

**Parte Prima**  
**Fonti del diritto**  
**e situazioni giuridiche soggettive**



## Capitolo 1

# Introduzione e principi generali

SOMMARIO: *Parte Prima. Introduzione.* – 1. Premessa. – 2. Parte generale. Principio di legalità e fonti del diritto. – 2.1. Organizzazione pubblica. – 2.2. Situazioni giuridiche soggettive. – 2.3. Attività. – 2.3.1. Provvedimenti amministrativi. – 2.3.2. Accordi pubblici. – 2.3.3. Impresa pubblica e servizi pubblici. – 2.4. Obbligazioni, contratti e responsabilità. – 2.5. Le forme di tutela e il principio di pluralità delle azioni. – 3. Parte speciale. – 4. Diritto amministrativo e “altri diritti”. – 4.1. Diritto amministrativo e diritto privato. Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni e il diritto pubblico dei privati. – 4.1.1. Diritto amministrativo e diritto commerciale. – 4.2. Diritto amministrativo e diritto penale. – 4.3. Diritto amministrativo e diritto costituzionale. – 4.3.1. Diritto amministrativo e giustizia costituzionale. – 4.4. Diritto amministrativo e diritto europeo. – 4.5. Diritto amministrativo e diritto internazionale. – 4.6. Diritto amministrativo e processo civile. – *Parte Seconda. Principi generali.* – 5. Principi generali e regole. – 6. Principio di legalità: le ragioni della sua trasformazione. – 7. Principio di buon andamento e imparzialità. – 8. Principio di sussidiarietà: cenni e rinvio. – 9. Principio di ragionevolezza e di proporzionalità: cenni e rinvio. – 10. Principio di precauzione e gestione del rischio. – 11. Principio di contraddittorio, di trasparenza e dell’obbligo di motivazione: cenni e rinvio. – 12. Principio di concorrenza. – 12.1. Le regole antitrust. – 12.2. La “concorrenza nel mercato”. – 12.3. La “concorrenza per il mercato”. – 13. Il principio di buona fede: cenni e rinvio. – 14. Il principio di affidamento. – 15. Principi generali di finanza pubblica e pareggio di bilancio.

## Parte Prima

### Introduzione

#### 1. Premessa

Il diritto amministrativo identifica quel ramo del diritto pubblico che ha per oggetto l’organizzazione e l’attività della pubblica amministrazione.

Al fine di comprendere di cosa si occupi il diritto amministrativo è necessario inserirlo nel complessivo sistema ordinamentale, distinguendo lo Stato-istituzione, lo Stato-apparato e lo Stato-comunità.

Lo Stato-istituzione identifica un ordinamento giuridico originario a fini generali, che non ripete da altri la propria esistenza, i cui elementi costitutivi sono il territorio, il popolo e la sovranità.

Esso, nell’esercizio della funzione costituente, stabilisce le regole dell’organizzazione dei poteri pubblici e dei diritti fondamentali<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 6.

Lo Stato-apparato identifica l'insieme dei governanti, dotati di un apparato autoritario preminente e, come tale, idoneo ad assicurare nella sua interezza la realizzazione dei predetti fini.

Lo Stato-comunità identifica l'insieme dei soggetti della comunità statale stanziati su un territorio.

In particolare, lo Stato-apparato è composto da "organi costituzionali", che delineano la struttura organizzativa dello Stato stesso. Essi sono gli "organi" legislativi, amministrativi e giudiziari.

Ciascuno di essi ha una propria competenza ed esercita le seguenti "funzioni pubbliche": *i*) la funzione legislativa, normalmente esercitata dal Parlamento mediante un procedimento legislativo che si conclude con l'adozione di una legge; *ii*) la funzione amministrativa, normalmente esercitata dalla pubblica amministrazione mediante un procedimento amministrativo che si conclude con l'adozione di un provvedimento; *iii*) la funzione giurisdizionale, normalmente esercitata dalla magistratura mediante un processo che si conclude con l'adozione di una sentenza. Tali funzioni vengono definite anche potestà pubbliche o poteri pubblici. La nozione di potestà designa una attività la quale, nel modo che si indicherà [cap. 5, par. 2], è svolta nell'interesse di altri e ha valenza autoritativa nel senso che si esercita senza il consenso dei suoi destinatari.

La Costituzione ha sancito il principio della separazione dei poteri, ammettendo, in alcuni casi, una possibile sovrapposizione, definita "interferenza funzionale".

Si tratta di un principio che storicamente è stato consacrato con la rivoluzione francese. Nel periodo precedente i tre poteri erano riuniti nella figura del Monarca. L'amministrazione ha acquisito così la sua autonomia. Ed è, infatti, questo il momento che segna la nascita del diritto amministrativo.

Se è vero che esiste la divisione tra i suddetti poteri, ciò non significa che il potere esecutivo viva "isolatamente", attesa la stretta connessione tra legislazione, amministrazione e giurisdizione.

Il Parlamento esercita un potere normativo "nell'interesse" del popolo e cioè dei cittadini di cui i parlamentari sono i rappresentanti.

Le leggi possono assegnare rilevanza a determinati interessi privati, conferendo situazioni giuridiche (la più importante è il diritto soggettivo) per realizzare tali interessi. Questi ultimi sono normalmente "amministrati" dagli stessi soggetti privati titolari delle situazioni giuridiche i quali, però, possono anche ricorrere a terzi, dando vita alla cd. "amministrazione nell'interesse altrui" (si pensi all'istituto della rappresentanza). Si tratta di leggi di diritto privato.

Le leggi possono assegnare rilevanza a determinati interessi pubblici, i quali, facendo capo ad una pluralità di persone, per la loro natura devono essere necessariamente "amministrati" da un soggetto "terzo". Gli interessi pubblici costituiscono gli scopi che devono essere perseguiti. Come si esporrà oltre, l'insieme delle fonti del diritto identifica il cd. principio di legalità. Si tratta di leggi di diritto pubblico.

La funzione amministrativa è l'attività posta in essere dalla pubblica amministra-

zione che è il soggetto al quale le leggi attribuiscono la situazione giuridica di potere per realizzare i suddetti interessi pubblici. Nel porre in essere tale attività, essa incide normalmente su posizioni di altri soggetti dell'ordinamento titolari di interessi privati i quali, rispetto all'esercizio del potere, si possono trovare in posizione di "cointeressati" ovvero di "controinteressati"<sup>2</sup>. L'interesse pubblico prevale sull'interesse privato se l'esercizio del potere è effettivamente finalizzato al suo perseguimento.

