

**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. Forme di tutela e principio di pluralità delle azioni. – 3. Parte speciale. – 4. Diritto amministrativo e “altri diritti”. – 4.1. Diritto amministrativo e diritto privato. Diritto privato delle pubbliche amministrazioni e diritto pubblico dei privati. – 4.2. Diritto amministrativo e diritto commerciale. – 4.3. Diritto amministrativo e diritto del lavoro. – 4.4. Diritto amministrativo e diritto tributario. – 4.5. Diritto amministrativo e diritto penale. – 4.6. Diritto amministrativo e diritto costituzionale. – 4.6.1. Diritto amministrativo e giustizia costituzionale. – 4.7. Diritto amministrativo e diritto europeo. – 4.8. Diritto amministrativo e diritto internazionale. – 4.9. Diritto amministrativo e processo civile. – 4.10. Diritto amministrativo ed emergenza sanitaria. – *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 del contraddittorio, di trasparenza e dell’obbligo di motivazione: cenni e rinvio. – 12. Principio di concorrenza. – 12.1. Regole antitrust. – 12.2. “Concorrenza nel mercato”. – 12.3. “Concorrenza per il mercato”. – 13. Principio di buona fede. – 14. Principio di affidamento. – 15. Principi generali nel nuovo Codice dei contratti pubblici: cenni e rinvio. – 16. 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 amministrazione 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. 11] e "riserva di giurisdizione" [cap. 11, par. 11.4], 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 delineare le principali connotazioni dell'intero diritto amministrativo.

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

Nella moderna sistematica del diritto amministrativo si può distinguere una parte generale da 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.

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 – pri-

---

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

marie (leggi statali o regionali) o secondarie (regolamenti) – ovvero esterne e, cioè, prodotte da fonti appartenenti ad altri ordinamenti (europeo o internazionale) [capp. 2, 3 e 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 talvolta 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 [sul ruolo dell'interpretazione si v. cap. 2, par. 9 e sulla funzione della giurisprudenza in presenza di sanzioni amministrative afflittive si v. cap. 4, parr. 22-22.4].

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 distingue la legalità-indirizzo dalla legalità-garanzia.

La legalità-indirizzo attiene allo scopo di interesse pubblico che deve essere perseguito e, dunque, alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa. Essa rinviene un fondamento costituzionale nel principio democratico sancito dall'art. 1 Cost., secondo il quale «*la sovranità appartiene al popolo*»<sup>3</sup>, nonché un fondamento legislativo nell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*». 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 [artt. 23, 25, 42, 97, 113 e 117, comma 1, Cost., sui quali si v. par. 2.3.1], attiene, invece, al contenuto e alle modalità, anche organizzative, che devono essere osservate per perseguire tale scopo.

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

È questa quella che può essere definita “legalità costituzionale”<sup>4</sup>. Le principali trasformazioni che hanno interessato tale 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, Parte prima, sez. II, Parte seconda, sez. II].

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

---

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

<sup>4</sup> La legalità procedimentale ha anch'essa un fondamento costituzionale ma solo indiretto [per il concetto di “giusto procedimento” si v. cap. 10, par. 12].

## 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], da 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 attribuire, con preferenza, i compiti pubblici agli 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*) differenziazione funzionale tra politica e amministrazione nella regola del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici (artt. 95, comma 2, 97 e 98 Cost.); *iv*) affermazione di una nozione europea di pubblica amministrazione, tra l'altro, mediante le figure soggettive dell'organismo di diritto pubblico [cap. 6, par. 18.2] e dell'*in house* [cap. 6, par. 18.3] al fine di tutelare la "concorrenza per il mercato"; *v*) 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, parr. 3 e 5]; *vi*) diffusione del modello delle Autorità amministrative indipendenti [cap. 6, Parte Quarta].

## 2.2. Situazioni giuridiche soggettive

L'analisi delle situazioni giuridiche assume, nel diritto amministrativo come nel diritto privato, un ruolo di assoluta centralità.

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>5</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" nel-

---

<sup>5</sup> F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 69.

l'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. 5], 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 riconosce al privato una situazione giuridica anch'essa di vantaggio – l'interesse legittimo – finalizzata a realizzare un interesse privato in relazione ad un bene della vita interessato dal potere pubblico.

Il rapporto giuridico di diritto pubblico si crea, quindi, tra due situazioni giuridiche attive: il potere pubblico e l'interesse legittimo.

L'interesse legittimo può essere pretensivo od oppositivo: *i)* il primo si confronta con un potere pubblico ampliativo e tende all'acquisizione del bene della vita; *ii)* il secondo si confronta con un potere pubblico restrittivo e tende alla conservazione del bene della vita.

