

I fondamenti del Diritto Amministrativo

Laura Santoni

Versione Aggiornata 2019



Argomenti trattati

- Diritto Amministrativo, Giustizia Amministrativa
- Testo aggiornato alla Legge 14 giugno 2019, n.55



A chi è rivolto

- A tutti i concorsisti che devono preparare Diritto Amministrativo



I FONDAMENTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

@ Laura Santoni 2019

@ Edizioni Concorsipubblici.com 2019

Prima edizione digitale: Settembre 2019

Edizioni Concorsipubblici.com

Via Castellabate, 30

47813 Bellaria Igea Marina (RN)

<http://www.librieconcorsi.com>

ISBN 978-88-85570-16-0

Laura Santoni

I FONDAMENTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO



INDICE

CAPITOLO I

NOZIONI E FONTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1.1	<i>La nozione di diritto amministrativo statale e europeo</i>	9
1.2	<i>Le fonti</i>	11
1.2.1	<i>Le fonti sovranazionali</i>	12
1.2.2	<i>Le fonti nazionali: le fonti primarie e le fonti secondarie</i>	18
1.2.3	<i>Focus: regolamenti, ordinanze e circolari.</i>	22
1.2.4	<i>La consuetudine e la prassi amministrativa. Le fonti secondarie dubbie</i>	28

CAPITOLO II

LE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

2.1	<i>Le posizioni giuridiche soggettive. Il diritto soggettivo</i>	30
2.2	<i>L'interesse legittimo</i>	33
2.3	<i>La distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo</i>	37
2.4	<i>Le altre posizioni soggettive. Gli interessi diffusi</i>	38
2.5	<i>Riparto di giurisdizione e tecniche di tutela</i>	42
2.6	<i>La risarcibilità degli interessi legittimi</i>	47

CAPITOLO III

I SOGGETTI PUBBLICI

3.1	<i>Gli enti pubblici</i>	52
3.2	<i>L'organismo di diritto pubblico</i>	55
3.3	<i>L'impresa pubblica</i>	57
3.4	<i>L'inhouseproviding</i>	60
3.5	<i>Le Autorità amministrative indipendenti</i>	63
3.5.1	<i>Le principali Autorità amministrative indipendenti</i>	66
3.6	<i>Il funzionario di fatto</i>	67
3.7	<i>L'amministrazione a livello locale</i>	70

CAPITOLO IV

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

4.1	<i>La privatizzazione del pubblico impiego</i>	74
4.2	<i>Il quadro normativo. Il ruolo della contrattazione collettiva</i>	77
4.3	<i>Rapporto organico e rapporto di servizio. L'accesso all'impiego</i>	83
4.4	<i>La dirigenza</i>	87
4.5	<i>La micro e la macro organizzazione</i>	91
4.6	<i>La giurisdizione in materia di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione</i>	93

CAPITOLO V

L'AZIONE AMMINISTRATIVA

5.1	<i>I caratteri e i principi dell'azione amministrativa</i>	100
5.2	<i>Azione vincolata e azione discrezionale</i>	106
5.3	<i>Gli atti della pubblica amministrazione. Il provvedimento</i>	111
5.3.1	<i>Le patologie dell'atto amministrativo</i>	116
5.4	<i>L'attività comportamentale</i>	121
5.5	<i>La non azione: il silenzio della pubblica amministrazione</i>	123
5.6	<i>L'attività consensuale: gli accordi</i>	130
5.7	<i>L'attività di controllo</i>	134
5.8	<i>L'azione di diritto privato: rinvio</i>	136

CAPITOLO VI

L'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

6.1	<i>Il potere di riesame della pubblica amministrazione</i>	137
6.2	<i>Gli atti di autotutela</i>	142
6.3	<i>La revoca e l'annullamento del provvedimento amministrativo</i>	145

CAPITOLO VII

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

7.1	<i>Evoluzione e nozione di procedimento. La Legge n. 241/90</i>	152
7.2	<i>Tipi di procedimento. La conferenza di servizi</i>	156
7.3	<i>La partecipazione al procedimento</i>	164

7.4	<i>La segnalazione certificata di inizio attività</i>	168
7.5	<i>I procedimenti amministrativi composti</i>	170
7.6	<i>Il silenzio: rinvio</i>	172
7.7	<i>L'accesso ai documenti amministrativi: rinvio</i>	173

CAPITOLO VIII

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE CONTRAENTE.

IL CODICE DEI CONTRATTI

8.1	<i>L'azione iure privatorum della pubblica amministrazione</i>	174
8.2	<i>I tipi di contratti e la disciplina applicabile. Il d. lgs n. 50/16</i>	175
8.3	<i>Il procedimento a evidenza pubblica</i>	181
8.4	<i>Il soccorso istruttorio</i>	185
8.5	<i>Il recesso e l'esercizio dell'autotutela</i>	186
8.6	<i>Il partenariato pubblico privato</i>	188
8.7	<i>La giurisdizione e il nuovo rito in materia di appalti.</i>	190
	<i>La dichiarazione di inefficacia del contratto</i>	

CAPITOLO IX

PARTE I

I BENI PUBBLICI E IL BENE AMBIENTE

9.1	<i>Classificazione e caratteristiche dei beni pubblici</i>	195
9.1.1	<i>I diritti della pubblica amministrazione</i>	197
9.1.2	<i>La tutela dei beni pubblici</i>	199
9.2	<i>Il bene ambiente. I principi in materia ambientale</i>	200
9.2.1	<i>Il danno ambientale</i>	204
9.2.2	<i>L'accesso in materia ambientale: rinvio</i>	206

