



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”**

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE  
“TULLIO ASCARELLI”**

**DOTTORATO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**XXVII**

Ciclo del corso di dottorato

Titolo della tesi

**I principi di diritto comune nell’attività amministrativa**

Coordinatore e Tutor:  
Chiar.mo Prof. Gianfranco D’Alessio

Candidato:  
Livia Lorenzoni

Anno Accademico 2013 – 2014



## I principi di diritto comune nell'attività amministrativa

Introduzione .....	6
1. Premessa metodologica e definizione dell'oggetto di indagine .....	11
1.1 Principi di diritto, clausole generali e <i>standard</i> valutativi. Cenni introduttivi.....	11
1.2 Il ruolo degli <i>standard</i> valutativi nel diritto amministrativo e nel diritto comune.....	21
2. I principi applicabili ai pubblici poteri tra «diritto comune» e «diritto speciale» .....	29
2.1 La formazione di un sistema di principi propri di diritto amministrativo in contrapposizione ai principi di diritto comune.....	29
2.2 La definizione costituzionale dei principi che reggono l'azione amministrativa.....	40
2.3 Evoluzione del significato di «diritto comune» nell'attività amministrativa .....	50
2.4 La nozione di diritto comune a seguito della legge n. 15 del 2005 .....	57
2.5 Le recenti ricostruzioni del rapporto tra diritto amministrativo e diritto comune.....	64
3. I principi di diritto comune nell'attività amministrativa: buona fede, correttezza e diligenza...	70
3.1 Cenni ricostruttivi sui principi di buona fede, correttezza e diligenza come limiti all'autonomia negoziale .....	70
3.2 Le diverse ricostruzioni del rapporto tra i principi di buona fede, correttezza e diligenza nel diritto comune.....	75
3.3 La buona fede come criterio di rilevanza di interessi. Cenni sul cosiddetto interesse legittimo di diritto privato nel diritto del lavoro e sull'eccesso di potere di maggioranza nel diritto societario .....	79
3.4 L'espansione del ruolo della buona fede nel diritto civile e la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità .....	89
3.5 Recenti sviluppi, l'abuso del diritto, il dovere di motivazione e la proporzionalità dell'esercizio dei poteri contrattuali come corollari del principio di correttezza.....	97
4. I principi di buona fede, correttezza e diligenza nell'azione amministrativa .....	105
4.1 Il ruolo della normativa di correttezza nell'attività amministrativa di diritto comune ....	105
4.2 Buona fede e correttezza al di là delle obbligazioni e dei contratti della P.A. La rilevanza dei principi nella discrezionalità amministrativa.....	116
4.3 Prime ricostruzioni della buona fede nel diritto amministrativo .....	123
4.4 Buona fede e correttezza nell'attività amministrativa proceduralizzata.....	128
4.5 Recenti ricostruzioni del modello di sindacato giurisdizionale sui principi di diritto comune e sui principi pubblicistici sull'esercizio del potere .....	136
4.6 I principi di correttezza e la responsabilità civile della P. A.....	141
4.7 Profili legati all'ingiustizia del danno .....	144
4.8 I principi di correttezza e l'elemento soggettivo nella responsabilità civile della P.A. ....	150

4.9	Il principio di correttezza nel sindacato sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione .....	155
4.10	L'autonoma rilevanza dei principi di correttezza nella responsabilità civile dell'amministrazione e la responsabilità da contatto .....	162
5.	Le più recenti applicazioni all'azione amministrativa di principi di diritto comune: il principio di concorrenza, il principio di trasparenza e i doveri di informazione .....	170
5.1	Il principio di concorrenza come principio di diritto comune. Nozioni introduttive .....	170
5.2	Profili civilistici del principio di concorrenza .....	175
5.3	Il principio di concorrenza nella disciplina dei contratti pubblici .....	184
5.4	Il principio di concorrenza nel quadro costituzionale italiano .....	189
5.5	Il principio di concorrenza nell'attività amministrativa al di là degli appalti .....	196
5.6	Il principio di trasparenza e i doveri di informazione nel diritto comune .....	207
5.7	I doveri di informazione nel diritto societario .....	210
5.8	I doveri di informazione a tutela dei consumatori .....	215
5.9	Il principio di trasparenza nel diritto amministrativo europeo .....	220
5.10	Il principio di trasparenza in relazione alla motivazione, all'accesso agli atti, agli obblighi di pubblicità e all'accesso civico .....	226
	Conclusioni .....	241
	Bibliografia .....	249



## Introduzione

L'attenzione al sistema di principi applicabili all'attività amministrativa è stata fortemente influenzata dalle evoluzioni ordinamentali che hanno messo in discussione alcune tradizionali categorie del diritto amministrativo, fondate sull'idea di un'amministrazione in posizione di supremazia rispetto ai soggetti privati. Gli sviluppi degli ultimi decenni hanno implicato la sovrapposizione e la reciproca contaminazione di principi di fonte e natura diversa nell'azione amministrativa.

L'obiettivo della tesi è comprendere le problematiche legate alla progressiva espansione di alcuni principi giuridici che trovano la loro origine o, comunque, la loro piena evoluzione nei rapporti tra privati, per poi essere applicati in modo sempre più incisivo anche all'attività autoritativa dell'amministrazione. L'idea nasce dall'interesse per il rilievo dei principi di diritto rispetto alle discipline giuridiche sulle quali incidono. I principi, a differenza delle regole puntuali, permeando i diversi settori dell'ordinamento, producono l'effetto di plasmare le categorie normative cui si applicano. L'importanza dei principi è, peraltro, accresciuta dall'enorme produzione di norme di dettaglio, in molti casi frammentate e incoerenti, nonché dalla pluralità di fonti, nazionali e sovranazionali che caratterizzano l'attuale panorama legislativo e, in particolare, quello del diritto amministrativo.

La tematica oggetto della tesi si collega al dibattito riguardante il ruolo del diritto comune nell'attività amministrativa, alla luce dei mutamenti normativi e giurisprudenziali che hanno portato al superamento della concezione del diritto amministrativo come sistema normativo autonomo, contrapposto a quello privatistico. Nell'ambito delle riflessioni generali sull'applicabilità dei principi di diritto comune all'attività amministrativa il lavoro si propone, in primo luogo, di analizzare la funzione di alcuni principi classici, come la buona fede, la correttezza e la diligenza, ascritti dalla dottrina maggioritaria alla nozione di clausole generali. Tali principi hanno subito un importante sviluppo, mostrando la loro forza espansiva come forme di controllo sull'esercizio di potestà privatistiche. In seguito, sono andati affermandosi anche nell'azione amministrativa in un'ottica di garanzia dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri, pur non essendo ancora giunti ad assumere un ruolo del tutto autonomo rispetto ai principi pubblicistici sull'esercizio del potere amministrativo.

Sono poi brevemente trattati i principi di concorrenza e trasparenza, affermatasi più di recente nell'ordinamento italiano, anch'essi in un primo momento nei rapporti privatistici e, successivamente, nell'attività amministrativa. Tali principi rispondono a finalità ulteriori rispetto a

quelle solidaristiche e di giustizia sociale che caratterizzano i principi di correttezza, e presentano significati in parte divergenti nel campo privatistico rispetto a quello pubblicistico. Si tenterà, pertanto, di analizzare il diverso percorso di sviluppo dei principi presi in esame, al fine di evidenziare il differente ruolo che questi assumono nell'attività amministrativa, rispetto a quello che svolgono nei rapporti tra privati.

La tesi muove da una breve premessa sulle nozioni di principi di diritto, di clausole generali e di *standard* valutativi, con la quale si tenta di porre in luce la diversa rilevanza che le varie categorie possono esplicare nel diritto civile e nel diritto amministrativo. È poi brevemente ricostruito il percorso che ha portato all'emersione nell'ordinamento italiano di un sistema di principi specifici all'attività amministrativa, come momento essenziale per la ricostruzione sistematica della materia. Fin dalle prime elaborazioni, la dottrina amministrativistica italiana si è mostrata consapevole che l'amministrazione è soggetta a principi comuni a soggetti pubblici e privati. Ciononostante, nella fase in cui prevaleva l'idea che il diritto comune dei rapporti con l'amministrazione fosse quello pubblico, i principi civilistici sono stati relegati a un ruolo meramente integrativo delle lacune della disciplina amministrativistica.

Tale ricostruzione è parsa utile per procedere a chiedersi in che misura le successive trasformazioni normative e giurisprudenziali hanno inciso sul ruolo dei principi civilistici nell'azione amministrativa. Si passa, quindi, all'esame del progressivo mutamento del diritto amministrativo, a partire dal riconoscimento costituzionale dei principi di imparzialità e buon andamento e dal declino dell'accezione formalistica del principio di legalità, per poi affrontare le più recenti riforme, quali la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, la codificazione dei principi che ne regolano lo svolgimento, la privatizzazione e la contrattualizzazione di ampi settori di azione amministrativa, l'introduzione nell'ordinamento italiano dei principi di diritto europeo e l'affermazione della responsabilità civile dell'amministrazione.

I capitoli successivi trattano, nel dettaglio, i diversi principi presi in considerazione.

