

SALVATORE DETTORI

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo  
[sdettori@unite.it](mailto:sdettori@unite.it)

**DOVERI AMMINISTRATIVI DI RISULTATO E DOVERI  
AMMINISTRATIVI DI COMPORTAMENTO (A PROPOSITO DI UN  
RECENTE SAGGIO DI MASSIMO MONTEDURO)**

**OUTCOME DUTIES AND BEHAVIOR DUTIES BY PUBLIC OFFICERS (DISCUSSING  
WITH MASSIMO MONTEDURO).**

SINTESI

Il presente contributo si inserisce nel dibattito che in questa Rivista prende le mosse dall'importante saggio di Massimo Monteduro, con cui l'Autore formula una argomentata proposta ricostruttiva sul rapporto tra doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona, ricavando i primi dal nucleo essenziale dei secondi. Nel condividere quindi la prospettiva che fonda l'agire amministrativo sul dovere quale situazione giuridica soggettiva originaria in capo alle pubbliche amministrazioni, nel presente lavoro si analizzano criticamente taluni aspetti della ricostruzione di Monteduro, al fine di mostrare come essa possa risultare applicabile con maggiore possibilità di successo quando si consideri innanzitutto la doverosità dell'agire amministrativo che corrisponde al comportamento che il funzionario pubblico deve tenere in ragione dell'ufficio che ricopre. Viene infatti mostrato, per un verso, come tale doverosità integri il presupposto di ogni ulteriore dovere di chi esercita la funzione, garantendo un approccio alla fattispecie amministrativa unico e funzionale alle esigenze del destinatario dell'agire amministrativo; per altro verso come essa, in ragione del suo fondamento costituzionale, presenti carattere di inderogabilità. La prospettiva offerta, che colloca la doverosità comportamentale in posizione prioritaria rispetto alla doverosità di risultato, risulta così particolarmente apprezzabile quando si consideri l'agire amministrativo volto alla realizzazione di un diritto fondamentale della persona, garantendo l'effettività della norma che pone tale diritto.

ABSTRACT

Monteduro's paper, in this Journal 2/2020, refers public duties at fundamental rights fulfillment, therefore the meaning of public duties is to procure fundamental right's claims achievement. This paper is a discussing one, in the perimeter of a specific *PA persona e amministrazione* initiative about Monteduro's paper and takes its cue from a deep sharing of Monteduro's opinions. The paper is aimed to develop Monteduro's thesis in relation to public officers' duties. In this paper perspective officers' duties are grounded on the general view of public administration as undertaking of task

related to fundamental rights. In such a perspective behavioral obligation are more significant than result-driven orientation once.

PAROLE CHIAVE: Doveri inderogabili – diritti fondamentali – azione amministrativa - performace – dovere d'ufficio  
KEYWORDS: Mandatory duties – fundamental rights – administrative behavior – performance – official duty

INDICE: 1. Premessa – 2. Doverosità inderogabile e diritti inviolabili: le principali questioni sul tappeto – 3. La problematica definizione del nucleo indefettibile dei diritti inviolabili – 4. Ulteriori difficoltà del fondamento dell'inderogabilità del dovere amministrativo sulla norma costituzionale – 5. L'esigenza di uno statuto del dovere amministrativo – 6. Un (parziale) cambiamento di prospettiva: dalla doverosità (inderogabile) di risultato alla doverosità (inderogabile) di comportamento – 7. L'autonomia della doverosità di comportamento dalla doverosità di risultato – 8. Il contenuto della doverosità di comportamento – 9. Il fondamento della doverosità di comportamento – 10. Doverosità di comportamento e realizzazione effettiva dei diritti fondamentali.

## **1. Premessa.**

Ho aderito assai volentieri all'invito ad inserirmi nel dibattito che in questa Rivista prende le mosse dal saggio di Massimo Monteduro, con cui l'Autore formula una argomentata proposta ricostruttiva sul rapporto tra doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona<sup>1</sup>.

Riflettere sul lavoro di Monteduro mi impone peraltro una precisazione preliminare e una altrettanto preliminare dichiarazione di metodo.

La precisazione è la seguente: condivido pienamente l'esigenza di Monteduro di sondare una prospettiva differente rispetto a quella tradizionale, che definitivamente ribalti l'idea che il potere costituisca la situazione giuridica soggettiva originaria in capo alle pubbliche amministrazioni. La diversa prospettiva in questione è peraltro da tempo oggetto di indagine da parte di attenta dottrina amministrativistica, che, seppure con percorsi talvolta non coincidenti, mira a sostituire la figura del potere con quella del dovere nella spiegazione della capacità di agire delle pubbliche amministrazioni e dunque, in buona sostanza, nella definizione del contenuto dello stesso agire amministrativo<sup>2</sup>. Il mio approccio al lavoro di Monteduro parte da questa premessa condivisa.

---

<sup>1</sup> M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2020, <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/2409>.

<sup>2</sup> Sul tema della doverosità amministrativa si rinvia, limitandosi ai contributi monografici, a F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli,

La dichiarazione di metodo riguarda le modalità di tale approccio.

Nel saggio in questione l'Autore dichiara fin da subito le proprie ipotesi di lavoro, ossia i passaggi fondamentali della riflessione che andrà a svolgere<sup>3</sup>, ed intraprende un percorso argomentativo che articola in tre parti, corrispondenti alla struttura del contributo: una prima parte dedicata alla questione dell'imputazione alle pubbliche amministrazioni dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., una seconda al problema dell'identificazione di tali doveri inderogabili in relazione ai diritti inviolabili della persona, una terza relativa al problema della perimetrazione dei doveri amministrativi inderogabili. Per ciascuna questione Monteduro procede peraltro con l'enunciazione della propria (ipotesi di) tesi, che sottopone a prova di resistenza e dunque agli argomenti di possibile confutazione già sussistenti nella riflessione della dottrina ovvero ad ulteriori indicati dallo stesso Autore.

Il contributo in esame travalica quindi i confini del diritto amministrativo, per rivolgersi verso il diritto costituzionale, la teoria generale e la filosofia del diritto. E non potrebbe essere diversamente, posto che esso ha ad oggetto categorie fondamentali del sistema giuridico.

Ebbene, a fronte di tale ampiezza di tematiche, devo necessariamente definire un perimetro limitato entro il quale collocare la riflessione che svolgerò nelle prossime pagine. Dichiaro quindi subito il mio obiettivo, che è quello di muovere dalle acquisizioni di Monteduro – e soprattutto dalla sua condivisibile prospettiva che fonda l'agire amministrativo sul dovere quale situazione giuridica soggettiva originaria in capo alle pubbliche amministrazioni – per verificare la possibilità di spingere ancora oltre la riflessione svolta nel denso contributo in esame. Non mi occuperò dunque delle argomentazioni attraverso cui Monteduro giunge ad affermare la connotazione doverosa dell'agire amministrativo, a cui aderisco senza riserve. La mia riflessione prenderà invece le mosse da quanto nel saggio si mette in luce a proposito del fatto che talune manifestazioni

---

2013; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. Monteduro aveva già argomentato sulla condizione di originarietà del dovere amministrativo in M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Tomo primo – Parte sostanziale, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2014, p. 105 ss.

