



# APPUNTI LUISS

## Appunti di Diritto Amministrativo 1

---

### Canale A

**FAB**

Sintesi dei capitoli del Manuale di Diritto Amministrativo di Elio Casetta richiesti per l'esame, con l'integrazione dei materiali didattici forniti dal professore. L'utilizzo di questo lavoro è subordinato all'acquisto del materiale da cui è tratto. Leggi gli altri termini e condizioni su [www.appuntiluiss.it](http://www.appuntiluiss.it)



## CAP. 5 LIBRO : SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E LE LORO VICENDE

### **PREMESSA. QUALITA' GIURIDICHE, STATUS, CAPACITA' E SITUAZIONI GIURIDICHE**

FUNZIONI ESSENZIALI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO → risolvere i conflitti di interessi intersoggettivi.

INTERESSI → aspirazioni dei soggetti ritenuti idonei a soddisfare bisogni.

LIMITATEZZA DEI BENI → INSORGENZA DEI CONFLITTI TRA SOGGETTI DIVERSI → NECESSITA' DI ATTRIBUIRE DI VOLTA IN VOLTA LA PREVALENZA AD UNO DEGLI INTERESSI IN GIOCO.

SOLUZIONE DEL CONFLITTO → QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEI COMPORTAMENTI DEI SOGGETTI COINVOLTI AI CUI INTERESSI L'ORDINAMENTO HA ACCORDATO LA PREVALENZA O SOCCOMBENZA.



SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA: concreta situazione in cui è collocato, o meglio, di cui è titolare, un soggetto dall'ordinamento con riferimento al bene che costituisce oggetto dell'interesse. Le situazioni sono svariate :

- Diritto soggettivo;
- Interesse legittimo;
- Potere;
- Obbligo;
- Dovere.

Inoltre nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti, ben potrebbero esserci situazioni giuridiche riconosciute e protette da uno di essi e non da quello generale (vedi la giustizia sportiva), senza la possibilità per i titolari di adire il giudice dell'ordinamento generale sul presupposto che esse non abbiano dignità di diritti o interessi legittimi.

QUALITA' GIURIDICHE: modi di essere giuridicamente definiti di una persona, di una cosa, di un rapporto giuridico, di cui l'ordinamento giuridico faccia altrettanti presupposti per l'applicabilità di disposizioni generali o particolari alla persona, alla cosa, al rapporto (Miele).

STATUS: qualità attinenti alla persona che globalmente derivano dalla sua appartenenza necessaria o volontaria ad un gruppo e rappresentano il presupposto per l'applicazione al soggetto di una serie di norme, le quali vengono così a costituire nei confronti di tutti i soggetti che posseggono lo status una situazione giuridica uniforme e omogenea (Miele).

LA CAPACITA' GIURIDICA: la riferibilità effettiva do situazioni giuridiche ad un soggetto presuppone la idoneità di questo ad esserne titolare. Tale idoneità è la capacità giuridica.

- ❖ PER GLI ENTI PUBBLICI: si è discusso a lungo del carattere generale della loro capacità giuridica e di conseguenza della possibilità di stipulare caratteri atipici; l'opinione prevalente è favorevole posto che prima di essere ente pubblico, il soggetto pubblico è soggetto di diritto comune potendo così impiegare gli strumenti del diritto privato. Il limite posto alla capacità dell'ente deriva dalla tutela della concorrenza più che dal rispetto del principio di legalità. Inoltre l'utilizzo degli strumenti privatistici deve essere giustificato in ragione della attinenza alle finalità curate dall'ente e stabilite dalla legge (legalità-indirizzo). Inoltre le amministrazioni non possono stipulare contratti aleatori al di fuori dei giochi gestite in regime di privativa e dei contratti di assicurazione.

LA CAPACITA' DI AGIRE: idoneità a gestire le vicende delle situazioni giuridiche di cui il soggetto è titolare e che si acquista con il compimento del 18esimo anno di età, salvo che la legge non stabilisca un'età diversa.

- ❖ PER GLI ENTI PUBBLICI: è discusso se questa possa essere riferita direttamente all'ente , ovvero sia esclusiva della persona fisica preposta all'organo che fa agire l'ente. La diversità di opinioni ha importanza soprattutto ai fini della qualificazione della natura della responsabilità extracontrattuale degli enti pubblici; ove si ritenga che l'ente in virtù della immedesimazione organica abbia la capacità di agire, è più semplice concludere nel senso che risponda direttamente per gli illeciti compiuti dai propri dipendenti.

RAPPORTO FRA CAPACITA' GIURIDICA E DI AGIRE : in linea di principio, queste non sorgono insieme dunque contemporaneamente per le persone fisiche; invece, nel diritto amministrativo, dunque con riferimento alle persone fisiche , la capacità di agire è di norma strettamente connessa con la capacità giuridica nel senso che si dispone della seconda in quanto si abbia l'idoneità a gestire le vicende delle situazioni giuridiche escludendosi la possibilità che le situazioni siano esercitate da soggetti diversi dai titolari.

LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE: diversamente dalla capacità di agire, questa si riferisce a situazioni specifiche e concrete (attive o passive), effettivamente sussistenti e a singoli rapporti. Essa è una specifica posizione, e non una qualità, del soggetto rispetto agli interessi.

***Art. 1. Capacità giuridica.***

*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.*

*I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.*

*[Le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali.] (1)*

*(1) Comma abrogato dal D.Lgs.Lgt. 14 settembre 1944, n. 287.*

***Art. 2. Maggiore età. Capacità di agire.***

*La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa.*

*Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.*

**Art. 11. Persone giuridiche pubbliche.**

*Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico.*

**POTERE, DIRITTO SOGGETTIVO, DOVERE E OBBLIGO**

IMPUTAZIONE DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE NELL'AMMINISTRAZIONE: per quanto riguarda l'amministrazione pubblica, i titolari di poteri, diritti, obblighi e doveri, possono essere soltanto enti pubblici, mentre questa possibilità deve essere esclusa per gli organi, singoli elementi della loro organizzazione. Al fine di fornire la definizione delle situazioni giuridiche è necessario distinguere (S. Romano) tra le situazioni che sussistono nell'ambito di concreti rapporti giuridici, costituendone uno dei termini e le altre che si collocano all'esterno di essi.

IL POTERE: potenzialità astratta di tenere un certo comportamento ed espressione della capacità del soggetto, e perciò da esso inseparabile. In quanto preesistente rispetto all'esercizio, il potere è collocato al di fuori dell'orbita di un rapporto concreto e consente di produrre modificazioni (vicende giuridiche) delle situazioni racchiuse in quel rapporto). Nel diritto amministrativo, oltre al potere amministrativo, alcune amministrazioni dispongono anche del potere normativo. Va aggiunto anche che la possibilità astratta di tenere un certo comportamento produttivo di effetti giuridici si concretizza mediante atti giuridici, i più importanti dei quali sono i provvedimenti che presentano i caratteri di tipicità dei relativi poteri.

POTERI AMMINISTRATIVI E VICENDE GIURIDICHE: nel diritto amministrativo una particolare rilevanza hanno i poteri che il soggetto pubblico è in grado di esercitare prescindendo dalla volontà del privato e dunque producendo unilateralmente una vicenda giuridica relativa alla sfera dello stesso. Le vicende giuridiche sono normalmente rappresentate dalla costituzione, estinzione o modificazione di situazioni giuridiche.

- ❖ **POTERE DI ESPROPRIAZIONE** : possibilità giuridica che l'ordinamento accorda all'amministrazione di produrre un certo effetto giuridico , precisamente si tratta dell'estinzione della proprietà del privato e la costituzione del diritto a favore di una amministrazione o di un altro soggetto.

IL DIRITTO SOGGETTIVO: situazione giuridica di vantaggio che consiste nell'attribuzione dalla legge al titolare di realizzare il proprio interesse indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse pubblico curato dall'amministrazione. Questo è tutelato in via assoluta in quanto è

garantita al suo titolare la soddisfazione piena e non mediata dell'interesse → situazione giuridica di immunità dal potere.

LE NORME DI RELAZIONE: potere e diritto sono inconciliabili → ove sussista potere non sussiste diritto soggettivo e ove il privato sia titolare di un diritto non può affermarsi l'esistenza di un potere amministrativo. L'affermazione non va però assolutizzata a causa dei numerosissimi poteri amministrativi a fronte del riconoscimento di diritti altrettanto numerosi, dunque tale considerazione deve fondarsi sul concetto di relatività. Gli interessi considerati prevalenti si qualificano pubblici perché affidati dalla legge alla cura di soggetti pubblici e costituiscono la ragione dell'attribuzione del potere. Poiché il potere amministrativo comporta una incisione della sfera dei privati, esso deve essere tipico, cioè predeterminato dalla legge in ossequio al principio di legalità che esprime la garanzia delle situazioni dei privati stessi.

- ❖ **DEFINIZIONE:** norme che, attribuendo poteri, riconoscono interessi pubblici "vincenti" su quelli privati e sono caratterizzate dal fatto di risolvere conflitti intersoggettivi di interessi. Esprimono dunque un giudizio relazionale fra interessi e tutelano in modo esclusivo quello del privato entro il limite al di là del quale viene protetto l'interesse della pubblica amministrazione.

**DOVERE:** vincolo giuridico a tenere un dato comportamento positivo (fare) o negativo (non fare); in particolare la P.A. deve sottostare al diritto di correttezza e buona fede e a quello posto ex art. 2043 c.c.