La giurisdizione è l'attività posta in essere dalla magistratura, la quale deve verificare che quanto stabilito dalle leggi sia rispettato, tra l'altro, dalla pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni.

Il concetto di funzione, basato sul principio di separazione, evoca quello di "riserva", nel senso che, tendenzialmente, i singoli poteri sono "riservati" agli "organi" titolari degli stessi. Si esamineranno nei successivi capitoli i concetti di "riserva di legge" [cap. 3, par. 3], "riserva di amministrazione" [cap. 2, par. 10] e "riserva di giurisdizione" [cap. 11, par. 11.5], con analisi delle possibili interferenze funzionali.

Lo scopo di questo primo capitolo è quello di introdurre il diritto amministrativo mediante l'enunciazione dei concetti fondamentali. Il capitolo è diviso in tre parti, che analizzano: *i*) i diversi ambiti del diritto amministrativo, alla luce del principio di legalità e delle relative principali trasformazioni; *ii*) i diritti "diversi" dal diritto amministrativo che lo influenzano; *iii*) i principi generali che regolano i singoli settori.

Si tratta di parti collegate in quanto la loro valutazione d'insieme consentirà di selezionare le principali connotazioni dell'intero diritto amministrativo.

## 2. Parte generale. Principio di legalità e fonti del diritto

Nella moderna trattazione sistematica del diritto amministrativo si può distinguere una parte generale e una parte speciale costituita dai singoli settori.

La parte generale è analizzata nel testo mediante la seguente articolazione: fonti, situazioni giuridiche, organizzazione (soggetti pubblici, soggetti privati, personale, beni), attività (procedimento, provvedimento, accordi, servizi e controlli), obbligazioni, contratti e responsabilità.

La comprensione dell'intero sistema del diritto amministrativo presuppone l'analisi del principio di legalità, che rappresenta la base fondamentale del diritto amministrativo stesso.

È evidente che l'introduzione che si sta svolgendo imponga necessariamente l'anticipazione di nozioni che saranno oggetto di una più puntuale trattazione nei successivi capitoli. In questa parte si forniranno soltanto concetti generali e sintetici, al fine di avere un quadro unitario complessivo che consenta poi una migliore analisi di approfondimento.

---

<sup>2</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 8.

Il principio di legalità costituisce una espressione di sintesi, che ricomprende in sé le norme giuridiche prodotte dalle fonti del diritto, che possono essere interne – primarie (leggi statali o regionali) o secondarie (regolamenti) – ovvero esterne e, cioè, prodotte da fonti appartenenti ad altri ordinamenti (europeo o internazionale) [capp. 2, 3, 4].

Sebbene la definizione delle regole sia demandata alla legge scritta, nel particolare settore del diritto amministrativo un ruolo sempre rilevante hanno avuto la giurisprudenza e la dottrina. La crisi della legge e la formulazione spesso incerta e oscura delle norme hanno aperto la strada al rilevante contributo degli interpreti. Come si vedrà nella trattazione dei singoli istituti, sono rinvenibili spesso divergenti orientamenti interpretativi.

Il principio di legalità rileva sul piano dell'organizzazione, delle situazioni giuridiche soggettive e del rapporto giuridico pubblico, dell'attività, delle obbligazioni e dei contratti, con riflessi sulle forme di tutela.

Si distinguono la legalità-indirizzo e la legalità-garanzia.

La legalità-indirizzo attiene allo scopo di interesse pubblico che deve essere perseguito e, dunque, alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa. Essa rinviene il fondamento costituzionale nel principio democratico (art. 1 Cost., il quale prevede che «*la sovranità appartiene al popolo*»). Se “amministrazione” significa porre in essere attività nell'interesse pubblico, quale interesse che fa capo ai cittadini, devono essere questi ultimi mediante i loro rappresentanti in Parlamento a definire, con legge, gli scopi che gli “amministratori” devono perseguire.

La legalità-garanzia, avente anch'essa fondamento costituzionale, attiene, invece, alle modalità, anche organizzative, che devono essere osservate per perseguire tale scopo.

Tali declinazioni della legalità si atteggiano in modo peculiare a seconda del settore in cui operano e verranno, pertanto, esaminate oltre.

È questa quella che può essere definita “legalità costituzionale”.

Le principali trasformazioni che hanno interessato questo ambito provengono dal diritto europeo e dal diritto internazionale. In particolare, si è determinato l'allargamento della base legale e il suo stesso cambiamento nel modo che verrà indicato oltre [par. 6], con rilevanti implicazioni di diritto amministrativo [cap. 4].

È questa quella che può essere definita “legalità europea” e “legalità convenzionale”.

## 2.1. Organizzazione pubblica

L'art. 97 Cost. prevede che «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*», il che implica che l'identificazione del soggetto pubblico, la sua articolazione in uffici e organi, nonché la fase di distribuzione delle funzioni amministrative devono avvenire con legge [cap. 6, par. 13]. Si distinguono soggetti pubblici costituzionalmente necessari, che sono quelli ritenuti tali direttamente dalla Costituzione (Stato, Regioni ed Enti locali) [cap. 6, Parte Seconda], e gli altri enti pubblici non necessari

[cap. 6, parr. 16-19.1]. Rientrano nell'ambito dell'organizzazione anche il personale [cap. 8] e i beni necessari per lo svolgimento dell'attività amministrativa [cap. 9].

Le principali trasformazioni che hanno interessato questo ambito sono le seguenti: *i*) distribuzione delle funzioni amministrative in attuazione del principio di sussidiarietà verticale (art. 118, commi 1 e 2, Cost.), che impone di preferire l'attribuzione dei compiti pubblici a favore degli enti che si trovano in una posizione di maggiore vicinanza ai cittadini [cap. 6, par. 13]; *ii*) valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che impone di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 118, comma 4, Cost.); *iii*) affermazione di una nozione europea di pubblica amministrazione, tra l'altro, mediante le figure soggettive dell'organismo di diritto pubblico [cap. 6, par. 18.1] e dell'*in house* [cap. 6, par. 18.1.1] al fine di tutelare la concorrenza per il mercato; *iv*) privatizzazione degli enti pubblici economici e loro trasformazione in società a partecipazione pubblica (fenomeno che rileva anche ai fini della nozione di impresa pubblica e servizio pubblico, cap. 13, par. 4); *v*) diffusione del modello delle Autorità amministrative indipendenti [cap. 6, Parte Quarta].