La particolarità della posizione soggettiva di interesse legittimo, derivante dalla presenza del potere pubblico, risiede nel fatto che le suddette pretese acquisitive o conservative del bene della vita sono soltanto eventuali, nel senso che quest'ultimo può essere ottenuto o mantenuto esclusivamente se ciò è consentito dall'interesse pubblico [per maggiori approfondimenti si v. cap. 5, par. 5].

La tutela dell'interesse legittimo si realizza mediante l'attribuzione al soggetto titolare di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene [cap. 5, par. 5]. 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. 10-11.2].

### 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, parr. 19-19.4]; *ii)* comportamenti, che possono essere espres-

sione di un inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento – cd. silenzio inadempimento [cap. 10, par. 11.2] – ovvero di un atto tacito – cd. silenzio assenso e silenzio rigetto [cap. 10, parr. 11.1 e 18-18.2]; *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. 10, parr. 2-3, 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. 10, parr. 2-3].

Nell'ipotesi in cui le norme contengano concetti giuridici di rilevanza tecnica, esse, se lasciano spazi valutativi all'amministrazione, attribuiscono alla stessa quella che viene definita discrezionalità tecnica [cap. 10, parr. 4-4.1].

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. Gli unici vizi prospettabili, in questo caso, sono quelli di violazione di legge e di incompetenza.

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. 10, par. 4].

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. 11.1], e gli atti di alta amministrazione, che presuppongono l'attribuzione all'amministrazione di un'ampia discrezionalità [cap. 11, par. 11.2].

Si realizza, pertanto, a seconda di come è costruita la norma, una gradazione di intensità crescente degli spazi valutativi 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 (in particolare, autorizzazioni)<sup>6</sup>.

Nel primo caso, il privato è normalmente titolare di un interesse legittimo opposi-

---

<sup>6</sup> Nelle prime ricostruzioni dottrinali anche le concessioni erano considerate provvedimenti amministrativi [cap. 11, par. 14].

tivo 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 provvedimento 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 sfavorevole, 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).

Nel diritto amministrativo mancano norme che definiscano quelli che, mutuando una espressione penalistica, sono i cd. corollari della legalità.

La dottrina e la giurisprudenza li identificano, per i provvedimenti amministrativi, nella nominatività e tipicità. Il significato della nominatività è agevole, in quanto esso implica che il provvedimento sia "nominato" e, dunque, contemplato dalla norma. Il significato della tipicità è più complesso e impone un livello, più o meno intenso a seconda del potere esercitato, di previsione delle condizioni e delle modalità di esercizio del potere stesso. Si passa, come sottolineato dal Consiglio di Stato, «*da una predeterminazione completa per i provvedimenti che hanno natura vincolata ad una predeterminazione minima per gli atti politici in senso lato che devono rispettare soltanto i principi e le regole generali posti dalle norme attributive del potere*»<sup>7</sup> [cap. 11, par. 1.1].

Il suddetto principio di legalità-garanzia ha anch'esso un espresso fondamento costituzionale, 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., secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui impone l'obbligo di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Queste ultime disposizioni costituzionali trovano applicazione, nei limiti e modalità che verranno indicati [cap. 4, par. 22], per i provvedimenti sanzionatori afflittivi.

Nell'ottica costituzionale interna, l'aver individuato il fondamento del potere nel-

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 7972 del 2020, cit.

l'art. 25 Cost. implica che trovi applicazione la legalità penale e, dunque, tra l'altro, l'esigenza di rispettare il principio di determinatezza della fattispecie sanzionatoria, il quale dovrebbe comportare, come si esporrà nella parte dedicata a questo argomento [cap. 4, par. 21], che il legislatore descriva in modo chiaro tutti gli aspetti della fattispecie. Il che dovrebbe escludere che le norme punitive lascino spazi di discrezionalità ampi all'autorità pubblica.

Nell'ottica convenzionale, la Corte Edu richiede che la base legale sia prevedibile e accessibile [cap. 4, par. 21, per la nozione oggettiva o soggettiva della prevedibilità]. Tale requisito è richiesto 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, par. 4.3].

In relazione ai provvedimenti ampliativi, il fondamento costituzionale è implicito nel sistema. In particolare, l'esigenza di una determinazione dei contenuti e delle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa risiede nella necessità di assicurare i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.), il principio di concorrenza (art. 117, comma 1, 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 agli interessi pubblici cui si riferiscono 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 della "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. 19-19.4]; *ii*) la diffusione, per fini di semplificazione, di forme di silenzio assenso [cap. 10, parr. 18-18.3]; *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. 32.1].

### 2.3.2. Accordi pubblici

Il modello consensuale, alternativo a quello autoritativo, si attua mediante la stipula di accordi preliminari o sostitutivi di provvedimenti, i quali realizzano quello che viene definito esercizio consensuale del potere pubblico.

