

MARCO FRATINI LUDOVICA MONACHESI

---

COMPENDIO *sistematico*  
DI DIRITTO  
AMMINISTRATIVO

EDIZIONE 2022



ACCADEMIA DEL DIRITTO

EDITRICE



## PREMESSA

Il compendio sistematico di diritto amministrativo nasce dall'esperienza e dal successo dell'omonimo manuale sistematico.

Si tratta di una sintesi sapiente, capace di coniugare in modo efficace teoria generale, dottrinale e applicazione giurisprudenziale.

I caratteri identificativi dell'opera sono: la sistematicità, la completezza, l'aggiornamento, la sintesi.

Oltre alle nozioni e agli istituti, l'opera, con l'efficacia della sintesi, è in grado di fornire una visione d'insieme e di sistema ordinata attorno alla trama dei concetti giuridici.

Al contempo, è un'opera attenta alle evoluzioni della materia e alle applicazioni della giurisprudenza. Sono riportati in appositi box approfondimenti giurisprudenziali su questioni di attualità e di particolare rilevanza.

Il compendio sistematico affronta tutti i temi del diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale. Sono trattati anche i singoli settori del diritto amministrativo (tra cui, servizi pubblici, concorrenza, urbanistica, edilizia, ambiente, beni culturali e paesaggistici, espropriazione, immigrazione).

L'opera è aggiornata alle più recenti novità normative e giurisprudenziali.

È corredata di un dettagliato indice analitico, per agevolare la ricerca.

La strutturata, il contenuto e la forma del compendio sistematico sono stati ideati appositamente per tutti coloro che si apprestano alla preparazione delle prove dei principali concorsi pubblici.



# INDICE

PREMESSA

XXXVII

## PARTE I LE FONTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

### CAPITOLO I DIRITTO AMMINISTRATIVO E UNIONE EUROPEA

1. Il diritto dell'Unione europea come fonte del diritto amministrativo	3
2. Il diritto dell'Unione europea nella Costituzione	3
3. La "primazia" del diritto dell'Unione europea	4
3.1. La teoria dei controlimiti	4
4. Gli effetti del primato del diritto dell'UE nell'ordinamento interno: il divieto di adottare atti amministrativi in contrasto	5
5. L'efficacia diretta del diritto dell'Unione e la disapplicazione	5
6. La responsabilità dello Stato-amministrazione per violazione del diritto dell'Unione europea (cenni e rinvio)	6
7. L'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea	7
8. I principi del diritto dell'Unione europea e la loro rilevanza per il diritto amministrativo	7
8.1. Il principio di autonomia istituzionale e di leale collaborazione	8
8.2. Il principio di sussidiarietà	8
8.3. Il principio di legalità	8
8.4. Il principio di certezza del diritto e di affidamento legittimo	9
8.5. Il principio di proporzionalità	9
8.6. Il principio di parità di trattamento, di non discriminazione, di uguaglianza e di imparzialità	10
8.7. Il principio di azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive e di effettività della tutela	10
9. La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: il diritto a una buona amministrazione	10
10. Il regime dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione europea	12
10.1. Il regime speciale d'invalidità, tra nullità e disapplicazione	12
10.2. Il regime ordinario dell'annullabilità	12
10.2.1. I precipitati sostanziali e processuali dell'annullabilità	13
11. Il regime del giudicato amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione	14
11.1. La violazione del diritto dell'Unione come limite esterno della giurisdizione	14
12. Giudicato a formazione progressiva, ottemperanza e diritto dell'Unione	17
13. Giudicato, autotutela e diritto dell'Unione europea	17
14. La regola dello stare decisis e il diritto dell'Unione europea	18

### CAPITOLO II DIRITTO AMMINISTRATIVO E DIRITTO INTERNAZIONALE (IN PARTICOLARE, LA CEDU)

1. Le fonti del diritto internazionale	19
2. La CEDU	19
3. La Corte EDU e la forza vincolante delle sentenze	20
4. I "controlimiti"	20
5. L'effetto dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte EDU	21
6. Il giudicato amministrativo in contrasto con la CEDU: la riapertura del processo	21
7. Le sanzioni amministrative come sanzioni quasi penali: l'applicazione delle garanzie sancite dall'art. 6 della CEDU	23
7.1. Il sindacato del giudice sulle sanzioni: full jurisdiction?	24

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

### CAPITOLO III LE FONTI INTERNE PRIMARIE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Il sistema delle fonti interne del diritto amministrativo	25
2. La pluralità-atipicità delle fonti interne del diritto amministrativo	25
2.1. La funzione delle fonti interne	26
3. La gerarchia delle fonti del diritto	26
4. Il valore e il ruolo dei principi generali nel diritto amministrativo	26
4.1. Il rapporto tra principi generali e norme primarie	27
5. Le fonti primarie	28
5.1. Gli statuti e le leggi regionali	28
5.2. La norma e il tempo: il diritto intertemporale	28
5.2.1. I diritti quesiti	29
5.3. Le leggi interpretative	30
6. La legge provvedimento	31
6.1. Un tentativo di classificazione delle leggi provvedimento	31
6.2. La tutela giurisdizionale nei confronti della legge provvedimento	32
6.2.1. Il limite della funzione giurisdizionale	34

### CAPITOLO IV LE FONTI INTERNE SECONDARIE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Le fonti secondarie: i regolamenti	36
1.1. I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti	37
1.2. Il regolamento come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente normativo	38
2. Gli atti amministrativi generali: analogie e differenze con i regolamenti	38
2.1. I bandi di gara	38
2.2. Gli strumenti urbanistici	39
2.3. I provvedimenti tariffari e i provvedimenti prezzi	39
3. Il regime giuridico applicabile ai regolamenti e agli atti amministrativi generali	40
3.1. Le analogie nel regime giuridico applicabile	40
3.2. L'impugnazione differita	40
3.3. L'impugnazione immediata	40
3.4. Limiti soggettivi di efficacia della sentenza di annullamento di un atto generale	41
3.5. La disapplicazione del regolamento (e non dell'atto amministrativo generale)	41
4. La fuga dal regolamento: il <i>tertium genus</i> dell'atto amministrativo generale di regolazione	43
5. Soft law, no law	43
6. Le fonti del diritto amministrativo e l'emergenza sanitaria	44
6.1. l'emergenza sanitaria nella Costituzione	44
6.2. La gestione dell'emergenza	44
6.3. Il quadro normativo relativo alla gestione dell'emergenza	45
6.3.1. I decreti legge del 2020 di gestione dell'emergenza sanitaria	46
7. Le ordinanze di necessità e di urgenza	47
7.1. Il problema della natura giuridica	47
7.2. Limiti al potere di ordinanza e sindacato del giudice	48
8. Le norme interne	48
9. Le circolari	48
10. La prassi amministrativa	49

## PARTE II LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

### CAPITOLO I IL RAPPORTO GIURIDICO E IL POTERE AMMINISTRATIVO

1. Le situazioni giuridiche soggettive	53
2. Il rapporto giuridico: in particolare, il rapporto amministrativo	53

## Indice

3. Il potere amministrativo	54
4. Il comportamento amministrativo	55

### CAPITOLO II L'INTERESSE LEGITTIMO E LE ALTRE POSIZIONI SOGGETTIVE

1. Il diritto soggettivo	57
2. L'interesse legittimo	57
3. Una lettura evolutiva: la dissoluzione dell'interesse legittimo nel diritto soggettivo	59
4. L'interesse legittimo non è un diritto soggettivo	61
5. Interessi legittimi pretensivi e oppositivi	61
5.1. I riflessi sulla struttura del procedimento e del processo	61
5.2. I provvedimenti a doppio effetto	62
6. I criteri di distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi	63
6.1. Atti iure imperii e atti iure gestionis	63
6.2. Norme di azione e norme di relazione	63
6.3. Potere vincolato e potere discrezionale	64
6.4. Carezza di potere in astratto e in concreto	64
7. La teoria dei diritti indegradabili (o inaffievolibili)	65
8. Interessi partecipativi e procedimentali	67
9. Gli interessi diffusi	69
10. Gli interessi collettivi	70
10.1. La rappresentatività dell'ente	71
10.2. Il conflitto di interessi nell'ambito della categoria rappresentata	71
10.3. La legittimazione ex lege degli enti collettivi	72
10.4. La legittimazione ad agire di soggetti non iscritti in appositi albi e la concorrente legittimazione individuale	72
11. Il ricorso per l'efficienza dell'amministrazione (la c.d. <i>class action</i> pubblica)	73
11.1. La natura della situazione giuridica azionata	74
11.2. I presupposti dell'azione	75
11.3. La natura dell'azione	76
11.4. I poteri del giudice e la natura della sentenza	76
11.5. Rapporti tra <i>class action</i> pubblica e azione di classe prevista dal codice di procedura civile	77
12. L'azione popolare e l'interesse civico	78
13. L'interesse di mero fatto, l'interesse semplice e l'interesse amministrativamente protetto	78

### PARTE III I SOGGETTI E L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

#### CAPITOLO I LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. La pluriforme nozione di pubblica amministrazione	83
2. La pubblica amministrazione in senso soggettivo (e formale)	83
3. Lo Stato	84
4. Le agenzie e le autorità amministrative indipendenti	84
5. Gli enti pubblici territoriali e il federalismo amministrativo	85
5.1. Le risorse degli enti pubblici territoriali: l'autonomia finanziaria e il federalismo fiscale	86
6. Gli enti pubblici non territoriali	88
6.1. Enti pubblici economici e non economici. Il processo di privatizzazione	88
7. Gli indici rilevatori della natura pubblica dell'ente	89
8. La pubblica amministrazione in senso oggettivo, sostanziale e funzionale. L'influenza del diritto dell'unione europea	90

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

8.1. L'esercizio privato di funzioni pubbliche	90
8.2. L'ibridazione delle forme e il problema della disciplina applicabile	91
8.2.1. Lo statuto dell'amministrato	92
8.2.2. La natura dell'atto adottato dal soggetto privato nell'esercizio di funzioni pubbliche: disciplina applicabile, riparto di giurisdizione e sindacato del giudice	92
9. La nozione "finanziaria" di pubblica amministrazione come nozione funzionale	93
10. Considerazioni conclusive: dalla pubblica amministrazione alle pubbliche amministrazioni	95

### CAPITOLO II

#### L'"IBRIDAZIONE" DELLE FORME: ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, IMPRESA PUBBLICA E FONDAZIONI

1. L'organismo di diritto pubblico: una sovrastruttura	96
1.1. La personalità giuridica	97
1.2. L'influenza pubblica dominante	97
1.2.1. Il finanziamento pubblico maggioritario	97
1.2.2. La nomina della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza	97
1.2.3. Il controllo sulla gestione	98
1.2.4. I fini di interesse generale di carattere non industriale o commerciale	98
1.3. La "teoria del contagio" e l'organismo di diritto pubblico in parte qua	99
1.4. La disciplina applicabile all'organismo di diritto pubblico	101
2. L'impresa pubblica e la distinzione dall'organismo di diritto pubblico	102
2.1. I modelli di impresa pubblica: l'azienda autonoma, l'ente pubblico economico, la società pubblica	102
3. Le fondazioni	103
3.1. Le fondazioni bancarie	104

### CAPITOLO III

#### LE SOCIETÀ PUBBLICHE

1. La società pubblica: una figura anfibia e pluriforme	105
2. I modelli di società pubblica: un tentativo di classificazione	105
3. Società a totale partecipazione pubblica e società miste	106
3.1. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di scelta del socio	107
4. Le società in <i>house</i>	<b>107</b>
4.1. L'elaborazione giurisprudenziale della figura	107
4.2. Il controllo analogo	108
4.3. Il requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante	108
4.4. Le figure di in house riconosciute dalla giurisprudenza	109
4.5. L'in house frazionato (o pluripartecipato)	109
4.6. L'in house a cascata	109
4.7. L'in house orizzontale	109
4.8. L'in house verticale invertito (o capovolto)	110
4.9. I nuovi requisiti normativi dell'in house. La figura della società in house mista	110
4.10. La conferma normativa delle figure di società in house elaborate dalla giurisprudenza	110
4.11. Le norme sul requisito funzionale dell'attività prevalente	111
4.12. La società in house come organismo di diritto pubblico	111
4.13. L'in house: regola o eccezione? Cenni e rinvio	111
5. Società di gestione, società strumentale e società-impresa pubblica	113
6. Le società degli enti locali	113
7. La disciplina applicabile alle società pubbliche: il Testo unico (d.lgs. n. 175 del 2016)	115
7.1. La regola aurea: l'applicazione generale del diritto privato	115
7.2. Le regole contenute nel Testo unico	115



## Indice

7.3. Il vincolo di scopo e di attività	116
8. La responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione tra diritto privato e diritto pubblico	117
9. Atti di nomina e revoca degli amministratori: natura giuridica e riparto di giurisdizione	119
10. La disciplina della crisi delle società pubbliche	119
11. I poteri speciali nei settori strategici	119

### CAPITOLO IV LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1. Le ragioni di un fenomeno non unitario	121
2. La natura giuridica	122
3. La neutralità e l'indipendenza	122
4. Legittimazione e fondamento costituzionale ed euro-unitario delle <i>authorities</i>	<b>123</b>
5. Un tentativo di classificazione delle autorità indipendenti	124
6. Le autorità trasversali: in particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato	124
6.1. Il Garante per la protezione dei dati personali	125
7. Le autorità di settore	126
7.1. La Banca d'Italia	126
7.2. La Consob	127
7.3. L'IVASS	127
7.4. L'ANAC	128
8. Le autorità di regolazione dei servizi pubblici	129
8.1. L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico	130
8.2. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni	130
8.3. L'Autorità di regolazione dei trasporti	130
9. Sintesi tassonomica dei poteri e delle funzioni delle autorità indipendenti	131
10. Le regole procedurali	131
10.1. Il procedimento sanzionatorio e le garanzie del giusto processo	132
10.2. Il diritto al silenzio	132
11. La tutela giurisdizionale	134
11.1. Il riparto di giurisdizione	134
11.2. Il rito applicabile (rinvio)	135
11.3. Il sindacato del giudice	135
11.4. Il sindacato di merito sulle sanzioni	136
11.5. Il sindacato sull'esercizio della funzione di vigilanza	137
12. Le autorità indipendenti come soggetti attivi in giudizio: in particolare, la legittimazione processuale dell'AGCM	138
12.1. Profili procedurali. Il parere dell'Autorità antitrust	138
12.2. La legittimazione processuale dell'ANAC	139

### CAPITOLO V L'ORGANIZZAZIONE INTERNA

1. Il concetto di organizzazione dalla sociologia alla scienza giuridica	141
2. Le fonti dell'organizzazione amministrativa	141
3. I principi generali in materia di organizzazione	142
4. La teoria dell'organizzazione amministrativa	143
5. L'organo	143
6. L'elemento personale: il titolare dell'organo e la natura del rapporto	144
6.1. Il rapporto di servizio	144
6.2. Il funzionario di fatto	145
6.2.1. La sorte degli atti favorevoli del funzionario di fatto	145
6.2.2. La sorte dei provvedimenti sfavorevoli del funzionario di fatto	145
6.2.3. Nomina illegittima, ma non ancora rimossa al momento dell'adozione dell'atto	146