PARTE II

IL GOVERNO DEL TERRITORIO E L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

9.3	<i>Il governo del territorio: l'urbanistica e l'edilizia</i>	207
9.4	<i>Il potere ablatorio della pubblica amministrazione.</i>	211
	<i>I presupposti dell'espropriazione</i>	
9.5	<i>Il procedimento espropriativo</i>	213
9.6	<i>Le ipotesi di occupazione</i>	216
9.7	<i>La giurisdizione in materia espropriativa</i>	218

CAPITOLO X

LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

10.1	<i>I tipi di responsabilità</i>	223
10.2	<i>La natura della responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Gli elementi costitutivi della responsabilità e le tecniche di tutela del privato</i>	226
10.3	<i>L'applicazione delle regole civilistiche: la responsabilità precontrattuale</i>	232
10.4	<i>Il danno da ritardo e il danno da mero ritardo</i>	235
10.5	<i>Gli altri tipi di responsabilità dell'amministrazione</i>	238
10.6	<i>La responsabilità del dipendente pubblico</i>	240

CAPITOLO XI

I SERVIZI PUBBLICI

11.1	<i>La nozione di servizio pubblico</i>	244
11.2	<i>Il fondamento normativo dei servizi pubblici. Il servizio di interesse economico generale</i>	247
11.3	<i>Il contratto di servizio</i>	249
11.4	<i>Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali</i>	252
11.5	<i>La posizione del fruitore del servizio pubblico. La carta dei servizi</i>	256
11.6	<i>La giurisdizione in materia di servizi pubblici</i>	257

CAPITOLO XII

L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

12.1	<i>I principi e la natura dell'accesso</i>	259
12.2	<i>L'interesse all'accesso e la nozione di documento amministrativo</i>	263
12.3	<i>I limiti all'accesso: i controinteressati e il diritto alla riservatezza</i>	267
12.4	<i>Figure particolari di accesso</i>	273
12.4.1	<i>L'accesso civico</i>	273
12.4.2	<i>L'accesso esercitato dai consiglieri comunali e provinciali</i>	275
12.4.3	<i>L'accesso in materia ambientale</i>	276
12.5	<i>La tutela del diritto di accesso</i>	277

CAPITOLO XIII

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

PARTE I

<i>13.1 La tutela giustiziale</i>	280
<i>13.2 I ricorsi amministrativi. Gli aspetti generali</i>	282
<i>13.2.1 Il ricorso gerarchico</i>	284
<i>13.2.2 Il ricorso in opposizione</i>	286
<i>13.2.3 Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica</i>	286

PARTE II

<i>13.3 La tutela giurisdizionale</i>	290
<i>13.4 I nuovi poteri del giudice amministrativo. La tutela dei diritti soggettivi e il superamento della pregiudiziale amministrativa</i>	293
<i>13.5 Il sistema di azioni. Il passaggio da un processo sull'atto a un processo sul rapporto</i>	295
<i>13.6 Il processo amministrativo</i>	300
<i>13.7 La tutela cautelare</i>	306
<i>13.8 Le impugnazioni e il giudizio di ottemperanza</i>	309
<i>13.9 La giurisdizione ordinaria</i>	312

CAPITOLO I

NOZIONE E FONTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1.1 La nozione di diritto amministrativo statale e europeo. - 1.2 Le fonti. - 1.2.1 Le fonti sovranazionali. - 1.2.2 Le fonti nazionali: le fonti primarie e le fonti secondarie. - 1.2.3 Focus: regolamenti, ordinanze e circolari. - 1.2.4 La consuetudine e la prassi amministrativa. Le fonti secondarie dubbie.

1.1 La nozione di diritto amministrativo statale e europeo

Il diritto amministrativo consiste in quel complesso di norme che disciplinano l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione, nonché i rapporti che la stessa intrattiene con gli altri soggetti dell'ordinamento giuridico¹.

Le origini del diritto amministrativo si rinvengono nel XIX secolo in Francia, allorquando grande attenzione venne posta all'azione unilaterale dell'amministrazione come strumento di esercizio della sovranità statale.

Tradizionalmente, le caratteristiche del diritto amministrativo si rinvengono invero nella statalità, intesa quale assoggettamento del medesimo alle norme statali, e nella specialità, in quanto è un diritto che deroga a quello proprio dei rapporti tra privati, riconoscendo infatti alla pubblica amministrazione una serie di prerogative e di poteri che la pongono in una posizione privilegiata.

In realtà, tali caratteri sono oggi messi in discussione, da un lato, dalla sempre più incidente presenza del diritto europeo, il quale rappresenta dunque un ulteriore livello normativo cui il diritto amministrativo nazionale – nei limiti che si vedranno – soggiace; dall'altro lato, dall'utilizzo sempre maggiore di strumenti privatisti-

1. Sulla nozione e sui principi dell'attività amministrativa, nonché sul concetto di pubblica amministrazione, si rimanda rispettivamente ai capitoli dedicati all'azione amministrativa e ai soggetti pubblici.

ci per l'esercizio dell'attività pubblicistica².

Invero, uno sguardo confinato all'ordinamento nazionale sarebbe oggi riduttivo, così come sarebbe fortemente limitante, poiché poco funzionale, l'esclusivo ricorso all'attività autoritativa per il perseguimento dell'interesse pubblico.

