più neutrale) legislazione statale.

9. La Bagnolifutura “reale” non corrisponde quindi al modello imprenditoriale pubblico-privato delineato dal principale ente promotore, il Comune di Napoli, e dallo stesso proposto, nella fase di avvio della Società, come doveroso, tanto da farne oggetto di formali impegni contrattuali anche se – come si è detto – di dubbia effettività e di ancor più dubbia coercibilità. Né la Società sembra partecipare – ancorché con funzioni ausiliarie – alla conformazione del territorio (cuore dell’urbanistica: P. STELLA RICHTER, 1984) avendo il Comune di Napoli predisposto una pianificazione attuativa estremamente incisiva e dettagliata e quindi fortemente vincolante rispetto alla progettazione esecutiva (M. DUGATO, 1999; C. VITALE 2004).

Tuttavia la Bagnolifutura reale non è nemmeno riconducibile alla figura minimale di STU, mera propaggine burocratica del Comune, suo supporto tecnico per la redazione dei progetti e la gestione delle gare (M. DUGATO, 1999).

E ciò principalmente per l’attribuzione ad essa di compiti – di pianificazione ed esecuzione – in materia ambientale, che l’hanno resa strumento di gestione di programmi complessi (C. VITALE 2004; S. STANGHELLINI 1998; G. PAGLIARI 1998), con il ruolo di soggetto responsabile dell’intera operazione di recupero di Bagnoli-Coroglio.

Ed infatti, come si è ricordato (v. retro *par. 4*), in forza dell’art. 114 comma 19 della legge 338 del 2000 il Comune di Napoli ha avuto la possibilità di acquisire in proprietà le aree oggetto degli interventi di bonifica e di subentrare nelle attività di bonifica gestite dall’IRI attraverso la Bagnoli s.p.a.. La proprietà delle aree e le attività di bonifica sono poi passate, in conformità con la legge n. 338/2000, alla Bagnolifutura s.p.a.: e in tal modo *gli interventi di risanamento e bonifica* considerati *eventuali* nella figura della Società di trasformazione urbana di cui all’art. 120 d.lgs. 267/2000 – secondo la Circolare Min. LL.PP. 11 dicembre 2000 n. 622/Segr, par. 3.1 –

sono entrati a far parte dei compiti istituzionali della STU napoletana, insieme con quelli di trasformazione urbana e di sviluppo.

Ne sono derivate l'unificazione e la concentrazione in capo ad un unico soggetto dei compiti esecutivi rispondenti a funzioni della pluralità di amministrazioni coinvolte nelle operazioni: Ministero dell'Ambiente, Ministero dello Sviluppo Economico, Regione Campania, Provincia di Napoli e Comune di Napoli; e la conseguente caratterizzazione della Bagnolifutura come Società di recupero ambientale ed urbanistico di aree industriali dismesse e di sviluppo economico ed occupazionale.

E la connotazione ambientale della STU napoletana conferisce una nuova dimensione al rilievo pubblico riconosciuto allo sviluppo dalla normativa statale sulle S.T.U. laddove prevede che l'inserimento nel progetto di trasformazione equivale, anche per gli immobili non destinati ad opere pubbliche, a dichiarazione di pubblica utilità (art. 120, comma 3, d.lgs. 267/2000, già art. 17, comma 59, legge n. 127/1997).

In tal modo il caso di Napoli di recupero urbanistico e ambientale di un'area industriale dismessa si propone come un'esperienza di peculiare sintesi, nel concreto, di una pluralità di valori dei quali si avverte diffusamente l'esigenza di soddisfazione e di conciliazione (R. FERRARA 2001).

In particolare, è diffusamente avvertita la necessità che *il valore pubblico dello sviluppo economico*, con parole di Ignazio MARINO (2001), si confronti *con ulteriori valori pubblici: l'ambiente, la sostenibilità dello sviluppo da parte delle popolazioni più immediatamente interessate e pertanto la vivibilità del territorio ma anche con un razionale utilizzo delle risorse di cui quel territorio sia particolarmente fornito; o ancora con la conservazione ed il godimento di qualità storiche, paesaggistiche, culturali di cui quel territorio sia particolarmente dotato.*

E come è stato di recente rilevato (N. POLITO in A. PIOGGIA e L. VANDELLI - a cura di - 2006) *grazie al concetto di sostenibilità si è concretizzata la prospettiva di un sostanziale innesto dell'ambiente nelle*

*problematiche economiche; il che ha permesso di abbandonare sia la concezione “rapace” del rapporto uomo-ambiente tipica dell’antica società industriale, sia quella risalente all’impostazione delle dichiarazioni di Stoccolma (1972), basata sulla possibilità di porre dei “limiti allo sviluppo” per evitare compromissioni ecosistemiche.*