7. L'elemento oggettivo: l'ufficio	146
8. La competenza	146
8.1. I criteri di distribuzione delle competenze	147
8.2. La risoluzione dei conflitti di competenza	147
8.3. Il trasferimento di competenze	148
8.3.1. La delegazione	148
8.3.2. L'avocazione	148
8.3.3. La sostituzione	148
9. La classificazione degli organi	148
9.1. Organi individuali e collegiali	148
9.2. Organi attivi, consultivi e di controllo	149
9.3. Organi esterni e interni	149
9.4. Organi ordinari e straordinari, permanenti e temporanei	149
10. Le relazioni tra gli organi. La gerarchia	149
10.1. La direzione, il coordinamento e il controllo	150
11. L'amministrazione indiretta	150
11.1. La delegazione	150
11.2. La codipendenza	151
12. Il principio di continuità e la <i>prorogatio</i>	151

**PARTE IV**  
**IL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE**  
**DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

CAPITOLO I  
LA PRIVATIZZAZIONE E LE SPECIFICITÀ DEL RAPPORTO  
DI PUBBLICO IMPIEGO

1. Il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione: l'evoluzione storica	155
2. La privatizzazione del lavoro pubblico: il quadro normativo	157
3. L'ambito della privatizzazione: le categorie escluse	157
4. Le fonti di disciplina del rapporto	158
4.1. Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva	158
5. Il potere organizzativo e la distinzione tra macro-organizzazione e micro-organizzazione	159
5.1. I riflessi sulla natura della situazione giuridica del dipendente	161
6. Il principio del concorso pubblico	161
6.1. Le deroghe al principio del concorso	161
6.2. La nullità dei rapporti "di fatto"	162
6.3. La stabilizzazione dei precari	162
6.4. Lo ius superveniens durante lo svolgimento di una procedura	163
7. La dirigenza pubblica	164
7.1. La separazione tra politica e amministrazione	164
7.2. Il c.d. spoils system	165
7.3. Il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali	166
7.4. La responsabilità dirigenziale	168
7.5. Il quadro della riforma della dirigenza nella legge n. 125 del 2015	169
8. La disciplina del rapporto di lavoro	169
8.1. Le mansioni del lavoratore e lo «ius variandi» del datore di lavoro pubblico	169
9. La responsabilità disciplinare	170
10. Il processo in atto di riforma del pubblico impiego: la legge delega n. 124 del 2015 e i decreti attuativi nn. 74 e 75 del 2017	171
10.1. Il modello della dotazione organica e il suo superamento: il piano dei fabbisogni	172
10.2. Concorsi pubblici e c.d. lavoro flessibile	173
10.3. La valutazione delle performance	174

## *Indice*

### CAPITOLO II PUBBLICO IMPIEGO E TUTELA GIURISDIZIONALE

1. Il riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego	175
2. Le controversie relative all'assunzione	175
3. Posizione giuridica del vincitore e riparto di giurisdizione	176
4. Posizione giuridica dell'idoneo non vincitore, scorrimento della graduatoria e riparto di giurisdizione	177
5. Le controversie relative ai concorsi interni e misti: il riparto di giurisdizione	178
6. La disapplicazione da parte del giudice ordinario degli atti amministrativi presupposti	180
7. I provvedimenti del giudice ordinario	181

### **PARTE V I BENI PUBBLICI**

#### CAPITOLO I LA CLASSIFICAZIONE DEI BENI PUBBLICI

1. Premessa	185
2. L'analisi economica della disciplina dei beni pubblici	185
3. La pluralità dei regimi giuridici	185
4. Beni privati e beni patrimoniali disponibili	186
5. Beni privati di interesse pubblico	187
6. I beni culturali e paesaggistici	187
6.1. Le aree naturali protette	188
6.2. Le reti per l'erogazione di servizi pubblici	188
7. Beni pubblici per appartenenza e per destinazione	189
8. Il demanio: origine ed evoluzione storica	189
8.1. Le sottocategorie di beni demaniali	190
9. I beni patrimoniali indisponibili	190

#### CAPITOLO II IL REGIME GIURIDICO DEI BENI PUBBLICI

1. Premessa	191
2. Il regime della commerciabilità	191
3. I beni pubblici e l'espropriazione per pubblico interesse	191
4. L'autotutela	192
5. L'acquisto della demanialità e della indisponibilità	192
6. La perdita della indisponibilità e la sdemanializzazione	193
6.1. La c.d. sdemanializzazione tacita	194
7. L'uso dei beni pubblici	194
7.1. La concessione di beni pubblici	195
7.1.1. Diritto di insistenza, proroga automatica e concessioni demaniali marittime	197
7.2. L'obbligo della pubblica amministrazione di non applicare la legge che dispone la proroga	201
7.2.1. La sorte degli atti amministrativi di proroga già adottati (e su cui è già sceso un giudicato favorevole)	202
7.3. La formazione di un giudicato favorevole al concessionario	203
7.3.1. La gestione degli effetti della sentenza: l'inefficacia della proroga pro futuro	204
8. Il federalismo demaniale	207
9. La valorizzazione e la dismissione dei beni pubblici	208
10. Dai beni pubblici ai beni comuni	210
10.1. L'acqua come bene comune?	211
10.2. Il progetto della "Commissione Rodotà"	212

**PARTE VI  
L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA**

CAPITOLO I  
LE FORME DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. La nozione di attività amministrativa	215
2. Attività amministrativa e atto politico	215
2.1. Tassonomia e casistica degli atti politici	216
3. L'attività di alta amministrazione	217
3.1. Tassonomia e casistica degli atti di alta amministrazione	218
3.1.1. La revoca degli assessori comunali e regionali	218
4. Attività amministrativa discrezionale, vincolata e tecnico-discrezionale	219
5. La discrezionalità amministrativa	220
5.1. Discrezionalità e merito	221
5.2. Discrezionalità e autovincolo amministrativo	221
6. La rilevanza applicativa della distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata	222
7. La discrezionalità tecnica	222
8. L'attività amministrativa in forma privatistica	223
8.1. L'attività amministrativa di diritto privato: regola o eccezione?	224
8.2. I soggetti privati che esercitano funzioni pubbliche	225
8.3. Convenzioni e accordi tra pubbliche amministrazioni e privati. Cenni e rinvio	225

CAPITOLO II  
IL SINDACATO DEL GIUDICE SULL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. Attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive	226
2. Attività amministrativa e sindacato del giudice	227
3. Il sindacato del giudice sulla discrezionalità	227
3.1. Sindacato e merito	227
3.2. La discrezionalità dopo la sentenza	228
3.3. Discrezionalità e limite esterno della giurisdizione del giudice amministrativo	229
4. Il sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica	229
4.1. I modelli di sindacato in astratto applicabili	230
4.2. La discrezionalità tecnica come discrezionalità amministrativa	230
4.3. Il sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica	230
4.4. Sindacato forte o sindacato debole?	231
4.5. Sindacato effettivo sulla discrezionalità tecnica	232

CAPITOLO III  
I PRINCIPI GENERALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. Il ruolo e la funzione dei principi generali dell'attività amministrativa	234
2. Il principio di legalità	235
2.1. Principio di preferenza della legge, di legalità formale e di legalità sostanziale	235
2.2. I corollari del principio di legalità sostanziale	236
2.3. Nominatività e tipicità degli atti	237
2.4. I poteri impliciti	237
2.4.1. I poteri amministrativi impliciti	237
2.4.1.1. Alcune forme di potere amministrativo implicito	238
2.4.2. I poteri normativi impliciti	239
2.5. Gli atti contingibili e urgenti	241
3. Il principio di buon andamento	241
3.1. I principi di efficienza, efficacia ed economicità nella scienza economico-aziendalistica	241
3.2. Efficienza, efficacia ed economicità dal lato del cittadino	242

## *Indice*

3.3. Un nuovo modello di amministrazione	242
3.4. Efficienza, efficacia ed economicità come parametri di legittimità dell'azione amministrativa	243
3.5 Il Nucleo della concretezza	243
4. Il principio di parità di trattamento, di non discriminazione e di uguaglianza	244
5. Il principio di imparzialità	244
6. Il principio di trasparenza	245
6.1. Il "decreto trasparenza"	246
7. Il principio di pubblicità	247
8. I principi del diritto dell'Unione europea	247
9. Il principio di certezza del diritto e del legittimo affidamento	248
9.1. Gli ambiti di applicazioni del principio di tutela del legittimo affidamento	249
9.2. Gli elementi costitutivi dell'affidamento legittimo	249
9.3. Gli strumenti di tutela dell'affidamento legittimo	250
10. Il principio di proporzionalità	251
11. Il principio di ragionevolezza	251
12. Il principio di buona amministrazione	252
13. Il principio di tempestività e di certezza dell'azione amministrativa	253
14. Il principio di non aggravamento dell'azione amministrativa	253
15. Il principio di semplificazione e di liberalizzazione	254
16. Il principio del giusto procedimento	255
17. Il principio di motivazione	255
18. Il principio della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione	256
19. Il principio di responsabilità	256

## CAPITOLO IV

### IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: FUNZIONE E STRUTTURA

1. Il procedimento amministrativo e la legalità procedimentale	257
2. Il procedimento amministrativo in prospettiva strutturale e funzionale	258
2.1. Analisi delle singole funzioni del procedimento	258
3. La classificazione dei procedimenti sulla base della struttura	259
4. La classificazione dei procedimenti sulla base della funzione	260
5. Procedimento amministrativo e procedimenti di settore	261
6. Il procedimento come modello del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino	261
7. Le fasi del procedimento amministrativo	262
8. La fase di apertura del procedimento	262
9. La comunicazione di avvio del procedimento	263
9.1. Il contenuto della comunicazione di avvio	263
9.2. I soggetti destinatari della comunicazione di avvio	263
9.3. I casi esclusi dalla legge	264
9.4. I casi di esclusione elaborati dalla giurisprudenza	264
9.4.1. I procedimenti diretti all'emanazione di atti vincolati	265
9.4.2. I sub-procedimenti	265
9.4.3. I procedimenti ad istanza di parte	266
9.5. La comunicazione di avvio dei procedimenti di secondo grado	266
9.6. Le forme alternative di comunicazione previste da norme di settore	266
9.6.1. La contestazione nei procedimenti disciplinari e sanzionatori	266
9.6.2. Gli atti di diffida	267
10. La partecipazione al procedimento	267
10.1. Le funzioni della partecipazione	267
10.2. I soggetti legittimati a partecipare al procedimento	268
10.3. La partecipazione degli enti esponenziali: interessi diffusi e interessi collettivi (rinvio)	269

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

10.4. Facoltà della partecipazione	269
10.5. Le conseguenze dell'omessa valutazione degli apporti partecipativi	270
10.6. La separazione tra procedimento e processo	270
11. Il responsabile del procedimento	271
11.1. I compiti del responsabile	272
12. La fase istruttoria	273
12.1. I pareri	273
12.2. Il parere obbligatorio e l'istituto dell'accantonamento	274
12.3. Il parere facoltativo	274
12.4. Il rapporto tra parere e provvedimento	275
12.5. Le valutazioni tecniche	275
12.6. Le dichiarazioni sostitutive di certificazione	276
13. Il preavviso di rigetto	277
13.1. Il rapporto tra preavviso di rigetto e provvedimento finale	278
13.2. Le conseguenze dell'omissione del preavviso di rigetto	278
13.3. L'ambito di applicazione dell'obbligo del preavviso di rigetto	279
13.4. Preavviso di rigetto e silenzio	279
13.5. Preavviso di rigetto e termini del procedimento	279
13.6. Preavviso di rigetto e tutela giurisdizionale	280
14. La fase costitutiva (o decisoria)	280
15. La fase integrativa dell'efficacia	280
16. Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo e l'obbligo di astensione	281
16.1. La sorte del provvedimento adottato in conflitto di interessi	282
17. Procedimento e tempo: <i>ius superveniens</i> e <i>tempus regit actum</i>	<b>282</b>

### CAPITOLO V

#### IL TEMPO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E IL SILENZIO INADEMPIMENTO

1. La doverosità amministrativa	285
2. Il tempo del procedimento	286
2.1. La c.d. fast track procedure	286
3. Istanza del privato e obbligo di provvedere	286
4. L'inerzia della p.a. e il silenzio inadempimento (o rifiuto)	287
5. I rimedi contro l'inerzia	287
5.1. Il potere sostitutivo	288
5.2. Il silenzio significativo (silenzio-assenso e silenzio-diniego)	288
6. La tutela giurisdizionale della doverosità amministrativa: l'azione avverso il silenzio-inadempimento	289
6.1. I presupposti sostanziali e processuali: l'interesse legittimo del privato e la giurisdizione del g.a.	290
6.2. Le condizioni e i termini dell'azione	290
6.3. Le condizioni e i termini dell'azione	291
6.4. Il giudizio sulla fondatezza dell'istanza	291
6.5. La fase esecutiva e la nomina del commissario ad acta	292
6.6. Il provvedimento sopravvenuto nel corso del giudizio	293
7. Il danno da ritardo	293
7.1. Il danno da ritardo nel conseguimento del bene della vita finale	294
7.2. Il danno da "mero ritardo"	295
7.3. L'indennizzo da mero ritardo	297
7.4. Il concorso del danno da ritardo con quello da mero ritardo	297
7.5. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	297
7.6. L'azione di risarcimento del danno da ritardo	298
7.7. Il danno da ritardo e le sopravvenienze	299
8. L'inefficacia degli atti "tardivi"	300

## Indice

### CAPITOLO VI LA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA E IL SILENZIO ASSENSO

1. Il silenzio assenso come rimedio e come strumento di semplificazione	302
2. Il silenzio assenso come rimedio generale	303
3. Le eccezioni al silenzio-assenso	303
4. Silenzio assenso e potere discrezionale	304
5. Il rapporto con la s.c.i.a.	304
6. La natura giuridica del silenzio assenso e il regime giuridico applicabile	305
7. Il silenzio assenso e le istanze non conformi alla legge	306
8. Il provvedimento adottato dopo il silenzio-assenso	306
9. L'autotutela dopo il silenzio-assenso	307
10. Il silenzio assenso e il dovere di provvedere	307
11. La tutela dei terzi	307
12. La tutela dell'istante: l'azione di accertamento del silenzio-assenso	308
12.1 L'attestazione e l'autocertificazione del silenzio-assenso	309
13. Il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni: un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra amministrazioni pubbliche	309
13.1. L'ambito soggettivo di applicazione	310
13.2. L'ambito oggettivo di applicazione	311
13.3. Il rapporto con gli artt. 16 e 17 legge n. 241/1990	312
13.4. Il rapporto con la conferenza di servizi	312
13.5. Il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei Ministri	312
13.6. L'autotutela	312
13.7. Le novità introdotte dal d.l. "semplificazioni (n. 76 del 2020)	313
14. Il silenzio-diniego	314
14.1. Il provvedimento adottato dopo il silenzio-diniego	314
14.2. Il silenzio-diniego e il dovere di provvedere	315
14.3. La tutela dell'istante	315
15. Il silenzio-rigetto	315
16. Il silenzio endoprocedimentale	316
17. Il silenzio nel diritto civile	316