**OBBLIGO:** vincolo del comportamento del soggetto in vista di uno specifico interesse di chi è il titolare della situazione di vantaggio; ad esempio quando la P.A. ha istituito un rapporto contrattuale.

## **L'INTERESSE LEGITTIMO**

**L'INTERESSE:** aspirazione ad un bene della vita e in tal caso il bene della vita finale è il posto messo a concorso presso l'ente pubblico.

**L'INTERESSE PRETENSIVO:** il privato pretende qualcosa dall'amministrazione, sicché la soddisfazione della propria aspirazione passa attraverso il comportamento attivo dell'amministrazione.

**L'INTERESSE OPPOSITIVO:** il soggetto privato si oppone all'esercizio di un potere che potrebbe cagionare una vicenda giuridica svantaggiosa, onde egli vedrà soddisfatta la propria pretesa in quanto l'amministrazione non eserciti il potere.

**L'INTERESSE LEGITTIMO:** situazione soggettiva di vantaggio, pur tuttavia di fondamentale importanza, ribadita ora dalla nostra Costituzione che la menziona in 3 norme.

*Art. 24*

*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.  
La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.  
La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.*

**Art. 103**

*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.  
La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.  
I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate.*

**Art. 113**

*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.  
Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.  
La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.*

In Italia l'interesse legittimo ha svolto numerose funzioni, anche tra loro eterogenee, ad esempio il criterio di riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, la delimitazione dei confini della risarcibilità e il ruolo di situazione che legittima la proposizione del ricorso giurisdizionale. Inoltre, sebbene nel nostro diritto venga accostato al diritto soggettivo, la differenza fra questi va ricercata nel diverso tipo di garanzia e di protezione accordato all'ordinamento.

- ❖ TESI 1 → pone l'accento sul modo occasionale e/o strumentale della protezione, in quanto essa è assicurata soltanto nei limiti in cui l'azione amministrativa sia legittima, per cui il cittadino non può esigere la soddisfazione dell'interesse al bene, risultando così messo in ombra il carattere soggettivo della situazione ed evidenziata una situazione strumentale e oggettiva (la legittimità) che poco ha a che vedere con la concreta aspirazione del soggetto, riferita a un "suo" interesse.
- ❖ TESI 2 (MAGGIORITARIA) → sottolinea che la situazione di cui il cittadino è titolare è di vantaggio sostanziale, protetta non soltanto in modo strumentale come conseguenza della legittimità dell'operato dell'amministrazione, in quanto pone in primo piano il

conseguimento del bene che ha di mira colui che si rapporta con il potere, resta fermo però il fatto che la soddisfazione è eventuale

→ ENTRAMBE LE TESI = VISIONE PARZIALE DEL FENOMENO → RAGIONI RICOLLEGABILI AD UN PROBLEMA DI PROSPETTIVA.

L'interesse legittimo può dunque definirsi una situazione soggettiva di vantaggio a progressivo rafforzamento, la cui unitarietà permane in ragione dell'attinenza ad un medesimo bene finale cui l'individuo aspira.

PRIMA FASE: esso garantisce la mediazione dell'amministrazione in forza dei poteri tipici, il cui esercizio è sindacabile dal giudice.

SECONDA FASE: anche se non manca una attenta considerazione delle ragioni del privato, rileva il profilo della legittimità dell'azione, limite di soddisfazione dell'azione del soggetto e, infatti, la tutela è tradizionalmente costituita dall'annullamento dell'atto



NEL DIRITTO SOGGETTIVO → il giudizio di piena meritevolezza è effettuato a monte. Da parte dell'ordinamento generale.

NELL'INTERESSE LEGITTIMO → il giudizio è affidato alla dinamica dell'esercizio del potere che si svolge in seno all'ordinamento dell'amministrazione.

#### I POTERI CONNESSI ALL'INTERESSE LEGITTIMO

- ❖ POTERI DI REAZIONE: si concretizza nei ricorsi amministrativi e nei ricorsi giurisdizionali, volti ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo.
- ❖ POTERI DI PARTECIPARE: possibilità di partecipare dialogando con il potere.
- ❖ POTERE DI ACCEDERE AI DOCUMENTI: art. 22 L. 241/1990.

#### Art. 22

1. Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge.

2. E' considerato documento amministrativo ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa.

3. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni interessate adottano le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione della disposizione di cui al comma 1, dandone comunicazione alla Commissione di cui all'articolo 27.



**L'INTERESSE PROCEDIMENTALE:** interesse che avrebbe la caratteristica di attenere a fatti procedurali, in dottrina Scocca ha obiettato che si tratterebbe in realtà di facoltà che attengono all'interesse legittimo. L'interesse legittimo, in ogni caso, sorge non già tutte le volte in cui anche in modo secondario e indiretto, un soggetto venga in qualche modo implicato dall'esercizio di un potere, bensì quando e soltanto quando la soddisfazione del suo interesse dipende dall'esercizio di un potere, d'altro canto occorre una norma che tuteli la situazione del privato in modo non generico e dunque non è sufficiente una disposizione che semplicemente assicuri la partecipazione ad un procedimento. Né si può ritenere che, per il solo motivo della partecipazione procedimentale, l'interesse procedimentale si trasformi in interesse legittimo e di conseguenza consenta al suo titolare di ricorrere in giudizio. La possibilità della trasformazione della partecipazione procedimentale in legittimazione processuale è stata invero sostenuta in dottrina e il criterio è stato anche impiegato dalla giurisprudenza in tema di interessi diffusi, sebbene sia ancora fortemente discusso.

**L'interesse legittimo è un interesse personale, differenziato rispetto ad altri interessi e qualificato da una norma.**

### **INTERESSI DIFFUSI E INTERESSI COLLETTIVI**

**GLI INTERESSI SUPERINDIVIDUALI:** interessi che possono essere o diffusi o collettivi. Il riconoscimento della possibilità di partecipare al procedimento amministrativo per i soggetti portatori di questi interessi è inoltre generalizzato: l'art. 9 L. 241/1990 consente infatti ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati di intervenire nel procedimento; vero è che la legge parla di interessi diffusi ma il riferimento alla presenza di associazioni e comitati sembra richiamare anche gli interessi collettivi.

**GLI INTERESSI DIFFUSI:** si caratterizzano sotto un duplice profilo, dal punto di vista soggettivo appartengono ad una pluralità di soggetti, dal punto di vista oggettivo attengono a beni non suscettibili di fruizione differenziata → non frazionabilità del loro oggetto.

**GLI INTERESSI COLLETTIVI:** interessi che fanno capo ad un gruppo organizzato, onde il carattere della personalità e della differenziazione, necessario per qualificarli come legittimi e per aprire la via alla tutela davanti al giudice amministrativo, potrebbe più facilmente essere rinvenuto, sostituendo al tradizionale soggetto atomisticamente inteso, il gruppo, soggetto al quale gli interessi sono comunque riferibili.

### **IL PROBLEMA DELL'ESISTENZA DI ALTRE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE**

**IL PRINCIPIO DI RELATIVITA' DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE:** al fine di superare l'antinomia tra diritto e potere, soccorre il principio di relatività delle situazioni giuridiche soggettive; lo stesso rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi a seconda dei casi e dei

momenti e persino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere, ora come diritto soggettivo, ora come un interesse protetto solo in modo riflesso.

**LA DEGRADAZIONE O AFFIEVOLIMENTO DEL DIRITTO:** secondo un orientamento largamente seguito in dottrina e in giurisprudenza, è un fenomeno che si riferirebbe alla vicenda di un diritto il quale, venendo a confliggere con un potere, si trasformerebbe in interesse legittimo. In realtà la dottrina della degradazione è il tentativo di dar risposta, sul piano sostanziale, ad una situazione processuale e cioè, la spettanza della giurisdizione al giudice amministrativo (Scoca). Poiché quest'ultimo esercita il sindacato sugli interessi legittimi, la via per rinvenire l'esistenza di un interesse legittimo è stata quella di immaginare che esso, sul piano appunto sostanziale, originasse dalla trasformazione del diritto. L'interesse legittimo non nasce dalla trasformazione di un diritto ma è situazione distinta, pur potendo riferirsi al medesimo interesse finale su cui si innesta un diritto. Secondo parte della dottrina sussisterebbero ipotesi di diritti non degradabili quale ad esempio il diritto ad un ambiente salubre. Non sussistono dunque situazioni intermedie tra diritto soggettivo e interesse legittimo; inconsistente è altresì la figura del diritto affievolito, che ricorrerebbe nell'ipotesi in cui un diritto sorga da un provvedimento, ad esempio da una concessione, sicché sarebbe destinato ad essere eliminato a seguito della revoca dell'atto; essa infatti coincide pienamente con quella dell'interesse legittimo.

**IL DIRITTO IN ATTESA DI ESPANSIONE:** situazione in cui l'esercizio di un diritto dipenda dal comportamento dell'amministrazione, che consentirebbe appunto l'espansione dello stesso.

**LA FACOLTA':** esclusa dal novero delle situazioni giuridiche, la facoltà è la possibilità di tenere un certo comportamento materiale, essa costituisce, infatti, una delle forme di estrinsecazione del diritto e non produce modificazioni giuridiche.

**L'ASPETTATIVA:** controversa è l'autonomia concettuale di tale figura e cioè della situazione in cui versa un soggetto nelle more del completamento della fattispecie costitutiva di una situazione di vantaggio; non essendo tutelata in via assoluta, non è un diritto.