Orbene, la vicenda Bagnoli si presenta non solo come possibile sintesi di tali valori ma manifesta il ruolo di fattore di sviluppo e di acceleratore dello sviluppo che può assumere la tutela dell’ambiente (nella specie sotto forma di risanamento e ripristino). Come si è ricordato, la rilevante operazione di riqualificazione si è riavviata grazie all’approvazione da parte dello Stato (al quale è affidato il dovere di garantire un risultato complessivo efficace – N. POLITO 2006 – e rispettoso dei diritti) di una norma di tutela ambientale (art. 114, commi 17 e ss. l. 388/2000) e al rilievo attribuito alle esigenze sottostanti. Sviluppo quindi grazie anche alla tutela dell’ambiente e non nonostante l’ambiente.

Ma l’esperienza napoletana, con i pregi e con i problemi ed i limiti che la caratterizzano, si presta ad essere vagliata nell’ottica dell’amministrazione di risultato e per risultati (L. IANNOTTA, 1996, 1998, 1999 e ss.) sia nel suo complesso, sia nelle sue componenti (cfr. M. DUGATO 1999; F. de LEONARDIS 2006) al fine di ricavarne elementi utili che concorrano a definire un modulo di azione amministrativa il più rispondente possibile ai cogenti principi di efficacia, economicità, efficienza, velocità, trasparenza.

Ed è a queste problematiche che dedico gli ultimi paragrafi di questo lavoro.

**10.** Con deliberazione del 27 luglio 2006, l’Autorità per la Vigilanza sui LL.PP. ha contestato alla Bagnolifutura s.p.a. ritardi nelle operazioni di bonifica dovuti a carenze nella pianificazione e programmazione dell’intervento, alla sopravvenuta mancanza della discarica, alla redazione di una variante sostanziale in corso d’opera al piano di completamento della bonifica.

Ciò avrebbe comportato – ad avviso dell’Autorità – un anomalo andamento dei lavori e un rilevante aumento del costo dell’appalto, con lo slittamento del termine di ultimazione dei lavori di bonifica originariamente previsto per la fine del 2007.

Non sembra però che le contestazioni mosse dall’Autorità per la Vigilanza sui LL.PP. alla Bagnolifutura siano fondate. In particolare, la modifica in corso d’opera del progetto di completamento della bonifica è dovuta ad eventi sicuramente rilevanti e indipendenti dalla volontà della Società quali: l’approvazione – in corso d’opera - del P.U.A. il 16 maggio 2005 da parte del Consiglio Comunale; la chiusura della discarica degli inerti individuata dal Comune, a causa dell’opposizione degli abitanti del quartiere interessato; la conseguente ricerca di una nuova soluzione di smaltimento, trovata a fine ottobre 2006 e consistente nella utilizzazione degli inerti per consolidare il costone della collina di Posillipo, sovrastante Bagnoli-Coroglio. Quanto allo slittamento del termine di ultimazione della bonifica, questo sembra dovuto ai medesimi eventi oggettivi e non addebitabili alla Società che hanno imposto la redazione della variante. Ed anzi, tenendo conto del momento in cui è stata messa in condizione di operare (2003 per la bonifica; 2005 per il recupero urbano; 2006 rispetto alle due attività coordinate) e dei problemi e degli ostacoli che si sono dovuti superare, si può ragionevolmente affermare che la Società in sé considerata ha operato con sufficiente celerità.

I ritardi riguardano piuttosto l’operazione Bagnoli-Coroglio nel suo complesso e sono evidenti e incontestabili: ed infatti, a quattordici anni dalla definitiva dismissione dell’area (un tempo sufficiente, secondo le dichiarazioni del Presidente dell’Autorità LL.PP. del settembre 2006, per costruire una città) non è stata ancora ultimata la bonifica (anche se ne sembra prossima la conclusione, prevista per la metà del 2008); restano ancora indefinite le parti dell’intervento da affidare a privati, da individuare a seguito di gare per la vendita dei suoli non ancora bandite; né si conosce

ancora il termine di ultimazione di opere di pertinenza della S.T.U. ed in particolare del Parco Urbano, considerato il cuore dell'intervento (anche se una parte del ritardo della progettazione è da attribuire all'annullamento della prima gara per erronea formulazione delle offerte da parte di tutti i concorrenti).

Il piano di trasformazione urbana è stato approvato nel 2005 a 12 anni dalla dismissione dell'area e 7 anni dopo l'approvazione della variante generale: molto tardi quindi. Il piano di bonifica invece – alla luce dello stato dei lavori al 31.12.2000 redatto dal suo primo esecutore: la Bagnoli s.p.a. dell'IRI – è stato forse approvato troppo presto (nel 1994) per corrispondere rapidamente alle decisioni della Commissione europea, senza i necessari approfondimenti che si sono dovuti poi svolgere sul campo (sempre stando al citato Stato dei lavori al 31.12.2000) con conseguenti varianti in corso d'opera, peraltro dovute anche alla sopravvenienza di norme ambientali più rigorose.

