

SCRITTI SCELTI
DI
VITTORIO DOMENICHELLI

SCRITTI SCELTI
DI
VITTORIO DOMENICHELLI

ISBN 978-88-6611-778-0



9 788866 117780

€ 70,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

SCRITTI SCELTI
DI
VITTORIO DOMENICHELLI

CACUCCI  EDITORE
BARI

«La pubblicazione di questo volume è stata possibile grazie al contributo dei Dipartimenti di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI) e del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto (DPCD) dell'Università degli Studi di Padova».

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilm, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

COMITATO ORGANIZZATORE

Paola Santinello

Antonella Perini

Gianluca Romagnoli

Lucia Cimellaro

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Santinello

Antonella Perini

Gianluca Romagnoli

Sommario

<i>Prefazione di Enrico Follieri e Giovanni Sala</i>	XI
<i>Il turismo nell'attività legislativa delle Regioni a Statuto ordinario, 1975</i>	1
<i>Lavori pubblici, 1977</i>	23
<i>Dall'edilizia popolare ed economica all'edilizia residenziale pubblica, 1978</i>	35
<i>Stato e Regioni nel piano decennale per l'edilizia residenziale, 1978</i>	109
<i>Norme, accordi e leggi nella disciplina interregionale degli istituti zooproflattici sperimentali (l'attuazione della legge 23 dicembre 1975, n. 745), 1980</i>	121
<i>Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido, 1983</i>	135
<i>Camere di commercio, istruzione professionale, unità sanitarie locali e competenza delle Regioni, 1983</i>	159
<i>Regioni e comitato per l'edilizia residenziale, 1984</i>	165
<i>Il significato della giurisdizione esclusiva, 1987</i>	173
<i>Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione, 1989</i>	201
<i>La notificazione del ricorso giurisdizionale amministrativo agli organi dello Stato: una giusta decisione dell'Adunanza plenaria ma la legge resta sbagliata, 1991</i>	219
<i>Ancora incertezze sul riparto delle giurisdizioni!, 1994</i>	229
<i>L'affidamento a trattativa privata e la tutela dei terzi, 1995</i>	241
<i>Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi, 1996</i>	251
<i>Per un processo amministrativo paritario, 1996</i>	263
<i>Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà, e consensualità), 1998</i>	275
<i>La parità delle parti nel processo amministrativo, 2001</i>	285
<i>La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche, 2001</i>	295

<i>Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo “meno speciale” o un “diritto privato speciale”? Alcune riflessioni critiche,</i> 2001	317
<i>L'amministrazione pubblica e l'impresa (fra privatizzazione, deregolazione e semplificazione),</i> 2002	323
<i>I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del «nuovo» art. 113 del T.U.E.L.),</i> 2002	329
<i>Le parti del processo,</i> 2003	339
<i>Responsabilità amministrative e giurisdizione (le confuse linee di confine fra le giurisdizioni),</i> 2003	381
<i>Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?,</i> 2004	389
<i>La nuova legge urbanistica della Regione Veneto (L.R. 23 aprile 2004 n. 11 “Norme per il governo del territorio”),</i> 2005	399
<i>Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana),</i> 2005	405
<i>Giurisdizione e “controversie societarie pubbliche”,</i> 2005	419
<i>La nuova disciplina dei poteri di autotutela: profili di tutela giurisdizionale,</i> 2005	431
<i>Pianificazione per accordi: la riqualificazione urbana e la delocalizzazione degli immobili incongrui. Strumenti giuridici e aspetti urbanistici,</i> 2005	439
<i>Le azioni nel processo amministrativo,</i> 2006	445
<i>Parti (dir. amm.),</i> 2006	457
<i>Quali regole per il processo di esecuzione delle sentenze amministrative?,</i> 2007	469
<i>Giurisdizione e processo nel nuovo codice degli appalti pubblici,</i> 2007	477
<i>Servizi pubblici e società di capitali: alla ricerca del giudice,</i> 2007	483
<i>Verso il superamento della strumentalità della tutela cautelare nel processo amministrativo,</i> 2009	493

<i>Il rafforzamento del giudice amministrativo nell'esperienza di riforma della l. 241, 2010</i>	501
<i>Rileggendo Benvenuti: l'attualità del pensiero di un maestro nel volume di Ettore Rotelli, 2012</i>	517
<i>Brevi note sulle Corti regionali, 2013</i>	527
<i>Crisi economica e crisi delle autonomie, 2013</i>	531
<i>Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato, 2015</i>	541
<i>Regioni e regionalismo: una storia di crisi, 2015</i>	549
<i>Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo, 2016</i>	561
<i>La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo, 2017</i>	573
<i>Le linee-guida negli appalti: rapporto fra Anac e le amministrazioni pubbliche, 2017</i>	579
<i>L'arbitrato nei lavori pubblici, 2018</i>	585
<i>Le sopravvenienze in appello: introduzione al tema, 2018</i>	597
<i>Passato, presente e futuro della tutela cautelare nel processo amministrativo, 2018</i>	601
<i>Diritto amministrativo, giudice ed economia, 2018</i>	607
<i>Sulla ragionevolezza dei termini nel processo amministrativo, 2018</i>	613

Prefazione

Vittorio è quasi mio coetaneo (sono più grande di qualche mese) e la nostra esperienza di vita e di lavoro si è svolta parallelamente, anche se in ambiti territoriali diversi, ma affrontando le stesse tappe familiari, accademiche e professionali.