<sup>3</sup> Monteduro anticipa quindi anche la sua ipotesi finale di lavoro, che indica nel saggio nei seguenti termini: «*i doveri inderogabili rappresentano le situazioni giuridiche soggettive fondamentali, primarie ed originarie che connotano le pubbliche amministrazioni, mentre i poteri amministrativi autoritativi sono configurabili come situazioni giuridiche soggettive strumentali all'«adempimento» dei doveri inderogabili»* (p. 544).

dell'esercizio doveroso della funzione amministrativa possano presentare carattere di inderogabilità. Monteduro riserva peraltro tale carattere alla doverosità amministrativa volta alla realizzazione di quello che viene indicato come il nucleo indefettibile dei diritti inviolabili. Si tratta quindi di un'inderogabilità che riguarda non solo una particolare tipologia di diritti – i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. – ma anche una porzione circoscritta di tali diritti, ossia quella corrispondente al loro nucleo essenziale.

Ebbene, nelle prossime pagine vorrei provare a mostrare come l'importante prospettiva offerta da Massimo Monteduro possa risultare applicabile – forse addirittura in maniera più feconda o comunque meno problematica – ad una doverosità differente rispetto a quella indicata nel saggio in esame. Al fine di tale dimostrazione, prenderò quindi in esame i passaggi più significativi dell'ipotesi ricostruttiva resa da Monteduro ed in particolare quelli mediante i quali l'Autore definisce il perimetro dell'agire amministrativo inderogabilmente doveroso. Successivamente proverò a modificare tale perimetro, formulando una proposta che – sia ben chiaro fin da subito – avrà bisogno di ulteriori indagini per potersi (eventualmente) ritenere compiuta.

## **2. Doverosità inderogabile e diritti inviolabili: le principali questioni sul tappeto.**

Nella ricostruzione offerta, Massimo Monteduro identifica i doveri inderogabili dell'amministrazione in relazione ai diritti inviolabili della persona. Tra i doveri inderogabili e i diritti inviolabili viene infatti riconosciuto un rapporto di inerenza e coimplicazione, che significa che i primi sono identificabili in corrispondenza dei secondi. Ciò consente a Monteduro di affermare per un verso che l'art. 2 Cost. costituisce fonte diretta dei doveri inderogabili e per altro verso che questi ultimi debbono ritenersi inderogabili ove preservano l'invulnerabilità del “nucleo irriducibile” dei diritti di cui alla suddetta disposizione costituzionale<sup>4</sup>. Nella definizione del perimetro e del contenuto dei doveri inderogabili, nel saggio in esame si precisa infatti che questi

---

<sup>4</sup> Monteduro mette quindi mano al rapporto diritti-doveri, agganciando i secondi ai primi, ma soprattutto riconoscendo per gli stessi un diretto fondamento costituzionale. L'agire amministrativo volto alla soddisfazione dei diritti inviolabili è dunque non solo un agire doveroso, ma inderogabilmente doveroso in ragione del suo fondamento. I doveri inderogabili corrispondono dunque ai diritti inviolabili, da questi derivano e rispetto a questi sono speculari.

ultimi sono generati dal nucleo irriducibile ed incomprimibile del diritto inviolabile, la cui protezione e financo la cui stessa sussistenza è garantita dall'operato doveroso delle pubbliche amministrazioni.

La ricostruzione proposta da Massimo Monteduro muove dunque da un chiaro assunto: ossia (i) che i diritti inviolabili posseggano un nucleo essenziale ed indefettibile e (ii) che il presidio di tale nucleo possa essere affidato alla cura delle pubbliche amministrazioni.

Ebbene, sulla validità di tale assunto sorgono talune significative questioni.

### **3. La problematica definizione del nucleo indefettibile dei diritti inviolabili.**

Sia ben chiaro, non è certamente in discussione che nella riflessione tradizionale si faccia menzione del nucleo essenziale o indefettibile dei diritti inviolabili. Siamo infatti dinanzi ad un concetto presente sia nelle ricostruzioni teoriche della dottrina, sia in plurime decisioni della giurisprudenza costituzionale, la cui rilevanza nel nostro ordinamento non può di conseguenza essere messa in discussione.

È noto peraltro che quello di nucleo indefettibile è un concetto che è stato utilizzato con un intento evidente, ossia quello di limitare l'intervento del legislatore ordinario che potesse comprimere, sino a svuotarlo, un diritto inviolabile, impedendone l'effettivo godimento<sup>5</sup>. Il concetto di nucleo indefettibile è stato quindi evocato nella spiegazione del carattere di inviolabilità dei diritti di cui all'art. 2 Cost. al fine di indicare la quota del diritto sottratto alla possibilità di revisione da parte della fonte legislativa, anche costituzionale.

---

<sup>5</sup> In tal senso, solo per fare un esempio, Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275 ove, a proposito del diritto all'istruzione del disabile viene osservato che: (i) viene ricordato che esso «è consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale»; (ii) la natura fondamentale del diritto «imponesse alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel "rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto». Sul medesimo tema Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80 ha osservato: «È vero che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità (da ultimo, ex plurimis, sentenze n. 431 e 251 del 2008, ordinanza n. 269 del 2009). Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel "[...] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000)».

Tanto detto, resta fermo il problema oggettivo di definire il contenuto di tale concetto, di cui lo stesso Monteduro ci ricorda il carattere «*imperfetto, tormentato e problematico*». Si tratta peraltro di una questione complessa, che attiene innanzitutto al diritto costituzionale ed alla teoria generale del diritto, i cui tratti problematici fondamentali possono essere però immediatamente percepiti.

La prima difficoltà, a monte di ogni sforzo definitorio, riguarda l'individuazione del soggetto legittimato ad operare una definizione di nucleo fondamentale del diritto, nonché quella del processo utile a tal fine. Nel silenzio del legislatore, neppure la Corte costituzionale ha infatti mai espressamente indicato quale sia, in via generale, il contenuto del nucleo essenziale del diritto inviolabile, limitando il proprio intervento al sindacato concreto sulla legittimità della discrezionalità del legislatore che interveniva sulle garanzie di realizzazione di tale diritto. In tal senso il Giudice delle leggi ha quindi di volta in volta accertato se la legge ordinaria comprimesse o meno il diritto in questione fino a comprometterne illegittimamente il suo nucleo essenziale che, in tal senso, veniva definito indefettibile. Insomma il nucleo essenziale del diritto è stato individuato mediante un accertamento sul caso concreto, in presenza di una norma ordinaria che era andata oltre il confine tollerato dalla norma costituzionale.

