

---

# INDICE-SOMMARIO

Presentazione della IV edizione [XXI]

Autori [XXII]

Presentazione della III edizione [XXIII]

Presentazione della II edizione [XXV]

Presentazione della I edizione [XXVII]

Presentazione dell'aggiornamento 2015 [XXVIII]

## PARTE I LE FONTI

### 1. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

1. La duplice funzione del principio di legalità: di indirizzo e di garanzia [3]. – 2. Il fondamento normativo [5]. – 3. Il principio di legalità nel diritto amministrativo: uno sguardo alle altre branche del diritto [6]. – 3.1. Che tipo di principio di legalità è accolto nel diritto amministrativo? [7]. – 3.2. Le ricadute applicative del principio di legalità: la tipicità dei provvedimenti amministrativi e l'atipicità dei comportamenti mediatamente collegati al provvedimento amministrativo [9]. – 4. Il principio di legalità e la presunta *dequotazione* ad opera dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990 [11]. – 5. Principio di legalità nel diritto transnazionale [13]. – 5.1. Il provvedimento anticomunitario tra disapplicazione, annullabilità e nullità [17]. – 6. Il principio di legalità e i suoi corollari. Rinvio [19]. – 7. A mezza via tra legge e provvedimento: le leg-gi-provvedimento [20]. – 8. I poteri impliciti [23]. – 8.1. Premessa. La distinzione con il provvedimento implicito [23]. – 8.2. Il fondamento normativo [24]. – 8.3. I poteri impliciti nel diritto interno [26]. – 8.4. Poteri impliciti e Autorità Amministrative Indipendenti [30]. – 8.5. Cons. Stato, 26 ottobre 2015, n. 4897 ammette i poteri impliciti [30]. – 8.6. Poteri impliciti e concetti giuridici generali [33]. – 9. Principio di legalità e linee guida [34].

### 2. LA CRISI DELLA SOGGETTIVITÀ PUBBLICA E LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1. Premessa [39]. – 2. L'evoluzione della p.a. [40]. – 3. Pluralismo di interessi e pluralismo di

enti [41]. – 4. Il pluralismo organizzativo [42]. – 5. La qualificazione della persona giuridica pubblica e la nozione funzionale e cangiante di ente pubblico: conseguenze in punto di disciplina applicabile [43]. – 6. Gli indici sintomatici della pubblicità [44]. – 7. L'inquadramento fornito dal diritto comunitario [47]. – 8. L'esercizio privato di pubbliche funzioni [47]. – 9.1. Le società a partecipazione pubblica [49]. – 9.2. Società pubbliche e danno erariale [54]. – 10. Le società *in house* [56]. – 11. Il riparto di giurisdizione sulle società pubbliche [62]. – 12. Società a partecipazione mista pubblico-privata [66]. – 13. L'organismo di diritto pubblico [67]. – 14. Gli obblighi di trasparenza in relazione alle società pubbliche [68].

### 3. I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

1. La nozione di servizio pubblico [73]. – 2. La disciplina dei servizi pubblici [76]. – 3. Assunzione e gestione del servizio pubblico [76]. – 4. La disciplina europea [79]. – 5. La disciplina dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali: evoluzione storica [81]. – 5.1. La legge n. 142/1990 e il T.U. Enti locali [82]. – 5.2. Le riforme del 2001 e del 2003 [84]. – 5.3. Il problema dell'affidamento dei servizi pubblici locali alle società a capitale misto [86]. – 5.4. L'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008 [90]. – 5.5. Il referendum abrogativo e l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 158/2011 [93]. – 5.6. La sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale [95]. – 6. La legge Madia, lo schema di d.lgs. sui servizi pubblici e il parere del Consiglio di Stato del 3 maggio 2016, n. 1075 [97].

### 4. LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1. Premessa: le Autorità indipendenti, nell'ambito del modello dello Stato regolatore [99]. – 2. Il potenziamento delle funzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990 [105]. – 3. Il fondamento dell'art. 21 *bis* e i dubbi di compatibilità costituzionale [106]. – 3.1. Tesi della giurisdizione oggettiva [106]. – 3.2. Tesi della giurisdizione soggettiva [110]. – 3.3. Tesi del potere di derivazione comunitaria [112]. – 4. La sequenza procedimentale prevista dal II co. dell'art. 21 *bis* legge n. 287/1990 [113]. – 4.1. La natura del parere motivato e il suo rapporto con il provvedimento conseguente della p.a. [113]. – 4.2. L'individuazione del *dies a quo* [116]. – 4.3. Sollecitazione del potere di azione da parte dei privati interessati [117]. – 5. L'Anac e i poteri riconosciuti dal d.lgs. n. 60/2016 [117].