Il terzo capitolo si focalizza sui principi di buona fede, correttezza e diligenza nell'ambito del diritto comune. Dopo una breve introduzione sui diversi significati attribuiti a tali principi dalla dottrina privatistica, si esaminano le evoluzioni che hanno condotto a una significativa espansione delle clausole generali come limiti all'autonomia negoziale. È presa ad esempio la peculiare rilevanza dei suddetti principi nei settori del diritto del lavoro e del diritto societario, caratterizzati da intrinseci squilibri di potere privato, nei quali sono stati elaborati i concetti di interesse legittimo di diritto privato nei confronti del potere datoriale e di eccesso di potere dei soci di maggioranza. Lo studio di tali categorie è apparso utile per comprendere le posizioni dottrinarie che hanno proposto una comparazione tra l'utilizzo delle clausole generali da parte del giudice ordinario nel sindacato

del potere privato e il sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere pubblicistico. Tuttavia, al fine di comprendere le evoluzioni delle clausole generali come tecniche di controllo sull'autonomia privata, per poterne chiarire la funzione nell'attività amministrativa, è stato ritenuto opportuno allargare l'analisi oltre i confini del diritto del lavoro e societario. Lo sviluppo dei principi di correttezza nei rapporti paritetici si è mostrato dirompente anche al di fuori di tali campi. La tesi dà conto della recente tendenza del giudice civile a utilizzare le clausole generali come tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale, fino a porle a fondamento di un sindacato sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità dell'esercizio delle potestà private nell'ambito di un rapporto negoziale tra imprenditori. La dottrina ha messo in evidenza i rischi di uno sconfinamento del potere d'intervento giudiziale sui rapporti contrattuali mediante l'uso di concetti indefiniti come la buona fede e la correttezza. Il valore delle clausole generali di correttezza in campo privatistico è stato quindi ricondotto dalla dottrina maggioritaria, avallata dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, alle regole di condotta, la cui violazione incide esclusivamente sulla responsabilità e sul risarcimento, e non sulla validità del contratto, salvi i casi espressamente previsti dalla legge.

Il quarto capitolo affronta il tema centrale della tesi: il ruolo dei principi di buona fede, correttezza e diligenza nell'azione amministrativa. L'analisi muove da un breve riferimento alla rilevanza delle clausole generali nell'ambito dei rapporti obbligatori della P.A. In tale campo, superate le iniziali resistenze, i principi civilistici sembrano aver trovato una diffusa applicazione da parte della giurisprudenza amministrativa, sebbene rimangano posizioni difformi che ritengono la portata delle clausole generali limitata ai soli rapporti tra soggetti privati. Per sviluppare il lavoro e trattare il tema dei principi di diritto comune nell'attività autoritativa, si è ritenuta opportuna una breve ricostruzione della crescente rilevanza dei principi giuridici nell'elaborazione teorica della discrezionalità amministrativa, come punto di partenza del percorso dottrinario sullo specifico problema della funzione dei principi di buona fede, correttezza e diligenza nel diritto pubblico.

Tale percorso è segnato da una prima fase nella quale la dottrina ha accolto una nozione di buona fede come corollario dei principi di imparzialità e buon andamento. Successivamente, l'approfondimento sul principio di affidamento del cittadino rispetto a precedenti comportamenti dei poteri pubblici ha disancorato la buona fede dai principi costituzionali e l'ha ricondotta a principio generale del diritto, integrativo di tutte le fonti di diritto positivo esistenti. Infine, la buona fede è stata inserita a pieno titolo nella tematica della legalità sostanziale, dei principi e delle garanzie procedurali che vincolano l'azione amministrativa nel suo complesso, pur rimanendo accesi contrasti in dottrina e in giurisprudenza sul ruolo che questa può svolgere nell'attività amministrativa.



Un campo nel quale la correttezza della condotta degli organi pubblici ha assunto una rilevanza centrale è quello della responsabilità civile dell'amministrazione, sulla quale si è, pertanto, ritenuto utile soffermare l'attenzione. Dopo un'analisi delle problematiche legate all'applicazione delle norme civilistiche sulla responsabilità per danno all'attività pubblicistica dell'amministrazione, sono esaminate le diverse posizioni dottrinarie che hanno attribuito ai principi di correttezza un ruolo autonomo, nell'ambito del comportamento illecito dell'amministrazione, rispetto ai principi pubblicistici rilevanti ai fini dell'illegittimità, e gli orientamenti che hanno invece negato tale autonomia. Si osserva come la giurisprudenza amministrativa sembra propendere per tale seconda posizione, mostrando un atteggiamento restrittivo rispetto all'utilizzo delle clausole generali a favore del privato nella tutela risarcitoria.

L'ultima parte del lavoro concerne l'applicazione all'azione amministrativa dei principi di concorrenza e di trasparenza, emersi più di recente nel diritto comune, prevalentemente su impulso del diritto europeo in funzione di efficienza del mercato. Il principio di concorrenza ha prodotto un rilevante impatto nell'ordinamento italiano, in primo luogo, sulla disciplina privatistica dei contratti, imponendo alle imprese il divieto di porre in essere una serie di condotte, conformando in tal senso l'autonomia negoziale. Nel diritto europeo (e, di conseguenza, in quello italiano), tuttavia, al principio di concorrenza sono attribuiti obiettivi ulteriori rispetto all'imposizione di puntuali divieti agli operatori economici, legati in gran parte a esigenze di integrazione del mercato interno. Per tale ragione, la concorrenza si è affermata come principio generale anche per quanto concerne l'attività dei poteri amministrativi. In primo luogo, la concorrenza è stata assunta a uno dei principi fondamentali nella materia dei contratti pubblici, al fine di consentire la più ampia partecipazione alle gare in un'ottica di concorrenza "per" il mercato. In secondo luogo, il principio di concorrenza si è imposto ai poteri pubblici alla stregua del primato del diritto europeo sul diritto dei singoli Stati membri. Oltre ad obbligare le pubbliche autorità nazionali a disapplicare le norme interne che impongono o favoriscono limitazioni della concorrenza, il principio di concorrenza, congiuntamente alla libertà di circolazione, ha fornito la base per l'adozione di misure di liberalizzazione di numerose attività economiche, che hanno fortemente ridimensionato il potere di intervento autoritativo dei pubblici poteri. La connotazione pubblicistica dell'attività cui si applica il principio di concorrenza sembra quindi attribuire ad esso una funzione parzialmente diversa da quella che svolge nei rapporti tra privati.

Il principio di trasparenza è sorto nel diritto commerciale, da un lato per assicurare la correttezza negli scambi, dall'altro per riequilibrare le disparità di poteri negoziali derivanti da situazioni di asimmetria informativa. Nell'analisi del principio di trasparenza, si prende in considerazione, in primo luogo, il diritto societario, nel quale la trasparenza è intesa come dovere di

informazione sia interno agli organi a garanzia dei soci, sia esterno a tutela degli investitori e del corretto funzionamento del mercato. Sono poi esaminate le discipline generali e settoriali che impongono obblighi di informazione a tutela del consumatore per disciplinare le posizioni di disparità contrattuale. Infine, si affronta il principio di trasparenza nel diritto amministrativo. In tale settore, accanto alle problematiche legate allo squilibrio di potere dovuto alle asimmetrie informative, si pongono esigenze legate al controllo democratico dell'azione pubblica. Da un iniziale chiusura nei confronti dell'applicabilità della trasparenza ai pubblici poteri, tale principio, anche su impulso del diritto europeo, ha assunto un ruolo sempre più rilevante nel diritto amministrativo. Tuttavia, a oggi, non sembra essersi ancora giunti ad un'affermazione piena della trasparenza intesa come totale conoscibilità del processo decisionale pubblico, e si mostrano alcune resistenze rispetto ad un completo accoglimento del principio di diritto comune.

La tesi si conclude con alcune osservazioni sul diverso ruolo che hanno assunto i principi presi in esame rispetto all'attività pubblicistica dell'amministrazione.

## 1. Premessa metodologica e definizione dell'oggetto di indagine

### 1.1 Principi di diritto, clausole generali e *standard* valutativi. Cenni introduttivi

Il tema oggetto del presente lavoro si inserisce nel contesto del più ampio dibattito dottrinario sul ruolo dei principi giuridici nell'ordinamento, problema di carattere trasversale e oggetto di innumerevoli contributi<sup>1</sup>.

L'esigenza di principi generali, quantomeno in funzione integrativa delle norme esistenti e come canone interpretativo per orientare le decisioni dei giudici sui casi particolari, è da lungo tempo avvertita e discussa in dottrina<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per la ricostruzione della nozione di principi generali di diritto si vedano N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, Utet, 1966, 866 – 896; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 494 – 533; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento, (dir. cost.)*, I, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 1 – 24; A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Atti dei Convegni Lincei, I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1992, 11 – 25; R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XIV, Torino, Utet, 1996, 341 – 355. Sull'evoluzione storica dei principi di diritto si vedano G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA; P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2006, 87 – 103; L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, 1 – 178.

<sup>2</sup> Nel dibattito di teoria generale sul ruolo dei principi e dei valori fondanti un dato ordinamento rispetto alle regole puntuali di diritto positivo si suole far riferimento alla cosiddetta “dottrina dei principi” elaborata da Ronald Dworkin, nata in contrapposizione al positivismo giuridico ed in particolare alla teoria di Herbert Lionel Adolphus Hart. Già nell'opera di Hart si evidenziava l'importanza dei principi come strumenti di controllo sociale: «*general rules, standards, and principles must be the main instrument of social control, and not particular directions given to each individual separately (...) in fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case*». Tuttavia, nel pensiero di Hart la discrezionalità dei giudici nell'interpretazione della legge deriva dalla natura aperta del linguaggio giuridico delle norme («*the open texture of law*») e non da principi di giustizia. Si veda in tal senso H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, 121 – 127. Le tesi del giuspositivismo tendevano infatti a distinguere tra i valori imposti da norme positive ed i valori di giustizia, confinando questi ultimi al campo extragiuridico dell'ideologia: in tal senso si veda H. KELSEN, *General Theory of Law and the State*, (1945) (translated by A. WEDBERG), *The lawbook exchange Union*, New Jersey, 1999, 45 – 50. La dottrina dei principi, prendendo le mosse dalla teoria di giustizia elaborata da Jhon Rawls, ha rifiutato l'idea giuspositivista della netta separazione tra diritto e morale. Ronald Dworkin ha postulato l'esistenza di principi giuridici che precedono le norme di diritto positivo e servono a guidare gli interpreti e limitarne la discrezionalità. Secondo tale teoria, il principio giuridico è definito come

La coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici, nella quale si intersecano fonti di diversa origine e natura<sup>3</sup>, ha creato la necessità di fondare il sistema giuridico su valori etici generalmente accettati: esigenza che ha portato molti Paesi occidentali a positivizzare tali valori nel diritto costituzionale<sup>4</sup>.