Il diritto amministrativo europeo, a sua volta, racchiude tutte le norme di origine europea che incidono sul diritto amministrativo nazionale (in prevalenza, si tratta di direttive).

Questa influenza si è nel tempo accresciuta, andando a toccare diversi aspetti del sistema: dai principi che governano l'azione amministrativa e il processo amministrativo, al concetto stesso di pubblica amministrazione³.

Vi sono inoltre alcuni settori che sono oramai integralmente disciplinati dal diritto europeo, con conseguente uniformazione delle legislazioni nazionali. Tipico esempio è il settore degli appalti, oramai esclusivamente dominato dalle direttive europee in materia e dai principi di derivazione prettamente comunitaria⁴.

A livello nazionale, le norme che testimoniano e che permettono l'ingresso del diritto unionale in ambito amministrativo sono innanzitutto l'[art.117 Cost.](#) che sancisce il rispetto dei vincoli comunitari nell'attività legislativa di Stato e regioni; l'[art.1, comma 1 della Legge n.241/90](#), come modificata dalla Legge n.205/05, che assoggetta l'azione amministrativa ai principi del diritto comunitario e l'[art.1 c.p.a.](#) che recepisce il principio di derivazione europea di effettività della tutela giurisdizionale.

In relazione a quest'aspetto, peraltro, mentre nel nostro ordinamento vige il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, il diritto amministrativo europeo non conosce distinzioni tra le posizioni giuridiche tutelabili, adottando un mo-

-
2. Il riferimento è principalmente all'attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione, preordinata comunque al perseguimento dell'interesse collettivo.
 3. Cosiddetta interazione orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale.
 4. Cosiddetta interazione verticale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale. Sul tema degli appalti, cfr. cap. VIII.

dello di giurisdizione unica⁵.

Tuttavia, ciò non osta alla integrazione che si è venuta a creare tra i due ordinamenti e che porta la dottrina prevalente a parlare di europeizzazione del diritto amministrativo⁶.

Peraltro, da tale integrazione deriva altresì la nascita dei cosiddetti procedimenti amministrativi compositi, vale a dire procedimenti le cui fasi si svolgono in parte in sede comunitaria e in parte in sede nazionale, potendosi in tal modo parlare di amministrazione multi-livello⁷.

I principi generali che oggi governano il diritto amministrativo racchiudono quindi sia principi di derivazione comunitaria sia principi di derivazione nazionale, che l'Unione Europea (d'ora innanzi, U.E.) ha fatto propri, nell'ottica dell'armonizzazione delle legislazioni statali.

1.2 Le fonti

Le fonti sono atti o fatti da cui traggono origine le norme giuridiche e che costituiscono, nel loro complesso, l'ordinamento giuridico.

Si è soliti distinguere tra fonti – atto, vale a dire manifestazioni di volontà di organi atti ad emanare norme, e fonti – fatto, ossia comportamenti o atti cui l'ordinamento riconosce l'idoneità a produrre diritto.

I rapporti tra le fonti vengono regolati da una serie di criteri, previsti principalmente dalla Costituzione nonché dalle disposizioni preliminari al codice civile.

5. La dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo è invero sconosciuta all'ordinamento comunitario. Per la trattazione completa delle posizioni soggettive, cfr. cap.II.

6. Luigi Delpino e Federico Del Giudice, *Manuale di diritto amministrativo*, Simone, Napoli, 2014.

7. I procedimenti compositi nascono nell'ambito della politica agricola e sono oggi diffusi, ad esempio, in materia di benefici finanziari e politica regionale. In particolare, si distingue tra procedimenti *bottom-up*, dove il provvedimento finale è comunitario e procedimenti *top-down*, in cui il provvedimento finale è nazionale; tuttavia, non è sempre agevole distinguere il dato normativo europeo da quello statale.

Il criterio cronologico, cui si ricorre quando le norme che contrastano derivano da fonti dello stesso tipo; in questo caso prevale la norma successivamente approvata⁸.

Quando invece le due norme provengono da fonti diverse, si fa applicazione del criterio gerarchico, per cui la norma di rango inferiore soccombe a quella di rango superiore, venendo annullata o disapplicata a seconda dei casi⁹.

Infine, il criterio di competenza, che può presentarsi in due forme; precisamente, può aversi una separazione di competenza, basata sulla diversità di oggetti da normare o diversità di territorio ovvero per diversità di entrambi gli elementi; oppure, la competenza può essere determinata dalla stessa Costituzione, che predilige una determinata fonte per disciplinare una determinata materia¹⁰.

Accanto alle fonti tipiche, ossia quelle espressamente previste, vi sono le fonti atipiche, così chiamate in quanto presentano alcuni elementi di differenziazione.

Ad esempio atipiche sono le fonti che hanno una forza attiva o passiva diversa da quella propria delle fonti dello stesso tipo, come nel caso della legge di concessione dell'amnistia e dell'indulto che – a differenza di qualsiasi altra legge – non può essere abrogata da altra legge ordinaria.

1.2.1 Le fonti sovranazionali

Oggi si è soliti parlare di fonti multivello, in quanto il processo di integrazione internazionale ed europea ha determinato il moltiplicarsi degli organi produttivi di diritto.

A livello sovranazionale troviamo le **fonti internazionali**. I riferimenti normativi sono contenuti negli artt. [10](#) e [117 Cost.](#), che rispettivamente riguardano il diritto consuetudinario ed il diritto pattizio.