## PARTE II

### I BENI

#### 1. I BENI PUBBLICI

1. I beni pubblici e quelli privati [125]. – 2. Classificazione e disciplina normativa. Il Demanio [127]. – 2.1. Il patrimonio indisponibile [129]. – 2.1.1. Il danaro della p.a. [131]. – 2.2. La

privatizzazione dei beni pubblici. La c.d. sdemanializzazione [132]. – 3. Criterio di individuazione dei beni pubblici e regime giuridico dei rispettivi atti [134]. – 3.1. L'orientamento delle Sezioni Unite in tema di ambiente, paesaggio e beni culturali [136]. – 3.2. Natura dell'atto di classificazione e conseguente riparto di giurisdizione [137]. – 4. I diritti reali (pubblici) su cosa altrui. Le servitù pubbliche e gli usi civici [139]. – 5. Uso e godimento dei beni pubblici. La concessione [140]. – 6. Problematiche in tema di tutela dei beni pubblici [141].

## 2. LA PEREQUAZIONE URBANISTICA

1. Governo del territorio ed evoluzione della disciplina urbanistica [145]. – 2. Strumenti di pianificazione territoriale [147]. – 3. Perequazione urbanistica [148].

## 3. LE ESPROPRIAZIONI: IL POTERE ESPROPRIATIVO "ORDINARIO"

1. Premessa [153]. – 2. Potere espropriativo e conformativo: differenze [154]. – 2.1. Potere espropriativo e figure affini [154]. – 3. Le varie forme di espropriazione [155]. – 3.1. *Segue*. Il procedimento espropriativo previsto dal T.U. sull'espropriazione. L'espropriazione diretta [156]. – 3.2. Il vincolo preordinato all'esproprio [156]. – 3.3. Dichiarazione di pubblica utilità [158]. – 3.4. Decreto di esproprio [160]. – 3.5. La determinazione (anche provvisoria) dell'indennità di esproprio [160]. – 3.6. La cessione volontaria [161]. – 4. L'espropriazione sostanziale e di valore [162]. – 5. L'espropriazione legale o *ope legis* [163]. – 6. L'espropriazione a carattere sanzionatorio [164].

## 4. L'ESPROPRIAZIONE "ECCEZIONALE": L'OCCUPAZIONE PROVVEDIMENTALE

1. L'espropriazione indiretta: le occupazioni [165]. – 1.1. L'occupazione acquisitiva [165]. – 1.2. L'occupazione usurpativa [166]. – 2. L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea [167]. – 3. L'occupazione sanante: primo atto [167]. – 4. Il periodo di *interregnum* conseguente alla pronuncia della Corte Costituzionale [170]. – 5. L'occupazione sanante: secondo atto [171]. – 6. L'occupazione sanante ritorna in Corte Costituzionale: Cass. civ., SS.UU., ordinanza 13 gennaio 2014, n. 441 [173]. – 7. Corte Cost. 30 aprile 2015, n. 71 riconosce la legittimità dell'occupazione provvedimento [177]. – 8. Occupazione sanante e giudizio sul silenzio inadempimento. Cons. Stato, 26 agosto 2015, n. 4014 [181]. – 9. Occupazione sanante e giudizio di ottemperanza [183]. – 10. Indennizzo da occupazione sanante e giurisdizione [185].

## 5. I MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ DELLA P.A.: RINUNCIA IMPLICITA E L'USUCAPIONE "PUBBLICA"

1. I modi di acquisto della proprietà da parte della p.a. [189]. – 2. La rinuncia implicita al diritto di proprietà quale ulteriore modo di acquisto della proprietà [190]. – 2.1. *Segue*. Spunti critici [193]. – 2.2. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 2/2016) e il ritorno al pas-

sato del T.A.R. Piemonte, Torino (n. 368/2018) [195]. – 3. L'usucapione entra a Palazzo Spada [196]. – 4. L'individuazione del decorso del termine [197]. – 4.1. *Segue*. Occupazione usurpativa [198]. – 4.2. *Segue*. Occupazione di urgenza protratta anche dopo la scadenza dei termini previsti dalla legge [198]. – 4.3. *Segue*. Decreto di esproprio successivamente annullato [198]. – 5. L'usucapione pubblica non esiste (Cons. Stato, 26 agosto 2015, n. 3988) e la retromarcia dell'Adunanza Plenaria [199]. – 6. Usucapione e profili di giurisdizione [200]. – 7. Conclusioni [201].