Nell'ordinamento italiano contemporaneo, esclusa l'opzione di inserire i principi generali del diritto nel codice civile del 1942<sup>5</sup>, il primo fondamento positivo sul quale si è soffermata la dottrina è stato il richiamo ai principi generali dell'ordinamento da parte dell'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile, inserito per fare fronte all'esigenza di sistematicità sorta dal proliferare di leggi speciali e dalla perdita di centralità del codice civile<sup>6</sup>. Tale norma ha attribuito una funzione integrativa delle lacune della legislazione ai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»<sup>7</sup>. Parte della dottrina ha inteso i principi generali

---

*«legal standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.»* Esso si distingue dalla regola giuridica la quale opera *«in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.»* R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, 24. Si veda anche: J. RAWLS, *A theory of justice*, Carendon press, Oxford, 1972. Per la ricostruzione del rapporto tra diritto e morale si veda P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986, 21 – 29.

<sup>3</sup> La problematicità della coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici e del superamento del monismo statualistico emerge già nelle teorie dell'istituzione o dell'ordinamento giuridico elaborate da Santi Romano e Maurice Hauriou (i quali tuttavia hanno adottato concetti parzialmente di istituzione parzialmente diversi): M. HAURIOU, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, 1933, in *Bibliothèque de Philosophie politique et juridique* Università de Caen, 1986 e S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946.

<sup>4</sup> L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, Mucchi, 1996, 1141 – 1159. Un altro Autore precisa che «disposizioni di principio sono sempre esistite nelle Costituzioni scritte, a partire dalle prime Costituzioni dell'epoca liberale proclamate sulla fine del secolo XVIII nelle Repubbliche nord-americane e subito dopo in Francia con la grande rivoluzione». (V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 28).

<sup>5</sup> P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *Atti dei Convegni Lincei, I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992.

<sup>6</sup> Sul processo storico che messo in crisi l'unità sistematica del diritto privato si veda N. IRTI, *L'età della decodificazione*, II ed., Milano, Giuffrè, 1986; ID., *Decodificazione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, V, Torino, Utet, 1989, 142 – 148.

<sup>7</sup> L'art. 12 delle preleggi, rubricato «Interpretazione della legge», così dispone: «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i

dell'ordinamento come criteri di eterointegrazione, volti a sopperire alle lacune legislative non risolvibili mediante il ricorso all'analogia (*legis o iuris*) prevista dall'art. 12, comma 2, delle preleggi<sup>8</sup>. Prendendo le mosse da tale ricostruzione, alcuni Autori hanno ricondotto tali principi ad «una fonte situata al margine del *ius conditum*»<sup>9</sup>. In tale prospettiva i principi sono stati interpretati come affermazioni di orientamenti e ideali di politica legislativa insuscettibili di una precisa formulazione precettiva, ovvero come criteri di valutazione immanenti all'ordinamento, caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto alle singole norme<sup>10</sup>.

Un diverso orientamento ha invece attribuito ai principi generali, intesi in senso unitario, contenuto e valore normativo, rifiutando le ricostruzioni che riconducevano i principi generali di cui all'art. 12 delle preleggi a fonti esterne all'ordinamento positivo. In questo senso è stato affermato che «l'attività diretta all'applicazione del diritto risulta necessariamente disciplinata, nell'ordinamento dello Stato moderno, ed in particolare nell'ordinamento italiano vigente, (...) da norme e principi – espressamente formulati in apposite disposizioni di legge ovvero, più spesso, impliciti in altre disposizioni – che si ricollegano (o costituiscono essi stessi) ai principi essenziali di struttura dell'ordinamento e sono cioè principi costituzionali, ovvero esplicazioni ed applicazioni di principi costituzionali»<sup>11</sup>.

Un'ulteriore tesi ha ritenuto che i principi generali dell'ordinamento, cui originariamente faceva riferimento l'art. 12 delle preleggi, fossero, in epoca fascista, le dichiarazioni della Carta del

---

principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». La disposizione riproduce quella premessa al codice civile del 1865, con la differenza che all'originaria formulazione «principi generali del diritto» è stata sostituita quella di «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Sul significato di tale modifica si veda S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, cit., 494 e ss.

<sup>8</sup> In questo senso si veda F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, *Biblioteca del Foro Italiano*, 1951, XX, 87 e ss.

<sup>9</sup> In questo senso si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), II ed. riveduta e ampliata a cura di G. CRIFÒ, Milano, Giuffrè, 1971, 309.

<sup>10</sup> Per questa concezione dei principi generali del diritto si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 305 – 330.

<sup>11</sup> Così V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939, 11.

lavoro, espressamente definite principi generali dell'ordinamento dello Stato e criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge<sup>12</sup>.

Con l'adozione della Costituzione della Repubblica italiana del 1948 una serie di principi fondamentali sono stati dotati di forza normativa superiore e di particolari garanzie, vincolando, oltre ai soggetti chiamati ad applicare le norme, anche il legislatore stesso<sup>13</sup>. La positivizzazione in una Costituzione scritta e rigida ha comportato una "ricollocazione sistematica" dei principi fondamentali<sup>14</sup>, originariamente concepiti dalla dottrina istituzionalistica di inizio Novecento come principi né formalmente dichiarati dal diritto scritto, né impliciti in esso, ma desumibili dalla struttura essenziale delle istituzioni in cui si concretano, ossia dalla loro stessa esistenza<sup>15</sup>. È stata, inoltre, introdotta la nozione di "principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato" come limite al potere legislativo regionale nel testo originario dell'art. 117<sup>16</sup> e in molti statuti regionali<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Si veda in questo senso N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit.; ID., *Decodificazione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, V, cit., 142 – 148.

<sup>13</sup> Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, è stata sostenuta la fondamentale unità del concetto di principi generali: «si rischia infatti di smarrirsi in un vicolo cieco se non si riconosce francamente che le disposizioni di principio di cui ci stiamo occupando, comprese le norme programmatiche, hanno contenuto e valore normativo, fatta eccezione soltanto per alcune rarissime, che in realtà non sono disposizioni, o per l'eccessiva indeterminatezza della formulazione – non suscettibile quindi di esprimere una qualsiasi regola di condotta, anche generalissima – o per l'irrelevanza giuridica del loro oggetto. (...) Norme-principio sono le norme fondamentali da cui derivano logicamente (e in cui pertanto sono già contenute implicitamente) le norme particolari regolanti immediatamente rapporti e situazioni specifiche della vita reale. Esse stanno quindi alle norme particolari come il più sta al meno (...) dove le norme-principio non siano per avventura espressamente formulate dal legislatore, esse sono pur sempre desumibili dall'interprete attraverso il noto procedimento di astrazione generalizzatrice delle norme particolari espresse, richiamato dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile». V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 36 – 42. Per una critica a tali affermazioni si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), cit., 310 – 318. Sul valore delle «disposizioni di principio formalizzati in una costituzione rigida» si veda V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit. 42 – 45.

<sup>14</sup> In questo senso si esprime A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in *Annuario Aipda 2004, Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 209 – 223.

<sup>15</sup> Ci si riferisce alla definizione di principi di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, 64 e ss.

<sup>16</sup> L'art. 117 nella sua formulazione originaria prevedeva che «La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato». Come noto, il testo della norma è stato modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

La dottrina ha cominciato ad usare il termine “diritto per principi”<sup>18</sup>, che connota l’istituzionalizzazione nell’ordinamento repubblicano dei valori morali, espressi in Costituzione nella forma di enunciati normativi di principi o clausole generali (ad esempio i principi di giustizia e solidarietà), ovvero di diritti fondamentali<sup>19</sup>. I principi hanno così assunto il ruolo di parametro di legittimità costituzionale e di interpretazione delle norme vigenti decisamente più incisivo rispetto a quello meramente integrativo previsto dall’art. 12 delle preleggi<sup>20</sup>. Di conseguenza, i principi costituzionali hanno iniziato a costituire un sistema al quale deve rispondere la disciplina di qualsiasi materia assoggettata al diritto dello Stato italiano<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> La Corte costituzionale in una delle sue prime sentenze, con riferimento alla potestà legislativa della Provincia di Bolzano, ha definito i principi dell’ordinamento giuridico: «quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell’ordinamento giuridico vigente. I principi generali che scaturiscono da questa coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto l’ordinamento.» Corte Cost., 15 giugno 1956, n. 6.

<sup>18</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 147 e ss.

<sup>19</sup> L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., 1141 – 1159. L’Autore fa ampio riferimento alla dottrina tedesca di Robert Alexy, che ha elaborato la teoria del bilanciamento tra principi e la teoria dell’argomentazione razionale riconducendo i principi a precetti di ottimizzazione, norme che prescrivono la realizzazione di un obiettivo nella massima misura possibile in conformità a quanto consentito dalle condizioni concrete giuridiche: si veda in tal senso R. ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (trad. di M. LA TORRE), Milano, Giuffrè, 1998. Sui principi non dotati di espressa copertura costituzionale, ma considerati impliciti nelle norme costituzionali ovvero ricavabili dalla legislazione ordinaria, si veda F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, cit., 1991, 2 – 8. Si veda altresì R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 4, 3, 641 – 660.

<sup>20</sup> «La funzione dei principi generali in sistemi costituzionali rigidi e dotati del controllo di costituzionalità delle leggi risulta così potenziata e non è rivolta più soltanto a colmare le eventuali lacune della legislazione, bensì anche ad influire sull’interpretazione delle disposizioni vigenti e a determinare la rimozione di queste.» F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, cit., 3. Sulla frequenza dei giudizi di legittimità costituzionale risolti in base a principi, si veda A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 4, 1, 1 – 33, nel quale l’Autore sostiene, tra l’altro, la natura “aperta” dei principi costituzionali, costituita da una compenetrazione di elementi di natura normativa ed altri di natura fattuale. Sull’interpretazione dei principi costituzionali si veda P. MADDALENA, *I percorsi logici per l’interpretazione del diritto nei giudizi davanti la corte costituzionale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 12, 1005.

<sup>21</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *L’interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, 49 e ss.