Ci siamo conosciuti personalmente perché siamo risultati vincitori nel 1990 di un concorso nazionale per 21 posti di professore universitario di prima fascia in diritto amministrativo. Secondo la normativa dell'epoca, le Università deliberavano di reclutare un professore universitario in una determinata disciplina, stanziavano i fondi necessari e chiedevano di bandire il concorso al Ministero il quale, raggruppate le richieste delle diverse Università, indicava la procedura selettiva per il numero dei posti richiesti e, quindi, i vincitori, in numero pari ai posti da ricoprire, avevano la garanzia di poter prendere servizio. Un bando per 21 posti di professore di prima fascia era un mega concorso, se si considera che erano quasi un quarto di tutti i professori amministrativi in cattedra in quel periodo.

I vincitori avevano, per così dire, la “certezza” di ricoprire un posto, ma il “dove” era conseguente alla domanda che ciascuno dei neoprofessori presentava ad una (o più) Università che avevano richiesto il posto ed alla conseguente decisione e scelta dell'Università. Vi era, quindi, interesse a che i vincitori non si contrastassero, per cui un accordo tra gli aspiranti poteva evitare scontri e competizioni. Fu questa la “molla” che indusse a promuovere un incontro tra tutti noi, per operare un coordinamento, cercando di soddisfare l'interesse coltivato da ciascuno verso un'Università che, di solito, era quella nella quale avevamo iniziato e proseguito nella carriera accademica.

Fu così che si organizzò un convegno a Teramo ai primi di giugno del 1990, in cui fu coinvolta anche la famiglia quasi per festeggiare la vittoria nel concorso e per creare un momento di socializzazione e condivisione fuori dagli schemi accademici.

In quell'occasione teramana, Franco Pugliese propose di ripetere ogni anno l'incontro e di dare al gruppo il nome di San Giustino perché ci eravamo riuniti l'1 giugno, giorno che la Chiesa aveva consacrato al ricordo di questo santo e la Facoltà di Giurisprudenza di Teramo era sede decentrata dell'Università di Chieti, il cui santo patrono, è San Giustino. Le indagini sul santo confortavano la scelta perché San Giustino sosteneva che ogni religione era portatrice di un "suo" seme di verità e, in una sorta di ecumenismo *ante litteram*, ciascuno poteva predicare ed esporre la "sua" verità. Ci sembrò che, in fondo, il nostro gruppo era costituito da professori e studiosi provenienti da Università di tutta Italia e da Scuole di diritto facenti capo a diversi Maestri, ma questo era una opportunità per tutti, essendo ciascuno di noi portatore di "semi di verità", ed il confronto ci avrebbe arricchito.

Fatto sta che, da allora, ci siamo incontrati ogni anno nello stesso periodo, con il medesimo modulo (convegno con "famiglia al seguito"), svolto, a turno, nelle sedi dell'Università di appartenenza.

Il gruppo di San Giustino ha prodotto tanti frutti sul piano scientifico, di cui è testimone la rivista trimestrale di dottrina, di classe A, "Diritto e processo amministrativo", ma, su ogni altra cosa, primeggia il rapporto di amicizia ed affetto che è venuto rinsaldandosi nel tempo tra di noi.

I dialoghi, lo scambio di idee e di esperienze, il piacere della comunicazione e della condivisione di episodi di vita che ci vedono coinvolti, il convivio che si rinnova annualmente, il desiderio di rivedersi.

Questo è il vero patrimonio del gruppo di San Giustino.

Con Vittorio ho avuto spesso il piacere di scambiare "chiacchiere" in libertà perché i problemi di fondo sono comuni.

Vittorio si è dovuto dividere, come me, tra la professione libera di avvocato che ha coltivato con grande successo, e quella di professore universitario, approfondendo il suo ingegno ad un'attività che diventa totalitaria ed assorbente, quando ti immergi nella ricerca ed elabori la pubblicazione. Sono due lavori entrambi impegnativi che, se curati con dedizione, come ha fatto Vittorio, non lasciano spazio per la famiglia che, spesso, si è costretti a sacrificare e si ringrazia di aver avuto la fortuna di sposare una donna, come Lorenza, che non ha fatto pesare questa situazione, supplendo alla mancanza di tempo per i figli.