### PARTE III L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

#### 1. LA PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E I VIZI NON INVALIDANTI DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Premessa: il procedimento amministrativo [205]. – 2. Dal provvedimento al procedimento: la concezione garantistica [207]. – 3. La comunicazione di avvio del procedimento: verso l'abbandono delle forme nei rapporti col cittadino [210]. – 4. Il preavviso di rigetto [215]. – 5. L'art. 21 *octies* II co. e l'attività discrezionale della p.a. [217]. – 6. La natura (processuale o sostanziale) dell'art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990 [221]. – 7. Considerazioni conclusive [223].

#### 2. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO E LE IRREGOLARITÀ ESSENZIALI

1. Premessa [229]. – 2. Il soccorso istruttorio nella legge sul procedimento amministrativo [230]. – 3. Il soccorso istruttorio nei contratti pubblici [231]. – 4. L'introduzione del I *ter* co. nell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 e la procedimentalizzazione del soccorso istruttorio [238]. – 5. Il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 IX co. d.lgs. n. 50/2016 [239]. – 6. D.lgs. n. 50/2016 e le applicazioni giurisprudenziali [241]. – 7. Il soccorso istruttorio "processuale" [243]. – 8. Soccorso istruttorio e oneri di sicurezza nel d.lgs. n. 163/2006: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2015 e Ad. Plen., n. 19/2016 [245]. – 9. Soccorso istruttorio e oneri di sicurezza nel d.lgs. n. 50/2016 [249].

#### 3. L'INCIDENZA DELLE SOPRAVVENIENZE DI FATTO E DI DIRITTO SUL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E SUL GIUDICATO

1. *Ius superveniens* e procedimento amministrativo: cenni generali [253]. – 2. Il caso dei pubblici concorsi [255]. – 3. Le sopravvenienze nel giudizio di ottemperanza: Cass. civ., SS.UU., 9 novembre 2011, n. 23302 e Cass. civ., SS.UU., 5 ottobre 2015, n. 19787 [257]. – 4. Esecuzione del giudicato e sentenze della Corte di Giustizia: Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11 [259]. – 5. La problematica del provvedimento amministrativo retroattivo [261].

#### 4. LA RILEVANZA GIURIDICA DELL'INERZIA DELLA P.A.

1. L'inerzia della p.a.: strumenti di tutela [263]. – 2. Il silenzio nei rapporti verticali. L'art. 20 legge n. 241/1990 [264]. – 3. Il silenzio assenso e il dovere (onere?) di provvedere [265]. – 4. Sulla permanenza in capo alla p.a. di un potere di provvedere [267]. – 5. Silenzio assenso e interessi sensibili. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 17 [267]. – 6. Silenzio assenso tra pp.aa. e tra queste e i gestori di beni o servizi pubblici: l'introduzione dell'art. 17 *bis* legge n. 241/1990 [270].

#### 5. LA S.C.I.A. TRA SEMPLIFICAZIONE E LIBERALIZZAZIONE PARZIALE

1. La S.c.i.a. [275]. – 1.1. Natura giuridica [275]. – 1.2. Atto di liberalizzazione o semplificazione [276]. – 1.3. S.c.i.a. e attività tecnico-discrezionale [277]. – 1.4. La S.c.i.a. dopo la legge n. 122/2010 [278]. – 2. S.c.i.a. e concentrazione dei regimi amministrativi: l'art. 19 *bis* legge n. 241/1990 [278]. – 3. I (contro) poteri della p.a. alla luce della legge n. 124/2015 [280]. – 4.1. S.c.i.a. e tutela del terzo controinteressato [283]. – 4.2. L'Ad. Plen. n. 15/2011 [284]. – 4.3. L'art. 19 VI *ter* co. legge n. 241/1990 e l'*esclusiva* tutela del silenzio inadempimento [287]. – 4.4. Il T.A.R. Toscana, Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667 solleva questione di legittimità costituzionale [288]. – 5. *Overruling* e S.c.i.a. [292].

#### 6. PROCEDIMENTO COMPLESSO E CONFERENZA DI SERVIZI

1. Premessa [295]. – 2. La conferenza di servizi [297]. – 3. Cenni storici [298]. – 4. La conferenza di servizi nell'era della semplificazione [299]. – 5. Conclusioni [303].

#### 7. IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO TRA INTERPRETAZIONE E INTEGRAZIONE

1. Premessa: l'interpretazione tra legge, provvedimento e contratto [305]. – 2. I criteri di interpretazione del contratto [305]. – 3. *Segue*. L'applicazione al provvedimento amministrativo [307]. – 4. Dall'interpretazione all'integrazione del provvedimento: è ammissibile l'integrazione "cogente" del provvedimento amministrativo [309]. – 5. Integrazione cogente e bando di gara [313]. – 6. Conclusioni [314].