Il mancato coordinamento delle due pianificazioni (ambientale e urbanistica) è stato a sua volta causa di ritardi. In particolare, come si è ricordato, il piano di completamento della bonifica è stato modificato in corso d'opera nel 2006 per adeguarlo al P.U.A. approvato nel 2005, con necessario rallentamento – e in parte sospensione – dei lavori di bonifica che in effetti avrebbero dovuto (non precedere, come è avvenuto, ma) seguire la definitiva localizzazione di tutte le opere, per poter procedere ad interventi diversificativi in rapporto al tipo di opere da realizzare sulle singole aree.

Delle decisioni adottate dai rispetti enti competenti e fatte oggetto di accordi tra le Amministrazioni interessate, quella relativa alla eliminazione della colmata a mare è stata rimessa in discussione, per poi essere riconfermata, con slittamento di alcuni anni dell'avvio e quindi del termine di completamento; mentre quella relativa alla localizzazione della discarica degli inerti nel quartiere cittadino di Pianura si è rivelata inattuabile per

l'opposizione degli abitanti del quartiere, del cui consenso non si era tenuto debitamente conto in sede decisionale; e si è dovuto pertanto cercare una nuova e diversa soluzione.

Va infine ricordato il ritardo di circa un anno nell'erogazione del fondo di 75 milioni di euro (previsto per il completamento della bonifica fin dal 2001) dovuto a "divergenze" tra l'Amministrazione statale e quella locale, composte solo con l'Accordo di programma 2003.

**11.** I ritardi, alla luce di questa pur sintetica esposizione, appaiono ascrivibili non solo e non tanto a responsabilità dei singoli enti e dei loro amministratori, quanto e soprattutto a colpe per così dire di sistema: il gradualismo e la lentezza della pianificazione; i tempi e i conflitti della politica; la pluralità di soggetti competenti e interessati e la difficoltà del loro coordinamento; la non chiara definizione degli ambiti di politica, amministrazione e tecnica (cfr. M. GEMELLI in L. IANNOTTA – a cura di – 2003).

Ma tra le cause dei ritardi vi è anche la circostanza che la vicenda di Bagnoli-Coroglio si è svolta e si sta svolgendo in un tempo di passaggio da un'amministrazione di tipo legale-formale (per procedimenti), un'amministrazione definita anche dell'*esserci* (M. DUGATO 1999) che si esprime attraverso atti e provvedimenti di difficile e lenta adozione e di ancor più difficile e lenta modificazione; a un nuovo modello di amministrazione gravata dal dovere di raggiungere i risultati programmati (L. IANNOTTA 1996 e succ.; A. ROMANO TASSONE 1999; M.R. SPASIANO 2003; M. CAMMELLI 2004; AA.VV. in M. IMMORDINO e A. POLICE – a cura di - 2005) e perciò tenuta a prefigurare, in sede decisionale, le cose da realizzare in se stesse e nel loro impatto su persone e cose, prestando attenzione a tutte le componenti della realtà (spazio; tempi: inizio, durata, conclusione; mezzi; risorse; artefici; fruitori; qualità; quantità; ecc.).

Per dirla in altri termini, la c.d. Amministrazione di risultato – confliggente con l’Amministrazione meramente procedurale – si presenta come Amministrazione attenta all’ultima pietra, non solo nelle opere ma anche e soprattutto nei progetti, proprio per mettere l’ultima pietra nelle opere: un’amministrazione quindi delle opere compiute e dei frutti che ne scaturiscono.

Orbene la vicenda di Bagnoli-Coroglio ha visto manifestarsi nel corso del suo sviluppo quasi tutte le componenti dell’amministrazione di risultato: dalla chiara individuazione dell’obiettivo (*formare un unico vasto territorio a bassa densità dove attività produttive legate alla ricerca si integrano con molteplici possibilità di ricreazione, di svago e di cultura*), alla immediata individuazione di uno strumento di risultato, qual è la Società di trasformazione urbana (M. DUGATO 1999); dall’approvazione di norme derogatorie e acceleratorie (l. 388/2000), all’ampio ricorso alla negoziazione pubblica; dal coordinamento tra attività di bonifica e attività di trasformazione urbanistica, alla concentrazione in capo ad un unico soggetto (il Comune di Napoli e per esso la S.T.U.) di tutte le funzioni esecutive relative al recupero urbanistico e alla bonifica ambientale e della responsabilità dell’intero intervento; dalla riconferma della centralità della presenza pubblica, all’apertura ai privati anche ai fini del reperimento delle risorse (F. PUGLIESE 1998).