## **LE SITUAZIONI GIURIDICHE PROTETTE DALL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA**

**PREMESSA:** vengono in rilievo le disposizioni sui servizi pubblici e quelle sulla libera circolazione di beni e persone nonché la libertà di stabilimento e concorrenza, in quanto queste hanno avuto riflessi notevoli sul piano del nostro diritto interno, rendendo in alcuni casi più pregnanti i limiti che incontra il potere pubblico, in particolare con riferimento all'intervento sul mercato che deve rispettare la libertà di concorrenza. Si tratta dunque della proporzionalità assunta al rango di principio generale con riferimento ai casi di incisione delle situazioni dei privati da parte dei poteri pubblici.

**LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE** → abolizione discriminazioni fra lavoratori degli Stati Membri fondate sulla nazionalità.

LA LIBERTA' DI STABILIMENTO → accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese alle medesime condizioni fissate dall'ordinamento dei paesi di stabilimento per i propri cittadini.

LA LIBERTA' DI PRESTAZIONE DEI SERVIZI → vige però la riserva giustificata da motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità e l'esclusione delle attività partecipino, anche in via occasionale, all'esercizio di pubblici poteri.

LA LIBERTA' DI CONCORRENZA → può essere lesa a seguito della presenza di poteri amministrativi che condizionino oltre una certa misura l'attività delle imprese.

LA LIBERTA' DI CIRCOLAZIONE DEI BENI → misure amministrative che comportino indebite restrizioni delle importazioni e delle esportazioni che confliggono con la disciplina comunitaria.

GLI OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO → nelle ipotesi in cui occorra soddisfare determinati criteri di continuità, regolarità e capacità cui il privato non si atterrebbe ove seguisse soltanto il proprio interesse economico, nonché permette di individuare i correlativi diritti dei cittadini alle prestazioni che ne costituiscono oggetto.

## **LE MODALITA' DI PRODUZIONE DEGLI EFFETTI GIURIDICI**

PREMESSA: l'ordinamento determina direttamente o consente le vicende giuridiche relative a rapporti giuridici e situazioni giuridiche soggettive secondo modalità differenti. Il discorso attiene in particolare ai diritti soggettivi: la capacità e i poteri, infatti, sono strettamente legati alla soggettività e sono acquistati a titolo originario, pur se l'esistenza o esercizio di un potere può essere subordinato al ricorrere di una particolare condizione.

LO SCHEMA "NORMA-FATTO-EFFETTO": le vicende possono essere prodotte dall'ordinamento al verificarsi di alcuni fatti naturali o involontari o al compimento di alcuni atti volontari (meri atti) che hanno la funzione di semplici presupposti per la produzione dell'effetto; la volontà del soggetto è qui rivolta all'emanazione dell'atto (non è costitutiva dell'effetto) → la causa di quella vicenda giuridica è infatti da rintracciarsi direttamente nell'ordinamento. Questa modalità si riassume con lo schema NORMA-FATTO-EFFETTO nel senso che la norma disciplina direttamente il fatto e vi collega la produzione di effetti. La legge viene allora definita LEGGE-PROVVEDIMENTO e non presenta il carattere della generalità (espropriazione mediante legge).

LO SCHEMA "NORMA-POTERE-EFFETTO": l'ordinamento attribuisce, definendo una serie di condizioni, ad un soggetto privato o pubblico il potere di produrre vicende giuridiche e riconosce l'efficacia dell'atto da questo posto in essere. L'atto è dunque costitutivo del proprio effetto e lo schema ricostruttivo è NORMA-POTERE-EFFETTO → l'effetto non risale immediatamente alla legge ma vi è l'intermediazione di un soggetto che pone in essere un atto, espressione di una scelta, mediante il quale si regola il fatto e si produce la vicenda giuridica. L'atto che costituisce espressione di autonomia è il NEGOZIO.

**DINAMICA GIURIDICA E AMMINISTRAZIONE:** ove il tipo di dinamica sia quello che si incentra sullo schema norma-fatto-effetto, l'amministrazione può essere coinvolta; nei casi in cui la dinamica giuridica sia invece quella dello schema norma-potere-effetto, l'amministrazione pone in essere atti espressione di autonomia. Tali atti producono effetti giuridici in relazione ad un particolare rapporto giuridico, a seguito dell'esercizio di un potere conferito in via generale e astratta dalla legge. Ciò significa che l'ordinamento rimette alla scelta del soggetto pubblico la produzione e la regolamentazione dell'effetto. In quei casi, infatti, viene attribuito un potere che è appunto la possibilità di produrre effetti riconosciuti dall'ordinamento, mediante provvedimenti amministrativi. La meritevolezza dell'interesse del privato è effettuata in tal caso, non già direttamente dall'ordinamento generale, ma è definita nel corso della dinamica del potere.

**DINAMICHE GIURIDICHE SITUAZIONI SOGGETTIVE :** la dinamica norma-potere-effetto comporta il riconoscimento in capo al destinatario dell'esercizio del potere amministrativo di un interesse legittimo → rende disponibile per l'amministrazione il bene della vita cui aspira il privato , ossia subordinarne la soddisfazione all'azione amministrativa, di qui la titolarità in capo al destinatario dell'esercizio del potere, di un interesse legittimo. Viceversa, laddove lo schema sia norma-fatto-effetto, la legge accorda direttamente un diritto soggettivo in quanto non prevede alcuna intermediazione provvedimento tra l'aspirazione del privato, già valutata come pienamente meritevole di tutela e la sua soddisfazione.

### **I POTERI AMMINISTRATIVI: I POTERI AUTORIZZATORI (IN PARTICOLARE POTERE PUBBLICO, ACCESSO AL MERCATO E LIBERALIZZAZIONI**

**IL POTERE AUTORIZZATORIO:** potere che ha l'effetto di rimuovere i limiti posti dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione di vantaggio, sotto il profilo funzionale, il suo svolgimento comporta la previa verifica della compatibilità di tale esercizio con un interesse pubblico. L'uso del potere a fronte del quale il destinatario si presenta come titolare di interessi legittimi pretensivi, produce dunque l'effetto giuridico di modificare una situazione soggettiva preesistente, consentendone l'esplicazione se potere e l'esercizio se diritto in una direzione in precedenza ma non di costituire nuovi diritti. L'ordinamento ritiene qui sufficiente appoggiarsi all'iniziativa di un soggetto, limitandosi a condizionarne lo svolgimento. Attraverso l'esercizio del potere autorizzatorio l'amministrazione esprime il proprio consenso preventivo all'attività progettata dal richiedente contemporaneamente esercitato un controllo preventivo (vedi il permesso di costruire). La circostanza che l'iniziativa sia sempre del soggetto autorizzato spiega perché questi possa cessare l'attività intrapresa senza che l'amministrazione debba attivarsi al fine di sostituirsi a esso per garantire il risultato finale. L'autorizzazione non si limita in genere a consentire l'esercizio di una situazione di vantaggio preesistente, sempre più spesso l'ordinamento tende a rendere in qualche modo servente l'interesse privato rispetto a quello pubblico, conformando l'azione dell'autorizzato in vista del conseguimento di tale interesse. L'autorizzazione spesso addirittura instaura una relazione tra soggetto pubblico e soggetto privato caratterizzata dalla presenza di poteri di controllo e di vigilanza in capo all'amministrazione, preordinati alla verifica del rispetto delle condizioni e dei limiti imposti all'esercizio dell'attività consentita mediante atto autorizzatorio.

L'ordinamento prevede oggi esempi di autorizzazioni plurime per così dire riepilogative di una serie di atti di consenso: ove il procedimento dello sportello unico delle attività produttive si concluda con provvedimento espresso costituente titolo unico per la realizzazione dell'intervento, esso riassume i vari atti di assenso richiesti dalla legge. Nell'ordinamento è pure presente l'autorizzazione integrata ambientale, la quale sostituisce a tutti gli effetti ogni visto, parere o autorizzazione in materia ambientale.

**LE ABILITAZIONI:** atti il cui rilascio è subordinato all'accertamento dell'idoneità tecnica di soggetti a svolgere una certa attività.

**L'OMOLOGAZIONE:** rilasciata dall'autorità a seguito dell'accertamento della sussistenza in una cosa, di norma destinata ad essere prodotta in serie, di tutte le caratteristiche fissate dall'ordinamento ai fini di tutela preventiva e per esigenze di uniformità dei modelli.

**IL NULLAOSTA:** atto endoprocedimentale necessario emanato da un'amministrazione diversa da quella precedente, con cui si dichiara che in relazione ad un particolare interesse, non sussistono ostacoli all'adozione di un provvedimento finale.

**LA DISPENSA:** provvedimento espressione del potere che l'ordinamento, pur vietando o imponendo in generale un certo comportamento, attribuisce all'amministrazione consentendole in alcuni casi di derogare all'osservanza del relativo divieto o obbligo.

**L'APPROVAZIONE:** provvedimento permissivo avente ad oggetto non già un comportamento, bensì un atto rilasciato a seguito di una valutazione di opportunità e convenienza dello stesso. L'approvazione opera dunque come condizione di efficacia dell'atto ed è ad esso successiva. Nell'ambito del procedimento è talora impiegata la figura dell'approvazione condizionata, che in realtà significa annullamento con indicazione dei correttivi necessari per conseguire l'approvazione. Essa è legittima laddove non si risolva in una inammissibile sostituzione della sfera di scelta dell'organo attivo.

**LA LICENZA:** figura che la legge tende a sostituire oggi con l'autorizzazione, era definita, secondo parte della dottrina (Sandulli), come il provvedimento che permette lo svolgimento di una attività previa valutazione della sua corrispondenza ad interessi pubblici, ovvero della sua convenienza in settori non rientranti nella signoria dell'amministrazione ma sui quali essa soprintende a fini di coordinamento.