### CAPITOLO VII LA LIBERALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ PRIVATE: LA S.C.I.A

1. La s.c.i.a. come strumento di liberalizzazione	319
2. La natura della situazione giuridica del privato: diritto soggettivo e interesse legittimo oppositivo	320
3. La natura della s.c.i.a.	320
4. L'ambito di applicazione	320
5. I poteri della pubblica amministrazione	321
5.1. Quadro di sintesi dei poteri esercitabili	322
5.2. Il potere di controllo ordinario nei sessanta giorni successivi alla s.c.i.a.	322
5.3. Il potere di controllo in autotutela	322
6. Le sanzioni nel sistema delle abilitazioni non provvedimentali	323
7. Le tecniche di tutela del terzo	324
7.1. La tutela del terzo secondo la giurisprudenza (Ad. Plen. n. 15 del 2011)	324
7.1.1. La tutela del terzo decorsi i termini per l'esercizio del potere di controllo	324
7.1.2. La tutela del terzo in pendenza del termine per l'esercizio del potere di controllo	325
7.2. La tutela del terzo secondo il legislatore	326
7.3. La tutela del terzo in una prospettiva costituzionalmente orientata	328
8. La tutela del privato segnalante	329

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

### CAPITOLO VIII LA CONFERENZA DI SERVIZI

1. Le funzioni della conferenza di servizi	330
1.1. La conferenza come strumento di semplificazione	330
1.2. La conferenza come strumento di integrazione degli interessi	331
1.3. La conferenza come strumento di negoziazione	331
2. La natura giuridica della conferenza di servizi	332
3. Le tipologie di conferenze di servizi. La conferenza istruttoria	332
3.1. La conferenza decisoria	333
3.2. La conferenza preliminare	333
4. Le modalità di funzionamento della conferenza di servizi	333
4.1. La c.d. conferenza semplificata: una “non conferenza”	333
4.2. La conferenza simultanea	334
5. Il rapporto tra la conferenza di servizi e il silenzio-assenso tra amministrazioni	335
6. La determinazione conclusiva della conferenza	335
7. La natura giuridica della determinazione conclusiva	336
8. La partecipazione dei privati alla conferenza di servizi	337

### CAPITOLO IX IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Il duplice volto del provvedimento amministrativo: tra autorità e garanzia	338
2. Provvedimento e atto amministrativo non provvedimentale	338
2.1. L'atto amministrativo paritetico	339
3. Provvedimento amministrativo e atto politico	339
4. Tipicità e nominatività del provvedimento	339
5. I caratteri essenziali del provvedimento	340
6. La forma	341
6.1. La forma nell'era digitale	341
7. Il provvedimento implicito	341
8. La motivazione: la dinamica nelle norme della legge n. 241 del 1990	342
8.1. Le funzioni della motivazione	343
8.2. L'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione	343
8.3. Motivazione per relationem e motivazione implicita	344
8.4. Sufficienza, adeguatezza, congruità e logicità della motivazione	344
8.4.1. Sindacato sulla motivazione e merito amministrativo	345
8.4.2. La motivazione nella valutazione delle prove concorsuali	345
8.5. La motivazione in relazione alla natura del potere e della situazione del privato	346
8.6. Le conseguenze della violazione dell'obbligo di motivazione	347
8.7. La motivazione postuma e l'integrazione in giudizio	348
8.8. Il ruolo della motivazione ai fini del decorso del termine di impugnazione	349

### CAPITOLO X TASSONOMIA DEI PROVVEDIMENTI

1. Relatività e descrittività di una tassonomia	350
2. I provvedimenti limitativi	350
3. I provvedimenti ablatori	350
4. Le sanzioni amministrative: il principio di legalità	352
4.1. Sanzioni amministrative e sanzioni penali	353
4.2. Sanzioni pecuniarie, interdittive e disciplinari	353
4.3. Natura dell'atto sanzionatorio e riparto di giurisdizione	353
5. Il sequestro	355
6. La confisca	355
6.1 Sanzioni amministrative e sanzioni penali. La proporzionalità della misura	355



## Indice

6.1.1 La confisca del prodotto, del profitto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito	
357	
7. Il fermo amministrativo	358
8. I provvedimenti ampliati. Le autorizzazioni e le concessioni	359
8.1. Autorizzazioni e concessioni nel diritto dell'Unione europea	361
9. I provvedimenti attributivi di vantaggi economici (sovvenzioni, contributi, sussidi, etc.)	362
10. I provvedimenti di accertamento: la decisione dell'AGCM che constata l'illecito antitrust	362

### CAPITOLO XI

#### L'EFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Perfezione, validità ed efficacia del provvedimento	367
2. Inefficacia remediale e non remediale	367
3. L'efficacia spaziale del provvedimento	368
4. L'efficacia temporale del provvedimento. La recettività	368
4.1. La retroattività del provvedimento amministrativo	369
4.2. Effetti istantanei ed effetti permanenti	370
5. La sospensione del provvedimento	370
6. La proroga	371
7. L'inoppugnabilità	371
8. L'esecutività e l'eseguibilità del provvedimento	371
9. L'esecutorietà del provvedimento	371

### CAPITOLO XII

#### L'INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. La nozione di invalidità	374
2. L'irregolarità	374
3. L'inesistenza del provvedimento	375
4. Il sistema delle cause di nullità e di annullabilità	375
5. Le cause di nullità	376
5.1. La nullità strutturale	376
5.2. La nullità per difetto assoluto di attribuzione: carenza di potere in astratto e in concreto	377
5.3. La nullità per violazione o elusione del giudicato	378
5.4. La nullità testuale e la (mancata previsione della) nullità virtuale	379
6. Il regime giuridico della nullità	379
7. Le cause di annullabilità	380
8. La tripartizione dei vizi di annullabilità	380
9. L'eccesso di potere	380
9.1. Gli strumenti per la rilevazione dell'eccesso di potere: le figure sintomatiche	380
9.1.1. L'errore di fatto	381
9.1.2. Il difetto di istruttoria	381
9.1.3. Il difetto di motivazione	381
9.1.4. La contraddittorietà	381
9.1.5. La violazione di norme interne	382
9.1.6. L'illogicità e la perplessità	382
9.1.7. La disparità di trattamento	382
9.1.8. La manifesta ingiustizia	382
9.1.9. La violazione dei principi di ragionevolezza, logicità, proporzionalità e legittimo affidamento	383
10. L'incompetenza	383
10.1. Il particolare regime giuridico dell'incompetenza	384
11. La violazione di legge	384
11.1. Vizi meramente formali e vizi sostanziali di forma	385

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

11.2. La dequotazione dei vizi formali del provvedimento vincolato	385
11.3. La dequotazione dei vizi formali del provvedimenti discrezionale: l'omessa comunicazione di avvio del procedimento	386
11.3.1. Il riparto dell'onere della prova	386
11.3.2. La natura del provvedimento viziato, ma non annullato	387
11.4. I vizi di merito	387
12. Il regime giuridico dell'annullabilità	388

### CAPITOLO XIII LE FIGURE DI INVALIDITÀ

1. Le forme di invalidità. L'invalidità parziale	389
2. Invalidità originaria e invalidità successiva	389
2.1. Norma retroattiva	390
2.2. Norma di interpretazione autentica	390
2.3. Decreto legge non convertito	390
2.4. L'illegittimità costituzionale della norma	391
3. L'invalidità derivata	392
3.1. Il regime processuale dell'invalidità derivata a effetto viziante	393
3.2. Il regime processuale dell'invalidità a effetto caducante	394
4. L'invalidità per contrasto con il diritto dell'Unione europea	394
4.1. Il regime speciale: tra nullità e disapplicazione	394
4.2. Il regime ordinario dell'annullabilità	395
4.3. I precipitati sostanziali e processuali dell'annullabilità	395

### CAPITOLO XIV L'AUTOTUTELA E I PROVVEDIMENTI DI SECONDO GRADO

1. L'autotutela nel diritto penale e nel diritto civile	397
2. L'autotutela nel diritto amministrativo: un tentativo di classificazione	397
2.1. L'autotutela esecutiva	397
2.2. L'autotutela contenziosa e quella decisoria necessaria (rinvio)	398
2.3. L'autotutela decisoria spontanea	398
3. I provvedimenti di secondo grado	398
4. L'annullamento d'ufficio	399
4.1. L'illegittimità	399
4.2. Le ragioni di pubblico interesse	399
4.3. La ragionevolezza del termine	400
4.4. La tutela del legittimo affidamento del privato	400
4.4.1. Riflessioni sul legittimo affidamento oltre l'autotutela amministrativa	401
5. L'autotutela doverosa	404
5.1. L'annullamento d'ufficio dell'atto in contrasto con il diritto dell'Unione europea	405
6. Profili procedurali	406
6.1. La domanda di riesame e il silenzio dell'amministrazione	406
6.2. La comunicazione di avvio e l'art. 21-octies, comma 2	406
7. Gli effetti dell'annullamento d'ufficio	406
7.1. L'annullamento parziale	407
8. La revoca	407
8.1. Limiti alla revoca e strumenti di compensazione	408
8.2. L'oggetto della revoca	408
8.3. Profili procedurali	409
8.4. La distinzione tra revoca e provvedimenti affini	409
9. L'abrogazione	409
10. I provvedimenti di secondo grado ad esito conservativo	409
10.1. La convalida	410

## *Indice*

10.2. La ratifica	411
10.3. La sanatoria	411
10.4. La rettifica	411
10.5. La conferma	411
10.6. La conversione	412

### CAPITOLO XV L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

1. Il principio di trasparenza	413
2. L'accesso procedimentale	413
2.1. La natura giuridica	414
2.2. La legittimazione ad accedere	415
2.3. I documenti accessibili	416
2.3.1. L'accesso agli atti interni e ai pareri legali	417
2.4. I soggetti passivi del diritto di accesso: la nozione di pubblica amministrazione	418
2.5. L'accesso agli atti di soggetti privati	418
2.6. L'accesso agli atti delle autorità amministrative indipendenti	418
2.7. I casi di esclusione del diritto di accesso	419
2.8. Il conflitto tra accesso e riservatezza	420
2.9. Accesso e privacy	421
2.10. La tutela dei controinteressati	421
2.11. Il differimento dell'accesso	422
2.12. Il diritto di accesso nell'ordinamento degli enti locali	422
2.13. Il diritto di accesso in materia ambientale	423
2.14. Il diritto di accesso nella disciplina dei contratti pubblici	423
3. La tutela del diritto di accesso	424
3.1. La tutela giustiziale	424
3.2. La tutela giurisdizionale del diritto di accesso (cenni e rinvio)	425
4. L'accesso civico	425
5. L'accesso civico generalizzato	426
5.1. Il rapporto tra l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato	426
5.2. Il rapporto con l'accesso procedimentale: la titolarità e le condizioni di esercizio del diritto	427
5.3. I limiti all'accesso	427
5.4. L'ambito soggettivo di applicazione	428
5.5. Le tecniche di tutela	428
6. Il concorso delle diverse forme di accesso	429
7. Conclusioni: la trasparenza come valore-chiave	430

### CAPITOLO XVI LA NEGOZIAZIONE DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

1. La neutralità delle forme della funzione amministrativa	432
2. La funzionalizzazione dell'attività di diritto privato	432
3. Gli accordi nel procedimento amministrativo	433
3.1. Gli accordi come contratti di diritto privato	433
3.2. Gli accordi come convenzioni pubblicistiche	434
4. Accordi procedimentali e accordi sostitutivi	435
4.1. Fattispecie tipiche di accordi sostitutivi	436
5. La forma degli accordi	436
6. L'applicazione dei principi del codice civile	437
7. Il recesso dall'accordo	437
8. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	438
9. Gli strumenti di tutela nei confronti degli accordi	438

9.1. La tutela dei terzi	439
9.2. La tutela della pubblica amministrazione	440
10. Gli accordi tra pubbliche amministrazioni	440
10.1. Gli accordi di programma	441
10.2. Gli accordi di programma nella disciplina degli enti locali	442
10.3. La natura giuridica degli accordi (rinvio)	442
10.4. La disciplina degli accordi: l'art. 15 della legge n. 241 del 1990.	442
10.5. Accordi e tutela della concorrenza	443
10.6. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	443
10.7. Gli strumenti di tutela	443

**PARTE VII**  
**I CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

CAPITOLO I  
IL CONTRATTO PUBBLICO

1. La capacità negoziale della pubblica amministrazione	447
2. I limiti alla capacità negoziale della pubblica amministrazione	447
3. Tassonomia dei contratti pubblici	448
4. Il contratto di appalto pubblico	448
4.1. L'appalto di lavori	448
4.2. L'appalto di servizi e di forniture	449
5. Il contratto di concessione	449
6. Le figure contrattuali di confine tra l'appalto e la concessione: il partenariato pubblico privato	450
6.1. La finanza di progetto	451
6.1.1 Concessioni autostradali e divieto di project financing	451
6.2. La locazione finanziaria	453
6.3. Il contratto di disponibilità	453
6.4. Il contratto di affidamento a contraente generale (general contractor)	454
7. I contratti misti	454
8. Il regime giuridico del contratto pubblico	455

CAPITOLO II  
LE FONTI E I PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

1. Le fonti primarie della disciplina dei contratti pubblici	457
2. I capitoli	457
3. Le fonti esterne al codice	458
4. Il ruolo dei principi generali nella contrattualistica pubblica	458
5. I principi di pubblicità e di trasparenza	458
5.1 L'accesso documentale agli atti della fase di esecuzione del contratto pubblico da parte dell'impresa non aggiudicataria	459
5.2 L'accesso civico generalizzato agli atti della fase di esecuzione del contratto pubblico da parte dell'impresa non aggiudicataria	461
6. Il principio di libera concorrenza	463
7. I principi di non discriminazione, di imparzialità e di parità di trattamento	463
8. I principi di efficienza, efficacia ed economicità	464
9. Il principio di tempestività	465
10. Il principio di correttezza	465
11. Il principio di qualità delle prestazioni	465
12. Il principio di proporzionalità	466
13. Il principio di rotazione	466
13.1. La rotazione quale criterio metagiuridico di gestione del potere	467

## *Indice*

13.2. La rotazione tra regola ed eccezione	468
14. I principi generali sul procedimento amministrativo e i principi generali del diritto comune dei contratti	468