In ogni caso appaiono evidenti le difficoltà oggettive che si parano dinanzi all'interprete che si cimenti nell'individuazione del nucleo essenziale di un diritto inviolabile. Innanzitutto questi è posto di fronte all'alternativa tra la possibilità di ricavare il significato del nucleo essenziale in questione dalla disposizione che prevede il diritto fondamentale, disvelando dunque dalla stessa un significato che già esiste, ovvero procedere ad un'attività ermeneutica di tipo creativo.

Sciolta eventualmente tale riserva, si pone un'altra questione di non poco momento, che riguarda la differente tipologia dei diritti che Monteduro considera ascritti alla categoria dei diritti inviolabili, ossia i diritti di libertà, da una parte, ed i diritti cosiddetti sociali, dall'altra. Nel saggio in esame, nel momento in cui si fa menzione dell'agire amministrativo funzionale alla realizzazione dei diritti inviolabili non mi pare infatti vi siano preclusioni in tal senso. È però evidente che qualche precisazione vada compiuta a tal proposito, in ragione del fatto che, a rigore, solo per la realizzazione dei diritti sociali è previsto di necessità il ricorso all'intervento pubblico. Quanto si faccia riferimento ai diritti inviolabili di libertà la questione si presenta invece più complessa, posto che è necessario ulteriormente distinguere tra libertà negative e libertà positive e quindi prendere

posizione sulle relative modalità di realizzazione di tali differenti diritti. Nel primo caso, come noto, il diritto si considererà infatti realizzato a fronte della possibilità per il suo titolare di agire o di non agire senza impedimenti da parte di terzi, mentre nel secondo caso il diritto troverà realizzazione nel momento in cui il titolare è posto nelle condizioni di autodeterminarsi, orientando la propria volontà verso un determinato scopo.

Ebbene, deve ritenersi che anche la definizione del nucleo indefettibile dei richiamati diritti non si sottragga a tale pacifica distinzione. Di conseguenza, l'ambito di intervento dell'agire amministrativo doveroso ritenuto inderogabile in ragione della sua destinazione alla protezione del nucleo indefettibile dei diritti fondamentali dovrà a rigore ritenersi ulteriormente circoscritto ai diritti sociali ed alle libertà positive, posto appunto che per le libertà negative si pone in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento – ivi comprese dunque le pubbliche amministrazioni – esclusivamente un dovere di astensione da ogni intromissione che non sia prevista espressamente dalla legge e nei limiti in cui la Costituzione lo consenta.

Tanto detto, la questione si complica ulteriormente quando si ritenga che la medesima libertà possa declinarsi sia in termini di libertà positiva, sia in termini di libertà negativa<sup>6</sup> ovvero quando si ritenga che anche i diritti di libertà negativa necessitino di un intervento positivo per essere pienamente realizzati e goduti.

#### **4. Ulteriori difficoltà del fondamento dell'inderogabilità del dovere amministrativo sulla norma costituzionale.**

Nella ricostruzione offerta da Monteduro la norma costituzionale garantisce il carattere di inderogabilità dell'esercizio doveroso della funzione amministrativa, che dunque, quando diretto al

---

<sup>6</sup> In tal senso, di recente, A. ZITO, *La politica pubblica dei trasporti tra libertà di movimento ed interessi sociali ed economici: profili concettuali e sistematici*, in *Nuove autonomie*, 2/2019, pp. 215-226, il quale ha osservato che «nella libertà di movimento sono presenti tutte le declinazioni del concetto di libertà elaborate in sede teorica: la libertà di movimento è infatti libertà negativa in quanto riceve tutela rispetto a intromissioni da parte di terzi [...]; è libertà positiva in quanto esprime il potere di autodeterminarsi; ma è anche libertà positiva se per tale si intende il potere di realizzare materialmente la volontà grazie alla presenza di condizioni di contesto, messe a disposizione delle istituzioni pubbliche, che tale realizzazione rendono possibile» (p. 220).

presidio del nucleo indefettibile del diritto, risulta sottratto alla legge ovvero, meglio, non necessita di alcuna norma ordinaria per il suo svolgimento. Il riconoscimento della fonte diretta dei doveri nel testo costituzionale comporta infatti – sempre secondo Monteduro – che l'inderogabilità si espliciti in divieto di deroga da parte di qualsiasi atto subordinato alla Costituzione e determini la distinzione tra doveri inderogabili e obblighi di fonte legislativa, dove i primi intervengono quando il nucleo irriducibile di un diritto inviolabile “è minacciato per commissione o omissione” e presentano quale contenuto il “mobilitarsi” dell'amministrazione “per proteggere quel nucleo”. E ciò a prescindere dall'interposizione del legislatore, fonte invece degli obblighi in capo all'amministrazione, i quali pertanto risultano sussidiari ai doveri. Ove sia minacciato il nucleo fondamentale del diritto inviolabile, l'amministrazione sarebbe quindi tenuta comunque ad intervenire in ragione dell'inderogabilità del dovere.

In buona sostanza, secondo Monteduro esiste una doverosità minima, che consiste nella protezione del nucleo indefettibile del diritto inviolabile ed una doverosità più ampia ed eventuale, che corrisponde alla disciplina di dettaglio per la realizzazione del diritto medesimo oltre il suo nucleo essenziale: la prima trae fondamento diretto nell'art. 2 della Costituzione e presenta il carattere di inderogabilità; la seconda trova fondamento nella legge ordinaria ed è eventuale e derogabile.

Ebbene, certamente il punto in questione costituisce il passaggio più arduo nella ricostruzione resa da Monteduro e presenta, di conseguenza, significativi aspetti problematici.

Innanzitutto appare evidente come la teorica in esame impatti con il principio di legalità. Sul punto vengono in particolare in rilievo due questioni. In primo luogo non è chiaro a chi scrive se nel ribaltamento operato da Monteduro tra potere e dovere, l'agire amministrativo di cui si va dicendo trovi fondamento e giustificazione esclusivamente nella Costituzione ovvero anche nella norma ordinaria che si sarebbe detta attributiva del potere e quindi ora, nella diversa prospettiva, del dovere.

In secondo luogo, appare altrettanto problematico riflettere su come l'amministrazione pubblica possa operare per la realizzazione del diritto senza l'intermediazione determinata dalla legge e, di conseguenza, dell'indirizzo politico.

Tale ultima questione assume particolare rilevanza per una serie di significativi argomenti.