**LA TENDENZA ALLA RIDUZIONE DEL REGIME AUTORIZZATORIO E ALLA LIBERALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ DEI PRIVATI:** la tendenza alla sostituzione degli atti permissivi con il meccanismo del silenzio assenso o della segnalazione di inizio attività oppure alla loro eliminazione è comunque affiorata spesso nella legislazione del recente passato, preoccupata di "alleggerire" il condizionamento pubblicistico relativo alle iniziative dei privati riducendo gli ostacoli all'esercizio della libertà di iniziativa economica anche come conseguenza del rafforzamento del valore della concorrenza determinato dall'ordinamento pubblico.

LA LIBERALIZZAZIONE DEI SERVIZI SUL MERCATO INTERNO E REGIME : per quanto concerne più specificatamente i regimi autorizzatori, tradizionalmente molto diffusi nel settore delle attività commerciali, si stabilisce che essi possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi d'interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni introdotte dal decreto. È evidente, in questo caso, l'influenza dell'approccio comunitario.

LIBERALIZZAZIONE, CRISI E SVILUPPO ECONOMICO: di liberalizzazioni si è poi ripetutamente occupato il legislatore nel quadro delle manovre assunte, a fronte della crisi, oer la crescita e lo sviluppo dell'economia del paese. In particolare si intrecciano i profili della liberalizzazione, della deregolamentazione e della semplificazione. Il d.l. 138/2011 opera sul versante delle professioni e delle attività economiche; in particolare, per ciò che attiene alle attività economiche, impone che comuni, province, regioni e Stato adeguino i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. Il regime dell'autorizzazione, in quanto implicante l'apposizione di un limite destinato ad essere rimosso, può comportare restrizioni alla libertà di iniziativa economica: nella parte in cui accenna alle restrizioni, infatti, il decreto configura alcuni regime autorizzatori che limitino l'ingresso a specifici mercati e quelli basati sulla valutazione pubblica del bisogno appunto come restrizioni : in quanto tali, unitamente, ad esempio, all'imposizione di distanze minime tra le localizzazione delle sedi deputate all'esercizio di una attività economici, tali regimi sono destinati a essere automaticamente eliminati. Una specifica disposizione si riferisce al regime amministrativo: esso deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, nel rispetto del principio di proporzionalità e, ove sia stabilita la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economica, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione. Va comunque osservato che laddove la liberalizzazione incrocia la semplificazione, essa è spesso rinviata perché legata all'emanazione di regolamenti; laddove ne prescinde, è affermata da norme enfatiche e smentita da numerose eccezioni basate sulla presenza di interessi pubblici rilevanti. Un'altra norma che va ricordata nella prospettiva del rafforzamento della posizione del privato è quella ai sensi della quale i provvedimenti autorizzatori non possono essere revocati per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

## **I POTERI CONCESSORI**

PREMESSA: l'esercizio di tali poteri, a fronte dei quali il destinatario si presenta come titolare di interessi legittimi pretensivi, produce l'effetto di attribuire al destinatario medesimo status e situazioni giuridiche (diritti) che esulavano dalla sfera giuridica in quanto precedentemente egli non ne era titolare. Per altro verso, al concessionario è spesso attribuita una posizione di privilegio rispetto agli altri soggetti. A differenza di ciò accade nell'autorizzazione, l'ordinamento non attribuisce originariamente al privato la titolarità di alcune situazioni giuridiche, ma conferisce all'amministrazione il potere di costituirle o di trasferirle in capo al privato stesso. La circostanza che si tratti di poteri accrescitivi e che attengano a beni limitati comporta che il relativo procedimento sia spesso caratterizzato da una scelta fra più soggetti.

**CONCESSIONE TRASLATIVA:** quando il diritto preesiste in capo all'amministrazione sicchè esso è trasmesso al privato che risulta così una concessione privilegiata rispetto ad altri consociati.

**CONCESSIONE COSTITUTIVA:** casi in cui il diritto attribuito è totalmente nuovo.

→ **IMPORTANZA DELLA DISTINZIONE** = riferimento all'art. 19 L. 241/1990, in quanto sempre che non ricorrano i casi di esclusioni ivi previsti e il rilascio dell'atto dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, prevede la sostituzione con segnalazione di inizio attività delle concessioni non costitutive. In realtà, posto che nelle concessioni traslative vi è in palio una posizione di privilegio, risulta impossibile applicare norma che presuppone invece l'assenza di contingente complessivo sicchè pare preferibile ritenere che la legge intenda riferirsi a quegli atti che, ancorchè definiti concessioni, non sono tali.

**CONCESSIONE DI OPERE PUBBLICHE:** la legislazione sulla scorta dell'influenza comunitaria, mira ad equipararle all'appalto o quanto meno a limitare la discrezionalità di cui gode l'amministrazione chiamata a rilasciarle, al fine di evitare che, impiegando o strumento concessorio, tradizionalmente caratterizzato dalla possibilità di scegliere discrezionalmente il privato chiamato a sostituirsi all'amministrazione in situazioni in ordine alle quali il soggetto pubblico non dispone di adeguata organizzazione, l'amministrazione possa svincolarsi dalle regole poste a tutela della concorrenza.

**CONCESSIONE DI SERVIZI PUBBLICI:** la natura contrattuale della concessione, in passato, era stata affermata da parte della dottrina anche in ordine alla concessione di servizi pubblici, figura che ricorre allorchè l'ordinamento intenda garantire ai privati alcune prestazioni e attività e consenta all'amministrazione di affidarne lo svolgimento a soggetti privati appunto mediante un provvedimento concessorio. Anche in ordine alle concessioni di beni, accanto al provvedimento con il quale si esercita il potere concessorio amministrativo, si può spesso individuare una convenzione bilaterale di diritto privato (concessione-contratto), finalizzata a dar assetto ai rapporti patrimoniali tra concessionario e concedente. La fattispecie viene dunque scomposta in due gradi, provvedimento e contratto. L'art. 21-quinquies tuttavia facendo riferimento alla revoca di atti amministrativi che incida su rapporti negoziali pur non menzionandola espressamente, sembra nuovamente presupporre che la concessione si articoli su due piani: quello del provvedimento e quello di un negozio bilaterale negoziale che al primo acceda. In ogni caso si potrebbe ipotizzare che dall'atto-accordo scaturiscano anche i rapporti negoziali cui fa riferimento la norma senza necessità di immaginare due piani o comunque la presenza di atti di natura diversa. I caratteri essenziali della concessione traslativa possono riassumersi nell'attribuzione di una posizione di vantaggio/privilegio a un soggetto terzo sulla base di un accordo e nella sostituzione del concessionario nello svolgimento di un compito dell'amministrazione, assumendosene il rischio. Il concessionario infatti deve gestire un servizio, costruire e gestire un'opera pubblica o usare di un bene in vista del conseguimento di utilità pubbliche sotto il controllo dell'amministrazione sostituita gestendo in proprio l'attività e il rischio. Poiché i relativi procedimenti iniziano a istanza di parte trova applicazione il meccanismo del silenzio assenso, salvo le eccezioni ex art. 20.

**Art. 20.**

- 1. Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata, si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità del rispettivo procedimento, dal medesimo predetto regolamento. In tali casi, sussistendone le ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa.*
- 2. Ai fini dell'adozione del regolamento di cui al comma 1, il parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il Governo procede comunque all'adozione dell'atto.*
- 3. Restano ferme le disposizioni attualmente vigenti che stabiliscono regole analoghe o equipollenti a quelle previste dal presente articolo*

**Art. 21-bis**

***Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati***

- 1. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.*

**Art. 21-quinquies**

***Revoca del provvedimento***

- 1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno*



*dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

LA CRISI DELLA CONCESSIONE E LA TENDENZA AD ELIMINARE GLI SPAZI DI DISCREZIONALITA': il riconoscimento dell'effetto costitutivo dell'autorizzazione ha reso più difficile individuare la linea distintiva tra i due provvedimenti. A livello europeo, ove ciò che conta è la giustificabilità del condizionamento dell'iniziativa privata per mezzo dei regimi amministrativi, autorizzazioni e concessioni vengono spesso accomunate, in generale mirando a ridurre la discrezionalità pura dell'amministrazione nella prospettiva della liberalizzazione.

LE AMMISSIONI: in relazione ai servizi pubblici gestiti dalla P.A. e rivolti ai singoli utenti che ne facciano richiesta, la dottrina tradizionale aveva individuato, quale atto che attribuisce al singolo il diritto alla prestazione e quindi al godimento del servizio stesso, l'ammissione. Tale atto instaurerebbe un rapporto di natura amministrativa fra ente e utente, secondo altri invece conferirebbe uno status.

LE SOVVENZIONI: rientrano nel novero dei provvedimenti concessori, caratterizzate dal fatto che attribuiscono al destinatario vantaggi economici. Le categorie viene disciplinata dall'art. 12, che si riferisce a "sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari" nonché all'"attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati". Bisogna però distinguere che :

- ❖ **Le sovvenzioni** → riguardano lo svolgimento di attività imprenditoriali.
- ❖ **I contributi** → attengono ad attività culturali e sportive.
- ❖ **I sussidi** → attribuzioni rientranti nella beneficenza generale.