Negli ultimi decenni i fenomeni di inflazione e di improvvisazione della produzione normativa, descritta come «uno degli aspetti più gravi della odierna crisi del diritto»<sup>22</sup>, hanno indotto un rinnovato interesse della dottrina sul ruolo dei principi dell'ordinamento<sup>23</sup>. È stato evidenziato come lo sviluppo e la crescita esorbitante delle norme specifiche crea un diritto frammentato, contraddittorio ed incoerente e spesso di difficile interpretazione, non adeguato a regolare la complessità dei fenomeni sociali<sup>24</sup>. Attese le molteplici accezioni della nozione di principio giuridico<sup>25</sup> e i numerosi e altamente controversi criteri di classificazione dei principi e di differenziazione tra norme-principio e norme-regola<sup>26</sup>, occorre delimitare il concetto di principi di diritto che si intende adottare.

---

<sup>22</sup> Così si esprime Emilio Betti, lodando la saggezza che i Romani hanno dimostrato nel resistere alle tentazioni dell'abuso nell'esercizio del potere normativo. E. BETTI, *Jurisdictio praetoris e potere normativo* (1967), ora in G. CRIFÒ (a cura di), *Diritto Metodo Ermeneutica, Scritti scelti*, Milano, Giuffrè, 1991, 612.

<sup>23</sup> Come affermato in dottrina «nelle situazioni limite è possibile riscoprire i principi primi» (F. MERUSI, *Crisi finanziaria, tutela dell'affidamento e concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 155).

<sup>24</sup> In questo senso si vedano P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro It.* 2002, 5, 155; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'ALBERTI, (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010, 67. Un Autore ha descritto la situazione ordinamentale odierna come caratterizzata da una *law-saturated society* che fa pensare più ad una inarrestabile deriva che ad una necessità, così S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2007, 1.

<sup>25</sup> Sull'evoluzione della nozione di principio nell'ordinamento italiano e europeo e sul rapporto tra i principi giuridici e i diritti fondamentali si veda G. ALPA, *I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 4-5, 825.

<sup>26</sup> Prendendo le mosse dalle costruzioni dottrinali sulla normatività dei principi, parte della dottrina ha evidenziato i rischi derivanti da un uso promiscuo dei termini valori, principi e regole, definendo i principi come criteri di validità dell'azione, secondo le categorie elaborate da Dworkin. In tal senso si veda G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, Giuffrè, 2002, Tomo I, 31, 865 – 897. Tale tesi è stata oggetto di critiche per aver negato che i principi siano norme in senso materiale e che siano dotati di fattispecie. Secondo questa diversa ricostruzione la fattispecie delle norme-principio si distingue da quella delle norme-regole per la sua incapacità di decidere tutti i casi riconducibili nell'ambito normativo della regola, delimitando esclusivamente il contenuto del diritto o del bene garantito. Per tale orientamento si veda L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., 1141 – 1159. Per una critica alla posizione assunta da Dworkin si veda J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *The Yale Law Journal*, 1972, 81, 5, 823 – 854. Per un'analisi delle diverse ricostruzioni della distinzione tra principi e regole, secondo un'accezione forte (quantitativa, logica, ontologica) ovvero debole (quantitativa, di grado), si veda G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2009, 131 – 158.



I principi giuridici possono essere contenuti in norme costituzionali od ordinarie di diritto interno<sup>27</sup>, in norme di diritto internazionale<sup>28</sup> ed europeo<sup>29</sup>, ovvero possono essere creati dalla giurisprudenza o ritenersi desumibili da tutto il diritto oggettivo considerato nella sua unitarietà, a prescindere dalle fonti che lo compongono<sup>30</sup>.

L'obiettivo del presente lavoro è indagare la funzione di alcuni principi giuridici che trovano la loro origine o, comunque, la loro piena evoluzione nei rapporti tra privati, per poi essere applicati in modo sempre più pregnante anche ai soggetti pubblici. In questo senso si adotta il termine principi di diritto comune, come riferimento ad «un complesso di principi che ha nel diritto privato della nostra antica educazione la sua fonte, di regole ed anche di concetti e di apparati sistematici, ma in realtà lo trascende per divenire strumento di attuazione di un ordinamento inscritto, al di là e

---

<sup>27</sup> Anche in un ordinamento retto da una Costituzione formale rigida, nulla vieta che, oltre ai principi costituzionali, siano individuabili altri principi generali ricavabili dalla legislazione ordinaria o da altre fonti: in questo senso si veda F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 2.

<sup>28</sup> Sui principi nel diritto internazionale si vedano, tra i molti: R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in *The American Journal of International Law*, 1957, 51, 4, 734 – 753; F. SALERNO, *Diritto internazionale: principi e norme*, 3. ed, Padova, Cedam, 2013; G. BATTAGLINI, *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova, Cedam, 1999; A. VON BOGDANDY, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in *German Law Journal*, 2008, 9, 11, 1916.

<sup>29</sup> Sui principi nel diritto europeo si vedano, tra i molti: M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1993; A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Ed. di Arte e Scienza, 1998; J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European administrative law*, in *Riv. It. Dir Pubbl. Com.*, 2004, 3 – 4, 1219; J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea* (trad. di D.U. GALLETTA), in *Riv. It. Dir Pubbl. Com.*, 2004, 6, 1279 – 1307; J.B. AUBY, *I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?*, in G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei paesi europei, tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, Cedam 2005, 636; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; A. MASSERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2007, 287; H. HOFMANN, G. ROWE, A. TURK, *Administrative Law and Policy of The European Union*, Oxford University Press, 2010; A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, (trad. di A. ZEID), Napoli, Ed. Scientifica, 2011; G. PEPE, *Principi Generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, in *Studi e dialoghi giuridici*, Roma, 2012; P. CRAIG, *EU administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>30</sup> È stato affermato in questo senso che «l'individuazione dei principi generali trascende qualsiasi considerazione gradualistica delle fonti», così: F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 3. Sulla rilevanza dei principi generali, sia appartenenti al diritto comunitario e internazionale, che quelli «sui quali, a partire dal 1948, si regge l'ossatura stessa del nostro ordinamento considerato nella sua unitaria complessità di sistema» si veda L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, cit., 52.

prima delle leggi civili, nella Carta costituzionale»<sup>31</sup>. A tal fine saranno analizzati i principi di buona fede, correttezza, diligenza, ascritti dalla dottrina maggioritaria alla nozione di clausole generali<sup>32</sup>, accanto ad altri principi, affermatasi più di recente nel nostro ordinamento, come la concorrenza e la trasparenza, anch'essi riconducibili a parametri elastici di valutazione con funzione integrativa e correttiva delle norme puntuali di diritto positivo.

Il rapporto tra il sistema di principi positivizzati in Costituzione e le clausole generali è stato oggetto di diverse interpretazioni<sup>33</sup>. Secondo un'autorevole ricostruzione<sup>34</sup>, le due categorie possono porsi in rapporto di genere a specie, di concorrenza, o di compenetrazione<sup>34</sup>. Altri Autori, alla stregua di concetti elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca<sup>35</sup>, hanno affermato che i «diritti fondamentali, intesi come principi oggettivi, costituiscono parametri valutativi per l'interpretazione/concretizzazione delle clausole generali del diritto civile in materia di autonomia negoziale»<sup>36</sup>, portando tra gli esempi l'obbligo di correttezza tra debitore e creditore (art. 1175 c.c.) in funzione di collaborazione reciproca in ogni fase del rapporto per la salvaguardia degli interessi di ciascuna parte; il principio della buona fede precontrattuale, che regola il comportamento delle

---

<sup>31</sup> P. RESCIGNO, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 631.

<sup>32</sup> La dottrina civilistica sulle clausole generali è vastissima, si vedano, senza pretese di completezza: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 539 – 571; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 5 – 19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 21 – 30; A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, 1, 1 – 20; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 709 – 733; AA.VV., *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631 – 653; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.* 1998, 1 – 8. Tra i contributi più recenti sul tema si vedano V. VELLUZZI, *Le clausole generali, semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 7; E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 183 – 253.

<sup>33</sup> Per una ricostruzione delle diverse teorie sulle clausole generali e sul rapporto tra clausole e principi si veda F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, intervento al seminario *Il Linguaggio del Diritto Costituzionale*, Bologna, 13 novembre 2009, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2009.

<sup>34</sup> F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 1 – 24.

<sup>35</sup> Sul dibattito sulla concretizzazione delle clausole generali e sulla legittimità della formazione di regole ad opera della giurisprudenza tedesca si veda S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 2, 263 – 296.

<sup>36</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1997, 1, 7.

parti nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) e la buona fede nell'interpretazione ed esecuzione del contratto (artt. 1366, 1375, 1440, comma 2, c.c.). Secondo questa ricostruzione, l'utilizzo di clausole generali ha lo scopo di attribuire rilevanza nel diritto privato ai diritti fondamentali tutelati in Costituzione.

In senso analogo si è espresso chi ha ritenuto che le clausole generali costituiscono il canale d'accesso per l'ingresso nei rapporti giuridici della composizione tra i valori umani e sociali e la libertà d'agire, elementi di mediazione tra istanze soggettivistiche (i fini che guidano l'azione) e l'ordine oggettivo (la coscienza sociale)<sup>37</sup>. È stato, inoltre, affermato che la definizione delle clausole generali deve essere condotta sulla base del modello assiologico offerto dai principi costituzionali<sup>38</sup>. È stato inoltre affermato che i doveri di solidarietà sociale affermati in Costituzione «esigono la mediazione tra legge ordinaria e atto amministrativo»<sup>39</sup>: atteso che la solidarietà è attuata in un rapporto tra soggetti privati, affinché essa discenda al singolo sono necessari la legge ordinaria e l'atto amministrativo che realizzino la solidarietà nei confronti di soggetti determinati. Altri hanno ritenuto che la funzione delle clausole generali in una società pluralistica sia quella di delegare all'interprete la ricerca di valori extra – ordinamentali, eventualmente attingendo a fonti del diritto non statali quando l'ordinamento statale si riveli non autosufficiente<sup>40</sup>.