## 2.2. Situazioni giuridiche soggettive

La legge seleziona, attribuendogli rilevanza giuridica, l'interesse pubblico che la pubblica amministrazione, come sopra definita, deve perseguire.

In questo ambito rileva, pertanto, essenzialmente, il principio di legalità-indirizzo.

L'interesse è un concetto diverso dal bene che è, essenzialmente, la cosa o il complesso di cose inteso come "porzione del mondo fisico". Esso può essere definito come «*il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto*»<sup>3</sup>. Si distingue, pertanto, a titolo esemplificativo, l'interesse pubblico alla tutela della salute e la realizzazione di un ospedale per perseguire tale interesse.

La legge attribuisce alla pubblica amministrazione una situazione giuridica di vantaggio, rappresentata dal potere pubblico, che le consente di "amministrare" nell'interesse pubblico e, dunque, di porre in essere quell'attività necessaria per perseguire la finalità pubblica predefinita dalla legge.

Il potere pubblico ha natura unilaterale e valenza imperativa [cap. 5, par. 4], perché deve essere consentito alla pubblica amministrazione di realizzare l'interesse pubblico anche senza il consenso del privato. Se per espropriare un'area di proprietà del privato al fine di costruire un'opera pubblica fosse necessario il consenso del privato, è evidente che non si potrebbe garantire l'attuazione dell'interesse pubblico in caso di sua opposizione. Per questo, la legge conferisce all'amministrazione un potere unilaterale di incidere nella sfera giuridica del privato al fine di acquisire in via autoritativa l'area su cui deve essere realizzata tale opera, con obbligo di corrispondergli l'indennità di esproprio [cap. 19].

La legge assegna al privato una situazione giuridica anch'essa di vantaggio – l'inte-

---

<sup>3</sup> F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 69.

resse legittimo – che dialoga con il potere pubblico e, insieme ad esso, definisce il rapporto giuridico pubblico. Nelle più recenti elaborazioni l'interesse legittimo è definito come «posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene»<sup>4</sup> [cap. 5, par. 4].

Le principali trasformazioni che hanno interessato questo ambito sono le seguenti: *i*) potenziamento delle forme di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio di pluralità delle azioni [cap. 26, par. 10]; *ii*) previsione sempre più ampia di forme di tutela di situazioni giuridiche meta-individuali [cap. 5, parr. 6-8.2.2].

### 2.3. Attività

La legge disciplina le funzioni amministrative e cioè le modalità di azione attraverso le quali l'amministrazione pubblica esercita il potere per perseguire l'interesse pubblico così come definito dalla legge stessa.

Nel vigente sistema esiste il principio della pluralità delle forme di attività. L'amministrazione agisce, infatti, mediante: *i*) atti e provvedimenti, che rimangono la modalità più diffusa e che possono anche essere conseguenza di forme di controllo di atti privati, come avviene, ad esempio, nel caso della segnalazione certificata di inizio attività (Scia) [cap. 10, par. 15-15.4]; *ii*) comportamenti, che possono essere espressione di un inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento – cd. silenzio inadempimento [cap. 10, par. 7] – ovvero di un atto tacito – silenzio assenso e silenzio rigetto [cap. 10, parr. 14-14.2] –; *iii*) accordi pubblici [cap. 12]; *iv*) attività di impresa e di servizio pubblico [cap. 13].

La legge può regolare in modo più o meno completo l'attività amministrativa.

La scelta legislativa, in concreto effettuata alla luce del settore che viene in rilievo, definisce l'attività amministrativa come discrezionale ovvero vincolata.

L'attività discrezionale, che costituisce il *proprium* del diritto amministrativo, viene in rilievo nel caso in cui la legge assegni all'amministrazione il compito di concretizzare l'interesse pubblico generico, da essa previsto, mediante lo svolgimento di un procedimento amministrativo nel quale deve essere comparato l'interesse pubblico primario con gli interessi pubblici secondari e con gli interessi dei privati [cap. 11, par. 11.1, sulla discrezionalità amministrativa].

In particolare, la legge può demandare all'amministrazione di stabilire l'*an*, il *quid*, il *quando* o il *quomodo*. In tali casi, la funzione amministrativa può essere illegittima anche per eccesso di potere, che rappresenta il tipico vizio della discrezionalità amministrativa [cap. 11, parr. 26.2-26.2.2].

Nell'ipotesi in cui le norme contengano concetti giuridici di rilevanza tecnica, es-

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, che riprende la definizione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 127-128.

se, se lasciano spazi valutativi all'amministrazione, attribuiscono alla stessa quella che viene definita discrezionalità tecnica [cap. 11, par. 11.3].

L'attività vincolata si ha nel caso in cui, per la non complessità dei rapporti da regolare, la legge predetermina, in tutti i suoi aspetti, il contenuto degli atti amministrativi. L'unico vizio prospettabile, in questo caso, è quello di violazione di legge.

Nell'ipotesi in cui anche le disposizioni di natura tecnica non lascino spazi valutativi all'amministrazione, esse attribuiscono poteri che vengono denominati di accertamento tecnico [cap. 11, par. 11.3].

In una posizione peculiare si collocano gli atti politici, non sindacabili in ambito giurisdizionale, se non nei limiti che verranno indicati oltre [cap. 11, par. 11.4], e gli atti di alta amministrazione, che presuppongono l'attribuzione all'amministrazione di un'ampia discrezionalità [cap. 11, par. 11.4.1].

Si realizza, pertanto, a seconda di come è costruita la norma, una gradazione di intensità crescente del potere pubblico: atti vincolati, atti discrezionali, atti di alta amministrazione e atti politici.

### 2.3.1. Provvedimenti amministrativi

I provvedimenti possono essere restrittivi (provvedimenti ablatori o sanzionatori) o ampliativi (autorizzazioni)<sup>5</sup>.

Nel primo caso, il privato è normalmente titolare di un interesse legittimo oppositivo all'adozione del provvedimento sfavorevole per la sua sfera giuridica.

Nel secondo caso, il privato è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'adozione di un provvedimento favorevole che amplia la sua sfera giuridica.

I provvedimenti amministrativi sono retti dal principio di legalità.

La legalità-indirizzo impone la funzionalizzazione dell'attività provvedimentale verso scopi di interesse pubblico.

La legalità-garanzia impone che la legge predetermini anche le modalità di esercizio dell'azione amministrativa, a tutela del destinatario del provvedimento restrittivo, ovvero, nel caso di provvedimento favorevole per il destinatario, a tutela di altri interessi pubblici o di interessi privati di eventuali controinteressati.