A garanzia dell'imparzialità e della trasparenza la L. 241/1990 prevede all'art. 12 che, nelle forme prescritte dai rispettivi ordinamenti, vengano predeterminati e pubblicati "criteri e modalità cui le amministrazioni devono attenersi". Qui il meccanismo del silenzio assenso non sembra poter operare, atteso che l'art. 12 (2), stabilisce che l'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità predeterminati dall'amministrazione deve "risultare" dai singoli provvedimenti. Le sovvenzioni ai sensi dell'art. 21-quinquies, non possono essere revocati per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

**Art. 12.**

- 1. La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalita' cui le amministrazioni stesse devono attenersi.*
- 2. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalita' di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1.*

LA CONCESSIONE EDILIZIA: non ha natura concessoria; inoltre la legge Bucalossi, prevedendo la sottoposizione a concessione dell'attività di trasformazione urbanistico-edilizia, pareva operare lo scorporo dello ius aedificandi dal contenuto del diritto di proprietà, attribuendo la facoltà di edificare alla pubblica amministrazione. L'introduzione del regime concessorio aveva conseguenze assai rilevanti soprattutto sul problema dell'indennizzabilità dei vincoli urbanistici di inedificabilità introdotti mediante piano regolatore: la sentenza 5/1980 cit., pur riguardando la determinazione dell'indennità di espropriazione, ha invece sostanzialmente rigettato l'impostazione secondo cui la concessione edilizia avrebbe effetti costitutivi del ius aedificandi e ha così aperto la via alla sua qualificazione come autorizzazione. Il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia comunque prevede la eliminazione della figura della concessione, significativamente sostituendola con quella del "permesso di costruire".

**I POTERI ABLATORI**

DEFINIZIONE: questi poteri incidono negativamente sulla sfera giuridica del destinatario. Essi hanno segno opposto rispetto a quelli concessori, nel senso che impongono obblighi, ovvero sottraggono situazioni favorevoli in precedenza pertinenti al privato, attribuendole di norma, ma non necessariamente, all'amministrazione (ablatori reali). A fronte dell'esercizio di tali poteri il destinatario si presenta come titolare di interessi legittimi oppositivi. L'effetto ablatorio può incidere su diritti reali, personali o su obblighi a rilevanza patrimoniale.

L'ESPROPRIAZIONE: provvedimento che ha l'effetto di costituire un diritto di proprietà o altro diritto reale in capo ad un soggetto previa estinzione del diritto in capo ad altro soggetto (espropriato) al fine di consentire la realizzazione di un'opera pubblica o per altri motivi di pubblico interesse e dietro versamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 42 Cost. la disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità è contenuta nel testo unico di cui al d.p.r. 327/2001. L'esercizio del potere di esproprio si articola nella previa dichiarazione, esplicita o implicita e, cioè, "assorbita" nell'approvazione di alcuni progetti o piani di pubblica utilità delle opere e nella successiva espropriazione. Fino al momento dell'espropriazione il proprietario può addivenire alla cessione volontaria del bene.

L'OCCUPAZIONE TEMPORANEA: questa viene disposta quando ciò sia necessario per la corretta esecuzione dei lavori prevedendo la relativa indennità, un caso particolare è l'occupazione di urgenza, in cui l'avvio dei lavori è appunto urgente; seconda la giurisprudenza, nel caso in cui si fosse verificata l'irreversibile trasformazione dell'immobile, si produceva sempre e comunque l'acquisto della proprietà di esso a favore dell'amministrazione, diventando quindi un'occupazione acquisitiva o un'accessione invertita.

LE REQUISIZIONI: provvedimenti mediante i quali l'amministrazione dispone della proprietà o comunque utilizza un bene di un privato per soddisfare un interesse pubblico.

- ❖ **Le requisizioni in proprietà** → riguardano soltanto cose obili e possono essere disposte generalmente per esigenze militari, dietro corresponsione di un'indennità; ha effetti irreversibili.
- ❖ **Le requisizioni in uso** → provvedimento che ha come presupposto l'urgente necessità: essa riguarda beni sia mobili, sia immobili e comporta, in vista della cura di un'esigenza pressante della collettività insuscettibile di essere soddisfatta altrimenti, la possibilità di poter utilizzare il bene per il tempo necessario e pagando un'indennità. I caratteri dell'urgenza, della temporaneità e dell'indennità valgono a differenziare la requisizione in uso sia dall'espropriazione sia dalle ordinanze di necessità e urgenza.
- ❖ **L'art. 7 L. 2248/1865** →

*Art. 7.*

*Allorché per grave necessità pubblica l'Autorità amministrativa debba senza indugio disporre della proprietà privata, od in pendenza di un giudizio, per la stessa ragione, procedere all'esecuzione dell'atto delle cui conseguenze giuridiche si disputa, essa provvederà con decreto motivato, sempre però senza pregiudizio dei diritti delle parti.*

LA CONFISCA: provvedimento ablatorio a carattere non già espropriativo, bensì sanzionatorio ed è la misura conseguente alla commissione di un illecito amministrativo.

IL SEQUESTRO: provvedimento ablatorio di natura cautelare che mira in genere a salvaguardare la collettività dai rischi derivanti dalla pericolosità del bene (medicinali o cibo avariato ad esempio).

GLI ORDINI: impongono un comportamento al destinatario, possono distinguersi in:

- ❖ **Comandi** → ordini di fare.
- ❖ **Divieti** → ordini di non fare.

ORDINI E DIRETTIVE NELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA: dagli ordini si distinguono le **direttive**, che rispetto agli ordini presentano una minore vincolatività; si distinguono dagli ordini anche le diffide; la **diffida** consiste nel formale avvertimento ad osservare un obbligo che trova il proprio fondamento in altro provvedimento o nella legge.

## I POTERI SANZIONATORI

### PREMESSA:

- ❖ **Sanzione** → la conseguenza sfavorevole di un illecito applicata coattivamente dallo stato o da altro ente pubblico.
- ❖ **Illecito** → violazione di un precetto compiuta da un soggetto, misura retributiva (inflizione di un male ritenuto maggiore rispetto al beneficio che dalla violazione possa derivare) nei confronti del trasgressore o comunque del responsabile.

Rapporto diretto fra i responsabili/trasgressori e la sanzione, nel senso che la sanzione incide su di lui in modo immediato e dunque ha natura e funzione eminentemente afflittiva; essa colpisce il comportamento antiggiuridico di un soggetto.

### CARATTERI DELLA SANZIONE:

- ❖ La sanzione ha carattere eminentemente afflittivo;
- ❖ Conseguenza di un comportamento antiggiuridico di un soggetto;
- ❖ Non è sanzione la misura che ha carattere preventivo e cautelare, che non presuppone l'accertamento della violazione della legge a meno che non sia fondata sull'accertato pericolo della violazione stessa da parte del soggetto;
- ❖ Non è sanzione la dichiarazione di nullità o la rimozione dell'atto invalido, perché la reazione dell'ordinamento opera qui soltanto nei confronti dell'atto mentre il soggetto rimane estraneo alla diretta considerazione normativa;
- ❖ Non è sanzione la reintegrazione, in qualsiasi forma, dello stato delle cose antecedente alla trasgressione, da cui esula qualsiasi finalità afflittiva. In queste ipotesi l'uso del termine sanzione non infrequente in dottrina e in giurisprudenza, deve pertanto reputarsi non appropriato.

LA SANZIONE AMMINISTRATIVA: misura afflittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo o comunque irrogata al responsabile cui l'illecito sia imputato; si riscontrano varie tesi:

- ❖ Alcuni autori hanno sottolineato il nesso con l'autotutela;
- ❖ Altri affermano che le sanzioni sarebbero volte a garantire lo specifico interesse affidato alla cura dell'amministrazione, sicché sarebbero strumentali rispetto alla funzione amministrativa;
- ❖ Altri ne evidenziano il carattere punitivo nel quadro della unitarietà del fenomeno sanzionatorio che abbraccia anche quelle penali.

**Ne bis in idem and sanctions**

**GRANDE STEVENS VS ITALY (APPLICATION 18640/10) ECtHR AND THE IMPLICATION OF "NE BIS IN IDEM PRINCIPLE"**

**NE BIS IDEM PRINCIPLE :** La locuzione latina *ne bis in idem*, tradotta letteralmente, significa "non due volte per la medesima cosa". Si tratta di un brocardo che esprime un principio del diritto, presente nella generalità degli ordinamenti, in forza del quale un giudice non può esprimersi due volte sulla stessa azione, se si è già formata la cosa giudicata. In campo penale comporta che un accusato non può essere giudicato due volte per lo stesso reato ("double jeopardy" nel Common law anglosassone). In alcuni Paesi, come Stati Uniti, Canada, Messico, Argentina, India, è un diritto costituzionalmente garantito. Nel diritto italiano il divieto di doppio giudizio si applica principalmente nel caso di una sentenza ormai divenuta cosa giudicata dopo la conferma della Corte suprema di cassazione, in cui l'imputato non può essere processato due volte per lo stesso reato (tranne casi di revisione della condanna), e nel caso di anomalie giuridiche in cui un imputato venga processato due volte di seguito dallo stesso tribunale, per lo stesso reato e nello stesso grado di giudizio.

**PROCEDURE :**

The case originated in five applications ( nos. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10) against the Republic of Italy.

**APPLICANTS :**

- Mr. Franzo Grande Steven,
- Mr. Gianluigi Gabetti,
- Mr. Virgilio Marrone ,
- Exor S.p.a. ,
- Giovanni Agnelli & C. S.a.s.

**THE FACTS :**

2002: the public limited company FIAT signed a financing agreement (prestito convertendo) whit eight banks.

According to the contract (that was to expire on 20 Sept. 2005): FIAT should fail to reimburse the loan, the banks could offset their claim.