8. Il principio è quello per cui *lex posterior derogat legi priori*.

9. Si ha annullamento nell'ipotesi di legge ordinaria che contrasta con altra legge ordinaria; si parla invece di disapplicazione quando la fonte secondaria, tipicamente un regolamento, contrasta con la legge ordinaria.

10. Si fa riferimento alle riserve di legge costituzionalmente previste.

All'interno di quest'ultimo la fonte più importante è costituita dalla CEDU, la quale acquista valore di fonte internazionale proprio con la riscrittura dell'[art.117 Cost.](#), nella parte in cui stabilisce il dovere dello Stato di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Invero, alla Convenzione è riconosciuta una resistenza passiva qualificata (si parla di diritto pattizio rafforzato), con la conseguenza che, in caso di norma interna che vi contrasta, occorre sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'[art.117 Cost.](#), qualora non sia possibile un'interpretazione comunitariamente orientata della norma stessa. Non è pertanto possibile procedere automaticamente alla disapplicazione della norma nazionale, a differenza di quanto accade in caso di contrasto con il diritto comunitario.

Tale impostazione non si è modificata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale non ha determinato la comunitarizzazione della CEDU – seppur da parte della dottrina inizialmente sostenuta – che quindi non è stata parificata al diritto unionale.

Per quanto riguarda le **fonti comunitarie**, è opportuna una breve premessa circa l'evoluzione del rapporto tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario.

Nel tempo il rapporto tra gli ordinamenti si è modificato, potendosi individuare schematicamente alcune tappe.

Inizialmente si sosteneva che lo Stato avesse la possibilità illimitata e incondizionata di disattendere le norme comunitarie e, quindi, si riteneva vi fosse un'assoluta discrezionalità dello stesso nella limitazione della propria sovranità, con negazione assoluta di una posizione di supremazia del diritto comunitario.

In seguito, fu coniata la tesi della equi-ordinazione fra ordinamenti, per cui ciascuno sarebbe stato competente in determinate materie: in particolare, l'ordinamento comunitario si sarebbe potuto occupare unicamente delle materie previste dal Trattato; per tutte le altre materie, restava indiscussa la sovranità statale (teoria separatista).

Attraverso gli interventi della Corte Costituzionale, nel corso

degli anni Settanta, si arrivò poi a sancire la primazia del diritto comunitario (cosiddetta *primauté*), in forza del disposto di cui all'[art.11 Cost.](#), con la dichiarazione di incostituzionalità della norma interna contrastante con la norma comunitaria¹¹.

Iniziava a indebolirsi l'idea della netta separazione fra i due ordinamenti, ancorché venisse parallelamente coniata la cosiddetta teoria dei contro – limiti, secondo cui i principi e i diritti costituzionalmente tutelati, che costituiscono il nucleo rigido dell'ordinamento, restavano comunque sovraordinati alle norme comunitarie.

Si tratta dei diritti fondamentali, sui quali lo Stato manterrebbe la propria esclusiva sovranità; invero, l'[art.11 Cost.](#) contempla la limitazione di detta sovranità e non il suo totale azzeramento.

La teoria dei contro – limiti pare oggi superata dalla tesi monista, oramai prevalente, che sostiene l'integrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, quali ordinamenti considerati comunicanti e coordinati fra loro.

Tuttavia, in alcune pronunce si rinvergono ancora tracce della teoria dei contro – limiti, la quale sembra porsi, in alcuni casi, come l'unica via percorribile per evitare un'eccessiva ingerenza europea, tale da porre in pericolo i principi fondamentali dell'ordinamento interno¹².

Accogliere la tesi monista comporta non solo che lo Stato non può arbitrariamente disattendere le norme europee, ma che è altresì tenuto a disapplicare le norme interne che vi contrastano, anche qualora questo significhi mettere in discussione un giudicato nazionale¹³.

Segni dell'integrazione tra i due ordinamenti si rinvergono, ad esempio, nella possibilità di rinviare alla Corte di Giustizia,

11. La primazia del diritto comunitario è stata per la prima volta affermata dalla Corte Costituzionale con le sentenze n.183/1973 e n.232/1975.

12. Il richiamo alla teoria dei contro – limiti si ritrova prevalentemente in ambito penale, dove, seppur l'U.E. non abbia una competenza normativa diretta, ha comunque il potere di incidere chiedendo agli Stati di attivarsi per tutelare beni di rilevanza comunitaria.

13. E' con la sentenza n.170/1984 che la Corte Costituzionale recepisce espressamente l'obbligo del giudice e della pubblica amministrazione di procedere alla disapplicazione della norma nazionale che si pone in contrasto con il diritto comunitario.

nell'ambito dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, per ottenere la corretta interpretazione della norma comunitaria in via pregiudiziale, nonché nell'obbligo di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma interna per contrasto con una disposizione comunitaria – anche non direttamente applicabile - quando non sia possibile disapplicarla ovvero interpretarla in senso comunitariamente orientato¹⁴.

Altra espressione dell'integrazione fra ordinamenti si ravvisa nella possibilità di rimuovere gli effetti esterni di un giudicato nazionale, mediante la disapplicazione dell'[art.2909 c.c.](#), permettendo così allo Stato di uniformarsi ai dettami europei vincolanti¹⁵.