#### 8. LA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. L'obbligo di motivazione [315]. – 1.1. Le funzioni della motivazione [316]. – 1.2. La funzione della motivazione degli atti regolatori delle Autorità Indipendenti [317]. – 2. Motivazione in senso formale ed in senso sostanziale [318]. – 2.1. L'elaborazione giuridica sulla motivazione prima del 1990 [318]. – 2.2. L'avvento dell'art. 3 della legge n. 241/1990 [320]. – 2.3. La giurisprudenza comunitaria [322]. – 2.4. Motivazione anomala [322]. – 3. Motivazione implicita [322]. – 3.1. La giurisprudenza comunitaria [324]. – 4. La diversa intensità della motivazione e Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017 [324]. – 5. Il problema della motiva-

zione postuma [326]. – 5.1. La tradizionale tesi negativa [326]. – 5.2. La tesi positiva [327]. – 5.3. La tesi intermedia [329]. – 6. Motivazione, discrezionalità tecnica ed attività vincolata della p.a.: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2017 e n. 9/2017 [330]. – 6.1. Applicabilità dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990 al difetto di motivazione di atti vincolati [332]. – 6.2. Alcune precisazioni [333]. – 7. Convalida in corso di giudizio del provvedimento immotivato [334]. – 7.1. La tradizionale tesi negativa [334]. – 7.2. La tesi positiva [335].

## 9. LA DISCREZIONALITÀ TECNICA E IL SINDACATO “INTRINSECO FORTE”

1. Nozione di potere vincolato e nozione di potere discrezionale [337]. – 1.1. Nozione di discrezionalità tecnica [339]. – 2. Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice: il sindacato del g.a. sulla discrezionalità tecnica prima dell'entrata in vigore della legge n. 205/2000. Il sindacato “estrinseco” [342]. – 2.1. Sindacato del g.a. sulla discrezionalità tecnica dopo l'entrata in vigore della legge n. 205/2000. Il sindacato “intrinseco” [342]. – 2.2. L'intensità del sindacato intrinseco: distinzione tra “sindacato forte” e “sindacato debole”; l'orientamento più recente [343]. – 3. Azione di condanna al rilascio di un provvedimento e discrezionalità tecnica [344]. – 4. Valutazione dell'offerta nelle gare d'appalto [346]. – 4.1. Esclusione dell'offerta anomala e sindacato giurisdizionale [347]. – 5. Dichiarazione di vincolo di bene culturale come atto connotato da discrezionalità tecnica [348]. – 6. Sindacato sulla discrezionalità tecnica delle Autorità indipendenti. Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013 [350]. – 7. Sindacato del g.a. sui provvedimenti del CSM [352].

## 10. L'AUTOTUTELA COME NUOVO PARADIGMA NEI RAPPORTI TRA CITTADINI E PP.AA.

1. Premessa [355]. – 2. L'autotutela nel diritto amministrativo: il potere di secondo grado [356]. – 3. Provvedimenti demolitori e conservativi [357]. – 4. La revoca del provvedimento amministrativo e l'affidamento: l'indennizzo [358]. – 5. L'annullamento d'ufficio e le forme di autotutela doverosa [359]. – 6. Autotutela e affidamento del privato. L'art. 21 *nonies* e il relativo ambito di applicazione [364]. – 7. Autotutela e proporzionalità [367]. – 8. Autotutela e S.c.i.a. [368]. – 9. Autotutela e conferenza di servizi [371]. – 10. Autotutela e silenzio significativo [371].

## 11. I CONTRATTI PUBBLICI

1. Il tradizionale connotato unilaterale del provvedimento amministrativo: difficoltà di conciliazione con il contratto [373]. – 2. Contratti di diritto privato e di diritto pubblico: la difficile coesistenza tra autorità e consenso [374]. – 3. I contratti di diritto privato e di diritto pubblico [375]. – 4. Il recesso nei contratti di diritto privato e nei contratti di diritto pubblico [378]. – 4.1. L'orientamento della giurisprudenza amministrativa [379]. – 4.2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione [381]. – 5. L'ordinanza di rimessione del Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786 [382]. – 6. La sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14 [384]. – 7. Cenni critici [388]. – 8. L'incidenza del d.lgs. n. 50/2016 [389].