La predeterminazione può riguardare le modalità di svolgimento procedimentale (cd. legalità formale-procedimentale, che sta alla base dell'adozione della legge 7 agosto 1990, n. 241) ovvero la definizione degli assetti di interessi (cd. legalità-sostanziale).

Corollari di tale declinazione del principio di legalità sono la cd. nominatività e la cd. tipicità del provvedimento amministrativo: è la legge che deve indicare la tipologia di atto da adottare e predeterminare, nel rispetto delle modalità che verranno indicate oltre, il suo contenuto [cap. 11, par. 1.1].

Il suddetto principio di legalità-garanzia ha anch'esso un espresso fondamento co-

---

<sup>5</sup> Nelle prime ricostruzioni dottrinali anche le concessioni erano considerate provvedimenti amministrativi [cap. 11, par. 14].

stituzionale, che, però, si atteggia in modo diverso a seconda che vengano in rilievo provvedimenti restrittivi o ampliativi.

In relazione ai provvedimenti restrittivi, il fondamento costituzionale è espresso ed è rappresentato: *i*) dall'art. 23 Cost., secondo cui «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»; *ii*) dall'art. 42 Cost., secondo cui «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale»; *iii*) dall'art. 25 Cost., in presenza di provvedimenti sanzionatori afflittivi. L'incidenza negativa dei suddetti provvedimenti nella sfera giuridica dei destinatari giustifica una connotazione più pregnante del principio di legalità che si spinge, in presenza di sanzioni afflittive, a richiedere, per l'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, una base legale "accessibile" e "prevedibile" [cap. 4, par. 20] (si tratta di una qualità della legislazione che è richiesta anche nel settore dell'espropriazione, su cui si v. cap. 19, par. 16, e in presenza di misure di prevenzione applicate da un'autorità amministrativa, su cui si v. cap. 22, parr. 4.3-4.3.7).

In relazione ai provvedimenti ampliativi, il fondamento costituzionale è implicito nel sistema. In particolare, l'esigenza di una determinazione delle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa risiede nella necessità di assicurare i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.) ovvero altri principi che, di volta in volta, vengono in rilievo e che non consentono il rilascio di atti favorevoli per il privato nei casi in cui ciò recherebbe pregiudizio a tali principi. La peculiare natura dei provvedimenti favorevoli giustifica una connotazione meno pregnante del principio di legalità nel senso che, in questo caso, non rilevano i criteri della "accessibilità" e "prevedibilità".

Le principali trasformazioni che hanno interessato questo ambito sono: *i*) la sostituzione, per fini di liberalizzazione, di forme di controllo *ex ante*, basate su provvedimenti di autorizzazione, con forme di controllo successivo su segnalazione certificata di inizio attività (Scia) [cap. 10, parr. 15-15.4]; *ii*) la diffusione, per fini di semplificazione, di forme di silenzio assenso [cap. 10, parr. 14-14.2]; *iii*) la dequotazione dei vizi formali-procedimentali e la conseguente riduzione dei casi di annullamento degli atti amministrativi [cap. 11, parr. 27-27.1]; *iv*) la maggiore rilevanza del principio di affidamento nella fase di adozione dei provvedimenti di secondo grado [cap. 11, par. 31.1].

### 2.3.2. Accordi pubblici

Alternativo al modello autoritativo è quello consensuale, che si realizza mediante la stipula di accordi preliminari o sostitutivi di provvedimenti.

Tali accordi sono normalmente preceduti da atti amministrativi, il che rende operativo il principio di legalità secondo quanto sopra già esposto.

La principale trasformazione del diritto amministrativo in questo ambito è rappresentata proprio dalla diffusione dei moduli consensuali di azione [cap. 12].

### **2.3.3. Impresa pubblica e servizi pubblici**

L'attività di impresa pubblica e di servizio pubblico consiste nell'erogazione di prestazioni che soggetti pubblici o privati pongono in essere nel mercato. Si tratta di prestazioni che sono normalmente rette da regole di diritto privato ma che si caratterizzano per il fatto che "intorno" ad esse si collocano normalmente atti e provvedimenti retti, nel modo esaminato, dal principio di legalità.

La principale trasformazione che ha interessato questo ambito è rappresentata dai processi di privatizzazione degli enti pubblici economici e dalla diffusione del modello delle società pubbliche, con una più netta distinzione tra impresa pubblica e servizio pubblico [cap. 13, par. 5.2].

### **2.4. Obbligazioni, contratti e responsabilità**

L'attività della pubblica amministrazione si può svolgere anche mediante moduli non autoritativi e cioè attraverso l'assunzione di obbligazioni [cap. 15] ovvero la stipulazione di contratti [cap. 16], con configurazione di un sistema di responsabilità in caso di violazione delle norme che disciplinano l'attività stessa.

Anche questo settore è retto dal principio di legalità.

Le obbligazioni in generale sono contratte per perseguire un interesse pubblico e sono rette, essenzialmente, da regole di diritto privato. La disciplina in questo caso è essenzialmente privatistica, con qualche profilo di specialità.

I contratti della pubblica amministrazione sono preceduti da un procedimento avente doppia natura: negoziale e amministrativa. Il primo è retto da regole di diritto privato. Il secondo è retto da regole di diritto pubblico. Queste ultime hanno valenza formale-procedimentale e perseguono lo scopo di "evidenziare" l'interesse pubblico che deve essere realizzato. Pur in presenza di questo momento autoritativo, la collocazione sistematica autonoma dei contratti è giustificata dal fatto che sono presenti, in misura più rilevante rispetto agli altri ambiti, momenti di rilevanza privatistica.

La responsabilità rappresenta una forma di tutela, ma essendo conseguenza della realizzazione di una condotta illecita e, dunque, di una modalità di azione, essa è collocata nella parte dedicata all'attività. È retta da regole di diritto privato, sia pure speciali. L'esigenza di tenere conto dell'interesse pubblico, che connota l'azione amministrativa, giustifica una peculiare modulazione di tali regole che rende peculiare il modello di responsabilità della pubblica amministrazione [cap. 17].

### **2.5. Le forme di tutela e il principio di pluralità delle azioni**

Le forme di tutela costituiscono un aspetto di disciplina di fondamentale rilevanza e definiscono il rapporto tra legislazione, amministrazione e giurisdizione e, dunque, tra diritto sostanziale e diritto processuale.