Un'altra parte della dottrina ha distinto la nozione di clausola generale, definita come «tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta»<sup>41</sup>, sia dai principi deduttivi (principi assiomatici o dogmatici, come i principi *pacta sunt servanda* o di causalità), che dai principi di argomentazione (massime di origine retorica, come il principio dell'affidamento o *nemo plus iuris ad alterum transferre potest*). Questa tesi, escludendo l'attitudine delle clausole generali a descrivere una

---

<sup>37</sup> D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, 9 – 11. È stato peraltro osservato che la cornice costituzionale attribuisce al rilievo giuridico assunto dalla buona fede e dalla correttezza «la forza di modelli vincolanti ai quali è stata attribuita, a torto o a ragione, l'idoneità a ridare pienezza all'anima intersoggettiva dell'autonomia contrattuale, ossia alla sua razionale incompatibilità non già con il conflitto fra poteri di fatto non sempre omologhi ma con una sovradeterminazione delle regole unilateralmente imposte. Si tratta, se si vuole essere franchi e realisti, di un minimo di regolazione orientata alla difesa della bilateralità degli atti di autonomia; ma tale è il ruolo del diritto». U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 400.

<sup>38</sup> M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003, 82.

<sup>39</sup> Si veda, in tal senso, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, Laterza, 2004, 116.

<sup>40</sup> In questo senso P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, cit., 1 – 8.

<sup>41</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 1986, 10.

fattispecie, ha qualificato le clausole generali come norme prive di un proprio ambito operativo e destinate a operare negli ambiti di altre norme. In tale ottica, sono state attribuite alle clausole generali le seguenti funzioni: quella di fonte integrativa dei rapporti giuridici (ad esempio l'art. 1775 del codice civile nei rapporti obbligatori), quella di limite ai poteri o facoltà (ad esempio la non contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume) o, infine, quella di soluzione delle antinomie di valori che possono manifestarsi tra diverse norme (come nel caso della correttezza e buona fede nel contrasto tra l'autonomia privata ed i principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà)<sup>42</sup>.

In senso parzialmente conforme si è espressa la dottrina che ha definito i principi come «valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte», che segnano il limite all'andamento elastico del sistema e che si pongono, quindi, su un piano diverso rispetto alle clausole generali, destinate ad operare nell'ambito delineato dai principi<sup>43</sup>.

Un ulteriore orientamento ha affermato che la natura inevitabilmente creativa dell'attività dell'interprete nella concreta applicazione di qualsiasi norma astratta (contenente o meno una clausola generale) al caso individuale porta a negare un'autonoma rilevanza qualitativa sul terreno dell'interpretazione alle clausole generali rispetto alle altre norme<sup>44</sup>. Le clausole generali si pongono in questa prospettiva sul piano della costruzione normativa, come strumento di tecnica legislativa. Questa dottrina ha evidenziato il rischio che le clausole generali attribuiscono ai giudici «un potere normativo più ampio che per l'innanzi implica un mutamento negli equilibri tra poteri dello Stato, esigendo allora una riforma istituzionale che trascende di gran lunga il profilo apparente secondo il quale era stata formulata la proposta»<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 1986, 17.

<sup>43</sup> S. RODOTÀ, *Conclusione: Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, Milano, Giuffrè, III, 1987, 261.

<sup>44</sup> C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 24. In senso analogo C. M. BIANCA, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2002, 125. Sulla dottrina relativa ai concetti giuridici determinati ed indeterminati si vedano F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 136; S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata*, Tip. Perusia, Perugia, 1988; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, 20 e ss.; G. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato, costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, Monduzzi, 2000, 19 – 22.

<sup>45</sup> C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 27.

Nondimeno, si nota nel linguaggio giuridico un uso frequentemente indistinto dei termini principi e clausole generali<sup>46</sup>, ed è stato peraltro osservato come la distinzione tra i due concetti dipenda in larga parte dalla definizione che ne dia il singolo interprete<sup>47</sup>. Parte della dottrina ha, infatti, identificato le clausole generali con i principi, intendendole come fonti delle regole che l'operatore interprete trae da esse per la loro applicazione e negando la distinzione tra clausole e principi fondata sulla necessità o meno di una mediazione assiologica nell'operazione ermeneutica di applicazione<sup>48</sup>.

Una diversa ricostruzione ha considerato il tratto qualificante le clausole generali non nella maggiore indeterminatezza rispetto alle altre norme, bensì nella formulazione normativa che implica una delega da parte del legislatore all'interprete di esprimere un giudizio di valore nell'ambito del criterio indicato nella clausola<sup>49</sup>. In tal senso, il riferimento all'«eccedenza di valori di contenuto assiologico rispetto ai contenuti normativi abituali delle regole»<sup>50</sup>, elemento comune di molte definizioni del concetto di clausola generale, sembra potersi considerare una caratteristica propria altresì dei principi giuridici. In questa prospettiva, clausole generali e principi fondamentali hanno struttura simile, in quanto entrambi applicabili ad una serie indefinita di casi, mediante un giudizio di valore dell'interprete.

## 1.2 Il ruolo degli *standard* valutativi nel diritto amministrativo e nel diritto comune

Una nozione che è stata largamente usata nel campo del diritto amministrativo è quella di *standard* valutativi<sup>51</sup>, nozione che richiama quella angloamericana di *legal standards*<sup>52</sup>, inclusiva di

---

<sup>46</sup> V. VELLUZZI, *Le clausole generali, semantica e politica del diritto*, cit., 74 – 81.

<sup>47</sup> L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1219.

<sup>48</sup> F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 1 – 24.

<sup>49</sup> A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., 631. Similmente un diverso Autore nega che l'indeterminatezza riesca di per sé a cogliere e il *proprium* dei modelli standardizzati. A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit. 5 – 6. Nello stesso senso si esprime chi sostiene che la funzione delle clausole generali sia quella di delegare al giudice la ricerca di valori al di fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo, in questo senso si veda P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, cit., 1 – 8.

<sup>50</sup> P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, cit., 1.

<sup>51</sup> Sul significato degli *standards* nella dottrina francese e in quella statunitense, si veda M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, 300 – 307. Si

tutti i modelli generali di comportamento sociale giuridicamente rilevanti, diversi dai modelli particolari dettati dalle comuni norme giuridiche<sup>53</sup>. In questa accezione, rientrano tra i canoni valutativi i principi di buona fede, di correttezza, di diligenza, di sensatezza, di ragionevolezza, che incidono tanto sull'attività dei privati, quanto su quella della pubblica amministrazione. I canoni valutativi si distinguono dalle norme comuni non tanto per il loro fondamento etico, quanto per il rapporto di ricezione sostanziale della regola etica. Tale ricezione colloca i valori etico – sociali in posizione conformativa del sistema normativo attraverso un canale normativo costantemente aperto. In questa ricostruzione: «i canoni valutativi condividono la genesi dei principi generali del diritto, dai quali formalmente si distinguono perché la loro base è costituita dalla prassi sociale piuttosto che dalle leggi, ma nei quali sostanzialmente confluiscono perché le leggi vanno interpretate e applicate con l'ausilio dei canoni valutativi»<sup>54</sup>.

La distinzione tra canoni valutativi e principi fondamentali deriva in questa ricostruzione dalla più forte identità di questi ultimi. Pur appartenendo entrambi all'etica sociale e presentandosi come fenomeni qualificati dalla idealità, i canoni valutativi sono «interamente calati nella storicità della quale esprimono gli aspetti normativi presenti nella coscienza sociale»<sup>55</sup>. I principi sono intesi in questa prospettiva come le norme più generiche dell'ordinamento giuridico, che necessitano di modalità specificative attraverso l'operatività dei canoni valutativi. È stato, infatti, osservato che «una società complessa, pluralistica, mobile, lascia uno spazio limitato ad irrigidimenti assiologici»<sup>56</sup>, creando la necessità di rinviare l'identificazione della soluzione giuridica al momento dell'adattamento dell'effetto al fatto. In definitiva, «mediata dai canoni valutativi la genericità dei principi fondamentali trova la via di quella progressiva specificazione che conduce i

---

veda altresì A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 56 – 61.

<sup>52</sup> I *legal standards* sono definiti: «*measures of conduct to be applied by or under the direction of tribunals*». Si veda in tal senso R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, in *American Bar Association Journal*, 1919, 44, 12.

<sup>53</sup> A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., 1.

<sup>54</sup> A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., 14.

<sup>55</sup> A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., 13.

<sup>56</sup> A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., 15.

sommi valori alla realtà giuridica e alla loro realizzazione»<sup>57</sup>. Questa linea argomentativa riconduce il ruolo dei modelli valutativi e degli *standard* alla valutazione in concreto della liceità o illiceità di un comportamento o della legittimità o illegittimità di un atto della pubblica autorità<sup>58</sup>.

Muovendo da quest'ultima ricostruzione, una parte della dottrina amministrativistica ha ritenuto utile distinguere i principi, intesi come norme che integrano l'ordinamento giuridico, imponendo ai destinatari un obbligo giuridico, dagli *standard* (o clausole generali), che offrono dei parametri di giudizio dell'attività di applicazione delle norme per garantire la coerenza dei comportamenti ai modelli comunemente adottati. I primi sono stati definiti norme senza disposizione che attengono al momento della produzione del diritto da parte dell'interprete a fronte di un vuoto normativo ai sensi dell'art. 12, comma 2, delle preleggi, e le seconde modelli di comportamento assunti dal legislatore come canone di valutazione socialmente condiviso<sup>59</sup>. Tale affermazione appare fortemente legata al contesto settoriale nel quale si inserisce.

Occorre, infatti, tenere presente che il ruolo dei principi assume una dimensione del tutto peculiare nel diritto amministrativo, «che più di altri è soggetto alla moltiplicazione, alla frantumazione, e alla contraddittorietà delle regole»<sup>60</sup>, essendo sorto come diritto non codificato e basato in larga parte sulle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, le quali hanno consentito che «accanto alle disposizioni scritte, il valore della legittimità si concretizzasse in principi generali ed in norme non scritte»<sup>61</sup>.