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 a favore degli utenti. Si tratta di prestazioni che sono rette da regole di diritto privato ma che si caratterizzano per il fatto che "intorno" ad esse si collocano atti e provvedimenti retti, da norme di diritto pubblico e, pertanto, 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. 6].

### **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].

Anche questo settore è retto dal principio di legalità.

In generale, le obbligazioni sono contratte per perseguire un interesse pubblico e sono rette, essenzialmente, da regole di diritto privato, che presentano qualche profilo di specialità, soprattutto nel caso in cui l'obbligazione rinvenga la propria fonte in un provvedimento amministrativo.

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, pur se speciali. L'esigenza di tenere conto dell'interesse pubblico, che connota l'azione amministrativa, infatti, giustifica una peculiare modulazione di tali regole che rende peculiare il modello di responsabilità della pubblica amministrazione [cap. 17].

### **2.5. Forme di tutela e 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 trat-

tazione 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.

I rimedi sono strumenti che rilevano sul piano sostanziale completando il contenuto delle situazioni giuridiche soggettive nel senso che le norme di diritto sostanziale prevedono tali situazioni e, in relazione alla natura di ciascuna di esse, contemplano quali siano i rimedi azionabili.

I singoli rimedi sono proposti nell'esercizio del cd. "diritto di azione", inteso come diritto autonomo processuale di instaurare un processo per ottenere un provvedimento giurisdizionale di tutela nel merito della situazione giuridica che colui che esercita l'azione afferma violata [sulla nozione di situazioni giuridiche processuali e rapporto giuridico processuale si v. cap. 26, par. 3].

L'art. 24 Cost. prevede che *«tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi»*.

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].

Rinviamo 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. 11, par. 28].

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. 11, par. 29.1].

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, par. 19-19.4].

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 amministrativi. Se, invece, si predilige una impostazione privatistica, si seguono le regole di impugnazione degli atti negoziali. 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; 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. 10, par. 11.2]; *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, in particolare, di un rapporto giuridico controverso ovvero di un silenzio assenso, è possibile agire anche con l'azione di accertamento che non è espressamente prevista [cap. 5, par. ???].

In presenza di una attività vincolata, è possibile proporre, unitamente all'azione di annullamento ovvero all'azione avverso il silenzio, l'azione di adempimento che è invece espressamente contemplata all'art. 34 cod. proc. amm. [cap. 5, par. ???].

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 qualificato 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 precontrattuale o contrattuale [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 situazione giuridica: interesse legittimo o diritto soggettivo. La cognizione delle controversie relative a 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 dell'amministrazione espressione di un potere pubblico finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico, il privato è, normalmente, titolare di un interesse legittimo, con giurisdizione del giudice amministrativo.

In presenza di un'attività posta in essere dall'amministrazione espressione di un'attività materiale o negoziale ovvero in difetto assoluto di attribuzione con nullità del provvedimento, incidente su diritti soggettivi, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, il privato è titolare di un diritto soggettivo, con giurisdizione del giudice ordinario [cap. 25, par. 2.2.2].

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 sistematica di parte generale. Si tratta dei settori relativi a: urbanistica [cap. 18] ed edilizia [cap. 19]; espropriazione [cap. 20]; patrimonio culturale e ambiente [cap. 21]; sanità, servizi sociali, istruzione e università [cap. 22]; ordine pubblico, sicurezza pubblica, immigrazione e protezione civile [cap. 23]; tutela del mercato e tutela della parte debole [cap. 24].

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. Diritto privato delle pubbliche amministrazioni e 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 costituiscono non solo “limiti negativi” ma anche e soprattutto “limiti positivi”, nel senso di funzionalizzare l’attività della pubblica amministrazione, imponendo il perseguimento di uno scopo di interesse pubblico.

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. 16-18.6 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 “generalali” e “speciali” relative a specifici ambiti afferenti all’organizzazione, all’attività e al sistema di responsabilità.

Con riguardo 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,

e da 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>8</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 senso di un allontanamento progressivo da esso, 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 riguardo all'attività, il principale settore che viene in rilievo è quello relativo alla stipula e all'esecuzione dei contratti pubblici [cap. 16, Parti Quarta-Quinta]. Si applicano, anche in questo caso, regole di diritto privato generale, poste dal codice civile, e regole di diritto privato speciale, poste dal decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici). Conseguenza di tale connotazione è, poi, tra le altre, la disciplina diversa da quella del codice civile relativa alle cause di invalidità 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 (artt. 9, 60 e 120, decreto legislativo n. 36 del 2023). 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, nonché, per alcuni aspetti, la stessa fase esecutiva (art. 122, comma 1, lett. c e d), [cap. 16, par. 42].