Innanzitutto in ragione di quanto osservato nel saggio in esame in merito alla prospettata coincidenza tra il “nucleo irriducibile” dei diritti inviolabili ed il “nucleo duro” dell’interesse pubblico. Una tale prospettiva presuppone peraltro una presa di posizione chiara e netta sul concetto di interesse pubblico, che da Monteduro viene inteso come corrispondente o comunque non alternativo rispetto agli interessi dei privati. Monteduro riferisce in tal senso di una «*sintesi di compatibilità di diritti inviolabili garantiti in condizioni di eguaglianza sostanziale*», il cui nucleo «*coincide in definitiva con lo stesso “nucleo irriducibile” dei diritti inviolabili dei quali l’interesse pubblico, appunto, è formula di sintesi giuridica*». Non si tratta certamente di una novità nella riflessione sul concetto di interesse pubblico. Appartiene infatti alla tradizione più risalente ed alla storia del concetto in questione, l’alternativa tra la considerazione dell’interesse pubblico in termini (più o meno) trascendenti o (più o meno) immanenti rispetto agli interessi dei privati. Così come appartiene alla riflessione della dottrina l’idea che il diritto fondamentale, se è certamente una situazione giuridica della persona, non di meno, nel suo essere tale, diventa rilevante anche nella prospettiva dell’interesse pubblico da tutelare<sup>7</sup>.

In ogni caso, nel momento in cui un determinato interesse è attribuito alla cura di una altrettanto determinata amministrazione pubblica è certamente complicato disconoscere che tale attribuzione debba avvenire attraverso una disposizione normativa che non solo colleghi il fine da perseguire al soggetto che deve operare in tal senso, ma che anche fissi la disciplina di tale operare.

A tal proposito Monteduro ci dice che la pubblica amministrazione dispone «*di una vasta e variegata gamma di strumenti giuridici per l’adempimento dei doveri [inderogabili]*», tra cui colloca il potere autoritativo ed imperativo, la disposizione di beni pubblici, l’erogazione di servizi, la stipula di

---

<sup>7</sup> Si tratta, come noto, del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale nel quale i diritti fondamentali non sono considerati come interessi singoli da tutelare, ma come interesse sociale da perseguire. La cifra di novità nella ricostruzione di Monteduro è invece, a mio parere, l’aver distinto tra una dimensione (o quota parte) dell’interesse pubblico che trova fondamento diretto ed immediato nell’art. 2 della Costituzione e che di conseguenza impone all’amministrazione di agire per la sua inderogabile realizzazione e una differente dimensione (o quota parte) dell’interesse pubblico la cui realizzazione passa per la disciplina dettata dal legislatore ordinario. Di conseguenza, l’agire amministrativo doveroso sarà caratterizzato da una componente di inderogabilità quando sarà volto alla realizzazione (della quota) dell’interesse pubblico corrispondente al nucleo indefettibile del diritto; mentre troverà la propria disciplina nelle regole (derogabili) dettate dalla legislazione ordinaria quando sarà volto alla realizzazione (della quota) dell’interesse pubblico ulteriore e residuo rispetto a quello corrispondente al nucleo indefettibile del diritto.

contratti, l'adozione di comportamenti. Ebbene, si dovrebbe dunque ritenere che il ricorso a tali strumenti possa prescindere da una regolazione che ne stabilisca tempi e modi di utilizzo.

A ciò si aggiunge una ulteriore importante argomentazione. Affidare all'amministrazione ogni valutazione e conseguente decisione in ordine alla modalità di esercizio della funzione per la realizzazione del diritto inviolabile significa, per un verso, rinunciare a collocare l'agire amministrativo nella dimensione strategica data dall'intermediazione politica che interviene tra la scelta legislativa e quella gestionale e, per altro verso, rischiare l'adozione di scelte amministrative estemporanee ed irrealizzabili in quanto non coordinate ed avulse da ogni visione di scenario.

A tale considerazione potrebbe peraltro obiettarsi, da una parte, che ciò che si sottrae all'*interpositio legislatoris* – e dunque anche all'indirizzo politico – è esclusivamente la realizzazione della quota minima del diritto inviolabile corrispondente al nucleo indefettibile del diritto e, dall'altra, che nulla toglie che il legislatore possa comunque intervenire per fissare la disciplina dell'intervento amministrativo.

Ebbene, ritengo che anche tale obiezione non sia sufficiente a fugare le perplessità che si vanno esprimendo sull'esclusione dell'intermediazione normativa ai fini dell'esercizio della funzione amministrativa volta alla realizzazione dei diritti inviolabili. In disparte infatti l'evidenziata difficoltà di definire il perimetro del nucleo essenziale ed indefettibile di tali diritti, resta fermo che anche la realizzazione di tale quota minima di diritto implica comunque la necessità di operare scelte importanti relative alle condizioni, ai modi, ai tempi ed alle risorse dell'intervento pubblico.

E ciò avviene non solo per i diritti di libertà (positiva), come parrebbe a rigore immediatamente comprensibile, ma anche per i diritti sociali, per i quali invece potrebbe sembrare più semplice la giustificazione di un intervento amministrativo che si fondi direttamente sulla disposizione costituzionale, a prescindere dalla regolamentazione normativa primaria.

Si consideri infatti, per fare un esempio, il diritto all'istruzione di cui agli artt. 33 e 34 Cost., il cui nucleo indefettibile è stato affermato corrispondere all'esigenza di organizzazione di «*una struttura che permetta di assicurare sempre e comunque una continuità nell'erogazione delle prestazioni che costituiscono il cardine fondamentale del servizio stesso*»<sup>8</sup>. Ebbene, alla luce di tale definizione appare

---

<sup>8</sup> Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187.

evidente la difficoltà di affidare all'intervento esclusivo dell'amministrazione la realizzazione doverosa ed inderogabile di quello che è indicato come nucleo indefettibile del diritto. Ed infatti, anche quando vi sia condivisione in merito alla tipologia ed al contenuto delle misure utili alla realizzazione dell'obiettivo posto (e già questo aspetto presenta di per sé notevoli profili di incertezza) numerose restano nel caso di specie le questioni problematiche. Si pensi infatti all'individuazione dell'amministrazione competente all'esercizio della funzione, nonché all'esigenza di inserire i singoli interventi amministrativi nell'ambito di una programmazione che comprenda la definizione delle priorità, l'indicazione delle procedure di attuazione e lo stanziamento delle relative risorse.

Insomma, nel momento in cui il presidio del nucleo indefettibile del diritto sia affidato all'agire amministrativo doveroso appare evidente il valore espresso dall'intermediazione normativa e dal corrispondente indirizzo politico. D'altra parte, tale valore sembra di per sé trovare un espresso riconoscimento costituzionale nella previsione contenuta nell'art. 117, ove al legislatore ordinario è affidata la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. A parte ogni possibile accostamento tra i richiamati livelli essenziali ed il nucleo indefettibile dei diritti inviolabili, questione sulla quale non argomento, resta comunque ferma ed evidente la volontà del legislatore costituente di affidare la realizzazione di diritti all'intermediazione della normativa primaria.