Sul punto è opportuno in questa sede evidenziare che l'U.E. ha affermato che il giudicato non può costituire un ostacolo all'intervento correttivo, che deve poter essere esercitato senza limiti di tempo¹⁶.

Nelle ipotesi di giudicato contrastante con il diritto unionale, si parla di responsabilità dello Stato – giurisdizione.

I presupposti di tale responsabilità sono la violazione manifesta del diritto comunitario, la chiarezza della norma violata e l'inescusabilità dell'errore, per cui il contrasto risulta palese e manifesto.

Pertanto, nei casi in cui il giudice non disapplichì la norma interna incompatibile, ovvero non proceda al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, o ancora, non effettui l'interpretazione comunitariamente orientata della norma, sorge in capo al privato, che subisce il giudicato così formatosi, il diritto alla rinnovazione del processo oppure al risarcimento del danno.

All'interno delle fonti comunitarie, si distingue tra diritto comu-

14. Cfr. C. Cost. 28/2010 in cui per la prima volta viene dichiarata l'incostituzionalità di una norma interna contrastante con una norma comunitaria non direttamente applicabile.

15. E' necessario distinguere tra effetti interni, che restano fermi, nel senso che la questione decisa non può essere rimessa in discussione, ed effetti esterni, che al contrario vengono meno, in quanto altrimenti si renderebbe difficile l'esercizio dei diritti dati dall'ordinamento europeo.

16. Nella sentenza *Kempter* del 2008, la Corte di Giustizia afferma che il diritto comunitario non impone limiti per presentare la domanda di revisione di una decisione divenuta definitiva, lasciando libertà agli Stati membri di fissare dei termini per l'azione, nel rispetto dei principi di effettività e equivalenza.

nitario originario scritto, costituito dai Trattati istitutivi e relative modifiche, e diritto comunitario originario non scritto, integrato dai principi generali.

Altra distinzione si ha tra diritto comunitario primario, con cui si fa riferimento ancora ai Trattati, e diritto comunitario secondario, costituito principalmente da direttive e regolamenti, ma nel quale rientrano altresì le decisioni.

I principi che governano le fonti comunitarie sono quello dell'effetto utile, per cui la norma deve essere interpretata in modo funzionale al perseguimento degli obiettivi di portata europea, nonché della diretta efficacia delle fonti europee all'interno dei singoli Stati, con i limiti che in seguito saranno chiariti.

I **trattati istitutivi** sono posti al vertice dell'ordinamento europeo e hanno carattere inderogabile (per parte della dottrina, è carattere speculare a quello proprio delle norme costituzionali all'interno dell'ordinamento nazionale) e vincolante per i singoli Stati membri.

Stesso valore deve riconoscersi alle sentenze della Corte di Giustizia, in relazione ai principi di diritto e all'interpretazione delle norme comunitarie che contengono nonché, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, alla Carta di Nizza, la quale recepisce a livello comunitario i diritti della persona e della personalità.

I **regolamenti** fanno parte del diritto comunitario secondario. Tali fonti hanno portata generale e sono direttamente applicabili all'interno dei singoli ordinamenti, non abbisognando di alcun atto normativo di recepimento. In questo senso, sono già di per sé idonei a imporre obblighi e conferire diritti sia ai singoli Stati che ai loro organi e cittadini.

Tecnicamente si parla rispettivamente di effetti verticali e effetti orizzontali dell'atto, vale a dire che il medesimo è invocabile sia nei rapporti cittadino – Stato che nei rapporti tra privati¹⁷.

Le **direttive** costituiscono la fonte europea forse più complessa. In linea generale, le direttive sono atti che vincolano gli Stati in

17. Il concetto di Stato è da intendersi in senso ampio, comprensivo dei privati che svolgono funzioni pubblicistiche e degli organismi che erogano servizi pubblici.

relazione al risultato che perseguono, lasciando libertà nei mezzi per raggiungerlo; in altre parole, tipicamente le direttive enunciano principi e criteri generali e lasciano la disciplina di dettaglio ai legislatori nazionali.

A differenza dei regolamenti, le direttive non sono direttamente applicabili, ma necessitano di un atto di recepimento, che nel nostro ordinamento avviene mediante la legge annuale di delegificazione europea e la conseguente annuale legge europea¹⁸, sempreché non sia prevista una modalità specifica di recepimento¹⁹.

Sempre più frequente è tuttavia l'emanazione delle **direttive** cosiddette *self-executing*, le quali si caratterizzano per un contenuto dettagliato, ponendosi così a metà strada tra le direttive *tout court* e i regolamenti.

Invero, qualora abbia un contenuto chiaro e sufficientemente preciso con cui preveda obblighi o attribuisca diritti, tale da non rendere necessaria l'emanazione di atti ulteriori, allo scadere del termine per il suo recepimento, la direttiva produce effetti *exsé* al pari dei regolamenti.

Del resto, in questi casi, non può addossarsi al privato la negligenza dello Stato, vanificando gli effetti della direttiva, che si produrranno ugualmente ancorché con il limite dei soli effetti verticali²⁰.

Cosa accade qualora lo Stato non adempia ai propri obblighi di recepimento? In questi casi, si parla di responsabilità dello Stato – legislatore, in quanto lo Stato non recepisce o recepisce infedelmente una direttiva comunitaria.

Sulla natura di tale responsabilità la dottrina si è divisa tra coloro i quali ne sostenevano il carattere aquiliano e coloro i quali

18. È bene precisare che, ancorché il recepimento avvenga con legge, la fonte resta sempre la direttiva che quindi è sovraordinata alla legge ordinaria.