Nel diritto amministrativo alla problematica delle clausole generali della tradizione civilistica si aggiunge la problematica pubblicistica sulle modalità applicative di un margine di autonomia riconosciuto all'autorità amministrativa<sup>62</sup>. In questo campo la rilevanza dei principi e degli *standard* di comportamento appare intimamente legata al profilo dinamico della discrezionalità, nell'ambito

---

<sup>57</sup> A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., 15.

<sup>58</sup> A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, cit., 16.

<sup>59</sup> G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1194; ma si veda già ID., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>60</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 68.

<sup>61</sup> F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 132. Sul ruolo dei principi nel diritto amministrativo si veda, tra le molte: Cons. di Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561.

<sup>62</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1197 – 1213, si veda anche ID., *Principio di legalità e norma indeterminata*, cit.

della quale le norme di principio possono imporsi come regole precettive per l'amministrazione ed incidere, al pari delle regole puntuali di comportamento, sulla legittimità dell'attività amministrativa<sup>63</sup>. Invero, la dottrina sopra menzionata, distinguendo tra principi e clausole generali nel diritto amministrativo, ha operato tale partizione essenzialmente al fine di precisare i confini tra due vizi di legittimità: la violazione di legge e l'eccesso di potere<sup>64</sup>.

La dottrina maggioritaria ha, invece, considerato, ai fini del diritto amministrativo, le nozioni di principi e clausole generali equivalenti<sup>65</sup>, valorizzando la caratteristica che accomuna le clausole generali ed i principi, ossia la «doppia indeterminatezza, di fatto e di diritto»<sup>66</sup>, nel senso che entrambi esprimono concetti necessariamente e intrinsecamente indeterminati, a differenza di quei concetti lasciati volutamente indeterminati dal legislatore. Come rilevato in dottrina, i principi generali dell'ordinamento si distinguono, nel diritto amministrativo, dalle indefinite regole o criteri di esperienza. I principi, a differenza dei suddetti criteri, sono diventati «con sempre maggior vigore (...) al contempo, guida dell'azione amministrativa e parametro di valutazione per gli organi deputati al controllo»<sup>67</sup>. La distinzione che è apparsa maggiormente significativa, anche ai fini delle relative conseguenze giuridiche, è stata piuttosto quella tra principi pubblicistici (imparzialità, buon andamento) e principi di diritto comune (buona fede, correttezza, diligenza). Questi ultimi hanno, infatti, assunto una nuova rilevanza con la crisi del modello tradizionale di diritto amministrativo come sistema normativo autonomo, formatosi in contrapposizione al sistema di diritto privato, e con la diffusione della «suggestiva idea di un “nuovo diritto comune” applicabile a privati e pubblici

---

<sup>63</sup> Parte della dottrina ha sottolineato come il discorso sui principi non possa che atteggiarsi diversamente nel campo del diritto pubblico, rispetto al diritto civile, atteso che il controllo del giudice sull'agire del soggetto pubblico dotato di poteri autoritativi implica un potenziale conflitto fra poteri. S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, cit.

<sup>64</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 221. Sul regime di annullabilità degli atti amministrativi nella legislazione vigente si veda A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir. Annali I*, Milano, Giuffrè, 2007, 49 – 74.

<sup>65</sup> Si vedano, tra i molti, A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commentato all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 64 – 69; M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, 37; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 74.

<sup>66</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, 96.

<sup>67</sup> A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa, Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 64.



operatori»<sup>68</sup>, inteso non come sistema unico, ma come insieme di tecniche capaci di contribuire ad una composizione razionale dei conflitti. È stato osservato che «la correttezza, la buona fede, la diligenza, sono al vertice dell'insieme prescrittivo, ancor più dei principi propri del diritto amministrativo, come l'imparzialità o il buon andamento»<sup>69</sup>.

Nel diritto civile, fondato sul principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso, una distinzione rilevante sul piano delle conseguenze giuridiche è quella tra le norme di validità del contratto, tese a verificare la conformità del negozio allo schema legale, e le norme di comportamento dei contraenti, dirette a verificarne la liceità della condotta negoziale<sup>70</sup>. In linea generale, nel diritto comune, le prime hanno lo scopo di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici e, pertanto, non tollerano l'ingerenza di clausole generali, aventi lo scopo di correggere lo *ius strictum* per superiori fini di giustizia sostanziale, fungendo da criterio valutativo di un comportamento, non di regola negoziale<sup>71</sup>. Di conseguenza le teorie tradizionali tendono ad escludere che la violazione di *standard* di comportamento possa inficiare l'atto negoziale, anche nella forma della nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418, primo comma, potendo incidere esclusivamente ai fini risarcitori, ovvero risolutori, ove ne sussistano i requisiti<sup>72</sup>.

Le teorie tradizionali delle obbligazioni, impostate su un'idea di potere di autonomia negoziale integro e pieno sia nella fase di formazione che di esecuzione del contratto, hanno tuttavia subito profondi mutamenti con la codificazione di una serie di discipline in settori nei quali le asimmetrie tra poteri privati sono particolarmente accentuate e l'esigenza di protezione delle categorie deboli è maggiormente avvertita<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1985, 13.

<sup>69</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 74.

<sup>70</sup> Sulla tradizionale ripartizione tra regole di validità e regole di condotta si veda V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1963. Si veda anche un recente contributo sulla questione: A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 4, 435.

<sup>71</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile* in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, II, Torino, Utet, 1988.

<sup>72</sup> Secondo la tesi tradizionale, la nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418, primo comma, si applica solo in caso di conflitto tra una regola del contratto e la regola imperativa, non rilevando in tal senso il comportamento tenuto in occasione del contratto e la violazione della regola imperativa di condotta può semmai incontrare la sanzione dell'annullabilità. Si veda in tal senso G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto. (Dal c.c. del 1865 al c.c. del 1942)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, 367 – 393.

<sup>73</sup> Sulle recenti problematiche emerse nel diritto civile, si veda F. GAMBINO, *L'obbligazione nel conflitto tra principi generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 1, 51 – 68.

Fin dagli anni Ottanta dello scorso secolo, un'autorevole dottrina ha evidenziato il fenomeno di proliferazione nel diritto civile di leggi speciali, dotate da logiche e principi propri, che non si limitano «a “specificare” principi già insiti nel sistema, od a regolare fenomeni prima sottratti alla disciplina della legge, ma invadono il territorio del codice civile, espropriandolo di materie e di categorie di rapporti»<sup>74</sup>. L'emersione di questi nuovi principi ha inciso sul diritto privato, ponendone in crisi alcuni fondamenti, tra i quali il primato del codice e l'unitarietà del soggetto giuridico<sup>75</sup>. Il recente sviluppo di una legislazione speciale, spesso di derivazione comunitaria, condizionata dalla natura della parte contrattuale e che mira a riequilibrare relazioni di fatto squilibrate, pare aver ulteriormente contribuito a determinare la perdita di centralità del contratto di diritto comune disciplinato dal codice civile, portando all'elaborazione di una nozione di contratto asimmetrico<sup>76</sup>.

La dialettica tra i principi codicistici e le nuove logiche introdotte delle discipline speciali ha creato nuovi stimoli al dibattito sul ruolo delle clausole generali e delle regole di condotta. L'incidenza attribuita dalle norme di settore alle regole di comportamento anche ai fini della validità dell'atto ha fatto vacillare il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, avallando la dottrina che riconduceva i principi di buona fede e correttezza ai principi costituzionali di solidarietà sociale, è giunta, mediante la figura dell'abuso del diritto, ad ammettere la possibilità di un sindacato del giudice ordinario sulla ragionevolezza<sup>77</sup> e la proporzionalità dell'esercizio dei poteri in ambito contrattuale<sup>78</sup>. Tuttavia, la tendenza giurisprudenziale ad espandere le tecniche di controllo sullo

---

<sup>74</sup> N. IRTI, *Decodificazione*, cit., 144.

<sup>75</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 20.

<sup>76</sup> Sui contratti asimmetrici si vedano F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2010, 145 – 251; A. M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 370 – 392.

<sup>77</sup> Sull'utilizzo del principio di ragionevolezza nel diritto privato si veda S. TROIANO, *Ragionevolezza (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, 763 – 808.

<sup>78</sup> Cass. Civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 2, 354, con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Giur. It.*, 2010, 4, 809 con nota di F. SALERNO *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*; in *Danno e Resp.*, 2010, 4, 347, con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 6, 653, con nota di F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*; in *Giur. Comm.*, 2011, 2,

statuto contrattuale mediante l'uso di clausole generali è stata fortemente criticata dalla dottrina, che è giunta ad accusare la giurisprudenza di aver trasformato l'autonomia privata in una funzione<sup>79</sup>.

La diversa rilevanza dei principi nel diritto civile e in quello amministrativo è stata peraltro evidenziata in un recente studio, che ha avuto un importante impatto nel dibattito dottrinario italiano, costituendo un'indagine di teoria generale sulle controverse figure dell'abuso del diritto, della frode alla legge e dello sviamento di potere<sup>80</sup>. Tale analisi, dopo aver distinto tra regole, di azione o di fine, e principi, in senso stretto e norme programmatiche, ha osservato come i principi svolgono una funzione di regolamentazione del comportamento, descrivendo l'"opportunità" di realizzare la condotta prescritta. Pertanto, se il destinatario dei principi è l'organo amministrativo, questo dovrà determinare a quali condizioni un principio prevale su altri, dando luogo a una regola<sup>81</sup>.

Prescindendo dalla validità della conclusione di ricondurre l'abuso del diritto, la frode alla legge e lo sviamento di potere ad illeciti atipici caratterizzati dalla violazione di principi invece che di regole, diversamente dalla dottrina classica, la quale identificava l'illecito civile con il contrasto tra un requisito giuridico del fatto e una regola che impone un divieto<sup>82</sup>, il lavoro ha posto in luce alcune peculiarità delle modalità di incidenza dei principi sui soggetti pubblici. Ai fini della

---

295, con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Contratti*, 2010, 1, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*.

<sup>79</sup> C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2010, 2, 493 – 494.