## 12. LA TRASPARENZA E LE NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO DI ACCESSO

1. La trasparenza [391]. – 1.1. La situazione antecedente alla legge n. 241/1990 [393]. – 1.2. L'intervento della legge n. 241/1990 [394]. – 1.3. Le modifiche legislative del 2005 [394]. – 1.4. La trasparenza come "accessibilità totale" [395]. – 2. La natura giuridica del "diritto" di accesso previsto dalla legge n. 241/1990: l'accesso documentale [396]. – 2.1. La tesi dell'interesse legittimo [397]. – 2.2. La tesi del diritto soggettivo [397]. – 2.3. Le modifiche legislative a favore della tesi del diritto soggettivo [399]. – 2.4. Le tesi intermedie [400]. – 2.5. Le ricadute applicative della questione [400]. – 3. La legittimazione attiva ad accedere [401]. – 3.1. La legittimazione degli enti esponenziali di interessi collettivi [403]. – 3.2. Diritto di accesso e diritto di cronaca giornalistica [404]. – 4. I documenti accessibili [405]. – 4.1. L'accesso agli atti interni [405]. – 4.2. L'accesso agli atti di diritto privato della p.a. [406]. – 5. I soggetti passivi dell'accesso [407]. – 5.1. L'accesso agli atti dei gestori di servizi pubblici [407]. – 6. Il caso affrontato dall'Ad. Plen. n. 7/2012 [408]. – 6.1. La natura giuridica della SIAE e la sua legittimazione passiva all'accesso [409]. – 6.2. La natura privatistica dei documenti richiesti [409]. – 6.3. La legittimazione attiva degli associati SIAE [410]. – 6.4. La legittimazione attiva del Codacons [411]. – 6.5. Accesso e rapporti di lavoro di società a partecipazione pubblica [412]. – 7. I limiti al diritto di accesso [416]. – 7.1. In particolare, la tutela della riservatezza [417]. – 7.2. L'accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede ispettiva [419]. – 8. Il diritto di accesso civico previsto dall'art. 5 I co. d.lgs. n. 33/2013: l'accesso semplice [421]. – 8.1. Le modalità di esercizio del diritto di accesso civico [423]. – 8.2. La legittimazione all'accesso civico [424]. – 8.3. Tutela giurisdizionale [425]. – 8.4. Natura giuridica del diritto di accesso civico [426]. – 8.5. Le differenze con il diritto di accesso disciplinato dalla legge n. 241 [426]. – 9. L'accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs. n. 97/2016 [428]. – 9.1. Le modalità di esercizio dell'accesso civico generalizzato [430]. – 9.2. I limiti all'accesso generalizzato [430]. – 10. Gli obblighi di trasparenza in relazione alle società pubbliche. Rinvio [431].

## 13. LA NULLITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

1. L'invalidità dell'atto amministrativo. L'inesistenza [433]. – 2. La nullità. Inquadramento dell'istituto [436]. – 3. L'evoluzione interpretativa: dal riconoscimento giurisprudenziale al riconoscimento normativo [436]. – 4. Aspetti critici delle diverse ipotesi di nullità previste dall'art. 21 *septies*. Il riparto di giurisdizione [439]. – 5. La nullità nel codice del processo amministrativo [442]. – 6. La natura del giudizio amministrativo sulla nullità del provvedimento nella recente giurisprudenza amministrativa [443].

## PARTE IV

### NOVITÀ E QUESTIONI CONTROVERSE IN TEMA DI APPALTI PUBBLICI E CONCESSIONI

#### 1. I CONTRATTI PUBBLICI E IL D.LGS. N. 50 /2016

1. Le novità del nuovo codice dei contratti pubblici: cenni generali [449]. – 2. I requisiti di

partecipazione negli appalti pubblici [451]. – 3. Avvalimento: premessa [452]. – 3.1. Le origini dell'istituto: giurisprudenza e normativa comunitaria [453]. – 3.2. L'avvalimento nell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 [454]. – 3.3. Il contenuto del contratto di avvalimento [456]. – 4. La natura del contratto di avvalimento [460]. – 5. L'avvalimento e gli istituti affini [461]. – 5.1. Il raggruppamento temporaneo di imprese [462]. – 5.2. Il subappalto [463]. – 6. L'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale. Rinvio [467].

## 2. LE NOVITÀ DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN MATERIA DI CONCESSIONI

1. Premessa [469]. – 2. La disciplina: cenni generali [472]. – 3. La fase esecutiva [479].

## PARTE V LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

### 1. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.

1. Premessa [487]. – 2. La responsabilità precontrattuale prima dell'aggiudicazione [489]. – 2.1. Il Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018 e la responsabilità precontrattuale in assenza di trattativa [491]. – 3. La responsabilità precontrattuale da “contatto sociale”: Cass. 12 luglio 2016, n. 14188 [494]. – 4. Profili di giurisdizione. Rinvio [497].

### 2. RESPONSABILITÀ DELLA P.A. PER ATTI LEGITTIMI

1. Premessa [499]. – 2. L'illecito del legislatore [500]. – 3. Gli spostamenti patrimoniali non giustificati [502]. – 4. *Negotiorum gestio* [503]. – 5. Pagamento dell'indebito [504]. – 6. Ingiustificato arricchimento: cenni generali [505]. – 7. Cass., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798 [508].