## **5. L'esigenza di uno statuto del dovere amministrativo.**

I descritti aspetti problematici discendono a mio parere dal fatto che, collocandosi nella prospettiva del dovere quale situazione giuridica soggettiva originaria in capo all'amministrazione, si ribalta il punto di vista dell'osservazione del fenomeno giuridico che corrisponde all'esercizio della funzione amministrativa. L'attenzione dell'osservatore è infatti immediatamente diretta verso il dovere, nel cui prisma viene apprezzato il fenomeno giuridico.

Tale prospettiva si porta peraltro dietro talune inevitabili conseguenze, relative alle condizioni per il legittimo esercizio della funzione doverosa. La prima è determinata dall'esigenza di

definizione dei confini e dei limiti del dovere amministrativo. Così come accade nella dimensione del potere, anche in quella del dovere è infatti impensabile, almeno in via di principio, che quest'ultimo possa estendersi all'infinito, senza trovare quindi limite o contenimento. La seconda è data dall'esigenza di definire il contesto nell'ambito del quale la funzione doverosa è esercitata. La terza attiene al contenuto del medesimo dovere, nonché ai suoi caratteri ed elementi essenziali.

In altre parole, nel momento in cui la finalità pubblica si realizza in ragione del dovere amministrativo, quest'ultimo necessita di uno statuto giuridico, che indichi i presupposti, le condizioni ed i limiti del suo utilizzo nell'ambito del nostro ordinamento.

Quanto detto vale anche – e forse a maggior ragione – quando il dovere si caratterizzi in termini di inderogabilità e dunque, per vocazione, non incontri limiti se non nel perimetro della sua applicazione ovvero, appunto, in uno statuto giuridico che regoli l'attività in cui lo stesso si esplica.

In assenza di uno statuto giuridico del dovere quale situazione giuridica originaria in capo ad una pubblica amministrazione – e venuto meno quello del potere in ragione del cambio di prospettiva – l'esercizio della funzione amministrativa doverosa risulterà slegata da qualsiasi contesto di riferimento, se non addirittura irrealizzabile.

Insomma, il carattere di inderogabilità che la teorica in esame riconosce in capo al dovere amministrativo rischia paradossalmente di costituire la causa della mancata realizzazione del diritto che l'amministrazione sarebbe invece tenuta a presidiare e garantire. Ciò in quanto l'esercizio della funzione risulterebbe ostaggio del medesimo dovere che, incontrollato e indisciplinato, costringerebbe l'amministrazione alla realizzazione di un risultato che, quand'anche possibile, non risponderebbe ai canoni di efficacia ed efficienza che debbono permeare l'agire amministrativo. Il ribaltamento di prospettiva tra potere e dovere rischierebbe in definitiva di non portare alcun frutto degno dello sforzo ricostruttivo compiuto: si passerebbe infatti da una doverosità come presupposto per l'esercizio del potere<sup>9</sup>, ad una doverosità in cui l'amministrazione è certamente tenuta ad attivarsi per la cura dell'interesse pubblico, ma in tale attivarsi non è in grado di garantire la migliore soluzione possibile per la piena ed effettiva realizzazione del diritto. Si concretizzerebbe così il paradosso per cui la previsione costituzionale del diritto inviolabile non troverebbe

---

<sup>9</sup> Sul punto si rinvia a L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 3965 ss.

soddisfazione nonostante il presidio dato dall'esercizio doveroso ed inderogabile della funzione amministrativa.

## **6. Un (parziale) cambiamento di prospettiva: dalla doverosità (inderogabile) di risultato alla doverosità (inderogabile) di comportamento.**

Sembra che a questo punto ci si trovi dinanzi ad un'*impasse* difficilmente superabile. La mancanza di uno statuto del dovere amministrativo pare impedire – almeno in ragione delle questioni sopra argomentate – la possibilità di qualificare l'agire amministrativo in termini di doverosità inderogabile.

In realtà, a parere di chi scrive, così non è, a condizione però di un cambiamento di prospettiva, che dell'agire amministrativo doveroso valorizzi la dimensione comportamentale, ossia quella volta a garantire la definizione del migliore contesto ambientale in cui la decisione sarà assunta e, di conseguenza, la massimizzazione dell'attenzione verso il titolare del diritto per la cui realizzazione l'amministrazione opera.

Si tratta quindi di approcciare la questione problematica posta dalla vicenda amministrativa in una prospettiva diversa rispetto a quella del risultato (la realizzazione del diritto inviolabile), che ponga invece al centro della medesima vicenda il comportamento amministrativo utile alla realizzazione del risultato.

Tale operazione si ritiene utile per due ragioni: (i) innanzitutto perché si ritiene che la doverosità di comportamento possa più facilmente qualificarsi in termini di inderogabilità; (ii) in secondo luogo perché si ritiene che anteporre la doverosità di comportamento a quella di risultato risolva talune delle questioni problematiche che impediscono a quest'ultima di potersi completamente apprezzare nei termini indicati nella ricostruzione di Monteduro.

La componente di doverosità di cui si va dicendo integra infatti il presupposto di ogni ulteriore dovere di chi esercita la funzione, ponendosi in tal senso quale *prins* logico nel processo decisionale amministrativo. Egualmente prioritario è l'approccio doveroso alla singola fattispecie che preservi e garantisca l'unicità della stessa e dunque le esigenze del destinatario dell'agire

amministrativo. Si tratta quindi di una componente di doverosità che si aggiunge, completandola, a quella volta alla produzione del risultato, e che garantisce però l'efficacia della norma per la cui attuazione l'amministrazione agisce. È una doverosità di mezzo, "di approccio" alla fattispecie e dunque di comportamento, che, a parere di chi scrive, partecipa della medesima natura di inderogabilità che Massimo Monteduro ha mostrato come propria dell'agire doveroso delle pubbliche amministrazioni volto alla realizzazione dei diritti inviolabili della persona.

### **7. L'autonomia della doverosità di comportamento dalla doverosità di risultato.**

La prospettiva che si va sondando muove peraltro da un presupposto che in questa sede si è assunto, ma che appare evidente possa essere oggetto di contestazione. Ho infatti dato per acquisito che nell'ambito dell'agire delle pubbliche amministrazioni possano distinguersi diverse manifestazioni di doverosità e segnatamente una "doverosità di comportamento", da una parte, e una "doverosità di risultato", dall'altra.