The banks would have obtained 28% of FIAT's shared capital, while Exor S.p.a. would have decreased from 30.06% to about 22%.

Mr. Gabetti wished to ensure that Exor remained the controlling shareholder in FIAT.

Mr. Gabetti contacted Mr. Grande Stevens ( lawyer specialising in *Company Law*), who considered the possibility to renegotiate the *equity swap* contract concluded between Exor and Merrill Lynch Int. Ltd.

Mr. Grande Stevens contacted CONSOB to submit a technical question.

On August 2005 CONSOB asked Exor and Giovanni Agnelli to issue a press release, providing information on any initiative taken in view of expiry of the financial agreement with the banks.

**CONSEQUENCES :**

The IT Office transmitted the file to CONSOB's directorate of administrative sanctions.  
In Feb. 2007 CONSOB imposed administrative sanctions on the applicants.  
In November 2008 the applicants had been committed for trial before the Turin District Court under Leg. Decree no. 58 their conduct was both liable to administrative and criminal sanctions.  
In 2012 an appeal on points of law was partially upheld by the Court of Cassation which quashed the acquittal of the companies ( Exor and Giovanni Agnelli) and those of Mr. Grande Stevens e Mr. Gabetti.  
In Feb. 2013 the Turin Court of Appeal convicted Mr. Gabetti and Mr. Grande Stevens and acquitted Exor and Giovanni Agnelli.

**LAINTS BEFORE THE ECtHR (lodged on 27 th March 2010) :**

**Right to a fair hearing** / art. 6 par.1 ECHR

**Right to be informed promptly of the accusation** / art. 6 par.3 ECHR

**Right to peaceful enjoyment of their possessions** / art. 1 Protocol 1 on protection of property.

**Right not to be tried or punished twice** /Art. 4 of Protocol 7.

**ALLEGED VIOLATION OF ART 4 AND ADMISSIBILITY:**

**ITALY :**

Made a declaration stating that **arts. 2 to 4 of Protocol 7** applied only to offences classified as «criminal» by Italian law, which was not the case for the offences prescribed by CONSOB.

**THE COURT :**

that the reservation in question did not satisfied the requirements of **art. 57** of the **Convention** itself.

As the Court noted the reservation in question did not contain a « brief statement» of the law which were allegedly incompatible with art. 4

ITALY intended to exclude from the scope of that provision all offences and proceedings which were not classified as «criminal» under Italian law.

**CONSEQUENTLY**

**THE RESERVATION RELIED ON BY ITALY DOES NOT MEET THE REQUIREMENTS OF ART 57 PAR.2 OF THE CONVENTION**

**The limited ne bis in idem effect of a final conviction on an administrative sanction :**

**The Market Abuse Directive 2003/6/EC** has introduced a framework to prohibit and punish insider trading and market manipulation.

It was implemented in Italy by the provisions of **TUF** ( Testo Unico della Finanza).

**Arts. 185, 187-ter and 187-duodecies** (TUF) set out a «double track system» ( doppio binario) for the punishment of natural persons, which provides for criminal proceedings in accumulation with administrative ones for the same facts.

**Double – track vs Ne bis in idem :**

The punitive system of doppio binario breaches the principle of ne bis in idem.

the fact is that this system does not prohibit the commencement of criminal proceedings in idem after a final decision of conviction for administrative offences has been reached by the competent court of review.

**HENCE**

**Criminal proceedings may not be opened for the same idem where the administrative decision has been definitely confirmed by the courts and become res judicata.**

**THE ITALIAN SYSTEM DID NOT PROVIDE IN THE APPLICANT'S CONCRETE CASE FOR SUCH A GUARANTEE**

**CONCLUSION OF THE COURT :**

« The market pressure cannot prevail over the international human rights obligations of the States bound by the Convention».

« We consider that the applicants were treated unfairly by the CONSOB and the domestic courts, and that this Court has done them only half justice»

« We expect that this judgment will provide the domestic courts with an opportunity to deliver full justice to the applicants, and the Italian legislature with the incentive to remedy the structural deficiencies in the administrative and judicial procedure.»

**PRINCIPI GENERALI DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE:** i principi generali della sanzione amministrativa vanno ricercati nella legislazione ordinaria, costituita, come già avvertito dalla L.689/1981, nella quale sono contenuti, senza dubbio in virtù della trasformazione in misura sempre crescente di fatti già previsti come reati in illeciti amministrativi (cd depenalizzazione) principi di tipo garantistico modellati almeno parzialmente, su quelli penalistici. Essi operano sul piano delle fonti (principio di legalità) sul piano della interpretazione (principio del divieto di analogia) e sul piano della successione delle leggi nel tempo (principio di irretroattività). La sanzione amministrativa è il risultato dell'esercizio di un potere amministrativo; i principi di tipicità e di nominatività dei poteri e dei provvedimenti trovano corrispondenza nella tassatività delle misure sanzionatorie che, almeno in una fase iniziale, l'elaborazione in materia di pene amministrative ha potuto mutuare dall'esperienza penalistica. Il procedimento prende avvio di norma dall'accertamento e dalla contestazione della violazione prevede la possibilità per l'interessato di difendersi e si conclude con l'irrogazione della sanzione ; l'efficacia è subordinata alla comunicazione al destinatario.

**CLASSIFICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE:**

- ❖ **Ripristinatorie** → colpiscono la res e mirano a reintegrare l'interesse pubblico leso; pongono rimedio alla lesione.
- ❖ **Afflittive** → si rivolgono direttamente all'autore dell'illecito, solitamente queste hanno la finalità di punire il colpevole .  
**Pecuniarie** = può anche estinguersi con un pagamento in forma ridotta entro 60 giorni dalla contestazione.  
**Interdittive** = incidono sull'attività del soggetto colpito.
- ❖ **Disciplinari** → oggetto di una specifica regolamentazione e si riferiscono ai soggetti che si trovano in un peculiare rapporto con l'amministrazione .
- ❖ **Accessorie** → l'art. 20 L.689/1981 prevede alcune misure interdittive, originariamente penali, consistenti nella privazione o nella sospensione di facoltà o diritti derivanti da provvedimenti della pubblica amministrazione.

**PROFILO DELLA TUTELA:** la giurisprudenza ha generalmente adottato il principio secondo il quale sussisterebbe la giurisdizione ordinaria con riferimento alle misure afflittive, laddove le controversie relative alle misure ripristinatorie, o alternative rispetto ad esse, sarebbero devolute alla giurisdizione amministrativa.

**ILLECITO AMMINISTRATIVO E RISERVA DI LEGGE:** la violazione del precetto, presupposto la cui sussistenza apre la via all'emanazione del provvedimento sanzionatorio, dà luogo all'illecito amministrativo, per il quale la legge 689/1981, codificando quello che pare essere un principio generale, prevede una riserva di legge.

**ELEMENTO PSICOLOGICO:** la buona fede può valere come causa di esclusione della responsabilità quando l'errore sulla liceità del fatto risulti incolpevole . l'accertamento dell'illecito e l'applicazione della sanzione avvengono all'interno del processo penale. L'ente può liberarsi dalla



responsabilità dimostrando di aver adottato modelli organizzativi-gestionali idonei a prevenire la commissione di reati.

## **I POTERI DI ORDINANZA**

DEFINIZIONE: esercitabile nelle situazioni di necessità e urgenza, è caratterizzato dal fatto che la legge non predetermina in modo compiuto il contenuto della situazione in cui il potere può concretarsi, oppure ancora consente all'amministrazione stessa di esercitare un potere tipico in presenza di situazioni diverse da quelle previste in via ordinaria o seguendo procedure differenti

LE ORDINANZE DI NECESSITA' E URGENZA:

- ❖ **Ordinanze contingibili e urgenti del sindaco**
- ❖ **Ordinanze dell'autorità di pubblica sicurezza**

PROVVEDIMENTI DI URGENZA : atti tipici nominati e suscettibili di essere emanati sul presupposto dell'urgenza ma che, tuttavia sono di contenuto predeterminato dal legislatore (ad es. caso dell'illecito ambientale).

## **I POTERI DI PROGRAMMAZIONE E DI PIANIFICAZIONE**

La programmazione, cui è riconducibile anche la pianificazione, indica il complesso di atti mediante i quali l'amministrazione previa valutazione di una situazione nella sua globalità, individua le misure coordinate per intervenire in un dato settore. Dal punto di vista procedurale occorre poi ricordare che molti piani sono assoggettati alla valutazione ambientale strategica di cui al D. Lgs. 152/2006, che prevede un parallelo procedimento collaborativo volto a verificarne appunto, l'impatto ambientale in un'ottica di sostenibilità. In particolare (Stella richter), abbiamo pianificazioni urbanistiche e territoriali. Questa pluralità genera il problema dell'individuazione di criteri per la soluzione di eventuali contrasti. Il piano serve infatti a ordinare nel tempo e nello spazio lo svolgimento di attività e, di norma, concerne l'uso del territorio. Inoltre i piani di soluzione sono individuali anche mediante gerarchia dei piani, gerarchia degli interessi e criterio di competenza.

## **I POTERI DI IMPOSIZIONE DEI VINCOLI**

IL VINCOLO AMMINISTRATIVO: al fine di conservare alcuni beni immobili che presentano peculiari caratteristiche storiche, ambientali o urbanistiche, la legge attribuisce all'amministrazione il potere di sottoporre gli stessi a vincolo amministrativo. Si noti che, di norma, il vincolo è imposto mediante piano. A seguito di tale vincolo, talora accompagnato dalla individuazione di una serie di interventi pubblicitici finalizzati al mantenimento di peculiari caratteristiche degli immobili, si produce una riduzione delle facoltà spettanti ai proprietari (imposizioni di obblighi di fare o non fare); il vincolo può essere assoluto o relativo.