## PARTE VI PROCESSO AMMINISTRATIVO, GIURISDIZIONE E TUTELA

### 1. PROCESSO AMMINISTRATIVO E *ORDO QUAESTIONUM*

1. Presupposti processuali e condizioni dell'azione [513]. – 2. La tassonomia delle questioni. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015 [514]. – 3. La graduazione dei motivi [517]. – 4. I limiti alla graduazione dei motivi [519]. – 5. La pratica dell'assorbimento dei motivi [521]. – 6. Le deroghe al divieto [522].

## 2. L'INTERESSE A RICORRERE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: SPUNTI IN TEMA DI REGIME DI IMPUGNAZIONE

1. Il processo amministrativo, presupposti processuali e condizioni dell'azione [525]. – 2. Legittimazione ad agire [526]. – 3. L'interesse a ricorrere [529]. – 4. *L'ordo quaestionum*: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015. Rinvio [530]. – 5. Gli atti endoprocedimentali: gli atti a carattere consultivo, gli atti soprassessori e gli atti provvisori [532]. – 6. L'impugnazione di atti presupposti a contenuto generale: i bandi di gara [535]. – 6.1. I bandi contenenti clausole immediatamente lesive [536]. – 6.2. La tesi che negava l'esistenza di clausole immediatamente lesive [537]. – 6.3. Le clausole escludenti [538]. – 6.4. Le clausole che richiedono determinati requisiti soggettivi (escludenti in astratto) [538]. – 6.5. Le clausole che impongono oneri assolutamente incomprensibili o sproporzionati (escludenti in concreto) [539]. – 6.6. Le clausole diverse da quelle escludenti al vaglio della Adunanza Plenaria 2003 [540]. – 7.1. L'ordinanza di rimessione alla plenaria: Cons. Stato, Sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138 [543]. – 7.2. I principi delineati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018 [545]. – 8. Il rito super-speciale in tema di procedure di affidamento: l'art. 120 *II bis* e VI *bis* co. c.p.a. [547]. – 9. Le circolari quali norme interne [553]. – 9.1. La natura giuridica delle circolari [554]. – 9.2. Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in punto di regime di impugnabilità delle circolari [557]. – 9.3. L'Ad. Plen., 14 novembre 2011, n. 19 [559]. – 9.4. La decisione del T.A.R. Lazio, Roma, 30 agosto 2012, n. 7395 [560].

## 3. IL RICORSO INCIDENTALE

1. Il ricorso incidentale [563]. – 2. *Segue*. L'inquadramento giuridico [566]. – 3. L'ordine di trattazione del ricorso principale e del ricorso incidentale [571]. – 4. *Segue*. Il caso delle pubbliche gare [572]. – 5. La pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2008 [575]. – 6. La giurisprudenza successiva e la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2011 [577]. – 7. La rimessione della questione alla Corte di Giustizia [580]. – 8. La pronuncia della Corte di Giustizia del 4 luglio 2013 [582]. – 9. Le ordinanze di rimessione all'Adunanza Plenaria: Cons. Stato, 17 maggio 2013, n. 2681 e 30 luglio 2013, n. 4023 [585]. – 10. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2014 [588]. – 11. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2014 [589]. – 12. L'incidenza della Corte di Giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb [590]. – 13. Corte di Giustizia UE, Grande Sez., 5 aprile 2016, C-689/2013, Puligienica [593]. – 14. L'applicazione dei principi della sentenza Puligienica: Cons. Stato, 26 agosto 2016, n. 3708 [594]. – 15. Il ricorso incidentale nuovamente all'Adunanza Plenaria: Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 6 novembre 2017, n. 5103 [594].

## 4. LA GIURISDIZIONE, I LIMITI E LE DEROGHE

1. I connotati della giurisdizione in generale [597]. – 2. Il sistema monista. La giurisdizione del giudice ordinario. Limiti interni ed esterni. Il potere di disapplicazione [599]. – 3. Il sistema dualista. La nascita della giurisdizione del giudice amministrativo [602]. – 4. I limiti interni ed esterni alla giurisdizione del g.a. [606]. – 4.1. Il potere di disapplicazione delle Linee guida [608]. – 5. I comportamenti della p.a. [609]. – 6. L'ulteriore presupposto della giurisdizione amministrativa: l'esistenza della p.a. [613]. – 7. Il criterio della prevalenza e la

deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione [614]. – 8. Gli atti politici [616]. – 8.1. L'atto di indizione del referendum [617]. – 8.2. L'insindacabilità del rifiuto di avviare le trattative sulle intese religiose [618]. – 9. La giurisdizione in relazione al danno da legittimo affidamento [619]. – 10. La giurisdizione sulle società pubbliche. Rinvio [621].