Diversamente, potrebbe ritenersi che tale distinzione non sia possibile o comunque sia utile solo a fini classificatori e quindi descrittivi del fenomeno. In tal caso, si avrà che nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa volta alla realizzazione del diritto inviolabile rientreranno anche quei doveri di comportamento che orientano inevitabilmente le decisioni assunte dall'amministrazione. Tale opzione, quando applicata alla costruzione in esame, porterebbe quindi ad affermare che nell'ambito dei doveri inderogabili che trovano fondamento e contenuto nell'art. 2 della Costituzione sarebbero ricompresi anche i doveri comportamentali di cui si va dicendo.

A favore di questa soluzione potrebbero militare interessanti considerazioni tratte dall'ermeneutica del dato costituzionale: va infatti ricordato come nella struttura dei diritti inviolabili sia stato riconosciuto non solo "un aspetto difensivo", attinente all'impossibilità che il diritto possa svuotarsi in ragione della limitazione di cui possa essere eventualmente oggetto, ma un elemento propositivo, che trova espressione in *«una serie di obblighi positivi di intervento, e non solo di astensione, dei pubblici poteri, obblighi finalizzati a dare la maggiore attuazione possibile all'interesse sotteso al*

*diritto fondamentale*<sup>10</sup>. In una direzione simile di approccio alla fattispecie, con specifico riguardo ai diritti sociali, è stato quindi osservato che questi «*pur non essendo diritti individuali, sono però “a godimento individuale”*», posto che le prestazioni per la loro attuazione «*non sono cioè svolte nel generico interesse pubblico, ma nell'interesse individuale dei singoli destinatari*». Essi non sono quindi “diritti formali”, «*ma diritti sostanziali, che comprendono e dunque pretendono il godimento effettivo ed efficiente del servizio o della prestazione forniti (l'istruzione, la salute, etc.)*»<sup>11</sup>.

Ebbene, tali considerazioni potrebbero portare ad affermare che la realizzazione del diritto inviolabile implichi precise modalità funzionali a garantire l'efficacia della norma che pone il suddetto diritto attraverso la massimizzazione dello sforzo di attenzione alle peculiarità del caso singolo da parte dell'amministrazione che agisce.

Nonostante tali argomenti, ritengo comunque preferibile la soluzione che, con riguardo all'agire amministrativo per la realizzazione dei diritti inviolabili, distingue tra la doverosità di risultato e quella di comportamento. Ritengo peraltro tale opzione preferibile proprio in ragione di quanto argomentato da Massimo Monteduro circa il fondamento dei doveri inderogabili delle pubbliche amministrazioni. Al di là delle perplessità finora espresse, mi riferisco in particolare all'oggettiva difficoltà di ritrovare nell'art. 2 della Costituzione elementi che consentano di giustificare l'inderogabilità del dovere amministrativo oltre la funzione di realizzazione del nucleo essenziale del diritto inviolabile. E ritengo altresì che neppure si possa giungere a conclusioni

---

<sup>10</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 111-112, secondo cui l'invioabilità «*non coincide con un perimetro di assoluta «indecidibilità», ma piuttosto con un ambito in cui devono invece essere prese molte decisioni, che devono essere finalizzate alla maggior protezione possibile del diritto: un diritto è inviolabile, dunque, quando i pubblici poteri sono tenuti a predisporre la maggiore attuazione possibile*». L'Autore, che richiama peraltro l'espressione *indecidibilità* di L. Ferrajoli, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, indica «*una possibile lista degli «obblighi di intervento» dei pubblici poteri a favore di un diritto fondamentale*», tra i quali evidenzia «*l'imposizione di divieti di discriminazione, di interferenze ecc.; l'adozione di misure istituzionali per sanzionare adeguatamente le violazioni di un diritto; l'istituzione di apparati demandati a rendere effettivo il diritto stesso; l'imposizione di obblighi positivi di intervento, o di misure di prevenzione e protezione*».

<sup>11</sup> G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 159 ss., il quale assegna ai pubblici poteri non solo la funzione corrispondente alla erogazione dei servizi connessi ai diritti sociali, bensì «*una funzione di direzione e vigilanza al fine di assicurare l'effettività del conseguimento del diritto*» (p. 162). Azzariti osserva quindi, ad esempio, che il diritto all'istruzione implica, per una sua effettiva realizzazione, che in ogni istituto di istruzione si garantisca «*l'articolazione, la completezza e la ricchezza culturale necessari ad una società (in questo senso sì) pluralista e che trova fondamento nella libertà dei singoli*». In tal senso, «*la preventiva esaltazione di alcuni separati saperi, e la conseguente marginalizzazione o ghettizzazione di altri e diversi, non appare in grado di assicurare il risultato della effettiva soddisfazione del diritto sociale all'istruzione*».

differenti nel momento in cui si valorizzi l'autonomia concettuale dei doveri rispetto ai diritti, posto che anche in questo caso resta fermo che il dovere amministrativo trae il proprio carattere di inderogabilità dall'inviolabilità del diritto.

### **8. Il contenuto della doverosità di comportamento.**

La distinzione tra doverosità di comportamento e doverosità di risultato risulterà più chiara quando si rifletta sul contenuto della prima (e quindi delle differenze con quello della seconda).

Ebbene, nell'ambito della doverosità di comportamento si riconduce quell'agire amministrativo che corrisponde al rispetto di regole (di comportamento) ulteriori e differenti rispetto a quelle procedimentali volte alla realizzazione del dover essere provvedimentale. Ci si riferisce quindi a regole che non riguardano la doverosità dell'agire amministrativo immediatamente funzionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico o privato attraverso la decisione provvedimentale, ma a quelle meta-regole che impongono all'amministrazione un comportamento caratterizzato dall'attenzione al singolo problema amministrativo e dunque alle esigenze di ciascun destinatario dell'azione amministrativa, inteso quest'ultimo non come parte di un rapporto giuridico tra soggetti in contrapposizione, ma come elemento, unità imprescindibile e fondamentale dell'interesse che l'amministrazione ha in cura.

Non si tratta dunque di regole di risultato, né di regole di procedimento: non viene infatti in rilievo alcun dover essere, né finale (la decisione provvedimentale), né strumentale (la disciplina del procedimento amministrativo). Le regole di cui si va dicendo sono quelle che trasformano l'esercizio della funzione nell'agire per servire la persona, quando la realizzazione di questa passi attraverso l'operato delle pubbliche amministrazioni. Ed è evidente che la valorizzazione di tale tipologia di regole comportamentali sarà possibile esclusivamente quando l'esercizio della funzione si collochi in una prospettiva di doverosità in cui l'attività amministrativa non è più (immediatamente) percepita nella dimensione del potere, inteso quale situazione giuridica soggettiva originaria e fondamentale.