In questo ambito viene in rilievo anche il settore delle obbligazioni pecuniarie [cap. 15, parr. 8-10], nonché delle obbligazioni da ingiustificato arricchimento [cap. 15, parr. 14-14.1.1]. Esso è retto da regole di diritto privato generale e 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

---

<sup>8</sup>L'art. 52, decreto legislativo 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». Ciò al fine di evitare l'elusione delle regole costituzionali di cui all'art. 97 Cost., relative al pubblico concorso [cap. 8, par. 9].

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>9</sup>, ricomprendeva anche quello del riconoscimento dell'utilità della prestazione, non richiesto nella regolazione dei rapporti tra privati.

Con riguardo 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>10-11</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. 6].

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 norma, 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.

## 4.2. 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, parr. 18.1-18.3; cap. 7, Parte Seconda, anche per l'indicazione delle tipologie societarie].

È questo un settore che presenta talune affinità con il diritto amministrativo<sup>12</sup>.

<sup>9</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>10</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521.

<sup>11</sup> La principale peculiarità si ha nella fattispecie di responsabilità in cui elemento oggettivo è costituito da una attività amministrativa posta in essere nell'esercizio di un potere pubblico [cap. 17, par. 1].

<sup>12</sup> M. Libertini, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i*

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 diritto 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. Come si esporrà [cap. 7, Parte Seconda, sulle società pubbliche], la regola generale rimane quella dell'applicazione delle regole di diritto privato, generali e speciali, con deroghe poste da norme di diritto pubblico.

### 4.3. Diritto amministrativo e diritto del lavoro

Il diritto del lavoro disciplina il rapporto di lavoro nel settore privato e pubblico. Il diritto amministrativo interseca, pertanto, una parte dello stesso diritto del lavoro. Nel capitolo dedicato al personale pubblico verranno analizzate, in particolare, le norme di diritto pubblico e di diritto privato speciale applicabili ai dipendenti della pubblica amministrazione [cap. 8].

### 4.4. 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>13</sup>. Le "conseguenze" penali sono l'elemento che contraddistingue l'illecito penale da ogni altro illecito<sup>14</sup>.

Il diritto penale incide su diversi ambiti del diritto amministrativo.

In primo luogo, trovano applicazione molti principi di diritto penale nel settore

---

*confini del diritto*, Bologna, 2016, 215 ss.

<sup>13</sup> F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2017, XXIII.

<sup>14</sup> Le pene principali sono: l'ergastolo, la reclusione, la multa, l'arresto e l'ammenda (art. 17 cod. pen.).

del cd. diritto amministrativo punitivo, relativo alle sanzioni amministrative afflittive, che hanno natura formalmente amministrativa e sostanzialmente penale [cap. 4, par. 22], 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 generale e speciale di diritto amministrativo, imponendo un necessario coordinamento. In questo ambito, invero, si assiste ad una applicazione di concetti di diritto amministrativo nel diritto penale. Il settore di maggiore rilevanza è quello dei reati contro la pubblica amministrazione dove vengono in rilievo: *i*) la nozione di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che identificano le cd. qualifiche soggettive pubbliche [cap. 7, par. 2]; *ii*) la nozione di bene giuridico tutelato che è, normalmente, identificato nel buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa ovvero, con espressione ricorrente nella giurisprudenza penale, nel regolare funzionamento della pubblica amministrazione<sup>15</sup>; si tratta di un bene giuridico collettivo di tipo istituzionale molto ampio, il che implica che spesso vengono configurati reati plurioffensivi (si pensi al reato di peculato, di cui all'art. 314 cod. pen., che si ritiene offenda anche il patrimonio della pubblica amministrazione); *iii*) le modalità del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, quali, ad esempio, quelle che si svolgono in presenza del reato di abuso di ufficio [cap. 11, par. 26.5].

Altro settore di rilevanza del diritto amministrativo nel diritto penale è quello dei reati edilizi, dove viene in rilievo la questione relativa al potere di disapplicazione del giudice penale [cap. 25, par. 22.3].

#### 4.5. Diritto amministrativo e diritto tributario

Il diritto tributario è il complesso di norme che disciplinano l'imposizione e la riscossione dei tributi.

Il diritto tributario presenta molti aspetti di connessione con il diritto amministrativo.

La legge del settore prevede rapporti giuridici di diritto pubblico tra l'amministrazione finanziaria e i soggetti passivi dell'obbligazione tributaria. La finalità perseguita è quella di reperire entrate necessarie [par. 15] perché la stessa pubblica amministrazione possa soddisfare interessi pubblici.

Nella prospettiva privatistica, l'obbligazione tributaria nasce direttamente dalla legge (cd. teoria dichiarativista).

Nella prospettiva pubblicistica, l'obbligazione tributaria nasce, invece, all'esito di un procedimento che si conclude, tra l'altro, con un atto amministrativo vincolato di

---

<sup>15</sup> M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 9-17.