## 5. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA

1. Nozioni generali [623]. – 2. La giurisdizione esclusiva dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 al c.p.a. [624]. – 3. La pretesa possibilità di impugnare le sentenze del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione per motivi di legittimità [627]. – 4. Corte Cost., 15 luglio 2016, n. 179: la possibilità per la p.a. di far valere l'inadempimento degli accordi sostitutivi [630]. – 5. Giurisdizione esclusiva e diritti fondamentali [632]. – 5.1. La teorica dei diritti resistenti a tutt'oltranza [633]. – 5.2. Corte Cost. n. 140/2007 e la compatibilità della g.a. con i diritti fondamentali [635]. – 5.3. Il codice del processo amministrativo: il legislatore espressamente prevede la devoluzione al g.a. di controversie afferenti diritti fondamentali [637]. – 6. Le applicazioni giurisprudenziali [639]. – 6.1. La doppia anima del diritto alla salute: il progressivo superamento della teorica della indegradabilità [639]. – 6.2. Cons. Stato n. 4460/2014 [642]. – 6.3. Giurisdizione esclusiva e servizi pubblici: Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7 [650]. – 7. Ulteriori questioni in tema di giurisdizione esclusiva [653]. – 7.1. Giurisdizione esclusiva e affidamento [653]. – 7.2. Giurisdizione esclusiva e indennizzo da occupazione provvedimentoale, ai sensi dell'art. 42 *bis* d.p.r. n. 327/2001 [654]. – 7.3. La giurisdizione esclusiva sui contratti pubblici: revisione dei prezzi, proroga del contratto, autotutela [658]. – 7.4. La giurisdizione sulle convenzioni urbanistiche e sul relativo atto di transazione [662]. – 7.5. Giurisdizione esclusiva e atti di pianificazione [663]. – 7.6. Giurisdizione esclusiva e pubblico impiego [663]. – 7.7. Giurisdizione sull'elettorato attivo [667]. – 8. Conclusioni [668].

## 6. LA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO FRA RITO ORDINARIO E MODELLI SPECIALI

1. Premessa [669]. – 2. L'evoluzione storica [670]. – 3. La tutela cautelare nel cod. proc. amm.: cenni generali [674]. – 4. L'insostenibile leggerezza del *fumus boni iuris* [675]. – 5. ... e la valorizzazione del pregiudizio grave e irreparabile [677]. – 6. L'art. 55 X co. e le difficoltà interpretative [680]. – 7. Sentenza in forma semplificata e l'avviso alle parti [681]. – 8. Tutela cautelare e incidente di costituzionalità [683]. – 9. Tutela cautelare e riti speciali [684]. – 9.1. Tutela cautelare e riti previsti dall'art. 119 [685]. – 9.2. Tutela cautelare e rito previsto dall'art. 120 [686]. – 9.3. Tutela cautelare e rito super-speciale, previsto dall'art. 120 II *bis* e VI *bis* co. [687]. – 9.4. Tutela cautelare e disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche [689]. – 10. Conclusioni [690].

## 7. IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA NELLE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

1. La tutela giurisdizionale innanzi al g.a.: le tappe di un'evoluzione [691]. – 2. L'azione di accertamento atipica: Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717 [694]. – 3. Il principio di

effettività nel c.p.a. e la pluralità delle tutele [696]. – 4. La consacrazione giurisprudenziale dell'atipicità della tutela: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2011 [698]. – 5. L'azione di adempimento: il riconoscimento giurisprudenziale ad opera del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 8 giugno 2011, n. 1428 [699]. – 6. *Segue*. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 15/2011 e il simultaneo riconoscimento dell'azione "complessa" di adempimento e dell'azione di accertamento atipica [700]. – 7. L'azione di adempimento nel secondo correttivo al c.p.a. e l'ammissibilità dell'azione di adempimento autonoma [702]. – 8. Oltre i confini dell'azione di annullamento: Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 [704]. – 8.1. *Segue*. Profili critici [706]. – 9. La limitazione per il futuro del principio di diritto e l'Ad. Plen. n. 13/2017 [707].