### CAPITOLO III L'AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO E SOGGETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. I contratti sopra soglia e sotto soglia	469
2. I contratti esclusi	469
2.1. L'in house providing (cenni e rinvio)	470
2.2. Gli accordi di cooperazione tra enti pubblici	470
2.3. Servizi affidati in base a un diritto esclusivo	470
2.4. Contratti di sponsorizzazione e realizzazione di opere a spese di privati	471
3. Contratti estranei e contratti esenti	471
4. Settori ordinari e settori speciali	471
5. L'ambito di applicazione soggettivo del codice	472
5.1. Le amministrazioni aggiudicatrici	472
5.2. L'organismo di diritto pubblico (cenni e rinvio)	473
5.3. Gli enti aggiudicatori	473
5.4. Le imprese pubbliche (cenni e rinvio)	473
5.5. I soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi	473
5.6. I soggetti aggiudicatori	474

### CAPITOLO IV LE CONTROPARTI CONTRATTUALI

1. Gli operatori economici: una categoria atipica	475
2. Analisi delle figure di operatore economico	476
2.1. I raggruppamenti temporanei di imprese	476
2.1.1. Le diverse forme di raggruppamento (orizzontale, verticale e misto)	477
2.1.2. La natura giuridica e la tutela dei mandanti	477
2.1.3. La modifica del raggruppamento	478
2.1.4. La corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di qualificazione	479
2.1.5. Il principio di immutabilità della compagine	480
2.1.5.1. La sottoposizione a una procedura concorsuale	482
2.2. I consorzi	483
2.2.1. Differenze tra consorzio ordinario e consorzio stabile	483
2.2.1.1. La c.d. qualificazione alla rinfusa	484
2.3. Le reti di impresa	485
3. I requisiti generali di partecipazione alla gara	486
4. Il principio di tassatività delle cause di esclusione	486
4.1. Le rationes delle singole cause di esclusione	487
4.2. Le misure di prevenzione e le informative antimafia	488
4.2.1. Il procedimento dell'informativa antimafia e il contraddittorio	489
4.2.2. La natura e gli effetti dell'interdittiva antimafia	490
4.2.2.1. Il compenso revisionale	493
4.2.2.2. Il problema della legalità-tipicità e il sindacato del giudice amministrativo	493
4.3. I protocolli di legalità	496
4.4. La violazione dei obblighi informativi	497
4.4.1. Il divieto di avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite	500
4.5. I gravi illeciti professionali	500
4.5.1. Le clausole escludenti nel prima del principio di tassatività	502
5. I requisiti speciali	503
5.1. I requisiti speciali per gli appalti di lavori	503

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

5.2. Il sistema unico di qualificazione nei lavori pubblici: il ruolo delle SOA all'indomani del codice	503
5.3. I requisiti speciali per i contratti di servizi e forniture	504
5.4. Il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta	505
5.5. L'autocertificazione dei requisiti: il documento di gara unico europeo (DGUE)	505
5.6. I requisiti di qualificazione dei raggruppamenti temporanei di imprese	505
5.6.1. La cooptazione	506
5.7. I requisiti di qualificazione dei consorzi stabili	506
5.8. Il rating d'impresa	506
6. L'avvalimento	506
6.1. Forme di avvalimento: interno ed esterno, occasionale e stabile	507
6.2. Avvalimento di garanzia e operativo	507
6.4. Il contratto di avvalimento	509
6.5. La responsabilità del soggetto ausiliario	510
6.6. L'esclusione dalla gara dell'impresa ausiliata per dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria	511
7. Il soccorso istruttorio	512
7.1. I limiti del soccorso istruttorio ante codice dei contratti pubblici	512
7.2. Il soccorso istruttorio nel codice dei contratti pubblici dopo il correttivo 2017	513
7.3. Carenze o irregolarità essenziali sanabili	513
7.4. Le carenze e le irregolarità non essenziali sanabili	514
7.5. Le carenze o irregolarità non sanabili	514
7.6. La procedimentalizzazione del soccorso istruttorio	514
7.7. Il soccorso istruttorio processuale	515

### CAPITOLO V

#### LE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE

1. I principi di tassatività e tipicità dei procedimenti a evidenza pubblica	516
2. I principi di concorsualità e di massima apertura al mercato: le procedure aperte	516
3. Le procedure ristrette	517
4. Le procedure competitive con negoziazione	517
5. Le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara	518
6. Il dialogo competitivo	519
7. Il partenariato per l'innovazione (e gli appalti pre-commerciali)	520
7.1. La procedura	521
8. Tecniche e strumenti di affidamento: l'informatizzazione delle procedure	522
8.1. L'accordo quadro	522
8.2. Il sistema dinamico di acquisizione	522
8.3. Le aste elettroniche	523
8.4. I cataloghi elettronici	523
8.5. Le piattaforme telematiche di negoziazione	523
9. Le procedure di affidamento dei contratti "sotto soglia"	524
9.1. L'affidamento diretto	525
9.2. La procedura negoziata	526
10. La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo	526

### CAPITOLO VI

#### LO SVILUPPO DELLA PROCEDURA DI EVIDENZA PUBBLICA

1. La determina a contrarre	528
2. Il bando di gara	528
3. Il disciplinare di gara e i capitolati generali e speciali	529
4. Il rapporto tra bando, disciplinare e capitolato. Le lacune e l'eterointegrazione	530
5. La lettera di invito	530

## Indice

6. L'avviso di preinformazione	531
7. La pubblicazione del bando e degli avvisi	531
8. Il termine per la presentazione delle domande di partecipazione	532
8.1. Il principio di tempestività e quello di favor participationis	532
9. Le commissioni giudicatrici	532
10. I criteri di aggiudicazione	532
10.1 Analisi delle norme sui criteri di aggiudicazione e problematiche applicative	533
10.1.1 Il criterio di aggiudicazione dei contratti ad alta intensità di manodopera	535
10.2. Il divieto di integrazione delle offerte e di negoziazione dopo l'aggiudicazione	535
11. Le offerte anomale	536
12. La proposta di aggiudicazione e l'approvazione	536
13. L'avviso di post-informazione	537
14. La stipulazione del contratto. Lo <i>stand still period</i>	<b>538</b>
15. Il sistema delle garanzie	538
15.1. La garanzia provvisoria	538
15.2. La cauzione definitiva	539
15.3. Le specifiche garanzie per gli appalti di lavori	539
16. Le novità introdotte dal d.l. "semplificazioni"	540
16.1. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia	541

## CAPITOLO VII

### VIZI DELLA PROCEDURA, DIFETTI DEL CONTRATTO E TECNICHE DI TUTELA

1. Premessa	542
2. La scelta del sistema di gara e la tutela delle imprese	542
3. Gli atti impugnabili	543
4. Legittimazione al ricorso e partecipazione alla gara	543
5. L'interesse al ricorso: la figura dell'interesse strumentale	543
6. Illegittimità del bando e tutela dell'interessato	544
7. Ammissioni ed esclusioni dalla gara: la tutela dell'interesse procedimentale	545
8. I vizi della proposta di aggiudicazione e dell'aggiudicazione	545
9. Rapporto tra impugnazione del bando e aggiudicazione	545
10. Rifiuto o ritardo nell'aggiudicazione della gara	546
11. La mancata stipulazione del contratto	546
12. Il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: breve <i>excursus</i> storico tra nullità, annullabilità e caducazione	547
13. L'inefficacia del contratto: le gravi violazioni	548
13.1. Le eccezioni alla regola dell'inefficacia del contratto per gravi violazioni	549
13.2. L'inefficacia del contratto per violazioni non gravi	549
13.3. L'inefficacia in senso stretto (non remediale) del contratto	549
13.4. La dichiarazione dell'inefficacia ex officio	550
13.5. La natura della dichiarazione di inefficacia	550
14. Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto	551
15. La giurisdizione esclusiva, ma non di merito, del giudice amministrativo	551
15.1. Differenze tra annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione	552
16. Le sanzioni alternative	553
17. La tutela in forma specifica e il risarcimento del danno per equivalente	553
17.1. L'irrelevanza dell'elemento soggettivo	553
17.2. L'interesse positivo risarcibile	554
17.3. L'interesse negativo	555
17.4. La perdita di chance (rinvio)	555
17.5. La detrazione "automatica" dell' <i>aliunde perceptum vel percipiendum</i>	555

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

18. La giurisdizione e la sorte del contratto nelle fattispecie che non rientrano nel campo di applicazione degli artt. 120-125 c.p.a.	556
19. L'autotutela interna al contratto	557
19.1. La risoluzione	557
19.2. Il recesso	558
19.2.1. Rapporti tra recesso e revoca dopo la stipulazione del contratto	559
19.3. La cessazione della concessione	559
20. L'esclusione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica	560
21. Il precontenzioso amministrativo	560
21.1. I pareri di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del codice	560
21.2. La legittimazione dell'ANAC a impugnare i provvedimenti delle stazioni appaltanti	561
21.2.1. Il ruolo dell'ANAC	562
21.2.2. Le domande proponibili	562

### CAPITOLO VIII L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

1. Dalla fase pubblicistica a quella privatistica	564
2. Il responsabile del procedimento	564
3. La consegna	564
4. Il bilanciamento tra esigenze di modificazione e principi di trasparenza	565
5. Le modifiche oggettive del contratto. Le varianti in corso d'opera	565
5.1. La revisione dei prezzi	566
6. La proroga	566
7. Il subappalto	567
7.1 Subappalto e avvalimento a confronto	568
7.2 La possibilità per il subappaltatore di integrare il requisito mancante della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili	570
8. Il collaudo e la verifica di conformità	572

### CAPITOLO IX LE SPECIFICITÀ DELLA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI E DEI CONTRATTI NEI SETTORI SPECIALI

1. Le concessioni: le garanzie procedurali	573
2. L'esecuzione del contratto di concessione	574
2.1 La proroga delle concessioni per la raccolta delle lotterie nazionali	574
3. La concessione di beni pubblici (rinvio)	575
4. I contratti nei settori speciali (sempre meno speciali e più ordinari)	575
4.1. L'ambito di applicazione della disciplina	575
4.2. I contratti misti	575
4.3. L'individuazione delle norme applicabili ai settori speciali	576
4.4. I requisiti di qualificazione	577
4.5. Modalità di indizione, procedure di scelta e criteri di aggiudicazione	577

### CAPITOLO X IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

1. La giurisdizione esclusiva in materia di appalti pubblici: l'ambito	578
2. L'autolimitazione, gli appalti dei soggetti privati, gli appalti sotto soglia	579
3. I comportamenti e la responsabilità precontrattuale	579
4. La fase di esecuzione del contratto	580
4.1. Gli ambiti della giurisdizione del giudice amministrativo nella fase esecutiva	580
5. Gli atti di ritiro dell'aggiudicazione e di risoluzione del contratto	580
6. La giurisdizione sul subappalto	581



## *Indice*

7. La cessione del contratto di appalto	582
8. La revisione dei prezzi	582
9. Il rifiuto di stipulare il contratto	582
10. La rinegoziazione del contratto	582
11. La sorte del contratto di appalto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione (rinvio)	583
12. Le sanzioni alternative	583

### CAPITOLO XI

#### LA GOVERNANCE DEI CONTRATTI PUBBLICI: I POTERI DELL'ANAC

1. Premessa	584
2. I poteri di indirizzo e di regolazione	584
3. I poteri di vigilanza e controllo	584
4. I poteri di segnalazione e sanzionatori	585
5. Le attività di gestione del contenzioso (rinvio)	585

### **PARTE VIII I CONTROLLI**

#### CAPITOLO I

##### I PRINCIPI GENERALI

1. Nozione di controllo e criteri di classificazione	589
2. I controlli sugli atti	589
3. Controllo sugli atti e tutela giurisdizionale	590
3.1. Impugnabilità degli atti di controllo	590
3.2. Gli effetti della sentenza che annulla l'atto negativo di controllo	590
3.3. L'amministrazione controllata non è controinteressata nel giudizio avverso l'atto negativo di controllo	590

#### CAPITOLO II

##### I CONTROLLI INTERNI

1. I controlli interni: la classificazione	592
2. Il controllo di gestione	592
3. Il controllo strategico	592
4. Il controllo interno di regolarità amministrativa e contabile	592
5. I controlli interni negli enti territoriali: lineamenti generali	593

#### CAPITOLO III

##### I CONTROLLI DELLA CORTE DEI CONTI

1. I controlli della Corte dei conti	594
2. Il controllo preventivo di legittimità	594
2.1. La natura dell'atto di controllo	595
3. Il controllo successivo di legittimità	596
4. Il controllo sugli enti sovvenzionati	596
5. Il controllo successivo sulla gestione	596
6. Il controllo concomitante di cui all'art. 11 della legge 15 del 2009	597
7. Il controllo sulla contrattazione collettiva	597
8. Il giudizio di parifica	598
9. I controlli della Corte dei conti nei confronti delle regioni e degli enti locali	598
9.1. Il controllo previsto dall'art. 7 della legge n. 131/2003.	598
9.2. Il controllo previsto dalle leggi n. 266/05 e n. 15/09.	599
9.3. Il controllo previsto dall'art. 148-bis del TUEL	599
9.4. La natura degli atti di controllo della Corte dei Conti sugli enti locali	600

9.5. I controlli nei confronti delle Regioni	600
9.6. Il controllo sulle spese dei gruppi consiliari regionali	601

**PARTE IX  
LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

CAPITOLO I  
FONDAMENTO, FUNZIONI E MODELLI DELLA RESPONSABILITÀ  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. La responsabilità: dal concetto culturale a quello giuridico	605
2. Il fondamento costituzionale della responsabilità della pubblica amministrazione	605
3. I modelli di responsabilità della pubblica amministrazione	605
4. Il sistema di responsabilità della pubblica amministrazione a doppio binario	606
5. Le funzioni della responsabilità della pubblica amministrazione: riparatoria, sanzionatoria e deterrente	607
6. Le forme di responsabilità	608

CAPITOLO II  
LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO

1. La natura della responsabilità da provvedimento illegittimo	609
2. La responsabilità per lesione degli interessi legittimi oppositivi e pretensivi	610
3. Il nesso di causalità: il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita	611
4. L'elemento soggettivo: la colpa della pubblica amministrazione	612
4.1. La responsabilità oggettiva per violazione del diritto dell'Unione Europea	612
5. La giurisdizione del giudice amministrativo	613
5.1. I diritti indegradabili	614
6. L'azione (autonoma) di risarcimento del danno e la pregiudiziale di merito	614
7. La conversione dell'annullamento in accertamento a fini risarcitori	616
8. L'azione risarcitoria esercitata nel giudizio di annullamento	616
9. L'azione risarcitoria nel giudizio di ottemperanza	617
10. La responsabilità da provvedimento illegittimo favorevole	618
10.1 La tutela dell'affidamento del privato	619