L'anticipazione, in questa sede, di alcune nozioni viene svolta in quanto nella trattazione dell'intera parte, generale e speciale, di diritto sostanziale (e prima, pertanto,

dell'esame sistematico della giustizia) verrà effettuato un costante riferimento agli strumenti di tutela.

L'art. 113 Cost. prevede che *«contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»*.

Lo stesso rispetto della legalità-garanzia è imposto anche da tale norma costituzionale, la quale, prevedendo la necessaria giustiziabilità degli atti amministrativi, richiede che la loro disciplina abbia un fondamento legale, che consenta di potere esercitare con effettività il controllo giurisdizionale mediante il confronto tra attività concreta e parametro legislativo.

Il privato leso dall'attività amministrativa, così come sopra definita, può proporre ricorso al giudice amministrativo.

Nel nostro ordinamento è stato introdotto, con il codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), il principio di pluralità delle azioni, il quale è strettamente correlato al principio di pluralità delle attività [cap. 26, par. 10].

Ne consegue che alle diverse tipologie di attività amministrativa corrisponde una specifica azione proponibile in sede processuale.

Le azioni proposte sono modulate, poi, in maniera diversa a seconda che l'attività sia discrezionale o vincolata: nel primo caso il giudice amministrativo, in ossequio al principio di separazione dei poteri [par. 1], non può invadere sfere che sono di competenza dell'amministrazione; nel secondo, la predeterminazione legale dell'attività consente un sindacato pieno sul rapporto [cap. 26, par. 2.5, sull'oggetto del processo amministrativo].

Rinviando oltre l'approfondimento di queste tematiche [cap. 26, parr. 10-10.7], può rilevarsi quanto segue.

In presenza di un atto amministrativo, è prevista un'azione di annullamento o di nullità (artt. 29 e 31 cod. proc. amm.).

L'azione di annullamento, che rimane quella principale, si propone per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere nel termine perentorio di sessanta giorni dalla comunicazione, pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento (artt. 29 e 41, comma 2, cod. proc. amm.) [cap. 26, par. 10.1].

L'azione di nullità si propone in presenza di un provvedimento *«che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge»* (art. 21-septies, legge n. 241 del 1990). Essa si propone, ad eccezione della nullità per violazione o elusione del giudicato per la quale non è previsto un termine, nel termine di decadenza di centottanta giorni con la specificazione che la nullità *«può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice»* (art. 31, comma 4, cod. proc. amm.) [cap. 26, par. 10.2].

In presenza di un atto di controllo su segnalazione certificata di inizio attività, l'azione proposta dal terzo è un'azione avverso il silenzio mentre l'azione proposta dal destinatario di tale atto può essere un'azione di annullamento o nullità [cap. 10, parr. 15-15.4].

In presenza di un accordo pubblico ovvero di un accordo tra pubbliche amministrazioni, la diversa ricostruzione della natura di tali accordi condiziona anche le forme di tutela. Se, infatti, si predilige una impostazione pubblicistica, si seguono le regole di impugnazione degli atti. Se, invece, si predilige una impostazione privatistica, si seguono le regole di impugnazione degli accordi. La soluzione preferibile è quella che tiene conto della commistione dei profili pubblicistici e privatistici [cap. 12, Parte Prima, per gli accordi tra amministrazioni e privati; cap. 12, Parte Seconda, per gli accordi tra pubbliche amministrazioni].

In presenza di un contratto pubblico, l'esistenza di un atto amministrativo e di un atto negoziale comporta il possibile esercizio di un'azione di annullamento o nullità dell'atto e di un'azione di invalidità o responsabilità connessa al contratto.

In presenza di un comportamento, si possono proporre diverse azioni a seconda della natura del comportamento stesso. In particolare, tale comportamento può essere espressione: *i*) dell'inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento entro il termine previsto dalla legge (art. 2, legge n. 241 del 1990), con conseguente proposizione dell'azione avverso il silenzio inadempimento (art. 31 cod. proc. amm.) [cap. 26, par. 10.5]; *ii*) del silenzio significativo (silenzio assenso o silenzio rigetto), che si forma alla scadenza del tempo di conclusione del procedimento per una espressa previsione di legge, con conseguente formazione di un atto amministrativo tacito e proposizione dell'azione di annullamento o nullità (artt. 29 e 31 cod. proc. amm.).

In presenza di un comportamento che viola il dovere generale del *neminem laedere* ovvero il dovere di prestazione o protezione derivante da contratto o contatto sociale nell'ambito della formazione del contratto, si propone l'azione di responsabilità civile (art. 30 cod. proc. amm.) [cap. 17, Parte Prima, Sez. I], ovvero l'azione di responsabilità contrattuale o precontrattuale [cap. 17, Parte Prima, Sez. I-ter].

Le condizioni dell'azione sono rappresentate dalla legittimazione ad agire, che coincide con la posizione giuridica fatta valere, e dall'interesse ad agire, che presuppone che la lesione di tale posizione sia personale, concreta e attuale [cap. 26, par. 5].

Nell'ambito dei rapporti in cui è parte una pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione si basa sul criterio della *causa petendi* e, cioè, sulla natura della posizione giuridica fatta valere: interesse legittimo o diritto soggettivo. La cognizione delle controversie relative ad interessi legittimi spetta al giudice amministrativo; la cognizione delle controversie relative a diritti soggettivi spetta al giudice ordinario, ad eccezione delle materie di giurisdizione esclusiva. Elemento centrale, che consente di individuare le posizioni soggettive, è l'esercizio del potere pubblico [cap. 25, Parte Prima, sul riparto di giurisdizione].

In presenza di un'attività posta in essere dall'amministrazione che non sia espressione di un potere pubblico ma di un'attività negoziale o materiale che incide su diritti soggettivi, la giurisdizione spetta al giudice ordinario [cap. 25].

La principale trasformazione che ha interessato questo ambito è rappresentata dall'introduzione del descritto principio di pluralità delle azioni, con rafforzamento delle relative forme di tutela.

### 3. Parte speciale

La parte speciale del diritto amministrativo riguarda l'analisi dei singoli settori che assumono particolare rilievo sia in sé, per l'importanza che hanno acquisito nel corso degli anni i compiti pubblici dell'amministrazione in ambiti oggetto di plurime regolamentazioni anche provenienti da fonti esterne, sia ai fini di una migliore comprensione della stessa sistemica di parte generale. Si tratta dei settori relativi a: urbanistica ed edilizia [cap. 18]; espropriazione [cap. 19]; patrimonio culturale e ambiente [cap. 20]; sanità, servizi sociali e istruzione [cap. 21]; ordine pubblico, sicurezza pubblica, immigrazione e protezione civile [cap. 22]; tutela del mercato e tutela della parte debole [cap. 23].