19. Ad esempio il recepimento può avvenire mediante regolamento di delegificazione, qualora si debba contestualmente procedere all'abrogazione delle norme nazionali contrastanti.

20. Tale limite è stato giustificato sulla base della funzione che gli è ricondotta, vale a dire quella di sanzionare lo Stato che non ha adempiuto ai propri obblighi e che quindi dovrà rispondere al privato della propria inadempienza.

afferstavano si trattasse di responsabilità contrattuale *ex lege*, derivante da un illecito di matrice comunitaria.

La [Legge n.183/2011](#) (Legge di stabilità) ha posto fine al contrasto, abbracciando la prima tesi attraverso il richiamo all'[art.2947 c.c.](#), che prevede il termine prescrizioneale quinquennale²¹.

Le **decisioni** sono atti obbligatori in tutti i loro elementi (caratteristica che le distingue dalle direttive) e che possono avere il contenuto più vario. Si parla di decisione individuale con riferimento all'atto giuridico con cui l'U.E. decide il singolo caso; si caratterizza per la validità individuale (elemento che la differenzia dal regolamento) e la vincolatività diretta nei confronti dei destinatari.

Infine, non costituiscono vere e proprie fonti le **raccomandazioni** e i **pareri**; si tratta invero di atti privi di vincolatività che consistono, rispettivamente, in esortazioni rivolte al singolo Stato nell'ottica del ravvicinamento delle legislazioni e nell'espressione di opinioni su una determinata questione.

La dottrina maggioritaria qualifica entrambi come espressione della *soft-law*, vale a dire quell'insieme di indicazioni e linee guida che orientano prassi e comportamenti in determinati settori del diritto, del tutto privi di vincolatività.

1.2.2 Le fonti nazionali: le fonti primarie e le fonti secondarie

Il primo livello è rappresentato dalla **Costituzione** e dalle leggi costituzionali, che contengono quelli che sono i principi fondamentali del diritto amministrativo.

In questa sede, la trattazione si limita ad un mero elenco delle principali norme di riferimento, con rimando ai capitoli successivi in cui i diversi principi verranno analizzati all'interno dei contesti e dei settori in cui operano.

Tra le disposizioni rilevanti si annoverano: l'[art.5 Cost.](#), che tutela le autonomie locali e promuove il decentramento ammini-

21. In caso di mancato recepimento, la responsabilità dello Stato non è solo nei confronti dell'U.E., ma anche dei propri cittadini che non hanno potuto usufruire o rivendicare i diritti o i benefici accordati dalla direttiva non recepita. Il *dies a quo* decorre dalla data del fatto dal quale derivano i diritti accordati dalla direttiva.

strativo; gli artt. [24](#) e [113 Cost.](#), che disciplinano la tutela giurisdizionale; gli artt. [42](#) e [43 Cost.](#) in materia di espropriazione e programmazione economica; l'[art.51 Cost.](#), che sancisce l'accesso al pubblico impiego mediante concorso; l'[art.53 Cost.](#) sull'obbligo di concorso alle spese pubbliche; l'[art.97 Cost.](#) che sancisce l'imparzialità, il buon andamento e la riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa; l'[art.100 Cost.](#) che sancisce l'indipendenza dei giudici amministrativi; l'[art.118 Cost.](#) sui principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione e l'[art.120 Cost.](#) che afferma il principio di leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni.

La Costituzione ha un ruolo fondamentale nella disciplina delle fonti altresì in quanto alcune disposizioni prevedono espressamente che determinate materie siano trattate unicamente da fonti di rango primario, determinando quindi una riserva di legge.

Tale riserva può essere assoluta, per cui non è ammessa l'ingerenza di altro tipo di fonte, oppure relativa, quando alla legge è affidata la determinazione dei principi fondamentali e dei criteri generali, rimanendo gli aspetti di dettaglio demandati alle fonti subordinate, tipicamente regolamenti²².

Successivamente, si collocano le fonti primarie: le leggi ordinarie, i decreti legge e i decreti legislativi, gli statuti delle regioni ordinarie e i decreti attuativi degli statuti delle regioni speciali, nonché le leggi regionali e le leggi delle Province autonome di Trento e Bolzano.

In tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni, si veda il [titolo V della Costituzione](#), come riformato con Legge n.3/2001, che elenca le materie di competenza esclusiva statale e le materie di competenza concorrente, con individuazione in via residuale delle materie di competenza esclusiva regionale²³.

Relativamente al rapporto tra Stato e regioni merita attenzione

-
22. Esempio di riserva assoluta si rinviene nell'[art.13 Cost.](#) in materia di libertà personale, mentre esempio di riserva relativa è contenuto nel successivo [art.23 Cost.](#), riguardante l'obbligo di prestazioni personali o patrimoniali.
 23. Il riparto così delineato è diametralmente opposto a quello precedente la riforma del titolo V, in cui il criterio residuale riguardava le materie di competenza esclusiva statale.

il potere sostitutivo riconosciuto dall'[art.120 della Costituzione](#) al primo, in caso di inerzia delle seconde nell'osservare i propri obblighi comunitari nelle materie di competenza esclusiva regionale.

E' previsto che lo Stato si sostituisca attraverso l'introduzione di una normativa cedevole, destinata ad avere efficacia qualora la regione resti inadempiente al momento della scadenza del termine di adempimento²⁴.