CAPITOLO III  
LA RESPONSABILITÀ PER LESIONE DI INTERESSI PROCEDIMENTALI

1. Gli interessi procedurali (cenni e rinvio)	622
2. La responsabilità aquiliana per lesione dell'interesse procedimentale	622
3. La responsabilità da contatto sociale per lesione dell'interesse procedimentale	623
4. Le ragioni dell'inconfigurabilità di una responsabilità per lesione di un interesse procedimentale	624
5. La responsabilità per il ritardo nell'esercizio del potere amministrativo: il c.d. danno da ritardo (rinvio)	624

CAPITOLO IV  
LA RESPONSABILITÀ DA COMPORTAMENTO  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. La responsabilità da comportamento amministrativo	625
2. La giurisdizione del giudice amministrativo	625
3. La responsabilità da mero comportamento	625
3.1. Il rapporto tra terzo danneggiato e dipendente pubblico	626
3.2. Il rapporto tra il terzo danneggiato e la pubblica amministrazione	626
3.3. Il rapporto interno tra dipendente e amministrazione	626

## Indice

### CAPITOLO V LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E CONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. La responsabilità da inadempimento contrattuale	628
2. La responsabilità precontrattuale	628
2.1. Responsabilità precontrattuale in senso cronologico	629
2.2. Responsabilità precontrattuale in senso ontologico	629
2.2.1. La responsabilità precontrattuale da contratto inefficace	631
3. La responsabilità precontrattuale come responsabilità da contatto sociale	631
4. Responsabilità precontrattuale e riparto di giurisdizione	632

### CAPITOLO VI LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DA ATTO LEGITTIMO DANNOSO

1. La responsabilità da atto legittimo	633
--	-----

### CAPITOLO VII IL RISARCIMENTO DEL DANNO

1. Gli strumenti di tutela contro il danno: il risarcimento in forma specifica	634
2. Il rapporto tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente	634
3. Il risarcimento del danno per equivalente	635
4. Il danno risarcibile in materia di appalti (rinvio)	635
5. Il danno da perdita di chance	635
6. Il danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale	638

### CAPITOLO VIII LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

1. Nozione e inquadramento	639
2. Le fonti normative	639
3. La natura e la funzione della responsabilità amministrativa	639
4. I caratteri della responsabilità amministrativa: la personalità	640
4.1. La parzialità	640
4.2. L'intrasmissibilità agli eredi	641
5. La condotta: l'insindacabilità del merito	641
6. Il rapporto di impiego e il rapporto di servizio	641
6.1. Il vincolo di occasionalità necessaria	642
7. L'elemento soggettivo: il dolo e la colpa grave	642
7.1. La riforma della responsabilità amministrativa nel decreto "semplificazioni" (d.l. 76 del 2020): la prova dell'evento dannoso	643
7.1.1 L'esclusione temporanea della responsabilità per colpa grave	643
8. Il danno erariale	644
9. Le principali tipologie di danno erariale	644
9.1. Il danno da conferimento di incarichi	645
9.2. Il danno alla concorrenza	646
9.3. Il danno da disservizio	646
9.4. Il danno da tangente	646
9.5. Il danno all'immagine	647
10. I vantaggi compensativi (la <i>compensatio lucri cum damno</i> )	649
11. Il potere del giudice di ridurre il risarcimento del danno	650
12. Il termine di prescrizione	650
13. La giurisdizione della Corte dei Conti	651
14. Il codice di giustizia contabile: le linee di fondo	651

**PARTE X  
I SINGOLI SETTORI**

CAPITOLO I  
I SERVIZI PUBBLICI E LA CONCORRENZA

1. Premessa storica	655
2. La nozione soggettiva di servizio pubblico	656
3. La nozione oggettiva di servizio pubblico	656
4. Servizi a fruizione collettiva e individuale	657
5. I servizi di interesse generale a rilevanza economica e non economica	657
6. I servizi di interesse economico generale e i servizi non economici di interesse generale	657
7. Il criterio di distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale	658
8. I servizi di interesse generale nel diritto europeo	658
9. Le direttive di liberalizzazione	659
10. La tutela della concorrenza	659
10.1. Regole di concorrenza c.d. antitrust	659
10.2. La concorrenza nel mercato	660
10.2.1. Il fallimento del mercato e gli obblighi di servizio	660
11. Obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di Stato	661
12. La concorrenza per il mercato	662
13. L'assunzione e la regolazione dei servizi pubblici	662
13.1. I principi in materia di servizi pubblici	663
13.2. Le forme di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica	664
13.3. La gestione del servizio	665
13.4. Il contratto di servizio	665
13.5. Le carte dei servizi	665
13.6. I contratti di utenza	666
14. Le autorità di regolazione	666
15. I servizi pubblici locali	667
15.1. L'evoluzione del quadro normativo	667
16. La giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi	669
16.1. La fase di affidamento	670
16.2. La fase di esecuzione	670

CAPITOLO II  
IL GOVERNO DEL TERRITORIO: L'URBANISTICA

1. Origine e funzioni dell'urbanistica	671
2. L'evoluzione normativa della materia. La nozione di "governo del territorio"	672
3. Il ruolo della pianificazione (urbanistica e territoriale)	672
4. Il piano territoriale di coordinamento	673
5. Il rapporto tra piano territoriale di coordinamento e pianificazione urbanistica comunale	673
6. La pianificazione urbanistica comunale: il piano regolatore generale	673
6.1. Natura giuridica del piano regolatore generale	674
6.2. Contenuto ed effetti del piano regolatore generale	674
6.3. Le varianti al piano regolatore generale	675
7. Il sistema della pianificazione comunale attuativa. Il piano particolareggiato	675
8. Il piano di lottizzazione e l'urbanistica consensuale	676
9. Le convenzioni urbanistiche: in particolare, le convenzioni di lottizzazione	676
10. L'edilizia residenziale sociale: il Piano di zona per l'edilizia economica e popolare e il <i>social housing</i>	677
11. Il Piano di recupero e gli altri strumenti di riqualificazione urbana	677
12. Il Piano per gli insediamenti produttivi	678

## *Indice*

13. La perequazione urbanistica: le finalità	678
13.1. I modelli della perequazione urbanistica	679
13.2. Il fondamento normativo	679
13.3. Le differenze con la pianificazione territoriale, la compensazione e la premialità	680
13.4. La perequazione urbanistica nella giurisprudenza	680
14. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	681

### CAPITOLO III IL GOVERNO DEL TERRITORIO: L'EDILIZIA

1. La nozione di edilizia e l'evoluzione storica del settore	682
2. Il testo unico dell'edilizia	682
3. Il regolamento edilizio	683
4. L'incidenza del regolamento edilizio nei rapporti tra privati	683
5. Natura giuridica dei regolamenti edilizi e tecniche di tutela (parziale rinvio)	683
6. Gli interventi edilizi previsti dalla legge	683
7. I titoli abilitativi	684
7.1. L'attività edilizia libera	684
7.2. Interventi soggetti a comunicazione di inizio dei lavori asseverata (CILA)	684
7.3. Interventi soggetti a segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)	684
7.4. Gli interventi soggetti a permesso edilizio o di costruire	685
8. Il permesso edilizio come atto autorizzatorio in funzione di controllo e a carattere reale	685
8.1. La natura del potere esercitato dal Comune	685
8.2. Gli oneri concessori	685
8.3. Il procedimento di rilascio del permesso di costruire	687
8.4. L'annullamento comunale in autotutela del permesso di costruire	688
8.5. L'annullamento regionale del permesso di costruire	688
8.6. Il contenzioso sul permesso di costruzione	688
8.7. La tutela del terzo	688
8.8. La tutela del terzo in caso di SCIA	689
8.9. La possibilità di sanatoria nel caso di intervento edilizio eseguito in base a permesso di costruire annullato in sede giurisdizionale	689
9. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	690
10. Il sistema repressivo-sanzionatorio	691
10.1. Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni	692
10.2. Le sanzioni civili	692
11. Il condono	693

### CAPITOLO IV I BENI CULTURALI

1. I beni culturali: a) nozione; b) tipicità; c) materialità ed immaterialità; d) inerenza al pubblico interesse	694
2. Beni culturali di proprietà pubblica e di proprietà privata	695
3. I poteri amministrativi per la tutela dei beni culturali	696
4. La fruizione dei beni culturali	697
5. La valorizzazione dei beni culturali	698
6. La globalizzazione dei beni culturali	699

### CAPITOLO V I BENI PAESAGGISTICI

1. La nozione di paesaggio	700
2. Il paesaggio nella Costituzione	700
3. La tutela e la valorizzazione del paesaggio tra Stato e Regioni	701
4. I beni paesaggistici	701

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

5. Il piano paesistico come strumento di tutela dinamica del paesaggio	702
6. L'autorizzazione paesaggistica	703
6.1. Il regime di impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica	703
7. Il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica	704
8. Le sanzioni amministrative a tutela del paesaggio	704

### CAPITOLO VI L'AMBIENTE

1. La nozione di ambiente	706
2. I principi in materia ambientale nel quadro dell'Unione europea	707
2.1. Il principio di sostenibilità	707
2.2. I principi di prevenzione e di precauzione	707
2.3. Il principio di informazione e di cooperazione tra gli Stati	708
2.4. Il principio dell'elevato livello di tutela	708
2.5. Il principio della correzione alla fonte	708
2.6. Il principio chi inquina paga	708
2.7. Il principio di trasparenza: l'accesso alle informazioni ambientali	708
3. Procedimenti speciali a tutela dell'ambiente: la valutazione di impatto ambientale (VIA)	709
3.1. La valutazione ambientale strategica (VAS)	710
4. L'autorizzazione ambientale	711
4.1. L'autorizzazione integrata ambientale (AIA)	712
4.2. L'Autorizzazione Unica Ambientale (AUA)	712
5. Le certificazioni ambientali	712
6. Il danno ambientale: la nozione	713
6.1. Le misure di prevenzione e di precauzione volte ad evitare il danno ambientale	713
7. La responsabilità per danno ambientale: i criteri di imputazione	714
7.1. La funzione della responsabilità per danno ambientale	714
7.2. La riparazione del danno e i soggetti responsabili	715

### CAPITOLO VII L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

1. Il diritto di proprietà	717
2. Il diritto di proprietà nella Costituzione e nel codice civile	717
3. Il diritto di proprietà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea	718
4. Il diritto di proprietà nel diritto internazionale e, in particolare, nella Cedu	719
5. L'espropriazione diretta e in buona e dovuta forma	719
6. Il procedimento di espropriazione: ambito di applicazione e finalità	720
7. I soggetti del procedimento espropriativo	720
7.1. L'autorità espropriante	720
7.2. Il beneficiario dell'espropriazione	721
7.3. Il promotore dell'espropriazione	721
8. Le regole generali sulla competenza	721
9. Le fasi del procedimento	721
10. Il vincolo preordinato all'esproprio	721
10.1. Le conseguenze dell'apposizione del vincolo: l'espropriazione sostanziale	722
10.2. La distinzione tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi	722
10.3. La reiterazione del vincolo	723
11. La partecipazione degli interessati	724
12. L'approvazione del progetto definitivo	724
13. La dichiarazione di pubblica utilità	725
14. Il decreto di esproprio	725
14.1. Il decreto di esproprio tardivo	726
15. L'atto di cessione volontaria	726

## Indice

16. L'indennizzo: i principi generali	726
16.1. I criteri di determinazione dell'indennizzo	727
16.1.1. Le aree edificabili	727
16.1.2. Le aree agricole	727
17. L'indennità di occupazione	728
17.1. La determinazione giudiziale dell'indennità	728
18. Le procedure urgenti	729
18.1. L'occupazione d'urgenza	729
19. L'art. 42- <i>bis</i> del Testo unico sulle espropriazioni	729
20. L'occupazione appropriativa e quella usurpativa	730
21. L'acquisizione sanante ex art. 43 del Testo unico	731
22. L'acquisizione sanante nell'art. 42- <i>bis</i> del Testo unico	731
22.1. L'indennizzo	732
22.2. Il danno non patrimoniale	732
22.3. Il risarcimento per il mancato godimento del bene	733
23. Una lettura di sintesi dell'art. 42- <i>bis</i>	<b>734</b>
24. Usucapione e specificazione	735
25. La rinuncia abdicativa	736
26. Il giudicato restitutorio e i poteri del giudice dell'ottemperanza	739
26.1. Gli effetti del giudicato civile di rigetto dell'azione di risarcimento per equivalente	740
27. La retrocessione	742
27.1. La retrocessione parziale	742
27.2. La retrocessione totale	742
27.3. Il prezzo della retrocessione	743
28. La tutela giurisdizionale e il riparto di giurisdizione	743
28.1. I comportamenti ai fini del riparto della giurisdizione	744
28.2. Retrocessione e riparto di giurisdizione	744

## CAPITOLO VIII L'IMMIGRAZIONE

1. Il diritto dell'immigrazione e lo statuto dello straniero	746
2. La distinzione tra migrante volontario e involontario	746
3. Tutela dello straniero e riparto della giurisdizione	746
3.1. La tutela del migrante volontario	747
3.2. La tutela del migrante involontario	747
4. Una chiave di lettura di sistema della tutela dello straniero	748
5. Provvedimenti nei confronti dello straniero e sindacato del giudice amministrativo	748
5.1. Il provvedimento di espulsione dello straniero	749
6. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari	749
6.1. La successione di leggi nel tempo e il principio del tempus regit	750
6.2. L'integrazione sociale	753
7. Il diniego di cittadinanza	754

## PARTE XI LA TUTELA GIUSTIZIALE

### CAPITOLO I I RICORSI AMMINISTRATIVI ORDINARI

1. La tutela giustiziale: il ruolo nel sistema della giustizia amministrativa	759
2. La natura giuridica dei ricorsi amministrativi ordinari	759
3. La cornice normativa	760
4. Il ricorso amministrativo come rimedio facoltativo e alternativo	760
5. Tutela giustiziale e tutela giurisdizionale a confronto	761

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

6. Tassonomia dei ricorsi amministrativi ordinari	762
7. Il ricorso gerarchico proprio	762
8. Il ricorso gerarchico improprio	763
9. Gli atti impugnabili. La non definitività dell'atto	763
10. Il ricorso in opposizione	764
11. I rapporti tra ricorso amministrativo e ricorso giurisdizionale	764
12. La decisione sul ricorso	764
13. Il silenzio sul ricorso amministrativo	765
14. Impugnazione della decisione sul ricorso amministrativo	766
15. Motivi deducibili in sede giurisdizionale	767

### CAPITOLO II

#### IL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

1. Il ricorso straordinario nel prisma dei rimedi giustiziali	768
2. Il principio dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale	768
3. Le caratteristiche del ricorso straordinario	769
4. Gli atti impugnabili con ricorso straordinario	769
5. Il procedimento	769
6. La tutela cautelare	770
7. La decisione del ricorso straordinario	770
8. La natura giuridica della decisione del ricorso straordinario	770
9. I rimedi avverso la decisione del ricorso straordinario: il ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione	772
9.1. L'impugnazione del decreto di decisione del ricorso	772
9.2. La richiesta di riesame del parere del Consiglio di Stato	772
9.3. La revocazione	773
10. L'esecuzione della decisione del ricorso straordinario: il giudizio di ottemperanza	773
11. Considerazioni finali	773