Nell'analisi che verrà svolta si seguirà un particolare ordine di trattazione, che riprende gli istituti di parte generale, per tentare di dare organicità a settori che ne sono privi anche a causa di una disordinata legislazione speciale.

Le trasformazioni che hanno interessato la parte speciale sono molteplici e non è possibile richiamarle in questa sede. Si rinvia, pertanto, ai singoli capitoli dedicati a ciascun settore.

### 4. Diritto amministrativo e “altri diritti”

In questa parte introduttiva è opportuno, sempre nella prospettiva di fornire una visione complessiva della materia, analizzare il rapporto tra il diritto amministrativo e gli altri rami del diritto e, in particolare, del diritto privato, penale, costituzionale, europeo, internazionale, nonché del diritto processuale civile.

Seguendo la linea guida indicata all'inizio, per ogni “altro diritto” verrà indicato l'ambito principale del diritto amministrativo su cui esso incide.

#### 4.1. Diritto amministrativo e diritto privato. Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni e il diritto pubblico dei privati

Il diritto privato ricomprende regole che definiscono il rapporto tra soggetti privati. In questo ambito, le norme di diritto privato assegnano rilevanza giuridica ad interessi privati e, pertanto, hanno natura, normalmente, dispositiva, con limiti, più o meno stringenti, posti da norme imperative a tutela di interessi pubblici che, in questo caso, assolvono essenzialmente una funzione “negativa” (di limite) e non “positiva” (di funzionalizzazione). Con riferimento ai contratti, la questione maggiormente rilevante che si pone attiene al rapporto tra autonomia negoziale e norme imperative [cap. 16, parr. 2-2.4].

Il diritto pubblico ricomprende regole che definiscono il rapporto tra soggetti pubblici e privati ovvero tra soggetti pubblici. In questo ambito, le norme di diritto pubblico assegnano rilevanza giuridica ad interessi pubblici (e agli interessi privati con cui si “incontrano”) e, pertanto, hanno natura, normalmente, imperativa. Tali interessi

pubblici si pongono non solo come “limiti negativi” ma anche e soprattutto hanno una valenza “positiva”, nel senso di funzionalizzare l’attività della pubblica amministrazione.

La questione che rileva in questa sede attiene all’applicabilità delle regole di diritto privato alla pubblica amministrazione e del diritto pubblico a soggetti privati.

L’analisi potrebbe essere condotta da diverse prospettive.

Si predilige quella che muove dal dato soggettivo.

Con riferimento al primo aspetto, relativo all’applicabilità di regole di diritto privato alla pubblica amministrazione, in presenza di una pubblica amministrazione [cap. 6, parr. 16-18.4 sulla nozione di ente pubblico], si applicano, di norma, le regole di diritto pubblico che disciplinano il potere e la posizione di interesse legittimo del privato o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo.

Possono, però, trovare applicazione, anche in modo prevalente, regole di diritto privato “generali” e “speciali” relative a specifici ambiti afferenti all’organizzazione, all’attività e al sistema di responsabilità.

Con riferimento all’organizzazione, il principale settore che viene in rilievo è quello del personale pubblico [cap. 8]. A seguito dei processi di privatizzazione, iniziati negli anni Novanta, la gestione del rapporto di lavoro avviene mediante esercizio di poteri privatistici disciplinati da regole di diritto privato generale, poste dal codice civile, accanto a regole di diritto privato speciale, poste dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), quali sono, tra le altre, quelle relative all’attribuzione di mansioni superiori<sup>6</sup>. Tali regole convivono con regole di diritto pubblico, poste dallo stesso Testo unico, che disciplinano le procedure concorsuali (art. 35) ovvero gli atti di macro-organizzazione (art. 2).

Sempre nell’ambito dell’organizzazione si colloca anche la disciplina dei beni pubblici [cap. 9], che, almeno nella costruzione del modello tradizionale, sono anch’essi disciplinati da regole di diritto privato generale e speciale, con una accentuazione delle diversità di regime rispetto alla proprietà privata nel passaggio dalla categoria dei beni patrimoniali disponibili a quella dei beni indisponibili e demaniali. Anche tali regole convivono con regole di diritto pubblico che sono quelle che attengono, essenzialmente, alle procedure di scelta del concessionario cui attribuire la gestione di tali beni [cap. 9, par. 12], nonché quelle che riguardano la cd. autotutela esecutoria (artt. 823 ss. cod. civ.) [cap. 9, par. 13; cap. 11, par. 24].

Con riferimento all’attività, il principale settore che viene in rilievo è quello relativo alla stipula ed esecuzione dei contratti pubblici [cap. 16, Parti Quarta-Quinta]. Si applicano anche in questo caso regole di diritto privato generale, poste dal codice civile, accanto a regole di diritto privato speciale, poste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici). Conseguenza di tale connotazione è,

---

<sup>6</sup>L’art. 52, d.lgs. n. 165 del 2001, cit., sancisce il divieto, salvo talune deroghe espressamente previste, di adibire il lavoratore «a mansioni superiori» mediante «l’attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni».

poi, tra le altre, la disciplina della cd. inefficacia variabile del contratto a seguito dell'accertamento della sussistenza di un vizio di legittimità della procedura di gara (artt. 121-122 cod. proc. amm.), nonché dei presupposti per la rinegoziazione delle condizioni contrattuali a seguito di sopravvenienze idonee ad alterare l'equilibrio economico-giuridico del contratto (art. 106 d.lgs. n. 50 del 2016). Anche tali regole convivono con regole di diritto pubblico, poste dallo stesso Codice dei contratti pubblici, che disciplinano le procedure concorsuali di scelta del contraente e, dunque, la fase che precede la stipula del contratto.

In questo ambito viene in rilievo anche il settore delle obbligazioni pecuniarie [cap. 15, parr. 4-6], nonché delle obbligazioni da ingiustificato arricchimento [cap. 15, parr. 11-11.1.1]. Esso è retto da regole di diritto privato generale ovvero da regole di diritto privato speciale. A tale ultimo proposito, si pensi al regime derogatorio relativo ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali posto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 ovvero al regime derogatorio elaborato dalla giurisprudenza con riguardo ai requisiti che devono sussistere per l'esercizio dell'azione di ingiustificato arricchimento che, sino all'intervento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>7</sup>, ricomprendeva anche quello del riconoscimento dell'utilità della prestazione, non richiesto nella regolazione dei rapporti tra privati.