Ho raccolto queste confidenze di Vittorio che ben capisco per aver avuto la stessa sorte.

Ed allora, quando ti trovi di fronte a questi scritti scelti e pensi a quanto è costato dover affrontare la ricerca, lo studio e la stesura del testo, comprendi che solo una grande passione può aver indotto Vittorio a pubbli-

care queste opere che affrontano i più svariati temi, dal diritto sostanziale amministrativo a quello processuale, con approfondimenti in discipline di settore, come il diritto regionale, il diritto urbanistico, i servizi pubblici etc.

Vi è un *fil rouge* che si ravvisa in queste opere: la concretezza dell'approccio che, pur mantenendosi in un solido quadro sistematico, non è mai avulso dall'esperienza concreta e ogni soluzione non è presa in astratto ed a prescindere dalle ricadute sul reale, ma sempre con aderenza al dato sociale ed effettivo, secondo l'impostazione di un giurista positivo che vive il suo mondo ed assegna al diritto il ruolo di risolvere questioni reali.

È un tratto che emerge a tutto tondo negli studi sul processo amministrativo dove si affrontano temi discussi e problematici, come “*Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi*”, “*La giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*”, “*Per un processo amministrativo paritario*”, gli scritti sulle parti e, soprattutto, sulla giurisdizione esclusiva nella quale le ricerche condotte da Vittorio rappresentano un indiscusso punto di riferimento, non solo per gli studiosi, ma anche per gli interpreti operativi del processo amministrativo, magistrati ed avvocati.

La stessa impressione si riceve dalla lettura dei saggi e articoli sulle Regioni, l'edilizia e l'urbanistica, le espropriazioni, i servizi pubblici, gli appalti pubblici. Anzi, per essi la concretezza è esaltata dalla specificità delle materie che investono problemi di vibrante attualità.

Un altro elemento che accompagna le opere di Vittorio è l'originalità del suo pensiero che non è mai sbandierato, ma appare naturale evoluzione dell'esposizione in una prosa sciolta e priva di arroganza e presunzione.

Grazie Vittorio per quello che hai fatto per la nostra disciplina ma, soprattutto – questo è un mio grande privilegio – per le magnifiche ore che mi hai donato e che spero continuerai a donarmi nei nostri incontri che, con i vantaggi dell'età che porta ad una contrazione degli impegni di lavoro ed una maggiore disponibilità di tempo, spero potranno diventare più frequenti.

Enrico Follieri

Molte sono le ragioni per la pubblicazione degli scritti di un Autore: l'omaggio doveroso della sede universitaria, la devozione degli allievi, la stima dei colleghi, l'affetto degli amici, l'utilità per gli studi.

Nel caso mi pare che, se certo sono presenti tutte queste ragioni, la sola scorsa dell'indice convince che è l'ultima di esse a prevalere.

Per due motivi.

Innanzitutto per l'arco temporale degli studi e la varietà dei temi che riguardano questioni essenziali del diritto amministrativo, sostanziale e processuale.

Il primo saggio è del 1975, gli ultimi pubblicati nel volume (altri se ne aspettano) di quest'anno. Un arco temporale di oltre quarant'anni, nel quale, forse mai come in passato, il diritto amministrativo è stato investito da un profondo processo di trasformazione.

Nel 1975 l'attività dell'amministrazione statale era regolata ancora dalle poche norme del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato del 1957 e quella locale dal testo unico comunale e provinciale del 1934, interpolato col richiamo in vigore di parti del testo unico del 1915.

L'amministrazione operava chiusa in un suo mondo nettamente separato da quello degli amministrati e da loro assai difficilmente penetrabile. La regola generale era quella del segreto, del divieto di accesso ai suoi atti. L'intervento del privato nel procedimento era ritenuto possibile solo in alcuni procedimenti sanzionatori e nei ricorsi gerarchici.

La tutela giurisdizionale era disciplinata dall'allegato e) della legge del 1865 per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia e dal testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924. Il dogma della non risarcibilità dell'interesse legittimo pareva incrollabile.

La produzione scientifica qui raccolta è iniziata riflettendo sul diritto amministrativo vigente quindici anni prima dell'entrata in vigore della legge 241 del 1990, che ha innescato la profonda trasformazione del rapporto tra amministrazione e società, venticinque anni prima dell'entrata in vigore della legge 21/7/2000 n. 205, che ha recepito il nuovo principio pretorio della risarcibilità dell'interesse legittimo, 35 anni prima del codice del processo amministrativo

Nel 1971, peraltro, era stata approvata la legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali e nel 1972 erano stati emanati i primi decreti di trasferimento delle funzioni alle regioni a statuto ordinario. Due segnali di cambiamento ai quali, a Padova, Giorgio Berti, Leopoldo Mazzarolli, Livio

Paladin e Giorgio Pastori, pur con approcci e prospettive diverse, indirizzano l'attenzione dei giovani in formazione.