### PARTE XII

#### LA TUTELA GIURISDIZIONALE

### CAPITOLO I

#### LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

1. Premessa	778
2. La legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo	778
3. La legge 31 marzo 1889, n. 5992	779
4. Il dualismo del sistema di giustizia amministrativa e il riparto di giurisdizione	779
5. La giurisdizione amministrativa nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale	780
6. Il codice del processo amministrativo: l'art. 7	780
7. I criteri di riparto della giurisdizione: la <i>causa petendi</i>	781
8. I limiti "interni" ed "esterni" della giurisdizione (rinvio)	781
9. Le forme della giurisdizione	782
10. La giurisdizione generale di legittimità	782
10.1. Dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto	783
11. La giurisdizione di merito	784
11.1. I labili confini tra giurisdizione di legittimità e di merito	785
12. La giurisdizione esclusiva	785
12.1. Le "particolari materie" di giurisdizione esclusiva secondo la Corte costituzionale	786
12.2. La giurisdizione esclusiva nel caso di azione della p.a. nei confronti del privato	787
12.3. L'elenco delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva	787
12.3.1. I casi di giurisdizione esclusiva correlati al procedimento amministrativo in	



## Indice

generale (rinvio)	787
12.3.2. La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di beni pubblici (rinvio)	787
12.3.3. La giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici	788
12.3.4. La giurisdizione esclusiva sul diritto all'uso di tecnologie informatiche	788
12.3.5. La giurisdizione esclusiva in materia di contratti pubblici (rinvio)	788
Sul tema si rinvia al capitolo dedicato ai contratti pubblici.	788
12.3.6. La giurisdizione esclusiva sulle procedure di scelta del socio (rinvio)	788
12.3.7. La giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica ed edilizia (rinvio)	788
12.3.8. La giurisdizione esclusiva in materia di espropriazioni per pubblica utilità (rinvio)	788
12.3.9. La giurisdizione esclusiva sui rapporti di pubblico impiego (rinvio)	788
12.3.10. La giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle Autorità indipendenti (rinvio)	788
12.3.11. La giurisdizione esclusiva in materia di comunicazioni elettroniche	788
12.3.12. Il contenzioso sui provvedimenti del soggetto regolatore del trasporto ferroviario	789
12.3.13. Il contenzioso in materia di energia	789
12.3.14. Le controversie in materia di protezione civile e di rifiuti	789
12.3.15. I provvedimenti del Sindaco in determinate materie	789
12.3.16. La giurisdizione esclusiva in materia di ambiente (rinvio)	790
12.3.17. La giurisdizione esclusiva sul debito pubblico statale	790
12.3.18. La giurisdizione esclusiva in materia di sport	790
12.3.19. La giurisdizione esclusiva sulle sanzioni dell'interdizione per grave dissesto finanziario degli enti locali	791
12.3.20. La giurisdizione esclusiva sull'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (rinvio)	791
12.3.21. La giurisdizione esclusiva sugli aiuti di Stato	791
12.4. Altre ipotesi di giurisdizione esclusiva non contemplate nel codice del processo amministrativo	792
12.4.1. La giurisdizione esclusiva sulla class action per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (rinvio)	792
12.4.2. La giurisdizione esclusiva sul finanziamento dei partiti politici	792
12.4.3. La giurisdizione esclusiva sulle misure di gestione della crisi di enti creditizi	792
13. La rilevanza d'ufficio e il giudicato implicito sulla giurisdizione	793
14. La <i>translatio iudicij</i>	<b>794</b>
15. La competenza	794
15.1. La competenza territoriale	794
15.1.1 Il rapporto tra il criterio della sede e quello dell'efficacia.	795
15.2. La competenza funzionale	797
15.3. Il rilievo dell'incompetenza	797
15.3.1 La pronuncia sull'eccezione di incompetenza, qualora nella fase cautelare sia stata trattenuta implicitamente la competenza	798
16. La legittimazione e l'interesse al ricorso	799
16.1 L'interesse al ricorso del proprietario che impugna il titolo edilizio per violazione delle distanze	800

## CAPITOLO II

### I PRINCIPI GENERALI DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. I principi del diritto europeo	803
2. Il principio di effettività della tutela	803
3. Il principio del giusto processo	804
3.1. Le articolazioni del giusto processo	805

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

4. La ragionevole durata del processo	805
5. Dovere di motivazione e sinteticità degli atti	806
6. Il principio della domanda	806
7. I principi dell'istruzione probatoria	806
8. Il divieto di abuso del processo	807

### CAPITOLO III

#### LE AZIONI ESPERIBILI E I POTERI DEL GIUDICE

1. Il principio di atipicità delle azioni e l'esigenza di tassonomia	809
2. Le azioni costitutive	810
2.1. Le azioni di riforma e di produzione	810
2.2. Le azioni costitutive di annullamento e l'effetto conformativo	811
2.2.1. L'illegittimità senza annullabilità	812
2.2.2. L'annullabilità ad effetti variabili	812
2.2.3. La sentenza di accertamento dell'illegittimità senza annullamento dell'atto	813
3. Le azioni di condanna	814
3.1. L'azione di esatto adempimento (art. 34, comma 1, lettera c, c.p.a.)	814
3.1.1. I limiti sostanziali	815
3.1.2. I limiti processuali	815
3.2. Le azioni di condanna autonome	816
3.2.1. L'azione di condanna al risarcimento del danno: cenni e rinvio	816
3.2.2. L'azione di condanna all'accesso ai documenti amministrativi: cenni e rinvio	816
3.2.3. L'azione di condanna a provvedere in caso di silenzio: cenni e rinvio	817
4. Le azioni di mero accertamento	817
4.1. L'azione di nullità	818
5. Le azioni collettive (cenni e rinvio)	819
6. Il cumulo delle domande	819
7. La conversione delle azioni	819
8. L'ordine di esame dei motivi	820
9. L'assorbimento dei motivi	820
10. Le sentenze	821
11. Forme di sentenza	821

### CAPITOLO IV

#### GLI STRUMENTI PER ESERCITARE LE AZIONI: RICORSO PRINCIPALE, RICORSO INCIDENTALI E MOTIVI AGGIUNTI

1. Premessa	823
2. Il ricorso introduttivo del giudizio	823
2.1. Ricorso collettivo e ricorso cumulativo	823
2.2. Il termine per la proposizione del ricorso	824
3. I controinteressati e l'integrazione del contraddittorio	824
4. I motivi aggiunti	825
5. Il ricorso incidentale	825
5.1. Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale	826
5.1.1. I punti fermi e le questioni ancora aperte	828
6. La domanda riconvenzionale	829
7. L'intervento in corso di causa. Intervento volontario	829
7.1. L'intervento per ordine del giudice	830

### CAPITOLO V

#### LA TUTELA CAUTELARE

1. Principio di effettività e tutela cautelare	831
2. Il principio di atipicità delle misure cautelari	831

## Indice

3. Strumentalità, interinalità e sommarietà	832
4. Priorità di fissazione dell'udienza di discussione e definizione immediata del giudizio	833
5. I rimedi avverso le ordinanze cautelari e le misure attuative	833
6. Il procedimento per decreto in corso di causa	833
7. Il procedimento per decreto anteriore alla causa (c.d. tutela cautelare <i>ante causam</i> )	834

### CAPITOLO VI L'ISTRUTTORIA E I MEZZI DI PROVA

1. I modelli di istruttoria: il principio dispositivo e il metodo acquisitivo	835
2. L'onere del principio di prova	835
3. I poteri istruttori del giudice amministrativo	835
4. Il principio di non contestazione e di prudente apprezzamento	836

### CAPITOLO VII LE IMPUGNAZIONI

1. I principi generali in materia di impugnazioni	837
2. Tassonomia delle impugnazioni	837
3. L'appello al Consiglio di Stato: l'effetto devolutivo	838
4. L'interesse a impugnare: la soccombenza	839
5. La legittimazione a impugnare	839
6. L'appello incidentale	840
7. Le sentenze del giudice di appello	840
8. Le impugnazioni straordinarie	841
8.1. La revocazione	841
8.2. L'opposizione di terzo	842
9. Il ricorso per Cassazione	843
9.1. I limiti esterni	844
9.2. I limiti interni: il cd. diniego di giustizia	844
9.3. La Corte Costituzionale sui "motivi inerenti alla giurisdizione"	845

### CAPITOLO VIII IL GIUDICATO

1. La ratio del giudicato. Giudicato formale e sostanziale	846
2. Il giudicato implicito	846
3. Gli effetti del giudicato amministrativo	847
3.1 Gli effetti ultra partes	847
4. Il ruolo della motivazione	848
5. Giudicato sfavorevole e riesercizio del potere amministrativo	849
5.1. Il principio del c.d. "one shot temperato"	849
6. Giudicato e sopravvenienze	850
7. Il giudicato amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione europea (parziale rinvio)	851
8. Il giudicato amministrativo in contrasto con la CEDU (rinvio)	852
9. L'efficacia soggettiva del giudicato e l'estensione degli effetti da parte della pubblica amministrazione	852

### CAPITOLO IX L'ESECUZIONE: IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

1. Le forme di tutela giurisdizionale esecutiva	853
2. Il giudizio di ottemperanza	853
3. La natura anfibologica del giudizio di ottemperanza: tra esecuzione e cognizione	854
4. Il giudicato a formazione progressiva	855

## COMPENDIO SISTEMATICO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

5. Il giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo	856
6. Il giudizio di ottemperanza come strumento di attuazione delle sentenze del giudice ordinario	856
7. Il giudice competente	857
8. I poteri del giudice e il commissario ad acta	857
8.1. I poteri del commissario e i poteri dell'amministrazione commissariata	858
9. La penality di mora	861
9.1 Le astreintes nel processo civile e nel processo amministrativo	861
9.2 Il rapporto tra le sopravvenienze e la sentenza che ha disposto l'astreinte	862
10. La responsabilita da mancata esecuzione in forma specifica del giudicato	863
11. Gli atti idonei a interrompere la prescrizione dell' <i>actio iudicati</i>	<b>864</b>

### CAPITOLO X I RITI SPECIALI

1. Premessa	867
2. Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi (rinvio)	867
3. Il rito avverso il silenzio della pubblica amministrazione (rinvio)	867
4. Il procedimento di ingiunzione	867
5. Il rito abbreviato	867
6. Il rito in materia di pubblici appalti (parziale rinvio)	868
6.1 L'abrogazione del rito super-speciale	869
6.1.1 Profili di diritto intertemporale	871
6.2. Il dies a quo del termine di impugnazione dell'aggiudicazione	873
6.3 Le modifiche al rito introdotte dal d.l. "semplificazioni"	878
7. Il contenzioso in materia elettorale	879
7.1. Il rito elettorale "ordinario"	880
7.2. Il rito elettorale "straordinario"	881

### CAPITOLO XI LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE ORDINARIO

1. Profili generali	882
2. Il potere di disapplicazione	882
3. Le azioni esperibili innanzi al giudice ordinario contro la pubblica amministrazione	883
3.1. L'azione di arricchimento senza causa nei confronti della p.a.	883
3.2. L'actio negotiorum gestio	884
Indice analitico	887



to *naturaliter*; se si tratta, invece, di demanio artificiale, l'atto ha natura costitutiva, atteso che, così come l'acquisto della demanialità, anche la perdita deve scaturire da una specifica norma di legge e/o da un provvedimento dell'amministrazione. In particolare, nel caso di demanio marittimo, la sclassificazione è realizzata mediante un atto amministrativo di natura costitutiva emanato dall'amministrazione competente.

### 6.1. La c.d. sdemanializzazione tacita

Si discute se la perdita della natura demaniale di un bene possa avvenire senza l'adozione di un atto espresso. La c.d. «sdemanializzazione tacita» non è contemplata espressamente dal codice civile vigente (a differenza del c.c. del 1865), che, al contrario, sembra precludere, all'art.829 c.c., tale possibilità. Tuttavia, la giurisprudenza, sin dagli anni sessanta, ammette la sdemanializzazione tacita, interpretando l'atto di sclassificazione di cui alla norma citata come atto meramente dichiarativo: l'art. 829 c.c. si limiterebbe ad imporre alla p.a. soltanto il dovere giuridico di dichiarare il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato. Pertanto, la sdemanializzazione si realizza in mancanza di un atto formale di sclassificazione da parte della pubblica amministrazione, ma in presenza di atti univoci, concludenti e positivi della pubblica amministrazione, incompatibili con la volontà della stessa di conservare la destinazione del bene all'uso pubblico, e univocamente sintomatici di una rinuncia definitiva al suo ripristino. Non sono di per sé sufficienti, tuttavia, a determinare la perdita di demanialità di un bene né il disuso da tempo immemorabile né l'inerzia della pubblica amministrazione.

La sdemanializzazione tacita non è configurabile per tutti i beni pubblici, come, ad esempio, per i beni appartenenti al demanio marittimo, per i quali la perdita della natura demaniale avviene per legge e/o mediante provvedimento formale dell'amministrazione competente (art. 35 cod. nav.) che ha natura costitutiva. Peraltro, dalla sdemanializzazione di cui all'art. 35 cod. nav. differisce il procedimento di delimitazione delle zone del demanio marittimo, di cui agli artt. 32 cod. nav. e 58 reg. nav. mar., in quanto quest'ultimo non è diretto a privare i beni della loro natura demaniale, bensì a stabilire i limiti estrinseci dei singoli beni del demanio marittimo (cioè si riconosce l'estraneità di una certa area al tipo di bene implicante la demanialità marittima e si stabilisce dove termina l'area d'ambito della demanialità ed incomincia quello della proprietà privata). Anche i beni del demanio militare devono ritenersi sottratti al regime della sdemanializzazione tacita, in quanto, come per l'acquisizione della natura demaniale necessitano di un atto amministrativo di tipo costitutivo, così anche per la perdita di demanialità richiedono un atto espresso di sclassificazione. Pertanto, quando la natura demaniale si acquista attraverso un atto espresso costitutivo, la sdemanializzazione tacita non può configurarsi: se per l'acquisto della demanialità occorre un atto espresso, per la perdita è necessario un *contrarius actus* che rivesta le stesse forme del primo. Inoltre, si tende ad affermare che l'autorità amministrativa non possa procedere di suo arbitrio alla sdemanializzazione dei beni: solo quando i beni demaniali abbiano perduto la loro "attitudine" alla destinazione pubblica.