Ciò che è mancato – anche in ragione della novità del modello e della persistenza di vecchi schemi – è stata la tempestiva e completa prefigurazione dell’esecuzione, l’anticipata trasformazione di quello che, alla luce dell’esperienza, è apparso come *senno di poi*, in *senno di prima*: tutte le componenti dell’operazione sopra individuate potevano infatti essere previste e avviate molto presto, quasi all’inizio della vicenda o al più qualche anno dopo.

Fin dall’inizio infatti tutte le Amministrazioni interessate avrebbero potuto decidere di far svolgere le varie attività in sintonia e in sincronia e di

affidare ad un unico soggetto la responsabilità dell'attuazione di tutto l'intervento, redigendo a tal fine piani di recupero ambientale e di recupero urbano collegati e coordinati tra loro anche temporalmente e quindi con un medesimo livello di esecutività. E fin dall'inizio tutti i soggetti competenti e interessati avrebbero potuto porsi la domanda: *<quando pensiamo e riteniamo possibile mettere l'ultima pietra alle opere e cominciare le attività?>*; trovare la risposta e fare di tali date (di completamento delle opere e di avvio delle attività) l'oggetto di un impegno comune e quindi una delle componenti essenziali del progetto Bagnoli-Coroglio. Non più genericamente Bagnolifutura ma Bagnoli 2000, 2010, ...

L'individuazione di un termine finale condiviso e doveroso reca con sé la necessità di definire i tempi intermedi e i relativi finanziamenti; gli apporti finanziari pubblici e privati; il tempo e le modalità di intervento dei privati; l'ordine di svolgimento delle opere: le priorità; le propedeuticità; le contemporaneità; gli ostacoli da superare con decisioni singole, con accordi, con norme, con leggi speciali, ecc..

In rapporto alla certezza dei tempi previsti e alla concretezza dell'iniziativa, anche le persone da coinvolgere possono uscire dall'anonimato ed acquistare un volto e un nome. Gli artefici dell'iniziativa (debitamente selezionati ed individuati in tempo utile per rispettare il termine finale); coloro che vi lavoreranno; i fruitori, soprattutto giovani: non saranno figure astratte ma persone concrete che avranno un'età definita (20, 30 o più anni) al momento della loro apparizione sulla scena.

L'attrazione del risultato nel progetto di decisione impone l'individuazione preventiva immediata degli strumenti necessari per realizzare gli obiettivi nel termine stabilito: oltre all'unicità della responsabilità dell'esecuzione, una sede politica decisionale stabile e continuativa, composta da singoli rappresentanti delle varie istituzioni, in seduta per così dire permanente, legittimati a decidere direttamente ovvero a chiamare in causa – tempestivamente – i *normatori*, ai fini dell'emanazione di norme anche

derogatorie, per eliminare gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento, nei termini stabiliti, della meta.

La realtà che si è descritta – dal risultato voluto alle norme derogatorie – si ritrova tutta – come si è detto – nello sviluppo temporale dell'operazione Bagnoli-Coroglio. Riportando tale realtà al momento della decisione e trasformandola virtualmente in previsione del futuro sviluppo dell'azione, si inseriscono nei piani, nei programmi e nei progetti le persone e le cose, il tempo, lo spazio, la vita, rendendo così il territorio – anche nelle previsioni che lo hanno ad oggetto - non soltanto ambito spaziale ma anche *luogo in cui si svolge* e deve svolgersi *nel suo continuo evolversi l'attività umana...come luogo in cui si sviluppa* – deve svilupparsi – *la personalità umana* (G. MARTINI in A. PIOGGIA e L. VANDELLI – a cura di - 2006).

**12.** Ma del modello di amministrazione di risultato manca ancora, nella ricostruzione proposta, una componente essenziale: la partecipazione degli abitanti della città, che non sembra sia stata particolarmente valorizzata nell'esperienza di Bagnoli-Coroglio. Si tratta invece di un elemento sempre più spesso individuato come componente essenziale della c.d. Amministrazione di risultato (specialmente quando siano coinvolti interessi pubblici ambientali) e come fattore di efficacia e di economicità e strumento di collaborazione con – di sostegno a e di controllo su - la politica.

Va a tal proposito ricordata la Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, ratificata dall'Italia con la legge n. 108 del 16 marzo 2001, relativa alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale, nella quale si evidenzia la necessità di pervenire a decisioni ampiamente condivise e si auspica l'estensione della partecipazione del pubblico all'elaborazione delle politiche pubbliche in materia.