<sup>80</sup> In tal senso si veda M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, Il Mulino, 2004. Per una recensione si veda di C. RESTIVO, *Recensione a Manuel Atienza - Juan Ruiz Manero, Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, 2, 571 – 584. Si vedano inoltre L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici* in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1019 – 1034; F.D. BUSNELLI, *«Illeciti atipici» e il dibattito su regole e principi* in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1035 – 1049; C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?* in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1051 - 1060; B. CELANO, *Principi, regole, autorità* in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1060 – 1086; G. CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1087 – 1093. Per le repliche alle critiche negli articoli citati si veda M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ancora sugli illeciti atipici. Replica alle critiche italiane*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 1, 203 – 222. Sulla nozione di illecito e sul problema della tipicità o atipicità dell'illecito si veda diffusamente: P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, 90.

<sup>81</sup> M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., 18.

<sup>82</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, Utet, 1962, 164 – 173; ID. *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, Utet, 1968, 628.

presente analisi appare, pertanto, utile tenere in considerazione il fatto che i principi che incidono sul comportamento del soggetto nella fase dinamica di formazione dell'atto possono avere una diversa incidenza in campo privatistico e pubblicistico.

## 2. I principi applicabili ai pubblici poteri tra «diritto comune» e «diritto speciale»

### 2.1 La formazione di un sistema di principi propri di diritto amministrativo in contrapposizione ai principi di diritto comune

L'attenzione al sistema di principi applicabili all'attività amministrativa si pone nell'attuale contesto ordinamentale in termini radicalmente diversi rispetto alle ricostruzioni di inizio Novecento nelle quali si tentava la sistematizzazione dei principi generali e dei valori sottesi al diritto amministrativo con l'obiettivo di creare un sistema autonomo di diritto amministrativo come diritto comune dei pubblici poteri contrapposto al sistema di diritto privato<sup>83</sup>.

L'elaborazione di un sistema di principi propri del diritto amministrativo distinti da quelli di diritto privato è frutto di un'evoluzione storica legata al concetto di potere amministrativo che ha assunto una rilevanza centrale negli sviluppi degli studi di diritto amministrativo italiano<sup>84</sup>. Mentre a livello di teoria generale la distinzione tra diritto pubblico e privato fondata su un criterio teleologico era ampiamente criticata<sup>85</sup> e le norme del codice civile erano considerate applicabili sia ai soggetti privati che allo Stato<sup>86</sup>, la giuspubblicistica italiana post-unitaria considerando come

---

<sup>83</sup> «La stessa autonomizzazione scientifica del diritto amministrativo è passata attraverso l'affermazione di principi speciali per l'attività dei pubblici poteri, con una genesi derogatoria rispetto ai principi di diritto privato» (M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 38).

<sup>84</sup> L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma – Bari, Laterza, 2001, 10.

<sup>85</sup> «La partizione suprema cui si arriva classificando teleologicamente, quella del diritto in privato e pubblico, è, dal punto di vista giuridico, destinata a cadere», in nota: «partendo dal fondamentale concetto romanistico che “*sunt quaedam publice utilia, quaedam privatim*”, si può variare all'infinito l'interpretazione dell'utilità pubblica e della privata, dell'interesse collettivo e di quello del singolo, anche tenendo conto del mutevole significato di questi termini a tempo a tempo e da luogo a luogo; ma trattasi sempre di una concezione per eccellenza teleologica»: così si esprime W. CESARINI SFORZA, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1913, 192.

<sup>86</sup> Per la dottrina giuspositivista la difficoltà nel distinguere il diritto pubblico da quello privato deriva dal fatto che le norme del codice civile erano considerate applicabili ugualmente ai soggetti privati ed allo Stato; la differenza tra diritto amministrativo e diritto privato non derivava secondo questa tesi dalla diversità delle relazioni tra privati rispetto a quelle tra i privati e lo Stato ma, semmai, dalla differenza tra la creazione eteronoma e autonoma delle norme secondarie, nonostante si riconoscessero anomalie nell'esistenza di norme considerate di diritto privato che impongono obblighi senza il consenso della parte, ad esempio nel diritto di famiglia. Si veda in tal senso H. KELSEN, *General Theory of Law and the State*, cit., 202 – 205. Un altro Autore nella corrente normativista ha sostenuto che «*There are other varieties of law, notably those conferring legal powers to adjudicate or legislate (public powers) or to create or*

punto di vista ordinante del sistema il potere della pubblica amministrazione, ha tentato, pur con metodi e criteri diversi, di definirne una disciplina distinta e contrapposta al diritto privato<sup>87</sup>. Fin dalle prime elaborazioni dei principi di diritto amministrativo italiano si poneva in evidenza che uno dei modi in cui può atteggiarsi il rapporto tra il diritto pubblico e privato è la trasformazione del diritto privato da comune a speciale, ma si riconosceva allo stesso tempo l'esistenza di un «intreccio di principii che, per quanto idealmente si possano assegnare all'un campo o all'altro, in concreto si fondono, in varia misura, nell'esplicazione di un medesimo ramo di attività»<sup>88</sup>.

La dottrina tradizionale, assumendo che i presupposti per l'esistenza del diritto amministrativo fossero la soggezione dell'attività amministrativa a norme giuridiche esteriormente obbligatorie e l'individualità di tali norme rispetto al diritto comune<sup>89</sup>, ha identificato l'origine del diritto amministrativo nel materiale costituirsi di una disciplina propria particolare e pubblicistica dei rapporti amministrativi, distinta dal diritto privato<sup>90</sup>. La costruzione del diritto amministrativo

---

*vary legal relations (private powers) which cannot, without absurdity, be construed as orders backed by threats. (...) the analysis of law in terms of the sovereign, habitually obeyed and necessarily exempt from all legal limitation, failed to account for the continuity of legislative authority characteristic of a modern legal system, and the sovereign person or persons could not be identified with either the electorate or the legislature of a modern state"* H.L.A. HART, *The concept of law*, cit., 79.

<sup>87</sup> M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 2, 347 – 389.

<sup>88</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1906, 566.

<sup>89</sup> M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Estratto da *Studi Ssassaresi XVIII Fascicolo II-III*, Sassari, 1940, ora in *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 96. L'Autore si riferisce alle tesi di S. Romano e G. Zanobini.

<sup>90</sup> Sulle varie ricostruzioni dell'origine del diritto amministrativo si vedano M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., 86 – 97; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861 – 1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano Giuffrè, 2000, 1 – 88; G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano Giuffrè, 2000, 89 – 158; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 277 e ss. Secondo la ricostruzione proposta da A. de Tocqueville di metà Ottocento, la nascita del diritto amministrativo come diritto speciale delle amministrazioni pubbliche risale ai secoli XVII e XVIII precedenti alla rivoluzione francese. A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution* (1856) in *Oevres Complètes*, tome II, Paris, Gallimard, 1952, 107 e ss. Tuttavia, per la maggior parte degli Autori successivi la nascita del diritto amministrativo risale alla Rivoluzione francese di fine Settecento. Si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino 1992, 28. Sulla base di studi recenti è stato affermato che «se la presenza di una Pubblica Amministrazione, dotata di un certo livello di autonomia e di differenziazione e a cui faccia capo un complesso di norme che ne disciplinino il funzionamento ed i rapporti, è condizione per la nascita e lo sviluppo di un apposito ramo del sapere, chiamato, scienza del diritto amministrativo, allora un diritto amministrativo è esistito sia nel periodo dello Stato rinascimentale, sia nei secoli successivi,

come sistema giuridico in opposizione al diritto privato ha costituito, peraltro, il fondamento della formulazione dei due tipi ideali di ordinamento, quelli a diritto amministrativo e quelli a diritto comune. La profonda diversità fra i due sistemi, derivante dalla differente concezione del potere amministrativo che in quegli ordinamenti si era affermata storicamente<sup>91</sup>, ha portato all'affermazione e allo sviluppo, nella cultura giuridica europea tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo, della netta contrapposizione tra i due modelli, cui, tuttavia, «hanno contribuito vari errori di metodo e di prospettiva, oltre che nazionalismi e aspirazioni politiche»<sup>92</sup>.

Si affermava, infatti, che, nell'elaborazione francese, l'autorità, piuttosto che l'attività amministrativa, fosse il fulcro intorno al quale si era sviluppato il diritto amministrativo<sup>93</sup>. Il potere pubblico, definito inizialmente come un potere che non deriva da alcun altro potere e che non deve a nessuno la propria forza, ed in seguito come «*une volonté qui a ce caractère à elle propre et à elle seulement de ne jamais se déterminer que par elle-meme*»<sup>94</sup>, era considerato un elemento fondamentale che consentiva all'organizzazione amministrativa di svolgere la propria funzione<sup>95</sup>. Il diritto che disciplinava l'amministrazione era, quindi, distinto dal codice civile e fondato sul

---

convenzionalmente collegati alla nascita dello Stato c.d. assoluto (...) Se tale conclusione è corretta ne discende che non è vero che il diritto amministrativo, propriamente detto, nasca e sia funzionale ad un certo tipo di Stato», M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2008, 100.

<sup>91</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, cit..

<sup>92</sup> G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, 359. Si veda a tale proposito, S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 1 – 88.

<sup>93</sup> G. TREVES, *Gli istituti ed i principi fondamentali del diritto amministrativo italiano. Con cenni diritto comparato*, Bologna, Zanichelli, 1956, 4-5.

<sup>94</sup> L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (New York) 1920 – 1921*, in *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, Alcan, 1922, 53.

<sup>95</sup> «*le pouvoir administratif est un élément de l'administration aussi bien que la fonction administrative, puisque l'administration publique est un organisme public accomplissant la fonction administrative avec un pouvoir administratif. (...) Il se résout en deux éléments. Il y a un pouvoir de contrainte (coercizione) ou de réquisition et puis il y a une espèce de procédure habituelle de l'administration dans ses diverses démarches, qui s'appelle la procédure de l'action directe, et qui contient un pouvoir d'opposabilité en soi distinct du pouvoir de réquisition.*» (M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, Recueil Sirey 1911).

conferimento all'amministrazione di uno *status* privilegiato<sup>96</sup>. In questo contesto, l'amministrazione si configurava come *puissance publique*, cioè come corpo dotato di poteri esorbitanti dal diritto comune al fine di assicurare la cura dell'interesse generale<sup>97</sup>. Su tale base si riteneva comunemente che nel diritto francese l'amministrazione fosse sottratta all'applicazione del diritto privato e si accentuava la differenza dagli ordinamenti di *common law*, nei quali il diritto comune era concepito come un corpo normativo applicabile a tutti i soggetti dell'ordinamento, e si negava la distinzione tra diritto pubblico e privato<sup>98</sup>. Nondimeno, proprio la crescente attenzione nell'esperienza giuridica francese verso gli *standard* di comportamento ed i principi generali, ampliando la sfera della legalità, ha temperato fortemente l'idea di specialità del diritto amministrativo<sup>99</sup>.