## 7. L'uso dei beni pubblici

I beni pubblici realizzano finalità di pubblico interesse in maniera diversa, a seconda della loro natura: i) alcuni beni sono strumenti attraverso cui l'amministrazione è in grado di perseguire i propri fini e svolgere la propria azione (ad esempio, attraverso i beni del demanio e del patrimonio militare, lo Stato provvede alle esigenze della difesa nazionale); ii) in alcuni casi, l'interesse pubblico consiste nella pura e semplice conservazione dei beni e nel prevenirne la perdita e il deperimento (ad esempio, i beni d'interesse artistico e storico); iii) in altri casi – e in particolare i beni demaniali – assolvono una funzione di interesse generale servendo immediatamente

non l'amministrazione, ma la collettività, che viene ammessa a goderne in modo diretto (ad esempio, il demanio marittimo, idrico, stradale, aereonautico, ferroviario, e le cose d'interesse artistico, storico, culturale, che il pubblico è ammesso a visitare); iv) alcuni beni pubblici assolvono l'interesse sociale servendo immediatamente non la collettività in tutti i suoi componenti, ma singoli soggetti (ad esempio, gli alloggi degli istituti di case popolari, i canali di irrigazione, i laghi artificiali creati a fini idroelettrici, ecc.).

La distinzione tra le possibili forme di uso dei beni pubblici consente di dimostrare l'inadeguatezza della concezione tradizionale, secondo la quale dovrebbero essere configurate tre categorie di usi da parte dei singoli: a) l'uso comune, ossia quando tutti i membri della collettività sono ammessi in maniera indifferenziata all'uso del bene, senza bisogno di un particolare atto amministrativo; b) l'uso speciale, ossia quando sia richiesto un particolare atto permissivo per l'uso del bene; c) l'uso eccezionale, ossia quando il bene è sottratto all'uso comune (e a quello dell'amministrazione) mediante atto di concessione, con il quale viene messo a disposizione di determinati soggetti.

La dottrina e la giurisprudenza più recenti, evidenziando i limiti della classificazione tripartita dell'uso dei beni, ne hanno teorizzata una bipartita, fondata su due premesse: che un uso effettivamente vi sia (infatti, per alcuni beni, come quelli d'interesse artistico e storico, l'uso può anche mancare del tutto, esaurendosi il compito dell'amministrazione nella loro conservazione) e che, a seconda della specie dei beni, l'uso può aver luogo direttamente da parte dell'amministrazione o da parte dei singoli, senza che necessariamente le due ipotesi si escludano a vicenda.

L'uso da parte dei singoli – e qui si iscrive la teoria bipartita – può aver luogo o indiscriminatamente (anche se talvolta con il pagamento di una tassa o il rilascio di un permesso) da parte di tutti, *uti cives*, (c.d. uso generale) o da parte di soggetti determinati, *uti singuli* quali beneficiari di specifici provvedimenti amministrativi di concessione (c.d. uso particolare). L'uso generale dà luogo a una delle più tipiche manifestazioni dei c.d. diritti civili, non qualificabile né come diritto soggettivo, né come interessi legittimo, ma come interesse semplice: da un lato, non sussiste un obbligo giuridico dell'amministrazione di assicurare ai singoli il godimento dei beni; e, dall'altro, il dovere a essa imposto dall'ordinamento di curare la gestione dei beni non è giuridicamente correlato agli interessi dei singoli. Quindi, si tratta di un interesse solo occasionalmente protetto dalla norma che impone quel dovere.

### 7.1. La concessione di beni pubblici

La concessione costituisce il titolo che legittima l'uso particolare dei beni pubblici. Invero, sono rarissimi i casi in cui un diritto di uso particolare discende direttamente dalla legge (c.d. uso *ex lege*: un esempio è offerto dal diritto di uso che sulla strada pubblica hanno i proprietari frontisti per accedere ai propri immobili). Il rapporto di concessione, che è il rapporto che intercorre tra l'ente proprietario e il soggetto ammesso all'uso particolare di beni pubblici, si instaura, di regola, mediante un atto amministrativo ovvero per effetto di veri e propri contratti, che però hanno sempre alla base un atto di concessione e, quindi, un rapporto pubblicistico.

La concessione di beni pubblici è un istituto in cui è immanente l'interesse dell'amministrazione ad un corretto utilizzo e gestione del bene affidato in uso speciale al privato concessionario. La concessione per la cura e lo sfruttamento (e quindi, in sintesi, della gestione) di un bene demaniale costituisce un atto autoritativo con il quale, all'esito di un procedimento amministrativo di tipo selettivo, l'amministrazione concedente individua il soggetto al quale rilasciare la concessione. L'operazione, ad evidente carattere dicotomico, si completa con la stipula della convenzione, che caratterizza il momento civilistico della seconda fase dell'operazione, per mezzo della quale le parti, concedente e concessionario, disciplinano gli aspetti concreti e "la vita" della gestione del bene demaniale, individuando le peculiarità che contraddistinguono il rapporto tra le parti, anche sotto il profilo economico. Il momento

civilistico non ha vita autonoma senza la definizione della fase pubblicistica e, anzi, è strettamente condizionato dalla validità ed efficacia delle scelte effettuate dall'amministrazione concedente nella fase autoritativa di individuazione del concessionario. La concessione demaniale, infatti, integra una fattispecie complessa (a portata dicotomica), alla cui formazione concorrono il potere discrezionale dell'amministrazione e la volontà del privato di accettare le condizioni negoziali di disciplina del rapporto (regime di utilizzo, durata, assetto economico dei rapporti, cause di decadenza per inadempimento, condizioni economiche per lo sfruttamento e la gestione del bene). Nell'operazione di rilascio della concessione di beni, pertanto, coesistono: i) un atto amministrativo unilaterale, con il quale l'amministrazione dispone di un proprio bene in via autoritativa; ii) una convenzione attuativa, avente ad oggetto la regolamentazione degli aspetti patrimoniali, nonché dei diritti e obblighi delle parti connessi all'utilizzo di detto bene. Entrambi gli atti sono necessari ai fini della costituzione del rapporto concessorio. Nello stesso tempo, però, i due momenti, quello pubblicistico e quello consensuale, integrano l'atto complesso costituito dalla concessione-contratto. Il contratto è accessivo ad una concessione che, giuridicamente, va qualificata quale tipico provvedimento amministrativo costitutivo. D'altronde, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento concessorio e una volta che si è proceduto al suo annullamento (in sede giudiziale o in sede amministrativa tramite lo strumento dell'autotutela), l'effetto patologico di tale illegittimità pervade il contratto e quindi ne provoca la caducazione. E' nel potere unilaterale di affidamento dell'uso del bene pubblico spettante all'amministrazione che va individuata la genesi della concessione, con regolamentazione dei profili di carattere patrimoniale, in funzione accessiva del presupposto provvedimento di concessione, mediante lo strumento contrattuale. Quest'ultimo è dunque dipendente sul piano logico-giuridico all'atto autoritativo di concessione. In secondo luogo, anche nel corso del rapporto concessorio all'amministrazione stessa sono riservati i poteri autoritativi necessari ad assicurare che la gestione privata del bene rimanga coerente con il superiore interesse pubblico ed a ricondurla ad esso ogniqualevolta se ne sia verificata una deviazione, sino al punto di porre termine all'uso speciale e così riacquisire il bene alla sfera pubblica. Alla posizione di supremazia così mantenuta dall'amministrazione, anche nella fase di esecuzione del rapporto, fa riscontro la soggezione del privato concessionario, al quale è riconosciuto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima.

In forza dell'atto amministrativo, la p.a. concedente conserva, nei confronti del privato una posizione di supremazia, che si concretizza nell'esercizio di poteri di vigilanza e controllo sul corretto utilizzo del bene da parte del concessionario. Dal contratto, invece, scaturiscono situazioni giuridiche, attive e passive, su base paritetica: il concessionario acquista il diritto all'uso del bene, che è un diritto personale di godimento, la cui peculiarità è quella di atteggiarsi come diritto assoluto nei confronti dei terzi (che il privato ha il diritto di escludere dal godimento del bene) e come diritto relativo nei confronti della P.A., con la quale si instaura un rapporto giuridico composto di reciproci diritti e obblighi. L'amministrazione proprietaria del bene, invero, vanta il potere di adottare, in caso di inosservanza degli obblighi del concessionario, i provvedimenti autoritativi previsti dalla legge: ha la potestà di revocare il provvedimento concessorio, ove ne ricorrano le condizioni previste dalla legge.

Quanto alla possibilità di escludere il terzo dal godimento particolare del bene pubblico, è opinione pacifica in dottrina che, per tutelare il proprio diritto, il concessionario, quale soggetto privato esercente una pubblica funzione, possa azionare esclusivamente gli strumenti propri del diritto comune (ad esempio, le azioni possessorie). Il concessionario – non facendo parte dell'organizzazione amministrativa e non sostituendosi alla p.a. nei rapporti diversi da quelli derivanti dal provvedimento concessorio – non è legittimato ad esercitare i poteri di autotutela amministrativa del bene pubblico.

Per individuare il privato cui attribuire il diritto di utilizzo del bene pubblico è necessario il ricorso a procedure di evidenza pubblica, informate ai principi, elabo-



rati nell'ordinamento dell'Unione europea e recepiti a livello nazionale nel codice dei contratti pubblici, della concorrenza, della trasparenza, della pubblicità, della massima partecipazione e della *par condicio*.

Il codice del processo amministrativo devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche” (art. 133, comma 1, lett. b, c.p.a). Tale previsione riflette la natura del provvedimento con il quale è concesso ai privati l'uso particolare del bene pubblico: una concessione cui normalmente accede un contratto, cioè una fattispecie in cui confluiscono un provvedimento autoritativo, fonte di poteri amministrativi e interessi legittimi, e una convenzione di diritto privato a struttura paritetica, dalla quale scaturiscono diritti e obblighi in capo a entrambe le parti. Ne deriva un sindacato che si estende, oltre che all'atto, anche al rapporto consorzio.

Nonostante il suo tenore letterale, la norma va interpretata nel senso che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche se non sia impugnato un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia coinvolga il contenuto della concessione.

La giurisprudenza ha osservato che la previsione della giurisdizione esclusiva sui “rapporti di concessione di beni pubblici” comporta la concentrazione nella giurisdizione amministrativa (con le sole eccezioni espressamente previste dalla stessa norma, in materia d'indennità, canoni ed altri corrispettivi) di tutte le controversie (anche involgenti diritti soggettivi) derivanti da rapporti di concessione di beni, ivi compresa la revoca della concessione per inadempimento (Cass., Sez. un., 8 novembre 2010, n. 22625).

#### *7.1.1. Diritto di insistenza, proroga automatica e concessioni demaniali marittime*

La concessione di beni pubblici, fino a un recente passato, era assistita dal c.d. diritto di insistenza: una preferenza accordata al concessionario di un bene pubblico rispetto agli altri concorrenti, nel momento in cui l'amministrazione, dopo la scadenza della concessione, deve procedere a una nuova assegnazione del bene. Tale diritto, tuttavia, si pone in antitesi con l'esigenza di procedere a una assegnazione del bene pubblico tramite regole di tutela della concorrenza.

In particolare, il problema si è posto per le concessioni demaniali marittime, alla luce dell'art. 37 cod. nav. (ora abrogato dall'art. 37, co. 2, del d.l. n. 194 del 2009), che dava preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. All'esito di una procedura di infrazione aperta nei confronti dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione europea si è pervenuti all'abrogazione dell'art. 37 cod. nav. L'abrogazione è stata, tuttavia, accompagnata dall'emanazione di disposizioni di legge che hanno previsto un sistema fondato sulla durata predeterminata di sei anni delle concessioni, con l'automaticità del rinnovo (art. 24-*duodecies* del d.l. 179 del 2012). Pertanto, la normativa interna è stata giudicata dalla Corte di Giustizia in contrasto con il diritto dell'Unione europea (Corte giust., 14/07/2016, n. 458/14).

Nonostante la violazione, sono stati ripetuti gli interventi del legislatore con cui si è disposta la proroga automatica delle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo.

La prima proroga, fino al 31 dicembre 2015, fu disposta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, convertito con modificazione in legge 26 febbraio 2010, n. 25. Il termine del 31 dicembre 2015 fu successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2020 per effetto della successiva legge 24 dicembre 2012, n. 228, e, infine, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, l'art. 1, commi 682 e 683 ha disposto l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2033.

Con un recente arresto, l'Adunanza Plenaria ha ribadito che il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica. Ciò rende incompatibile con il diritto dell'Unione europea la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere (*Cons. Stato Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17*).

Tale incompatibilità sussiste sia rispetto all'art. 49 del TFUE, sia rispetto all'art 12 della c.d. direttiva servizi.

In base all'interpretazione redatta dalla Corte di Giustizia riguardo all'art. 49 del TFUE, qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica è tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Ciò comporta l'obbligo di assicurare un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza.

#### APPROFONDIMENTI GIURISPRUDENZIALI

La Corte di Giustizia ha inizialmente elaborato tale giurisprudenza per disciplinare quelle commesse pubbliche che, per la loro natura giuridica o per le loro ridotte dimensioni, sono sottratte alle regole della concorrenza previste dalla normativa europea in tema di appalti pubblici.

Più precisamente, secondo questa giurisprudenza, quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto), pur se si colloca al di fuori del campo di applicazione delle direttive, presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto.

L'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri.

Si può ritenere che le ragioni di fondo alla base di tale giurisprudenza giustifichino la loro applicazione anche alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative.

Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in rilievo è proprio l'occasione di guadagno.

La pubblica amministrazione mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime.

L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione. A tal proposito, l'articolo 45-bis cod. nav. consente al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell'ambito della concessione stessa).

È allora evidente che, a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione

concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio.

La proroga automatica delle concessioni disposta dalla legge interna non consente di rispettare i principi europei: si pone quindi in contrasto con l'art. 49 del TFUE.

L'obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi).

I principali argomenti contrari all'applicazione della direttiva 2006/123 alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative possono essere sintetizzati nei termini che seguono.

- a) La direttiva 2006/123/CE, se applicata alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa, comporterebbe un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di turismo, ponendosi così in contrasto con quanto oggi prevede l'art. 195 TFUE, secondo il quale, in materia di turismo, l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di "qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".
- b) La concessione di beni demaniali non rientrerebbe comunque nella nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. La concessione del demanio marittimo – si osserva – è un atto che permette soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico e ricreativo, ma non autorizza l'attività di servizio prestata dall'impresa turistico balneare. In senso giuridico, gli oggetti dei due provvedimenti permissivi – concessione demaniale e autorizzazione alla prestazione del servizio – corrono, quindi, su binari paralleli e non si confondono, con conseguente estraneità della concessione demaniale al campo applicativo dell'art. 12 della direttiva 2006/123.
- c) Le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni caso considerarsi risorse scarse: mancherebbe, quindi, anche in fatto, il presupposto per applicare l'art. 12 della direttiva servizi.
- d) Si osserva, infine, che in ogni caso la direttiva 2006/123 e, in particolare, la disposizione contenuta nell'art. 12 sarebbe priva di quel livello di dettaglio e di specificità necessario ai fini della diretta applicabilità, in assenza di un puntuale recepimento da parte del legislatore nazionale. Non si tratterebbe, in altri termini, di una direttiva *self-executing*.

Ad avviso dell'Adunanza plenaria, nessuno di questi argomenti risulta meritevole di condivisione (*Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17*).