Ebbene, tali regole consentono di collocare ciascuna vicenda amministrativa nell'ambito del più ampio scenario di riferimento, considerandone gli elementi di peculiarità e di unicità. Ciò in ragione dell'atteggiamento richiesto all'amministrazione che agisce, che deve essere volto a garantire l'effettiva soddisfazione dell'interlocutore, non in termini di erogazione del bene della vita a cui lo stesso aspira attraverso la legittima decisione provvedimento, ma di attenzione nell'adozione della medesima decisione ad assicurare quell'approccio al caso singolo che distingue ogni fattispecie dalle altre e la consegna all'amministrazione come unica.

È il comportamento amministrativo che fa da contraltare alla tipicità del provvedimento, alla rigidità dell'esercizio della funzione imbrigliata nel tempo dall'incapacità di disfarsi della dimensione autoritativa del potere. Si potrebbe dire che si tratti di una vera e propria contaminazione, della liberazione, dell'affrancamento dell'amministrazione dai limiti in cui è stretta dal potere, senza però perdere il contatto con la forza ed il vincolo del principio di legalità. Questo però non è più letto nella dimensione del potere, ma in quella del dovere, che consente tale affrancamento e ammette – anzi vincola – l'amministrazione alla cultura della diversità, dell'eccezione e quindi, in ultimo della libertà di agire per la soddisfazione dei bisogni del singolo, in una dimensione, come detto, di servizio alla persona.

Riprendo quindi un'idea già espressa in altri scritti, ossia che le regole di cui vado dicendo possano ritenersi direttamente corrispondenti al comportamento a cui il funzionario pubblico è doverosamente tenuto in ragione dell'ufficio che ricopre. Mi riferisco quindi alle regole del dovere d'ufficio, che integra una doverosità "a prescindere", una doverosità presupposta ed indifferente rispetto a quella che connota l'esercizio della funzione volta a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico ovvero il bene della vita nei confronti del privato che lo richiede ovvero ancora tutti e due, se si segue la prospettiva di Monteduro che vede coincidere il nucleo indefettibile del diritto inviolabile con quello del corrispondente interesse pubblico.

Sono regole che esprimono una doverosità che prescinde dallo scopo dell'agire e che si colloca in una dimensione differente, in cui viene in rilievo un rapporto diretto tra il soggetto che agisce per la pubblica amministrazione e il destinatario di tale azione, un rapporto non mediato dal dover essere procedimentale. Sono regole di comportamento che quindi non si mischiano e non si

confondono con le regole di risultato, ma che costituiscono il presupposto indefettibile ed inderogabile di queste.

## **9. Il fondamento della doverosità di comportamento.**

Si tratta a questo punto di accertare quale sia il fondamento della doverosità di comportamento di cui si va dicendo. Dichiaro quindi subito il mio convincimento: (i) ritengo che la doverosità in questione, al pari della doverosità di risultato ricostruita da Monteduro, integri una situazione giuridica soggettiva primaria ed originaria in capo alle pubbliche amministrazioni; (ii) ritengo che tale componente di doverosità dell'esercizio della funzione, sempre al pari della doverosità di risultato, abbia un fondamento costituzionale; (iii) ritengo che tale fondamento si ritrovi in particolare negli art. 54 e 97 della Costituzione.

L'ancoraggio all'art. 54 Cost. deriva dalla coincidenza tra le regole comportamentali a cui deve sottostare l'agire amministrativo ed il dovere d'ufficio del funzionario pubblico. Ciò, ovviamente, a patto che si condivida che il dovere d'ufficio presenti una dimensione costituzionale e che questa si possa rinvenire nella previsione contenuta nell'art. 54, comma 2, Cost., e dunque nella *disciplina ed onore* a cui deve corrispondere l'esercizio doveroso dell'attività svolta dai cittadini a cui sono affidate funzioni pubbliche<sup>12</sup>.

D'altra parte, le regole di comportamento a cui l'amministrazione è tenuta prima ed a prescindere dal dovere di realizzazione del risultato amministrativo costituiscono la garanzia del buon andamento amministrativo e dunque di una buona amministrazione<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Per una riflessione più approfondita sul fondamento costituzionale del dovere d'ufficio, si consenta di rinviare a S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2017, p. 861-910, in particolare p. 894 ss. In questa sede ci si limita quindi ad evidenziare come la possibilità di riconoscere nel dovere d'ufficio il fondamento delle regole di comportamento del funzionario pubblico richieda il superamento delle ricostruzioni tradizionali, che collocavano la *disciplina ed onore* nell'ambito del rapporto tra il funzionario e l'organizzazione amministrativa, a favore di una diversa prospettiva ermeneutica che invece in tali elementi riconosca il contenuto qualificante la capacità e l'attitudine del funzionario pubblico a esercitare la propria doverosa funzione nei confronti della collettività degli amministrati (p. 897).

<sup>13</sup> A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta europea dei diritti fondamentali e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 179-198.

Si vuole in particolare fare riferimento ad una nozione di buon andamento che, acquisita nella sua evoluzione piena portata giuridica, ha assunto funzione di garanzia di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa<sup>14</sup>. Considerato in tale dimensione, il buon andamento costituisce un principio che impone all'amministrazione il ricorso agli strumenti ed ai mezzi più adeguati al fine del conseguimento del risultato amministrativo, che, inteso in questa prospettiva, diviene perfetta sintesi tra l'esigenza di realizzazione dell'interesse pubblico e la massima attenzione all'unicità della vicenda concreta. Il risultato è una nozione di buona amministrazione «che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento "a tutti i costi" di un risultato celere ed economicamente vantaggioso, che ha invece piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la "qualità della prestazione"), stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell'amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive - a cominciare dalle più deboli - di concreti beni della vita, di imparzialità e di trasparenza»<sup>15</sup>.

## **10. Doverosità di comportamento e realizzazione effettiva dei diritti fondamentali.**

Intesa nel senso sopra indicato, la doverosità di comportamento costituisce dunque il *primum* logico rispetto all'esercizio della funzione amministrativa, qualsiasi sia l'obiettivo che con essa si debba perseguire. In tale dimensione, la doverosità in questione presenta dunque sempre carattere di inderogabilità. La sussistenza di tale connotazione dell'agire amministrativo appare peraltro particolarmente evidente quando questo sia funzionale alla realizzazione di un diritto fondamentale della persona. E ciò sia in quanto si tratta di garantire il godimento di quelli che il nostro

---

<sup>14</sup> È nota l'evoluzione che ha interessato il principio di buon andamento, il quale da originaria considerazione in una dimensione metagiuridica, è stato progressivamente riconosciuto come principio relazionale, dapprima nell'ambito dell'organizzazione amministrativa come espressione di un'esigenza di raccordo tra soggetti appartenenti a diversi livelli di governo, e successivamente come precetto funzionale espressione di volta in volta dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia amministrativa.