## 8. LA TUTELA RISARCITORIA NELL'AMBITO DELLE TUTELE RICONOSCIUTE DAL C.P.A.

1. Responsabilità e tutela risarcitoria [711]. – 2. La distinzione tra modelli riparatori, inibitori e in forma specifica [712]. – 3. Tutela risarcitoria e tutela caducatoria [712]. – 4. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4 [716]. – 5. Inutilità dell'annullamento ed emersione dell'interesse a fini risarcitori [718]. – 6. Tutela in forma specifica e per equivalente [719]. – 7. Condanna generica e condanna sui criteri [720]. – 8. Tecniche di liquidazione del danno e *compensatio lucri cum damno*: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2018 [722]. – 9. Il tempo del provvedere e il risarcimento del danno da ritardo [726]. – 10. Il risarcimento del danno da perdita di chance all'Adunanza Plenaria [731]. – 11. La responsabilità da impossibilità di eseguire il giudicato e il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2017 [733]. – 11.1. Spunti critici [736]. – 12. Risarcimento del danno e interdittiva antimafia: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2018 [736].

## 9. PROPORZIONALITÀ E SUSSIDIARIETÀ NELLA TUTELA DELLE POSIZIONI SOGGETTIVE FRA INTERESSI DIFFUSI E *CLASS ACTION*

1. I principi di proporzionalità nell'esperienza storica e nel diritto comparato [739]. – 2. I principi di proporzionalità e sussidiarietà fra UE e diritto interno [741]. – 3. Sussidiarietà e solidarietà nei rapporti fra lo Stato e i cittadini [750]. – 4. Titolarità di interessi diffusi e collettivi [754]. – 5. I requisiti di legittimazione delle associazioni ambientaliste [757]. – 6. Effettività della tutela e *class action* amministrativa [760]. – 7. Presupposti dell'azione e legittimazione processuale [762]. – 8. La preventiva diffida e l'ordine di ripristino [763]. – 9. Rapporti tra *class action* pubblica e azione di classe prevista dal codice del consumo [765]. – 10. L'esigua casistica giurisprudenziale [766]. – 11. La legittimazione a ricorrere dell'Antitrust ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990. Rinvio [768]. – 12. Il sistema elettorale ed il "test di proporzionalità" nella sentenza della Corte Cost., 13 gennaio 2014, n. 1 [770]. – 13. Brevi osservazioni conclusive [774].

## PARTE VII

### IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

#### 1. IL GIUDICATO

1. Il giudicato [779]. – 2. Gli effetti del giudicato amministrativo [783]. – 3. Giudicato esterno, interno e implicito [786]. – 4. La rilevanza del giudicato amministrativo nel processo civile e nel processo penale [788]. – 5. Il giudicato amministrativo e le sopravvenienze: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2016. Rinvio [791].

#### 2. IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA TRA MODELLI SURROGATORIO E COMPULSORIO

1. Premessa [793]. – 1.1. Dalle origini del giudizio di ottemperanza al codice del processo amministrativo [794]. – 1.2. L'esecuzione delle misure cautelari *ex art.* 114 IV co. c.p.a. [796]. – 1.3. Il c.p.a. prende posizione sulla natura mista del giudizio di ottemperanza [796]. – 2. I labili confini tra l'azione di ottemperanza e un nuovo giudizio di cognizione [799]. – 2.1. La soluzione dell'Ad. Plen. n. 2/2013 [803]. – 3. L'ottemperanza ai provvedimenti equiparati al giudicato del g.o.: le ordinanze di arresto del credito *ex art.* 553 c.p.c. [805]. – 4. L'azione risarcitoria nel giudizio di ottemperanza tra precedenti e nuove incertezze [809]. – 5. L'impugnazione degli atti del commissario *ad acta*. I limiti di sindacabilità da parte del g.a. [813]. – 6. L'ottemperanza ai provvedimenti "delle altre parti" *ex art.* 112 I co. c.p.a. [814]. – 7. La compatibilità tra *astreintes* e il modello surrogatorio [816]. – 8. La sentenza dall'Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 25 giugno 2014, n. 15 [818]. – 9. Le penalità di mora ad "applicazione automatica" e la legge di stabilità del 2016 [823].

## PARTE VIII

### LA NATURA "GIURISDIZIONALE" DEL RICORSO STRAORDINARIO

1. I ricorsi amministrativi: origini storiche [827]. – 2. Natura giuridica [830]. – 3. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: nascita ed evoluzione [832]. – 4. Gli atti impugnabili [835]. – 5. L'impugnabilità degli atti presupposti [836]. – 6. Le azioni esperibili: accertamento e condanna [838]. – 7. Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza [839]. – 8. Le novità introdotte dalla legge n. 69/2009 [841]. – 9. La concorrenza tra il ricorso innanzi al g.o. e quello straordinario innanzi al Capo dello Stato: Corte Cost., 26 marzo 2014, n. 73 [846]. – 10. Ricorso straordinario al Capo dello Stato e "giudicato implicito" sulla giurisdizione. Cass., SS.UU., 14 maggio 2014, n. 10414 [847]. – 11. La forza di giudicato della decisione resa sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2015 [849]. – 12. Conclusioni [850].