A completamento del quadro della fonti primarie, meritano attenzione le **leggi provvedimento**.

Sono atti che esprimono una deformazione del sistema, nel senso che contribuiscono a scardinare il principio di tipicità nonché i caratteri di generalità ed innovatività propri delle leggi.

Invero, si tratta di atti aventi valore e forza di legge emanati per risolvere casi concreti e specifici, con incisione diretta sulle posizioni soggettive dei singoli.

Per tali ragioni sono state oggetto di dibattito e, in taluni casi, tacciate d'incostituzionalità²⁵. Tuttavia, la Corte Costituzionale ne ha sancito l'ammissibilità, ancorché sia necessario un controllo stringente di detti atti e ancorché la tutela del privato a riguardo si complichino²⁶.

Invero, tali leggi sono impugnabili mediante un giudizio di legittimità costituzionale, che senza dubbio è strumento più arduo rispetto all'impugnativa di un provvedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria amministrativa, ma che comunque garantisce il diritto di difesa.

Il ruolo principale nell'ambito del diritto amministrativo, è tut-

24. In questi casi, la normativa statale è destinata ad operare solo nelle regioni rimaste inadempienti.

25. Secondo taluni le leggi *de quibus* cozzerebbero col principio di parità di trattamento, che rischierebbe di essere violato mediante previsioni di tipo particolare e magari derogatorio.

26. *Ex multis*: C. Cost. 17 giugno 1996, n.205 e C. Cost. 10 gennaio 1977, n.2, che affermano l'insussistenza di una riserva di amministrazione, per cui tali leggi non violerebbero il principio di separazione dei poteri. Tuttavia, la Corte Costituzionale riconosce la necessità di un vaglio rigoroso circa il rispetto del principio di ragionevolezza, per verificare che la legge provvedimento non sia lo strumento per aggirare i principi di imparzialità e uguaglianza.

tavia giocato dalle fonti secondarie, le quali sono governate dal principio di atipicità e non possono in alcun modo contrastare con le fonti ad esse sovraordinate: Costituzione, leggi ordinarie e, *a fortiori*, norme europee.

Si tratta di atti formalmente (o soggettivamente) amministrativi, in quanto sono emanati da una pubblica amministrazione, ma sostanzialmente normativi, poiché si caratterizzano per generalità, astrattezza ed innovatività.

E' utile in questa sede evidenziare la differenza tra **atto amministrativo** e **attonormativo**, in quanto non sempre è facile individuare se un atto integri una fonte secondaria o meno.

La tesi oggi ormai pacifica ritiene che, mentre il primo si caratterizza per l'indeterminabilità dei destinatari *ex ante*, ma per la determinabilità degli stessi *ex post*, il secondo mantiene l'indeterminabilità dei soggetti cui si rivolge, in quanto non è destinato a disciplinare una vicenda specifica, ma è astrattamente applicabile una serie indefinita di volte.

La distinzione è importante perché le discipline sono profondamente diverse²⁷.

Al pari dell'atto normativo, l'atto amministrativo è soggetto al diritto comunitario. Che succede nell'ipotesi in cui un atto amministrativo contrasti con una norma europea?

Sul punto si sono contese il campo tre teorie principali: nullità dell'atto, basata tuttavia sulla già richiamata teoria separatista, per cui ampiamente superata. Peraltro, si è evidenziato che l'[art.21 septies della L. n.241/91](#), il quale ha tipizzato le ipotesi di nullità, non contempla tale caso.

Altra tesi, sostenuta anche da alcuna giurisprudenza recente, sostiene l'annullabilità nel caso di violazione di norma che disciplina le modalità di esercizio del potere e la nullità nell'ipotesi di violazione di norma attributiva del potere²⁸.

27. Ad esempio, mentre la violazione della fonte secondaria comporta l'illegittimità per violazione di legge, in caso di violazione dell'atto amministrativo si configura un'ipotesi di eccesso di potere.

28. Nel primo caso si avrebbe un'ipotesi di illegittimo esercizio del potere; nel secondo caso la p.a. agirebbe in assenza assoluta di potere.

Tuttavia, l'orientamento oggi ancora prevalente parla di annullabilità dell'atto per violazione di legge (al pari dell'ipotesi di violazione di una norma nazionale) e, peraltro, la dottrina maggioritaria ritiene non sussista un obbligo per la p.a. di agire in autotutela, la quale resterebbe attività discrezionale anche in questa ipotesi²⁹.

Resta comunque fermo che non è possibile mantenere in vita un atto contrastante con il diritto comunitario, stante il principio di supremazia, per cui l'ordinamento deve prevedere un rimedio per risolvere l'antinomia che, in caso di inattività della p.a., sarà l'impugnazione dell'atto da parte del privato³⁰.

1.2.3 Focus: regolamenti, ordinanze e circolari.

Tra le fonti secondarie, l'atto più importante – in quanto maggiormente diffuso – è il **regolamento**.

La classificazione delle varie tipologie e la relativa disciplina sono contenute nella [Legge n.400/88](#), la quale si riferisce letteralmente ai soli regolamenti statali, ma che vale per tutti i tipi di regolamento, qualsiasi sia l'autorità che li emana.