Con riferimento alla responsabilità, la circostanza che continui anche in questo caso a "campeggiare" l'interesse pubblico fa sì che la responsabilità dell'amministrazione sia, secondo la preferibile ricostruzione, una "responsabilità particolare" che identifica un modello speciale rispetto al modello generale di responsabilità *ex art.* 2043 cod. civ.<sup>8</sup> Ne consegue che, accanto a regole generali di diritto privato, poste dal codice civile, si possono applicare regole di diritto privato speciale che sono il risultato anche di elaborazioni giurisprudenziali [cap. 17, par. 4].

Con riferimento al secondo aspetto, relativo all'applicabilità di regole di diritto pubblico ai soggetti privati, in presenza di questi ultimi, si applicano le regole di diritto privato che contemplano posizioni soggettive riconducibili, normalmente, al diritto soggettivo.

Possono, però, trovare applicazione, ricorrendo determinate condizioni, regole di diritto pubblico. Si pensi alla figura dell'esercizio privato di pubbliche funzioni [cap. 7, par. 2]. In questo caso l'art. 1, comma 1-*ter*, della legge n. 241 del 1990 prevede che «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative» assicurano il rispetto dei principi generali di «economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza», nonché dei principi «dell'ordinamento comunitario».

In presenza di un soggetto privato con partecipazione pubblica la ricostruzione è più complessa [si v. par. successivo].

In conclusione, in presenza di una pubblica amministrazione si applicano, di nor-

---

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10798, ha affermato che l'azione in esame si fonda sul riscontro di elementi puramente oggettivi, non essendo possibile assegnare alcuna rilevanza ad elementi soggettivi riconducibili ad una volontà provvedimentoale dell'amministrazione.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521.

ma, regole di diritto pubblico, con possibilità, in relazione agli istituti indicati, di applicare anche regole di diritto privato generale o speciale, con valenza prevalente.

In presenza di un soggetto privato si applicano, di norma, regole di diritto privato, con possibilità di applicare anche regole di diritto pubblico.

#### 4.1.1. Diritto amministrativo e diritto commerciale

Il diritto commerciale si occupa, tra l'altro, dell'attività di impresa che può essere svolta in forma individuale o societaria [cap. 6, par. 18.1-18.1.1; cap. 7, Parte Seconda, anche per l'indicazione delle tipologie societarie].

È questo un settore che presenta talune affinità con il diritto amministrativo<sup>9</sup>.

In particolare, il codice civile disciplina le persone giuridiche societarie che presentano alcuni punti in comune con le persone giuridiche pubbliche. In ambito societario è possibile selezionare il modello dell'organizzazione, dell'attività e dello scopo che deve essere perseguito e che è definito dai soci. La diversità principale risiede nel fatto che la società sorge con la stipulazione di un contratto plurilaterale con comunione di scopo di tipo associativo, mentre la persona giuridica pubblica presuppone sempre l'intermediazione legislativa.

La questione che rileva in questa sede attiene all'applicabilità delle regole di diritto commerciale alla pubblica amministrazione nel caso in cui essa sia titolare di partecipazioni in società.

In presenza di un soggetto privato con partecipazione pubblica, la tematica del rapporto tra regole di pubblico e di diritto privato diventa ancora più intricata in quanto, in questo caso, il dosaggio nell'applicazione di tali regole non è guidato dalla natura interamente pubblica o interamente privata del soggetto ma dalla stessa struttura soggettiva ibrida. In altri termini, se viene in rilievo un soggetto pubblico o privato può affermarsi che si applicano, rispettivamente, in via prevalente, le regole di diritto pubblico e quelle di diritto privato con le possibili commistioni esaminate. Se viene in rilievo un soggetto che ha veste "formale" privata ma "sostanza" pubblica si pongono maggiori problemi nell'individuare il prevalente polo di attrazione nella disciplina complessiva della materia [cap. 7, Parte Seconda, sulle società pubbliche].

#### 4.2. Diritto amministrativo e diritto penale

Il diritto penale «è il complesso delle norme di diritto pubblico che prevedono quei particolari fatti illeciti, per i quali sono comminate conseguenze penali, variabili anche in rapporto alla personalità dell'autore»<sup>10</sup>. Le "conseguenze" penali sono l'elemento che contraddistingue l'illecito penale da ogni altro illecito<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>M. Libertini, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 215 ss.

<sup>10</sup>F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2017, XXIII.

<sup>11</sup>Le pene principali sono: l'ergastolo, la reclusione, la multa, l'arresto e l'ammenda (art. 17 cod. pen.).

Il diritto penale incide su diversi ambiti del diritto amministrativo.

In primo luogo, trovano applicazione molti principi di diritto penale nel settore del cd. diritto amministrativo punitivo, relativo alle sanzioni amministrative afflittive [cap. 4, par. 21], nonché, più in generale, in presenza del cd. diritto amministrativo “sfavorevole” [cap. 4, parr. 23-24].

In secondo luogo, regole di diritto penale, con i necessari adattamenti, si applicano nel settore della responsabilità civile della pubblica amministrazione [cap. 17, Parte Prima].

Infine, la parte speciale di diritto penale interseca settori di parte speciale di diritto amministrativo, imponendo un necessario coordinamento. Si pensi alla questione della disapplicazione dell’atto amministrato nel settore dell’edilizia o dell’ambiente ovvero, nei reati contro la pubblica amministrazione e, in particolare, nel reato di abuso di ufficio, alla rilevanza del concetto di violazione di legge.

### 4.3. Diritto amministrativo e diritto costituzionale

Il diritto costituzionale e il diritto amministrativo ricomprendono entrambi regole di diritto pubblico.

Il diritto costituzionale si occupa: *i*) delle fonti del diritto e delle regole di riparto delle competenze legislative; *ii*) dell’organizzazione costituzionale dello Stato, ossia dei rapporti tra gli organi costituzionali (in particolare, Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica: cd. forma di governo) e dei rapporti tra l’apparato dello Stato e il popolo (cd. forma di stato); *iii*) del sistema delle autonomie regionali e locali; *iv*) delle libertà e dei diritti costituzionali; *v*) della giustizia costituzionale. Esso trova fondamento nelle Costituzioni scritte<sup>12</sup>.