## **I POTERI DI CONTROLLO**

**I CONTROLLI AMMINISTRATIVI NEI CONFRONTI DEI PRIVATI:** la nozione di controllo, come attività di verifica di un comportamento alla stregua di un dato parametro preordinato all'adozione di una misura, con riferimento alle relazioni interorganiche e intersoggettive, permette di richiamare un potere analogo che ricorre anche nei rapporti dell'amministrazione con i privati. La tendenza alla liberalizzazione implica anche un ripensamento dei controlli.

### **I POTERI STRUMENTALI E DICHIARATIVI. LE DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE.**

**I CARATTERI DEGLI ATTI DI ACCERTAMENTO:** l'efficacia dichiarativa, che discende dall'accertamento che viene "esternato" dall'amministrazione, incide su di una situazione giuridica preesistente rafforzandola, specificandone il contenuto o affievolendola, impedendo così la realizzazione della situazione in una certa direzione.

**GLI ATTI DI CERTAZIONE:** atti che producono certezze che valgono erga omnes, sono atti dichiarativi con la funzione di attribuire certezza legale ad un dato, precludendo ai consociati di assumere che il dato diverso da come è raffigurato nell'atto, a meno di non porre in essere peculiari forme di verifica previste dall'ordinamento. Sono atti tipici e nominati e corrispondono ad un'importante funzione pubblica dell'amministrazione della moderna società → produrre certezza per stabilizzare i rapporti sociali. È da ritenere che tali atti siano espressioni di un potere certificativo che partecipa di molti caratteri di quello provvedimentale; la certezza infatti è un effetto che si pone sul piano dell'ordinamento generale. Inoltre si può discutere se la peculiare efficacia di questi atti consista in una novazione della fonte che appunto già in precedenza riconosceva la situazione soggettiva ovvero se il provvedimento sia dotato di una peculiare efficacia preclusiva, connessa al loro regime probatorio, nel senso che impedisce che altri soggetti dell'ordinamento pongano in discussione il risultato dell'accertamento.

**I CERTIFICATI:** la certezza può essere messa in circolazione mediante certificati, i quali sono atti con cui appunto si riproduce una certezza. Il certificato è un documento tipico rilasciato da un'amministrazione avente funzione di ricognizione, riproduzione e partecipazione a terzi di stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche.

**LA REGISTRAZIONE:** non è un certificato in quanto in essa è prevalente la funzione di acquisire conoscenze rispetto a quella di esternare, propria del certificato.

**GLI ATTESTATI:** atti amministrativi sempre tipici, insuscettibili di creare la medesima certezza legale creata dalle certazioni e che, a differenza dei certificati, non mettono in circolazione una certezza creata da un atto di certazione.

**LE ATTESTAZIONI ATIPICHE:** sul piano dell'ordinamento generale creano al più una presunzione.

GLI ATTI DI NOTORIETA': atti formati, su richiesta di un soggetto, da un pubblico ufficiale, in base alle dichiarazioni simultanee rese in sua presenza e sotto giuramento da alcuni testimoni, non meno di 2.

LE DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE: atto del privato capace di sostituire una certificazione pubblica producendone lo stesso effetto giuridico. Si distinguono dai certificati in quanto non provengono da un ente pubblico, sono destinate a confluire soltanto in un singolo rapporto tra cittadino e amministrazione, non consistono in una trascrizione del contenuto di un pubblico registro. La mancata accettazione costituisce una violazione dei doveri d'ufficio.

- ❖ **La dichiarazione sostitutiva di certificazione** → in sostituzione di certificati, in luogo della dichiarazione è possibile esibire un documento di identità che ne attesti i dati in esso contenuti.
- ❖ **La dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà** → atti con cui il privato comprova, nel proprio interesse e a titolo definitivo, tutti gli stati, i fatti e qualità personali non compresi in pubblici registri, albi o elenchi, nonché stati, fatti, qualità personali relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. Le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà da produrre a organi dell'amministrazione o a gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto e non è richiesta l'autenticazione. La normativa prevede pure un'altra modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, stabilendo che esse non debbono essere autenticate qualora siano contenute in una istanza da produrre ai soggetti sopra indicati e risultino inviate per posta unitamente a copia fotostatica, ancorchè non autenticata, di un documento di identità del dichiarante.
- ❖ **Controllo sulle dichiarazioni sostitutive** → l'art. 71 T.U. specifica che il controllo sulle dichiarazioni sostitutive debba avvenire, anche a campione e, in tutti i casi in cui sorgano fondati dubbi sulla loro veridicità. Esso è effettuato secondo due modalità: ovvero consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante, ovvero richiedendo alla medesima conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri. La recente normativa ha previsto che le dichiarazioni sostitutive possono essere utilizzate anche nei rapporti tra privati che vi consentano: in tal caso l'amministrazione competente per il rilascio della relativa certificazione, previa definizione di appositi accordi è tenuta a fornire su richiesta del privato corredata dal consenso del dichiarante conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei dati custoditi.

LE CERTIFICAZIONI DEI PRIVATI: un ruolo diverso dei privati con riferimento al tema della produzione della certezza può essere individuato in ordine alle certificazioni private molto diffuse in svariati settori e che, in vista del rafforzamento dell'affidamento pubblico, attengono alla conformità di prodotti o di metodi di produzione a norme e standard tecnici (certificati di bilancio, certificati di qualità ISO – International Organization for Standardization).

## I POTERI RELATIVI AD ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI

**DEFINIZIONE:** l'amministrazione può tuttavia determinare effetti giuridici in relazione a tutti i rapporti che abbiano le medesime caratteristiche. I relativi atti amministrativi sono detti generali in quanto sono in grado di produrre effetti nei confronti di una generalità di soggetti titolari di quei rapporti pur se risultano privi di forza precettiva. La circostanza che gli atti amministrativi generali costituiscano esercizio di un potere amministrativo consente di giustificare la loro derogabilità per il caso singolo da parte dell'amministrazione, fatto salvo l'obbligo di motivare: la deroga è infatti esercizio del medesimo potere che si è concretizzato nell'atto generale. Natura chiaramente amministrativa hanno invece le ipotesi rientranti in una particolare categoria di atti amministrativi generali costituita dalle autorizzazioni generali previste dalla normativa sulla liberalizzazione dei servizi, dal d. lgs. 196/2003 in materia di autorizzazioni rilasciate dal Garante per la protezione dei dati personali per intere categorie di titolari o di trattamenti e dalla disciplina in tema di inquinamento atmosferico (d. lgs. 152/2006).

## **IL DECORSO DEL TEMPO**

**PRESCRIZIONE:** l'estinzione di un diritto quando il titolare non lo eserciti per il tempo determinato dalla legge, detto termine di prescrizione (quindi, p. decennale, p. quinquennale, ecc.); p. estintiva (o assol. prescrizione), che produce l'estinzione del diritto; p. presuntiva, relativa a crediti (o debiti) sottoposti alla prescrizione ordinaria decennale, i quali si presumono estinti, salvo prova contraria, dopo trascorso un periodo prefissato dal momento in cui sono sorti; p. acquisitiva, denominazione ormai abbandonata della usucapione; genericam., diritto soggetto a p., essere colpito da p., caduto in prescrizione. Nel diritto penale, estinzione del diritto di punire (p. del reato), che opera prima che sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna, o del diritto di applicare a una persona una determinata pena (p. della pena), inflitta attraverso una sentenza irrevocabile, in conseguenza del decorso del tempo.

**DECADENZA:** istituto giuridico, per il quale (per esigenza di certezza dei rapporti giuridici) un diritto, un potere o una facoltà non possono più essere esercitati dopo il decorso di un termine stabilito. Nel diritto pubblico, il termine designa inoltre la risoluzione del rapporto a causa di un comportamento del soggetto privato contrario ai doveri derivanti dal rapporto di concessione.

**IMPRESCRITTIBILITÀ' DEL POTERE:** il potere trascende i singoli rapporti, infatti la circostanza che esso non sia esercitato in un singolo caso e in un singolo rapporto può determinare la decadenza limitatamente al caso o al rapporto considerati, ma non impedisce che lo stesso possa essere esercitato in altri casi o rapporti ≠ **PRESCRITTIBILITÀ' DEL DIRITTO**

**INUSUCAPIBILITÀ' DEI BENI DEMANIALI:** il tempo unitamente all'esercizio di un diritto è alla base dell'istituto dell'usucapione dei diritti reali, ma per quanto attiene al diritto amministrativo occorre ricordare che non è ammesso l'acquisto per usucapione<sup>1</sup> di diritti su beni demaniali<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> **USUCAPIONE:** Modo di acquisto della proprietà d'una cosa o di altro diritto reale di godimento sulla cosa, mediante il possesso di questa per un periodo di tempo stabilito dalla legge. Nel vigente codice civile la disciplina dell'usucapione è stata separata da quella della prescrizione, pur rimanendo, nelle sue linee essenziali, identica a quella del codice del 1865. Gli articoli a essa dedicati sono quelli dal 1158 al 1167. La differenza principale è quella della riduzione da 30 a 20 anni del tempo necessario a usucapire la proprietà dei beni immobili e degli altri diritti reali su

## LA RINUNCIA

**DEFINIZIONE:** negozio avente più propriamente effetto abdicativo cui può seguire un effetto traslativo o estintivo.

**IRRINUNCIABILITA' DEL POTERE:** il potere è intrasmissibile e imprescrittibile e non può essere oggetto di un atto di rinuncia.