E dell'attenzione al cambiamento, alle trasformazioni del diritto amministrativo in molti suoi settori e materie sono testimonianza i saggi qui pubblicati: per il diritto sostanziale, dall'edilizia residenziale ai lavori pubblici, all'urbanistica, ai servizi pubblici ed alla organizzazione della loro gestione mediante società di capitali, alle autonomie locali e alle ragioni della loro crisi, al mutamento dei rapporti col diritto privato, agli arbitrati nei lavori pubblici; per la giustizia amministrativa, negli ultimi anni soprattutto campo di elezione della ricerca, dal significato della giurisdizione esclusiva, alla posizione delle parti nel processo, ai profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione, ai rapporti tra giurisdizione amministrativa e arbitrato, alle controversie in materia di servizi pubblici con il coinvolgimento di società a partecipazione pubblica, ai profili di tutela giurisdizionale rispetto all'esercizio dell'autotutela, alle azioni nel processo amministrativo, al rafforzamento del giudice amministrativo nella riforma della legge 241, alla ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato, al processo di esecuzione delle sentenze amministrative, alla tutela cautelare.

Ma la seconda, prevalente, ragione dell'interesse alla pubblicazione di questi scritti sta nel fatto che essi, oltre a consentire di avere nitida, *in progress*, la percezione del grande mutamento del diritto amministrativo a cavallo degli ultimi quarant'anni, insieme offrono anche chiarissima l'idea della conseguente necessaria trasformazione dei modelli esplicativi del nuovo diritto positivo, come formatosi ad opera delle riforme legislative e del mutare degli orientamenti giurisprudenziali.

Il lavoro monografico "Dall'edilizia economica e popolare all'edilizia residenziale pubblica", riflettendo sulle diverse modalità dell'intervento pubblico, analizza insieme le trasformazioni dell'organizzazione dell'amministrazione centrale e locale, il nuovo ruolo delle regioni, l'evoluzione del concetto di servizio pubblico, il mutare delle modalità di funzionalizzazione della proprietà privata.

La ricerca di nuovi paradigmi è poi particolare evidente nei saggi su diversi aspetti della giurisdizione amministrativa.

Già la monografia su "Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo", pubblicata nel 1988, muovendo dall'analisi dei rapporti tra dinamica del potere amministrativo e suoi effetti sulle situazioni giuridiche soggettive e dall'esigenza di un ripensamento della ricostruzione dottrinale delle relazioni tra interessi sostanziali e interesse processuale, ha posto le basi per una riconsiderazione della giurisdizione esclusiva, e in generale del sistema

della giustizia amministrativa, valorizzando i caratteri delle diverse azioni proponibili. L'obiettivo dichiarato in premessa è la ricerca di una risposta all'esigenza di una giustizia amministrativa capace di offrire tutela efficace alla lesione inferta dall'amministrazione agli interessi di vita dei privati, comunque si presentino nei confronti del potere pubblico.

Temi ripresi nei saggi qui pubblicati sul significato della giurisdizione esclusiva e sulle azioni nel processo amministrativo ispirati alla convinzione che l'articolazione delle azioni è funzionale alla richiesta di tutele differenziate che sale dalla complessa e variegata realtà dei rapporti sociali. Significativamente, il codice del processo amministrativo, nel 2010, organizza, quasi sistematicamente, il contenuto della tutela garantita al cittadino elencando le azioni proponibili al giudice amministrativo e disciplinando le fattispecie di pluralità di domande e di conversione delle azioni,

E, a proposito dei paradigmi e della necessità del loro adeguamento, come ricorda Khun, al mutare delle percezioni fenomeniche, nei due saggi "La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo" e sui "Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa", Vittorio, a conclusione dell'analisi dell'evoluzione, legislativa e pretoria, negli ultimi quarant'anni della disciplina della tutela del privato nei confronti dell'amministrazione, rimarca, allontanandosi da alcune matrici della scuola padovana della giustizia amministrativa, la trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa e del suo processo, chiarendo come, in coerenza con l'indicazione costituzionale, la funzione sia quella di tutelare il cittadino nei confronti del potere amministrativo, non di stabilire quale sia l'interesse pubblico.

Riprova della profondità di una cultura non solo giuridica e della originalità di una ricerca di cui i testi qui pubblicati sono riprova.

Dalla loro lettura si percepisce oltre alla straordinaria vivacità di intelletto e parola, anche l'apertura all'ascolto, il desiderio di trasmettere le idee di cui, anche fuori dall'accademia, è grato a Vittorio chiunque abbia avuto, nel suo lungo percorso didattico, professionale, sociale, il piacere di un incontro.

Giovanni Sala