Ma va anche ricordata la deliberazione 2 agosto 2002 del Comitato interministeriale per la programmazione economica, avente ad oggetto *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*

(deliberazione n. 57/2002) che nel Capitolo 5 *Qualità dell'ambiente e qualità della vita negli ambienti urbani* inserisce tra gli obiettivi prioritari della strategia, in coerenza con il Quadro d'azione dell'U.E., *il miglioramento delle qualità sociali e della partecipazione democratica. Migliorare a livello locale, la capacità di gestione ambientale integrata e la partecipazione delle comunità ai processi decisionali...*

Del resto, lo stesso D.L. 486/1996 conv. nella legge 582/1996 sul risanamento dei siti industriali di Bagnoli (e di Sesto S. Giovanni) ha ritenuto necessaria la *diffusione periodica di dati informativi di facile comprensione*, al fine di consentire la pubblicità delle operazioni di bonifica.

La partecipazione (anche e soprattutto come conoscenza, comprensione e condivisione) delle persone, delle formazioni sociali e delle comunità alle decisioni politico-amministrative che le riguardano viene sempre più diffusamente considerata, anche dal mondo dell'economia (A. SEN 1997, J. STIGLITZ 2001, M. YOUNOUS 2006), come un importante fattore di pace sociale e di sviluppo, componente essenziale del c.d. capitale sociale (AA.VV. in A. FLORA – a cura di – 2002), in grado di incidere positivamente sulla qualità della vita e sul clima di fiducia che debbono contraddistinguere una comunità di persone che voglia offrire il proprio territorio allo sviluppo senza perdere nulla del patrimonio di valori, tradizioni, cultura e costumi che lo contraddistinguono e che voglia renderlo attraente e competitivo, come dicono gli economisti dello sviluppo e gli esperti di marketing (AA.VV. in L. IANNOTTA – a cura di – 2003) ma che personalmente preferisco definire emulativo, aggettivo che esprime il senso di un confronto leale e pacifico, piuttosto che di una lotta.

E nell'esperienza di Bagnoli-Coroglio la partecipazione, da costruire e da perseguire - con i corollari della chiarezza, della visibilità, della comprensibilità e dell'accessibilità delle decisioni; della buona fede e della lealtà dei comportamenti – si presenta come elemento utile per risolvere

molti dei problemi emersi nel corso dell'esperienza e come fattore di velocizzazione dell'intera operazione. In particolare, la partecipazione potrebbe concorrere a superare la reciproca diffidenza tra il c.d. mondo del pubblico e il c.d. mondo del privato e a neutralizzare, attraverso un'azione chiara e trasparente, alla luce del sole, le forze che minacciano l'essenziale clima di sicurezza e fiducia (che non può mancare in nessuna vera comunità di persone) e che dall'oscurità traggono forza e capacità di condizionare negativamente la vita della città.

La partecipazione si pone inoltre come fattore di economicità e di efficacia e come mezzo per anticipare e risolvere i problemi, quale ad esempio quello della discarica dei rifiuti inerti, alla cui localizzazione in città gli abitanti del quartiere interessato si sono opposti, ottenendone la chiusura. La partecipazione avrebbe "anticipato" il problema e avrebbe imposto alle parti di cercare e trovare subito la soluzione che si è individuata alla fine.

La partecipazione di persone informate e interessate, che hanno a cuore l'iniziativa e che perciò vogliono portarla a termine, può diventare strumento fondamentale di collaborazione degli abitanti della città con l'Amministrazione (in tutte le sue componenti: politica, gestionale, tecnica) e con le persone che la incarnano, aiutandole a realizzare senza indugi e senza tentennamenti – e quindi anche senza condizionamenti – ciò che hanno progettato e a rettificare e modificare ciò che non è ragionevolmente realizzabile.

Potranno in particolare essere coinvolte nell'iniziativa le persone che da questa attendono la realizzazione dei loro diritti fondamentali: a lavorare, secondo le proprie attitudini e capacità, all'autonomia (non solo) economica, a fondare una famiglia, ecc: in una parola a sviluppare pienamente la propria personalità, da esseri liberi e responsabili.

Le persone interessate – imprenditori, lavoratori, fruitori, soprattutto giovani – si presentano in questa prospettiva, insieme con le persone degli

amministratori, come i veri fattori di sviluppo e di accelerazione dell'operazione.

Non si può rifare una città senza i suoi abitanti, senza chiamarli a partecipare (con cuore e interesse) alle iniziative che li riguardano (anche ad es. attraverso l'azionariato popolare e diffuso), in una nuova dimensione della politica, non più solo delega ma anche diretta e attiva partecipazione delle persone alle decisioni e alla loro attuazione (nella consapevolezza che si tratta di opera ardua: R. FERRARA 2001), senza però privare i politici della necessaria responsabilità delle scelte.