- A) La direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva non di armonizzazione, ma di liberalizzazione, cioè pro-concorrenziale: nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso.

L'obiettivo della direttiva non è quello di "armonizzare" le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi.

Le considerazioni che precedono consentono di superare anche l'argomento che viene invocato contro l'applicazione della direttiva in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, ossia l'assenza di competenza dell'Unione europea ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo, alla luce dell'art. 195 TFUE.

- B) L'obiezione secondo cui la concessione non è un'autorizzazione e, quindi, non rientra nel campo di applicazione della direttiva servizi risulta meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni e autorizzazione di attività.

In chiave sostanzialistica, bisogna considerare l'effetto economico del provve-

dimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

Il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

Del resto, è ciò che prevede il considerando 39 della direttiva in questione, secondo cui *“la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni”*.

E la stessa Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che *“tali concessioni possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”*.

L'Adunanza plenaria del 2021 ha condiviso tali conclusioni e ha ribadito che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara.

- C) E ciò anche in considerazione della scarsità della risorsa naturale. Il concetto di scarsità viene inteso in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato.

Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree potenzialmente ancora cedibili, infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente “protetti” dalla proroga *ex lege*.

In Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata.

A ciò si aggiunge che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita.

È evidente, allora, che l'insieme di questi dati già evidenzia che attualmente le aree demaniali marittime a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità, ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente.

Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione. Anche da questo punto di vista, quindi, sussistono i presupposti per applicare l'art. 12 della direttiva 2006/123.

- E) Non ha pregio, infine, la tesi volta a sostenere che la disposizione in questione non potrebbe considerarsi *self-executing*, perché non sufficientemente dettagliata o specifica.

#### APPROFONDIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare *self-executing* dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato.

Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

L'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga *ex lege* (Cons. St., *Ad plen.*, 9 novembre 2021, n. 17).

Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

#### 7.2 *L'obbligo della pubblica amministrazione di non applicare la legge che dispone la proroga*

Acclarato il contrasto con il diritto dell'Unione europea della normativa interna che dispone la proroga delle concessioni demaniali marittime, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'obbligo di non applicare quella normativa gravi anche in capo all'apparato amministrativo.

#### APPROFONDIMENTI GIURISPRUDENZIALI

In termini generali, va, anzitutto, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un ap-prodo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale.

In particolare, nella sentenza della Corte di Giustizia "*Fratelli Costanzo*" si legge espressamente che "*tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali*", sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, "*disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi*" (22 giugno 1989, C-103/88).

Anche la Corte costituzionale ha ribadito che "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto gli organi giurisdizionali, quanto gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme*".

Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing*.

La tesi della non disapplicabilità da parte della P.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* cade in una contraddizione logica. Basti pensare che, anche ad ammettere che la legge in contrasto con la direttiva *self-executing* non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anticomunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato. Immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti illegittimi è un paradosso.

Ne consegue allora che la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione.

L'obbligo da parte della pubblica amministrazione di non applicare la norma interna che dispone la proroga delle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo significa non adottare atti attuativi della normativa primaria e, quindi, procedere ad assegnare le concessioni tramite procedura di evidenza pubblica.

### *7.2.1 La sorte degli atti amministrativi di proroga già adottati (e su cui è già sceso un giudicato favorevole)*

Si pone il problema di stabilire la sorte degli atti amministrativi di proroga delle concessioni già adottati dalla pubblica amministrazione, specie se su di essi si sia formato un giudicato favorevole. Si tratta, in particolare di valutare se sussista un obbligo di annullamento in autotutela di quegli atti, dato il contratto con il diritto dell'Unione europea.

#### APPROFONDIMENTI GIURISPRUDENZIALI

In via preliminare, è utile ricordare che, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio di primazia del diritto U.E. di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultino comunitariamente illegittimi. In linea di principio, quindi, va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato.

La Corte UE, pur escludendo la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame, individua alcune condizioni in presenza delle quali tale obbligo sussiste, anche in presenza di giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Secondo la Corte, tale obbligo sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

Tali principi, che l'Adunanza plenaria del 9 novembre 2021 ha condiviso e ribadito, non sono tuttavia applicabili al caso degli atti amministrativi di proroga delle concessioni demaniali con scopo turistico-ricreativo. Non si pone, propriamente, una questione di autotutela amministrativa su provvedimenti amministrativi.

Ciò in quanto l'atto di proroga è un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile

La proroga del termine di scadenza della concessione avviene, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo.

L'atto amministrativo di proroga è meramente dichiarativo di un effetto già prodotto dalla legge.

Approfondimenti giurisprudenziali

Si tratta, in buona sostanza, di un provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e "legifica", prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate.

La fonte regolatrice del rapporto è la legge.

Si è verificata, quindi, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento.

Seguendo questa impostazione, se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto.

L'Amministrazione, quindi, non è chiamata a esercitare alcun potere di autotutela: se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolge questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Non occorre (e non vi sono neanche i presupposti per) l'esercizio di un potere di autotutela: tale potere mira a privare di effetti l'atto amministrativo, ma nella fattispecie non è l'atto amministrativo a produrre effetti, bensì la legge.

Il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge.

È la disapplicazione della legge di proroga delle concessioni per violazione del diritto dell'Unione europea che rende la fattispecie (normativa) priva di effetti.

Ragioni di certezza del diritto, tuttavia, depongono nel senso che l'Amministrazione provveda, comunque, al mero ritiro dell'atto ricognitivo della proroga eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto. Ma non si tratta di un esercizio di potere di annullamento in autotutela. È piuttosto un atto di mero ritiro.

### 7.3 La formazione di un giudicato favorevole al concessionario

Considerazioni analoghe a quelle svolte nel precedente paragrafo valgono anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Il giudicato incide su un rapporto di durata, qual è appunto quello che deriva dal rilascio o dal rinnovo della concessione demaniale.

Ora, considerando che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens*

Le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia possono essere considerate come sopravvenienze normative. Sotto tale profilo, va ricordato, che, come affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. 11 del 2016, le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto.

La norma ha ingresso nell'ordinamento interno per come interpretata dalla Corte di Giustizia.

La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia, secondo cui la normativa interna che dispone la proroga delle concessioni demaniali a scopo turistico ricreativo è in contrasto con il diritto dell'Unione europea, è equiparabile ad una sopravvenienza normativa che incide su un rapporto di durata.

L'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna, per la parte di rapporto non coperto dal giudicato.

### *7.3.1 La gestione degli effetti della sentenza: l'inefficacia della proroga pro futuro*

L'Adunanza plenaria è, tuttavia, consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che la non applicazione della legge di proroga può comportare,

L'Adunanza plenaria ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione.

Nel caso di specie, peraltro, la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata (fino al 31 dicembre 2023).

Questo periodo è ritenuto congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Al tempo stesso, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario.

L'intervallo temporale consente altresì a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali.

#### APPROFONDIMENTI GIURISPRUDENZIALI

L'Adunanza plenaria precisa che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni altra disciplina comunque diretta ad eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esset* le concessioni in essere.

L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata



dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi.

Andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato.

I criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri).

Le concessioni riguardano risorse naturali, ai sensi dell'art. 12 della dir. 2006/123/Ce: esse hanno a oggetto non una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì l'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Quindi, le concessioni demaniali marittime non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi, come risulta altresì dal considerando 15 della dir. 2014/23/UE.

La Corte di Giustizia ha affermato che le concessioni demaniali marittime possono essere qualificate come "autorizzazioni", ai sensi delle disposizioni della dir. 2006/123/Ce (Corte giust., 14/07/2016, n. 458/14): indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto interno, esse costituiscono atti formali che i soggetti privati devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica; pertanto, rientrano nel campo di applicazione della dir. 2006/123/Ce. Ai sensi dell'art. 12, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità. Quindi, una normativa nazionale, come quella italiana, che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni introduce un sistema di rinnovo automatico che – secondo la Corte di giustizia – non è compatibile con il diritto europeo. La proroga automatica, consolidando posizioni di monopolio nello sfruttamento economico del bene, viola il principio di tutela della concorrenza e non può essere giustificata né con la necessità di tutelare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni, né con l'esigenza di ammortizzare gli investimenti effettuati dai concessionari e di preservarne l'equilibrio finanziario. Invero, una proroga automatica che si basa sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare della concessione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della concessione stessa e che per questo ha effettuato investimenti. Peraltro, l'art. 12, paragrafo 3, della dir. 2006/123/Ce, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, consente agli Stati membri di tener conto di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale, ma solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali; dunque, una procedura deve comunque essere espletata. In conclusione, alla luce del contrasto con l'art. 12 della dir. 2006/123/CE, in una controversia in cui sia invocata la proroga legale generalizzata delle concessioni demaniali, il giudice nazionale deve provvedere alla "non applicazione" della disciplina nazionale interna e all'applicazione diretta della disciplina europea di cui alla citata direttiva, la quale, anche in sede di rinnovo, impone l'applicazione di procedure di evidenza pubblica.

#### APPROFONDIMENTI GIURISPRUDENZIALI

La direttiva 2006/123/Ce è espressiva di norme immediatamente prelettive, che si rivolgono, senza che occorra alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli Stati membri, a qualunque ipotesi (tanto più se generalizzata e incondizionata) di proroga automatica delle autorizzazioni de-

maniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di procedura di selezione tra i potenziali candidati. E rispetto a tale "norma di divieto", dotata di efficacia diretta, il diritto interno è necessariamente tenuto a conformarsi. Invero, come chiarito dalla giurisprudenza, a fronte di una disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario "la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri (*Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890*). È ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario costituisce un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per la pubblica amministrazione, qualora sia chiamata ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario. Qualora emerga un contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo alla pubblica amministrazione che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla. Tali principi, tutti pienamente condivisi dal Collegio, costituiscono ormai stabili acquisizioni della giurisprudenza amministrativa (*Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416*). Anche la Corte Costituzionale, in relazione ad una norma di legge regionale che prevedeva un meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime già esistenti, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, affermando che tale meccanismo di rinnovo sottrae le concessioni "alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza, per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari (*Corte cost., 29 gennaio 2021, n. 10*).

Acclarato che le norme interne di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime contrastano con il diritto dell'Unione europea, si tratta a questo punto di stabilire se sia doverosa o meno la disapplicazione di queste norme da parte dell'apparato amministrativo e se tale obbligo si estenda a tutte le articolazioni dello Stato, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati. Si tratta altresì di stabilire se, in adempimento di un obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta anche all'annullamento d'ufficio (o, comunque, al riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990) del provvedimento di proroga emanato in attuazione di una norma interna che si ponga in contrasto con la normativa dell'Unione europea. Occorre poi stabilire se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio. La questione, di notevole impatto sistemico, afferisce al rapporto tra il diritto nazionale e il diritto unionale. La questione riveste anche una particolare rilevanza economico-sociale. E per questo la questione stessa è stata rimessa all'Adunanza Plenaria con decreto del Presidente del Consiglio di Stato 24 maggio 2021, n. 160.

I profili di carattere sostanziale della concessione delineati nel precedente paragrafo sono alla base della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In conformità alle ragioni storiche che presiedono alla sua istituzione essa si giustifica per il possibile intreccio tra situazioni giuridiche aventi consistenza di interesse legittimo e altre invece qualificabili come diritto soggettivo, configurabili per i sopra menzionati profili di carattere patrimoniale insiti nel rapporto concessorio e regolati

mediante contratto, e per la conseguente esigenza di concentrare le relative tutele. Tale concentrazione non è assoluta, ma è derogata per le controversie «concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi». In conformità al canone interpretativo previsto dall'art. 14 delle preleggi la residuale ipotesi di giurisdizione ordinaria nelle controversie concernenti le concessioni di beni pubblici va pertanto limitata a quelle di carattere meramente patrimoniale, in cui non sono coinvolti profili di interesse pubblico, che per il resto conformano l'istituto della concessione amministrativa. In questa prospettiva si afferma in giurisprudenza che tali profili sono ravvisabili anche nella determinazione del canone di concessione dovuto dal privato, ogniqualvolta si controversa sull'an della prestazione o la sua determinazione sia rimessa a valutazioni di carattere discrezionale dell'autorità concedente (Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1034). Sono per contro devolute alla giurisdizione ordinaria le controversie in cui si verta sul solo ammontare del corrispettivo dovuto al concessionario e la sua determinazione non dipenda dall'esercizio delle prerogative pubblicistiche dell'amministrazione (Cass., Sez. Un. 18 giugno 2020, n. 11867).

L'adempimento della concessione è quindi irriducibile agli aspetti di carattere meramente patrimoniale che fondano la giurisdizione ordinaria della materia. La corretta esecuzione del rapporto concessorio non è infatti indifferente rispetto alle ragioni di interesse pubblico che hanno a suo tempo indotto l'amministrazione ad affidare in uso speciale il bene pubblico, ma ne costituisce al contrario l'essenza sul piano causale. I rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono conseguentemente essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune. Palese quanto ora rilevato quando l'amministrazione intenda porre termine al rapporto concessorio, nondimeno, anche laddove la stessa consideri opportuno proseguirlo, a fronte di inadempimenti del concessionario non ritenuti gravi, sono in ciò comunque ravvisabili i tipici caratteri della discrezionalità amministrativa orientata al pubblico interesse connesso alla gestione del bene affidato in concessione. Deve quindi ritenersi che nella concessione di beni pubblici, in cui gli interessi di carattere generale connessi all'uso del bene contraddistinguono il rapporto nel corso della sua durata, con il corollario processuale della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'eccezione delle controversie di carattere meramente patrimoniale relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi, ogni atto dell'amministrazione che non possa essere ricondotto a quest'ultimo ambito vada ascritto alla cognizione del giudice amministrativo. Ad esso sono dunque devolute le controversie in cui vi sia contestazione sull'esatto adempimento della concessione (Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100).

## 8. Il federalismo demaniale

Con la legge sul cd. federalismo fiscale n. 42 del 2009, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi aventi ad oggetto l'attuazione dell'art. 119 Cost. che (così come riformato dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001) riconosce ai comuni, alle province, alle città metropolitane e alle regioni "un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato". In attuazione di tale delega, la riforma introdotta con il d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 ha attribuito a comuni, province, città metropolitane e regioni, a titolo non oneroso, un proprio patrimonio, sulla base dei seguenti criteri direttivi.

- a) *Sussidiarietà, adeguatezza e territorialità*. I beni sono attribuiti, considerando il loro radicamento sul territorio, ai comuni, salvo che per l'entità o tipologia del singolo bene o del gruppo di beni, esigenze di carattere unitario richiedano l'attribuzione a province, città metropolitane o regioni quali livelli di governo maggiormente idonei a soddisfare le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione tenendo conto del rapporto che deve esistere tra beni trasferiti e funzioni di ciascun livello istituzionale.
- b) *Semplificazione*. I beni possono essere inseriti dalle regioni e dagli enti locali in