Il diritto amministrativo si occupa di quel complesso eterogeneo di apparati pubblici che esercitano poteri pubblici per attuare i fini previsti dalla legge<sup>13</sup>.

La questione che rileva in questa sede attiene alla possibile comunanza di regole ovvero, comunque, all’applicazione di regole di diritto costituzionale alla pubblica amministrazione.

In relazione al primo profilo, può ritenersi che vi siano alcune parti comuni: si pensi all’importanza che riveste il sistema delle fonti nel diritto amministrativo [capp. 2, 3, 4].

In relazione al secondo profilo, la Costituzione contiene norme che si applicano direttamente al settore amministrativo e che contribuiscono a definire il modello costituzionale di pubblica amministrazione.

Sul piano dell’organizzazione, vengono in rilievo: *i*) il principio di sussidiarietà amministrativa (art. 118 Cost.), che vuole che l’attività venga svolta dai soggetti pubblici più vicini ai cittadini [cap. 6, parr. 13-13.1]; *ii*) il principio di differenziazione tra politica e amministrazione (artt. 95 e 97 Cost.), secondo cui gli organi politici prescrivo-

<sup>12</sup> M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 49.

<sup>13</sup> M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 49.

no gli obiettivi da perseguire e gli organi dirigenziali li perseguono in modo imparziale, efficiente ed efficace [cap. 8, par. 15].

Sul piano dell'attività, l'art. 97 Cost. impone che l'attività amministrativa assicuri il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità [par. 7], con ripercussioni, sopra esposte, in materia organizzativa.

Sul piano della giustizia, la Costituzione prevede che *«contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»* (art. 113 Cost.). [cap. 26, par. 2.2].

Dal sistema costituzionale nella sua interezza emerge il principio di separazione tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali: il giudice amministrativo non può sindacare le scelte di merito della pubblica amministrazione che non risultino viziate da violazione di legge o eccesso di potere [cap. 11, par. 11.2; cap. 25, par. 9].

#### **4.3.1. Diritto amministrativo e giustizia costituzionale**

La giustizia costituzionale si occupa delle modalità del sindacato, da parte della Corte Costituzionale, sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge.

L'art. 134 Cost. prevede che la Corte Costituzionale giudica, in particolare, delle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, nonché dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni.

Si tratta dei: *i*) giudizi in via incidentale, che presuppongono che la questione di costituzionalità, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio innanzi ad un'autorità giudiziaria, sia rilevante per la definizione della controversia e non manifestamente infondata (art. 1, legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1; art. 23 ss., legge 11 marzo 1953, n. 87) [sulla nozione allargata di "giudice" e di giudizio si v. cap. 6, par. 23.1]; *ii*) giudizi in via principale proposti dallo Stato o dalla Regione nei confronti, rispettivamente, di una legge regionale, statale o di una legge di altra Regione, sul presupposto della lesione delle competenze legislative, nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forma di legge (art. 127 Cost.; art. 2, commi 1 e 2, legge cost. n. 1 del 1948; art. 32, comma 2, legge n. 87 del 1953); *iii*) conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, quando insorge un contrasto tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono in ordine alla delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali (artt. 37-38, legge n. 87 del 1953); *iv*) conflitti tra Enti, Stato e Regioni e fra Regioni (art. 39, legge n. 87 del 1953).

L'art. 136 Cost. dispone che *«quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»*. La pronuncia fa salvi i rapporti esauriti.

L'interferenza con il diritto amministrativo si realizza, in particolare, in caso di: *i*) leggi-provvedimento [cap. 2, par. 10]; *ii*) conflitto di attribuzione nei confronti di prov-

vedimenti amministrativi [cap. 2, par. 11]; *iii*) giudizio di costituzionalità delle leggi che costituiscono il fondamento dell'attività amministrativa. Si tratta di questioni che verranno in rilievo nell'analisi delle fonti primarie [cap. 2, Parte Seconda].

#### **4.4. Diritto amministrativo e diritto europeo**

Il diritto europeo si occupa delle regole applicate alle istituzioni europee e ai rapporti di queste ultime con le istituzioni nazionali.

La questione che rileva in questa sede attiene alla possibile applicazione di regole europee nell'ambito del diritto amministrativo.

Il diritto europeo regola molti settori, generali e speciali, che interessano il diritto amministrativo sostanziale. Oltre ai principi generali [cap. 4, par. 2.2], si pensi, tra gli altri, ai settori dei servizi pubblici [cap. 13], dell'ambiente [cap. 20, Parte Seconda] e della tutela del mercato [cap. 23].

Il diritto europeo non regola l'organizzazione, il procedimento e il processo, in quanto in questi ambiti è stata preservata l'autonomia degli Stati membri. Nondimeno, anche in tali ambiti è imposto il rispetto dei principi di non discriminazione e di effettività della tutela, nonché di altri principi e regole europee [cap. 4, par. 9].

L'incidenza di tale regolazione nell'ambito dell'ordinamento nazionale è conseguenza dei principi, afferenti al sistema delle fonti, della prevalenza e dell'effetto diretto che reggono i rapporti tra ordinamenti [cap. 4, parr. 4-5].

La sempre maggiore estensione del diritto europeo ha portato all'elaborazione di una vera e propria branca del diritto: il cd. diritto amministrativo europeo [cap. 4, Parte Prima, Sez. II].

#### **4.5. Diritto amministrativo e diritto internazionale**

Il diritto internazionale è il diritto della comunità degli Stati e si occupa del sistema di regole che si applicano ai rapporti tra gli Stati, le quali sono il risultato di consuetudini ovvero di regole convenzionali che rinvergono la loro fonte nei Trattati. Uno dei Trattati più rilevanti è rappresentato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) [cap. 4, Parte Seconda].

La Cedu non disciplina settori di diritto amministrativo ma, imponendo il rispetto di determinate garanzie convenzionali a tutela di diritti fondamentali, incide anche sul diritto amministrativo. Si pensi alla tutela della posizione soggettiva del privato destinatario di sanzioni amministrative afflittive [cap. 4, par. 22] ovvero alla tutela del diritto di proprietà nell'ambito della cd. espropriazione indiretta [cap. 19, par. 16].

#### **4.6. Diritto amministrativo e processo civile**

Il processo civile è disciplinato dal codice del processo civile, che, nei limiti e nelle modalità stabilite dal codice del processo amministrativo, trova applicazione anche nell'ambito della giustizia amministrativa [cap. 26, par. 2.6].