Ché anzi, la piena e positiva soluzione dei problemi complessi – quali sono quelli napoletani e tra questi il problema Bagnoli-Coroglio – richiede l'apporto di tutte le istituzioni, competenti e interessate – sia quelle locali, sia lo Stato - per corrispondere (N. POLITO 2006) alla “*stringente necessità di adeguatezza e garanzia del risultato*”, nel rispetto della sussidiarietà ad esso funzionale.

**13.** In questa prospettiva sembra che la telematica locale, come è stato evidenziato, *possa essere strumento utile a incrementare ed a migliorare la qualità della partecipazione così divenendo mezzo di realizzazione di democrazia amministrativa ... concentrando l'attenzione sulle reti territoriali ... giacché si ritiene che solo in ambiti territoriali meno estesi (quali quelli comunali, provinciali e, al più, regionali) sia per il momento possibile implementare strumenti telematici che incentivino la partecipazione ed il coinvolgimento della cittadinanza all'attività svolta dalle istituzioni senza correre il rischio di derive plebiscitarie* nella consapevolezza che *la maggior prossimità delle amministrazioni territoriali agli individui permette a tali enti di interpretarne meglio i bisogni e, nello stesso tempo, consente una maggiore visibilità dei governi* (A.G. Orofino).

Quanto all'urbanistica, come si legge nel manifesto di convocazione della III Giornata di Studi su *L'urbanistica digitale* (Napoli 27 novembre 2006),

***Le rappresentazioni in digitale.** Software di rappresentazione e conoscenza del territorio come CumTerra, Autocad, Archicad, Archwiev e 3DStudio ma anche simulazioni, realtà virtuali, ologrammi offrono nuovi e stimolanti modi e forme di rappresentazione ad urbanisti e pianificatori. Progetti e piani che fino a pochi anni fa potevano essere presentati solo attraverso fogli bidimensionali hanno oggi la possibilità di diventare tridimensionali ed essere contestualizzati in una data realtà urbana. Si può giungere persino a simulare una vera e propria passeggiata tridimensionale intorno al progetto ...*

***La Comunicazione.** L'ICT offre la possibilità di un'immediata e più facile comunicazione delle informazioni sia attraverso l'utilizzo di software per presentazioni multimediali che attraverso videoconferenze, strumento che permette a più persone di disporre di uno spazio di lavoro virtuale comune in cui tutti i partecipanti possono condividere testi, immagini, tabelle e altre informazioni. I rendering tridimensionali in GIS, inoltre, facilitano la comunicazione dei progetti e dei piani con l'utilizzo di simulazioni tridimensionali ...*

***Le decisioni.** In molti contesti governativi sta diventando sempre più un a pratica comune l'utilizzo di strumenti di modellismo e simulazione per la potenzialità che offrono di prevedere l'impatto che progetti urbani o piani avranno nel disegno e nello sviluppo di un dato territorio. Inoltre, lo stesso processo decisionale – alla base di qualsiasi scelta razionale nella pianificazione – potrebbe essere in qualche modo supportato e semplificato dall'utilizzo delle nuove tecnologie digitali.*

## VII) La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990

1. L'esame della giurisprudenza condotto 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>176</sup> vale a dire l'art. 2 c. 5 sulla conoscenza della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio<sup>177</sup> e l'art. 21 octies c. 2 sulla non annullabilità di atti illegittimi<sup>178</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>179</sup> o *di spettanza*<sup>180</sup> se non sul rapporto<sup>181</sup> e

---

<sup>176</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 Diritto e Processo Amministrativo, n. 1/2009 rispettivamente p. 27 e ss. e 45 e ss.

<sup>177</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>178</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 n. 1/2008 p.103 e ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità di provvedimenti amministrativi illegittimi*, in Diritto Processuale Amministrativo, n. 2/2008 p. 319 e ss.; D. CORLETTI, *Vizi formali e potere del giudice amministrativo*, in Diritto Processuale Amministrativo, n. 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>179</sup> L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato ...*, cit.

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>182</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>183</sup>.

L'analisi della giurisprudenza relativa all'art. 2 c. 5 si inserisce invece intuitivamente in un quadro di minore complessità, per la maggiore e più evidente continuità della norma con il sistema italiano di giustizia amministrativa e per la minore problematicità dell'applicazione, pur

---

<sup>180</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione innanzi al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001

<sup>181</sup> T.A.R. Lombardia-Milano, I, 8.5.2008 n. 1380

<sup>182</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 306 e ss.

<sup>183</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 n. 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 coprirne 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.