**RINUNCIABILITA' DEI DIRITTI SOGGETTIVI:** sono normalmente rinunciabili i diritti soggettivi; non sono rinunciabili le situazioni che ineriscono a interessi diversi da quelli del loro titolare e i diritti di libertà, in quanto trattasi, in senso proprio, di poteri. Si ricordi inoltre che l'amministrazione non può rinunciare alla prescrizione e alla relativa eccezione.

**IRRINUNCIABILITA' DELL'INTERESSE LEGITTIMO:** l'interesse legittimo è irrinunciabile poiché, avendo ad oggetto tali interessi la pretesa alla legittimità dell'azione svolta dalla P.A. nell'esercizio di un potere, il loro titolare non può disporne, in quanto non può disporre del potere correlato, il quale produce effetti nei confronti dei destinatari direttamente individuati dalla legge, in altri termini, l'interesse legittimo segue il potere e il suo esercizio.

---

essi. Il termine è ridotto a 10 anni per l'usucapione degli stessi beni, quando l'acquisto sia stato effettuato in buona fede da chi non è proprietario in forza di un titolo idoneo a trasferire la proprietà, e che sia stato debitamente trascritto. Parimenti in 10 anni si acquista la proprietà dei beni mobili e degli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi. Occorrono però 20 anni se il possessore è in mala fede. In 3 anni, infine, si acquista la proprietà di beni mobili iscritti in pubblici registri, quando l'acquisto sia stato fatto in buona fede da chi non è proprietario e sia stato trascritto. Circa le cause di impedimento, di sospensione o di interruzione, si applicano i principi della prescrizione.

<sup>2</sup> **BENI DEMANIALI:** I beni demaniali sono inalienabili, imprescrittibili, non suscettibili di usucapione né di espropriazione forzata e non possono essere oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (attraverso concessioni); è prevista anche una tutela nei confronti delle turbative alla proprietà, al possesso e contro le ingiuste pretese dei terzi, attraverso appositi procedimenti amministrativi, oppure mediante gli ordinari strumenti di tutela della proprietà e del possesso.

I beni demaniali comprendono le cose che appartengono agli enti pubblici territoriali e sono tassativamente individuati e suddivisi in due ulteriori categorie. Nel demanio necessario sono inclusi tutti quei beni che non possono non appartenere allo Stato o agli altri enti pubblici territoriali; vi rientrano quindi il demanio marittimo (lido del mare, spiaggia, rade, porti, lagune, fari e altre installazioni costiere per la navigazione), il demanio idrico (fiumi, torrenti, laghi, sorgenti e tutte le acque sotterranee e superficiali ancorché non estratte dal sottosuolo; acqua) e il demanio militare (beni destinati alla difesa nazionale, per es., fortificazioni militari). Del demanio accidentale fanno invece parte quei beni pubblici che non necessariamente appartengono alle pubbliche amministrazioni ma che sono tali se divengono proprietà dello Stato o degli enti territoriali, come il demanio stradale (strade, autostrade, ferrovie e aerodromi) e altre tipologie di beni (gli acquedotti, i beni culturali, di interesse archeologico, artistico e storico, i mercati comunali e i cimiteri).

Alcuni autori, prevalentemente per ragioni pratiche, distinguono all'interno della categoria dei beni demaniali, tra beni naturali e beni artificiali. I primi sono tali fin dall'origine (per es., l'alveo dei fiumi) senza la necessità di un formale atto della pubblica autorità, atto indispensabile invece per far acquisire la demanialità ai secondi (per es., le strade).

La perdita della qualità di bene demaniale ('sdemanializzazione') può avvenire attraverso l'emanazione di un atto da parte dell'autorità amministrativa competente, attraverso fatti (atti univoci e concludenti) che manifestino in modo inequivocabile la volontà della pubblica amministrazione di sottrarre definitivamente i beni alla finalità pubblica, oppure a causa della distruzione del bene. Il passaggio dal demanio al patrimonio, ai sensi dell'art. 829 c.c., deve essere sancito attraverso la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

RINUNCIABILITA' DELL'AZIONE CORRELATA ALL'INTERESSE LEGITTIMO: a.,issibile è la rinuncia allo strumento di reazione processuale così come è possibile la rinuncia al bene finale della vita o la disposizione dello stesso.

## L'ESERCIZIO DEL POTERE

NORME DI AZIONE: norme che disciplinano l'azione amministrativa non partecipano dei caratteri delle norme di relazione, delle norme cioè che risolvono conflitti intersoggettivi sul piano dell'ordinamento generale. Tale conflitto, che è sfociato nell'attribuzione di un potere e quindi nella definizione degli assetti intersoggettivi, già è stato risolto: ora si tratta di disciplinare le modalità attraverso le quali il potere deve essere esercitato. Le norme chiamate a questo compito, proprio perché hanno ad oggetto l'azione dell'amministrazione, e non l'individuazione di assetti intersoggettivi, sono definite norme di azione. Pur se non si può negare in esse un risvolto soggettivo e cioè un'attenzione alla protezione della posizione del privato, in esse difetta la valutazione di assoluta meritevolezza dell'interesse finale, propria delle sole norme di relazione. La predeterminazione delle modalità di azione riduce con tutta evidenza gli spazi di scelta dell'amministrazione: l'azione risulta cioè in tutto o in parte vincolata. Pur rilevando la sussistenza di voci dissenzienti sul punto è da ritenersi che il potere resti tale ancorchè vincolato e quindi che esistano provvedimenti vincolati. L'effetto giuridico infatti non deriva direttamente dalla legge ma pur sempre dall'esercizio del potere e dal provvedimento, ancorchè non sussista possibilità di scelta in ordine al contenuto del provvedimento. Il vincolo legale poi non serve a delimitare il potere e la sua esistenza a diretto vantaggio del privato, ma a definirne il valido contenuto. Il potere sussiste sempre, come dimostrato dal fatto che l'amministrazione potrebbe emanare un atto illegittimo, comunque produttivo di effetti. Al fine di ottenere la tutela, occorre l'annullamento del provvedimento illegittimo che ne è la fonte costitutiva, va peraltro richiamato l'art. 21-octies.

### *Art. 21-octies*

#### *Annulabilita' del provvedimento*

- 1. E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.*
- 2. Non e' annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non e' comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*

## DISCREZIONALITA'

- ❖ **Amministrativa pura** → spazio di scelta che residua allorchè la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione. La scelta

discrezionale pura può attenere a vari profili dell'azione amministrativa, quali il contenuto del provvedimento, la stessa decisione relativa al se e al quando rilasciarlo, oppure a più profili congiunti e deve essere effettuata alla stregua dell'interesse pubblico che informa l'azione amministrativa, recando il minor pregiudizio agli altri interessi coinvolti. Essa non deve essere rapportata all'atto, né al potere, posto che il potere è un prius rispetto al suo esercizio, mentre all'atto, concretizzazione del potere, non può riferirsi una discrezionalità già esercitata: essa attiene al farsi dell'atto amministrativa, e cioè alla funzione. Essa inoltre non è esercitata in osservanza di norme predefinite, posto che le prescrizioni esistenti lasciano uno spazio per così dire in bianco. Le regole che presiedono allo svolgimento della discrezionalità si evincono per così dire a contrario, in occasione della rilevazione della loro violazione che dà luogo al vizio di eccesso di potere e si riassumono nel principio di logicità –congruità. Ciò significa che la scelta deve risultare logica e congrua tenendo conto dell'interesse pubblico perseguito, degli interessi secondari coinvolti e della misura del sacrificio ad essi arrecato. L'essenza della discrezionalità risiede dunque nella ponderazione comparativa dei vari interessi secondari in ordine all'interesse pubblico al fine di assumere la determinazione concreta.

- ❖ **Tecnica** → non ha contenuto volitivo, ma si collega ad una valutazione, alcuni parlano di valutazioni tecniche; si tratta della possibilità di valutazione che spetta all'amministrazione allorchè sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione e si riduce ad un'attività di giudizio a contenuto scientifico, effettuata da chi possiede specifiche competenze tecniche. Infatti, tra i presupposti fissati dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo vi sono fatti complessi. Essi non possono essere giudicati semplicemente come esistenti o inesistenti (fatti semplici) e, dunque, non sono suscettibili di un mero accertamento tecnico che non lasci spazi a valutazioni.
- ❖ **Mista** → quando coesistono discrezionalità pura e tecnica.
- ❖ **Discrezionalità amministrativa e sviluppo sostenibile** → l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. Lo sviluppo sostenibile mira a garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non comprometta la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future.

**MERITO:** l'insieme delle soluzioni ipotizzabili come compatibili con il principio di congruità in un caso determinato definisce il merito amministrativo, normalmente (salvo eccezioni fissate dalla legge) sottratto al sindacato del giudice amministrativo e attribuito alla scelta esclusiva dell'amministrazione, la quale, tra la pluralità di scelte così individuate, preferirà quella ritenuta più opportuna. Da questo punto di vista si può dire che il merito costituisce la sfera di attività riservata all'amministrazione, sulla quale il giudice, anche in ragione della sua irresponsabilità politica, non può incidere. Inoltre in tema di controlli la Corte dei Conti non può sindacare sulle scelte amministrative.

**LE FONTI DEL DIRITTO (IN PARTICOLARE QUELLE LEGISLATIVE) ATTINENTI ALLE SITUAZIONI GIURIDICHE**