La potestà regolamentare viene riconosciuta dalla legge³¹, la quale ne stabilisce altresì i limiti: invero, il regolamento non può contrastare né con la Costituzione né con la legge ordinaria e con le norme europee ed inoltre, il regolamento non può essere ema-

29. Parte della dottrina aveva invero prospettato un'ipotesi di autotutela vincolata, dovendosi fare applicazione del principio di supremazia del diritto comunitario. Tuttavia, per natura, l'autotutela può essere solo discrezionale e frutto di una valutazione non obbligata da parte della p.a.

30. Il privato potrebbe astrattamente sollecitare l'esercizio dell'autotutela, ma il rimedio principe resta l'impugnazione del provvedimento illegittimo per violazione di legge comunitaria.

31. Precisamente, la potestà regolamentare ha il medesimo ambito di operatività della potestà legislativa, per cui lo Stato può emanare regolamenti solo nelle materie di propria competenza esclusiva; nelle restanti materie (di competenza concorrente o esclusiva regionale) possono intervenire unicamente regolamenti regionali.

nato in materia penale, dove vige il principio di riserva di legge³².

Nel caso in cui il regolamento contrasti con una fonte di rango superiore, la giurisprudenza amministrativa ormai prevalente ritiene che il giudice amministrativo, nell'ambito di un procedimento di impugnazione di un provvedimento amministrativo attuativo del regolamento, debba procedere alla disapplicazione del regolamento stesso, in applicazione del principio gerarchico³³.

Lo stesso potere di disapplicazione è peraltro riconosciuto al giudice ordinario, che potrà conoscere incidentalmente della questione, qualora abbia carattere pregiudiziale rispetto alla controversia posta alla sua attenzione³⁴.

Di seguito verranno brevemente trattati i due tipi più importanti di regolamento.

Innanzitutto, i regolamenti indipendenti, i quali disciplinano integralmente una materia che non è coperta da riserva di legge e per la quale non vi è altra disciplina vigente. E' stata riconosciuta la compatibilità di tali atti con il principio di legalità, in forza dell'[art.17](#) della sopra richiamata legge n.400/88 che li prevede.

Tuttavia, parte della dottrina sottolinea come tale norma non pone alcun limite all'esercizio del potere regolamentare, con rischio di ingerenza del Governo nelle funzioni del Parlamento.

Altra tipologia è quella dei regolamenti di delegificazione.

Concepiti come strumento di semplificazione normativa, tali regolamenti sono autorizzati dalla legge ad intervenire e disciplinare una materia, previa fissazione dei criteri di esercizio del potere regolamentare nonché dei principi generali della materia stessa.

32. Più correttamente, la riserva di legge è da intendersi tendenzialmente assoluta, per cui il regolamento può integrare la norma penale solo per gli aspetti che non contribuiscono a determinarne il disvalore e che non contribuiscono a delineare l'area del penalmente rilevante.

33. Precisamente, occorre distinguere tra rapporto di simpatia, in cui il provvedimento è conforme al regolamento che, a sua volta, è contrario alla norma, e rapporto di antipatia, dove il provvedimento contrasta con il regolamento il quale, a sua volta, è contrario alla norma sovraordinata. La disapplicazione del regolamento permette di valutare la legittimità del provvedimento senza che, appunto, vi sia più il filtro regolamentare.

34. Dei poteri del giudice amministrativo e del giudice ordinario si parlerà diffusamente trattando di giurisdizione.

Come anticipato, il potere di emanare regolamenti è previsto dalla legge, che lo attribuisce a Stato, Regioni, Comuni, Città Metropolitane e Autorità amministrative indipendenti, in determinati settori e materie³⁵.

In linea generale, i regolamenti non sono direttamente impugnabili, in quanto non sono in grado di incidere sulle posizioni soggettive del singolo. Più spesso, i regolamenti vengono impugnati unitamente agli atti che ne danno esecuzione (cosiddetta doppia impugnativa)³⁶.

Tuttavia è corretto distinguere tra regolamenti di volizione – azione, che hanno portata immediatamente lesiva in quanto hanno carattere sostanzialmente provvedimentale, e regolamenti di volizione – preliminare, che non hanno effetti lesivi propri e quindi non fanno maturare l'interesse all'impugnazione.

Data la loro duttilità, vi è stato un sempre crescente ricorso all'utilizzo del regolamento, quale strumento maggiormente adattabile alle situazioni più diverse.

Tuttavia, questa tendenza ha creato nel tempo una stratificazione normativa tale per cui le stesse fonti sono diventate poco accessibili e più difficilmente fruibili. La risposta al problema si è avuta con l'introduzione dei testi unici, vale a dire corpi normativi per lo più meramente programmatici, in cui vengono raccolte tutte le norme relative a una determinata materia o a un determinato settore³⁷.

Parte della dottrina considera fonti anche le **ordinanze**. In realtà, tali atti possono avere una duplice portata.

Precisamente, le ordinanze costituiscono fonti solo se hanno ca-

35. Per la trattazione sulle Autorità amministrative indipendenti, si rimanda al Capitolo III.

36. Per impugnare un atto amministrativo occorre un interesse qualificato e differenziato, ossia rilevante per l'ordinamento e direttamente inciso dall'atto stesso. Avendo portata generale e astratta, il potere di incidere sulla posizione soggettiva non è riconoscibile al regolamento, bensì al successivo provvedimento di attuazione che, riferendosi ad un soggetto determinato, ne differenzia la posizione.

37. La funzione è quella di riassetto e riorganizzazione delle discipline normative; pertanto, il testo unico generalmente non ha alcuna portata innovativa e quindi non costituisce una fonte.