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>184</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>184</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. COCA, *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'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>185</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>186</sup> per la ritenuta sostituzione del giudice all'Amministrazione che ne deriverebbe; ma anche quando la decisione sul ricorso postuli accertamenti valutativi complessi<sup>187</sup>: accertamenti ritenuti ontologicamente incompatibili con le caratteristiche di celerità del giudizio camerale sul silenzio<sup>188</sup>.

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

---

<sup>185</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>186</sup> T.A.R. Campania, VI, 17.3.2006 n. 3099; T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 7.2.2006 n. 332

<sup>187</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>188</sup> T.A.R. Lazio-Roma, IIIbis, 4.4.2006 n. 2362 relativa ad una richiesta di riattivazione di una Scuola di specializzazione in odontostomatologia.

possibilità di vagliare la fondatezza dell'istanza quando vi sia “*la necessità di compiere preventivi accertamenti complessi*”<sup>189</sup>.

In una decisione del 2007<sup>190</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>191</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>192</sup>) non viene meno in presenza di atti prodromici, preliminari e comunque non definitivi<sup>193</sup> né per la pendenza di altri procedimenti autonomi e distinti<sup>194</sup>.

---

<sup>189</sup> T.A.R. Veneto, III, 16.12.2005 n. 4304

<sup>190</sup> C.d.S., VI, 10.10.2007 n. 5310

<sup>191</sup> C.d.S., VI, 25.6.2007 n. 3602

<sup>192</sup> C.d.S., Sez. VI, 11.5.2007 n. 2318

<sup>193</sup> C.d.S., IV, 11.10.2007 n. 5355

<sup>194</sup> C.d.S., IV, 20.3.2006 n. 1475

Nel vasto, complesso e articolato panorama giurisprudenziale relativo al giudizio sul silenzio si rinvencono peraltro: A) decisioni che, 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>195</sup>; B) ovvero decisioni che pronunciano nel merito pur in presenza di situazioni complesse<sup>196</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>197</sup>.

**3.** Il Consiglio di Stato, in una sentenza del 2007<sup>198</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*

---

<sup>195</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>196</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>197</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>198</sup> C.d.S., VI, n. 4614 del 4.9.2007

*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 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 procedurali 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 proposto 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 iudicium deducta*:

**a)** il T.A.R. Lazio, Sezione I quater, con sentenza n. 30.8.2005 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 sfornita 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 provvedimento e cioè portare all'adozione di un atto diverso, soddisfattivo 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>199</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 carburante, 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

---

<sup>199</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

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. 10bis 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>200</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-Castelsardo-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.

---

<sup>200</sup> C.d.S., VI,14.4.2008 n. 1588

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 cioè delle sentenze che senza certezza del “torto” del ricorrente non annullano l'atto pur adottato in assenza delle garanzie procedurali<sup>201</sup>.

---

<sup>201</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

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, 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'Amministrazione a chiedere l'accertamento della infondatezza della domanda, asserendo che la soluzione prescelta è

---

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).

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 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 implicante una (inammissibile) sostituzione del giudice all'amministrazione; e che, in presenza di poteri discrezionali, una pronuncia esaustiva 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 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 emerge 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>202</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>203</sup>: rendendo possibile l'applicazione integrale, anche al giudizio amministrativo, dei principi del giusto processo, compreso quello della parità delle parti<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> v. retro sub 3-IV

<sup>203</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>204</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.

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>205</sup>; ma che in questa sede viene presa in considerazione per la sua rilevanza sul piano della effettività, pienezza e completezza della tutela

---

(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 giurisdizione 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. SALTELLI, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in D.P.A. n. 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 (Corte 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 Corte Cost. n. 108/2009 che richiama Corte 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>205</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. 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

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 – 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>206</sup>. Una diversa impostazione contrasterebbe con i*

---

<sup>206</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

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>207</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>208</sup>.

---

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, Riv.Ital.Dir.Pubbl.Comunitario n. 2/2007, p. 455 e ss. spec. 457. Il profilo dei rimedi trova considerazione anche più esplicita nelle 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>207</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 307

<sup>208</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.

5. L'esigenza di effettività della tutela sembra essersi fatta più forte negli ultimi tempi a seguito dell'attrazione nel giudizio amministrativo della tutela dei diritti fondamentali<sup>209</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 contemperamento 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

---

<sup>209</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., n. 1/1999, p. 57 e ss., spec. p. 76 e ss.

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 diritto fondamentale nei confronti dell’esercizio del potere”<sup>210</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>211</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>212</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

---

<sup>210</sup> F. 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. n. 4/2007 p. 935 e ss

<sup>211</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>212</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.Publ.Com. n. 4/2008, p. 1375 e ss..

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>213</sup>. E' 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>214</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>215</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*

---

<sup>213</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 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>214</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 5.10.2000, Mennitto c/ Italia.