<sup>15</sup> M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius publicum*, Network Review, Aprile 2011, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), p. 33. Sul rapporto tra *performance* amministrativa ed interesse pubblico, A. ZITO, *Interesse pubblico e strumenti organizzativi per la valutazione delle performance: il problema del miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle pubbliche amministrazioni*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *Interesse pubblico e disegno organizzativo delle pubbliche amministrazioni* (Atti del convegno dell'Università degli Studi di Palermo - 20 e 21 febbraio 2009), Napoli, 2010, pp. 1-12.

ordinamento indica come diritti fondamentali, ma soprattutto perché attraverso l'osservanza delle regole di comportamento si consente l'effettiva realizzazione di tali diritti, ovvero se ne giustifica la stessa sussistenza quando ci si ponga in una prospettiva giusrealista<sup>16</sup>. Monteduro ha certamente ben in mente la questione della realizzazione effettiva dei diritti inviolabili, di cui però afferma una doverosità non inderogabile, ma derivata da quella inderogabile e che deve quindi transitare attraverso un'*interpositio legislatoris*, non trovando immediato riscontro nella Costituzione<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> La tematica dell'efficacia (o effettività) della norma e, ancora di più, quella della corrispondenza tra validità ed effettività normativa costituiscono questioni centrali nel dibattito giuridico che, con riferimento ai diritti fondamentali, hanno impattato significativamente sulla definizione del rapporto tra tali diritti e le loro corrispondenti garanzie di attuazione e dunque, in ultimo, sulla stessa definizione del perimetro entro cui i medesimi diritti potevano (e possono) dirsi esistenti. Semplificando al massimo, le posizioni espresse in dottrina possono ridursi all'alternativa tra l'inclusione o meno delle garanzie in questione nel suddetto perimetro di definizione dei diritti fondamentali, distinguendosi per un approccio normativistico o giusrealistico alla riflessione giuridica: secondo il primo, il diritto comunque esiste nel momento in cui sono rispettate le regole di produzione normativa, mentre per il secondo l'esistenza del diritto necessita del riconoscimento del carattere di effettività della norma e dunque della presenza di garanzie per la sua attuazione. Condivido peraltro quanto osservato circa le implicazioni che nella definizione di una teoria dei diritti inviolabili si pongono a livello epistemologico nella scelta tra i richiamati approcci alla luce del fatto che i diritti in questione sono generalmente rappresentati a livello positivo attraverso formulazioni di principio caratterizzate da genericità e vaghezza: così M. JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 81. Quando poi ci si riferisca a quei diritti fondamentali la cui realizzazione implica l'agire dei pubblici poteri – e quindi innanzitutto ai diritti sociali – appaiono evidenti i dubbi posti dai sostenitori dell'approccio giusrealistico sulla possibilità di ricomprendere tali fattispecie nella stessa categoria di diritti, proprio a causa della loro fisiologica ineffettività. In tal senso, D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali'*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 64, che peraltro rinvia a D. ZOLO., *La strategia della cittadinanza*, in ID. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 29-35.

<sup>17</sup> La prospettiva in cui si colloca Monteduro parrebbe quindi potersi accostare a quella indicata nella riflessione di Luigi Ferrajoli, il quale lascia distinti i diritti dalle loro garanzie, ammettendo così la possibilità di esistenza di diritti fondamentali a prescindere dalla loro concreta attuazione (*rectius* dalla sussistenza delle regole per la loro attuazione), ma definendo l'assenza di tali regole alla stregua di una lacuna normativa che i pubblici poteri hanno l'obbligo giuridico di colmare. Così L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 30-31, secondo cui è la «*struttura nomodinamica del diritto moderno che impone, in forza del principio di legalità quale norma di riconoscimento delle norme positivamente esistenti, di distinguere tra i diritti e le loro garanzie*», pena la caduta «*in una forma di paradossale giusnaturalismo realistico*». In ragione di tale prospettiva, su un piano teorico, si avrà che «*il nesso tra aspettative e garanzie non è un nesso empirico ma un nesso normativo, che può essere contraddetto dall'esistenza delle prime e dall'inesistenza delle seconde; e che quindi l'assenza di garanzie dev'essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni ed internazionali, riempire*». Ferrajoli aveva peraltro già precisato nel medesimo contributo che «*è compito della legislazione colmare*» le lacune determinate dall'assenza di garanzie di attuazione per i diritti fondamentali (p. 11) ed ulteriormente osservato che «*le violazioni dei diritti ad opera dei pubblici poteri contro i loro cittadini devono essere concepite come indebite antinomie che è obbligatorio sanzionare come atti illeciti o annullare come atti invalidi*» (p. 31). Anche Monteduro affida infatti al legislatore ordinario il compito di provvedere alla realizzazione del diritto mediante l'indicazione delle modalità utili a tal fine, sebbene nella sua ricostruzione l'intervento del legislatore si configuri come situazione derivata rispetto al dovere (inderogabile) che trova fondamento (diretto) nella norma costituzionale. In tale prospettiva è infatti sul dovere che possono innestarsi successivi obblighi o poteri, entrambi come situazioni derivate: i primi in quanto posti da fonte legislativa e dunque sussidiari ai doveri; i secondi in quanto strumentali ai doveri, nel senso che l'amministrazione vi

Si è invece proposto un ribaltamento di prospettiva, che colloca la doverosità comportamentale in posizione prioritaria rispetto alla doverosità di risultato, in quanto atteggiamento consustanziale al dovere d'ufficio del funzionario pubblico e quindi presupposto necessitato nell'ambito di qualsiasi manifestazione dell'agire amministrativo. Così, quando tale agire sia volto alla realizzazione di un diritto fondamentale della persona, il perseguimento di un risultato effettivo presupporrà un atteggiamento doveroso dell'amministrazione, questo assolutamente inderogabile, volto alla acquisizione e rielaborazione dello scenario di contesto, a garantire il coordinamento con i soggetti (pubblici e privati) i cui interessi rilevano nella fattispecie e soprattutto un'attenzione alla concreta soddisfazione dei bisogni della persona titolare del diritto. Ma non solo. A ben vedere, nella prospettiva che si propone la doverosità di comportamento può presentare carattere ugualmente inderogabile sia per i diritti sociali, sia – e forse a maggior ragione – per quelli di libertà. Ed infatti mentre per i diritti sociali l'intervento pubblico potrebbe dirsi scontato in ragione della stessa natura di tali diritti, quando si considerino le libertà (negative o positive) potrebbe risultare particolarmente interessante affermare che nel momento in cui sia condivisa la necessità di un intervento pubblico al fine della loro realizzazione, tale intervento debba svolgersi attraverso modalità che impongono al soggetto che opera per la pubblica amministrazione un inderogabile dovere di comportamento.

---

ricorrerà, imponendo la propria volontà, quando debba fare fronte ad una opposizione alla realizzazione dell'interesse pubblico.