<sup>215</sup> M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in Riv.Ital.Dir. Pubbl.Comunitario 2008, p. 37 e ss.

*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..*

*Alla luce di tali coordinate il T.A.R. ha vagliato il caso sottoposto al suo esame nel quale il ricorrente G. lamenta che il mancato inserimento del Nexavar nel prontuario farmaceutico da parte dell'Agenzia Italiana per il Farmaco (AIFA) lede il suo diritto a rimanere in vita il più a lungo possibile e, avendo notificato la domanda anche al Ministero della Salute, chiede in sostanza che venga accertato l'obbligo di tale Agenzia di aggiornare il prontuario nazionale alla luce dell'inserimento del suddetto medicinale nel registro europeo dei farmaci, con indicazione anche per il trattamento dei tumori 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 servizi pubblici, in quanto il diritto alla salute (nella sua massima declinazione 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 assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso consistenti nel porre a carico della ASL n. 3 della provincia di Milano la somministrazione gratuita del Nexavar al ricorrente fino all'aggiornamento 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 inserimento del prodotto nel registro europeo dei farmaci ai sensi dell'art. 13 del Regolamento CE 726/04 anche per il trattamento del tumore 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 farmaco in oggetto*<sup>216</sup>.

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>217</sup>, rispondendo in tal modo ad esigenze giuridiche e sociali profonde, segnalate anche in sede teorica dalla magistratura amministrativa<sup>218</sup>.

---

<sup>216</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 del risultato: dagli interessi ai beni*, cit., p. 76 e ss.; cfr. E. FOLLIERI, *Il processo*, in D.P.A. n. 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>217</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>218</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*

6. In presenza di diritti e libertà fondamentali<sup>219</sup> (al cui novero potrebbero e dovrebbero essere ricondotti i diritti dell'utente telematico), i poteri amministrativi perdono (e comunque vedono fortemente attenuato) il carattere dell'autoritarità (pur restando poteri), 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>220</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>221</sup>, che sembrano ricevere un

---

*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 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>219</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. n. 2/2006, p. 285 e ss.

<sup>220</sup> Cfr. Corte Cost. n. 204 del 2004.

<sup>221</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*

ulteriore impulso alla loro piena attuazione, anche 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>222</sup> sottostante alle recenti decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, sulla *traslatio iudicii*<sup>223</sup>; e delle Sezioni Unite della Cassazione sul doveroso esame da parte del giudice amministrativo della domanda autonoma di risarcimento danni<sup>224</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>225</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>226</sup>; o autonomamente, in sede di giudizio sul

---

*risulterebbe non più contrapposta ma integrata <con l'art. 6 della CEDU> in ragione dell'identità del bene – le ragionevoli 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*

<sup>222</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. n. 2/2008, p. 419 e ss., che evidenzia l'affermazione dell'unità della giurisdizione sottostante alle sentenze citate alla nota seguente sulla *traslatio iudicii*.

<sup>223</sup> Cass. SS.UU. 22.2.2007 n. 4109 e Corte Cost. 12.3.2007 n. 77. Sul tema v. C.E. GALLO, *La traslatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni...*, in D.P.A., 3/2007 p. 910 e ss., G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e traslatio iudicii*, in D.P.A., 3/2007 p. 796 e ss.; C. CACCIAVILLANI, *Traslatio 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>224</sup> Cass. SS.UU. 23.12.2008 n. 30524

<sup>225</sup> v. giurisprudenza esaminata retro sub 2

<sup>226</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*

silenzio (art. 2 c. 5 della l. 241) e di giudizio sulla domanda autonoma di risarcimento<sup>227</sup>.

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 già gli attribuisce (dagli antichi "schiarimenti" 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: ché altrimenti non si tratterebbe di decisione né tantomeno tecnica, bensì di mero arbitrio<sup>228</sup>.

---

*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>227</sup> Cass. SS.UU. n. 30524/2008 cit.

<sup>228</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.

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 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>229</sup>, l'irrazionalità e la contraddittorietà.

---

<sup>229</sup> Cfr. C.d.S., IV, 19.2.2008 n. 540.

Le tematiche che, nell'ottica dell'amministrazione di risultato nei suoi rapporti con i cittadini-utenti telematici, hanno costituito oggetto degli scritti contenuti nei paragrafi IV, V, VI, VII e VIII del presente volume, sono state trattate autonomamente anche in altri lavori apparsi rispettivamente nelle Riviste: Diritto e Processo Amministrativo n. 2/2007; Diritto Processuale Amministrativo n. 4/2007; Diritto Amministrativo n. 2/2006; Diritto e Processo Amministrativo n. 4/2007; Diritto e Processo Amministrativo n. 2/2009.