Fino a fine Ottocento in Italia si riteneva, come negli ordinamenti anglosassoni, che il diritto civile regolasse i rapporti giuridici dell'amministrazione come quelli dei privati, in un'ottica che dava prevalenza alle finalità di garanzia del singolo ed alla difesa dei diritti di proprietà e della libertà economica rispetto al governo<sup>100</sup>. La prima compiuta opera sul diritto amministrativo della dottrina precedente all'unità d'Italia, distingueva il principio fondamentale direttivo della pubblica amministrazione da quello direttivo della ragion civile. Si affermava che, mentre il principio guida per l'amministrazione era ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna,

---

<sup>96</sup> S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, il Mulino, 2013, 25.

<sup>97</sup> G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, 6.

<sup>98</sup> «*There can be with us nothing really corresponding to the "administrative law" or the "administrative tribunals" of France. The notion which lies at the bottom of "administrative law" known to foreign countries is, that affairs or disputes in which the government or its servants are concerned are beyond the sphere of the civil Courts and must be dealt with by special and more or less official bodies. This idea is utterly unknown to the law of England, and indeed is fundamentally inconsistent with our traditions and customs*». A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan and Co., 1887, 198. Sull'influenza di Tocqueville sull'Autore inglese e sull'attenuazione della contrapposizione tra «*droit administrative*» e «*rule of law*», si veda S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1997, 40 – 45.

<sup>99</sup> M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, cit., 307.

<sup>100</sup> Sulle ricostruzioni dei rapporti tra amministrazione e privati nella dottrina dei primi vent'anni di Stato italiano, si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, 3 – 47. Sui cosiddetti Autori pre-orlandiani si vedano anche: V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni di diritto amministrativo italiano e il "Corso" di Federico Cammeo*, in *Quaderni Fiorentini*, 22, Milano, Giuffrè, 1993, 329 – 367; M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, cit., 121 – 137.



salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà, quello per "la ragion civile" era la pari utilità fra i privati mediante l'inviolato esercizio della comune libertà<sup>101</sup>. Nel caso di conflitto tra gli interessi del privato e quelli del pubblico, si riteneva che la regola direttrice per l'amministrazione fosse «far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità»<sup>102</sup> e, quindi, con il minor sacrificio possibile della privata proprietà e libertà. In questa prospettiva, «la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto, ma il semplice mezzo»<sup>103</sup>, poiché il fine ultimo resta quello di ottenere il maggior bene privato.

Queste tesi sono state particolarmente apprezzate dalla dottrina recente per aver fornito un'idea di diritto amministrativo definita equilibrata e realista, contraria agli assolutismi dell'idealismo e dello storicismo, impostata sulla concezione sociale dell'uomo e su un'idea di potere pubblico come fenomeno positivo e necessario ad assicurare il benessere degli individui ed il buon funzionamento della società<sup>104</sup>. Tale impostazione ha avuto altresì il merito di «ancorare la speculazione giuridica a valori esterni al diritto positivo, che trovano il loro fondamento nella natura individuale e sociale dell'uomo»<sup>105</sup>.

Il problema della disciplina applicabile ai pubblici poteri ha iniziato ad essere concepito in termini di «diritto comune» e di «diritto speciale», a partire dallo studio che ha identificato il diritto

---

<sup>101</sup> Questa regola è invariabile per l'esercizio della pubblica amministrazione anche qualora importi il sacrificio della privata proprietà e libertà. Tuttavia il sacrificio non è che apparente ed il suo risultato porta un ampio compenso alla proprietà e libertà la quale non si sviluppa non si estende non apporta tutto il suo bene che mediante la società e le funzioni pubbliche della società: G. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III ed., Prato, Guasti, 1835, 14 – 15.

<sup>102</sup> G. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, cit., 14 – 15.

<sup>103</sup> L'effetto non può che essere il maggior bene privato perché l'uomo non deve servire all'uomo ma alla necessità della natura ed al proprio meglio. Applicando questa regola è vero che si ottiene una minore soddisfazione e si verifica un sacrificio ma esso viene compensato dalla condizione futura la quale non si potrebbe ottenere senza il sacrificio presente e senza il quale si determinerebbe un sacrificio assai maggiore. G. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, cit., 14 – 15.

<sup>104</sup> Sulla rilevanza attuale dell'opera di Romagnosi si vedano F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 4, 1222; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo, considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 1 – 47; A. MASSERA, *Il diritto amministrativo e l'opera di Gian Domenico Romagnosi, a 250 anni dalla sua nascita*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 4, 1029 – 1055.

<sup>105</sup> In questo senso si veda G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo, considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, cit., 26.

amministrativo con il diritto civile speciale dello Stato<sup>106</sup>, con la conseguente «pubblicizzazione dei rapporti amministrativi» sviluppatasi nella dottrina dell'ultimo ventennio dell'Ottocento e penetrata nella giurisprudenza<sup>107</sup>. L'emersione, a seguito dell'unità d'Italia, dell'esigenza di riunire i singoli istituti del diritto amministrativo sotto principi generali comuni e di elaborarne una parte generale, analogamente a quanto avvenuto nella dottrina tedesca della scuola storica<sup>108</sup>, ha posto le basi per la costruzione di un diritto amministrativo «quale sistema cui doveva essere tolto ogni carattere di eccezionalità e che doveva essere idoneo (...) ad offrirne la base per la creazione di principi generali di diritto e categorie giuridiche autonome»<sup>109</sup>. È stato osservato che l'idea della «separazione, in termini di regole e principi, del diritto amministrativo dal diritto privato» è stata «particolarmente forte agli esordi del Novecento e poi negli anni Trenta»<sup>110</sup>.

Con la nascita della scienza del diritto pubblico in Italia<sup>111</sup> si è tentata una sistematizzazione del diritto amministrativo, originariamente concepito come l'attività dello Stato per il raggiungimento dei propri scopi<sup>112</sup> ed in seguito «il sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato per il raggiungimento dei suoi fini»<sup>113</sup>, con l'obiettivo di elaborarne una definizione scientifica per giungere ad individuarne i limiti e le differenze rispetto alle altre scienze.

---

<sup>106</sup> G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, Firenze, Barbèra, 1880 – 1882. Si veda sul punto anche A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, Giuffrè, 2009, 40 – 43.

<sup>107</sup> M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 50.

<sup>108</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.* 1894, 4, 7 – 83, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, 39. Per una rilettura in chiave moderna di tali affermazioni si veda M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, cit., 347 – 389.

<sup>109</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 21.

<sup>110</sup> M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 4, 1315.

<sup>111</sup> Il fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, secondo una diffusa e consolidata opinione, è stato Vittorio Emanuele Orlando «il quale aprì i nostri giuristi alla scienza tedesca, controbilanciando il pur importante influsso della dottrina francese», così M. S. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, in *Quaderni Fiorentini, Per Federico Cammeo*, XXII, Milano, Giuffrè, 1993, 11.

<sup>112</sup> O. MAYER, *Le droit administratif allemand par Otto Mayer*, 1, Partie Générale, Paris, Giard & Briere, 1903, 1, XXIII, 318.

<sup>113</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, 1891 (ristampa a cura di S. LESSONA), Firenze, Barbera, 1952.

Tale procedimento implicava l'elaborazione di una netta partizione tra diritto privato e diritto pubblico. Quest'ultimo si presentava come scienza del diritto dello Stato, fondato sulle teorie di diritto costituzionale sulla natura, i poteri, la sovranità, che precedono il diritto amministrativo e ne costituiscono i presupposti, mentre il diritto privato era considerato un ramo di diritto positivo in gran parte retto da regole puntuali che venendo in contatto con un fatto, regolano il conflitto di interessi e di pretese attraverso l'intervento dell'autorità giurisdizionale<sup>114</sup>. Erano, quindi, criticate le precedenti ricostruzioni che presupponevano una riproduzione delle istituzioni giustiniane, servite di base al diritto privato, sulla distinzione tra persone, cose e azioni. Le principali obiezioni a tali teorie si fondavano sulla diversa considerazione delle persone nel diritto privato e nel diritto amministrativo, nel quale la persona rappresenta un concetto secondario, avendosi maggiore riguardo all'ufficio pubblico che la persona riveste e si rifiutava quindi la pretesa di considerare i diversi rami del diritto secondo i medesimi criteri<sup>115</sup>.

In questa prospettiva all'epoca dell'istituzione della sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato del 1889<sup>116</sup> sembrava risultare chiara la radicale diversità dell'oggetto della giurisdizione amministrativa rispetto a quella civile: per il diritto processuale comune una pretesa o un incrocio di varie pretese soggettive di varie parti in contrasto, mentre nella giurisdizione amministrativa generale «l'oggetto è, per dir così, materializzato ed unificato: esso consiste nell'atto amministrativo»<sup>117</sup>, che per la legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 era sottratto al controllo giurisdizionale<sup>118</sup>. In tale contesto storico si inserivano gli studi sulla categoria dell'atto amministrativo<sup>119</sup>, che ancoravano la pubblicità del diritto all'interesse generale perseguito dallo

---

<sup>114</sup> Si veda sul punto: V.E. ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del Diritto. "La norma e il fatto"*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, 617.

<sup>115</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, cit.

<sup>116</sup> Legge 31 marzo 1889, n. 5992, Legge che, costituendo una nuova Sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa, modifica alcuni articoli della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato D.

<sup>117</sup> V.E. ORLANDO, *Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1959* in *Principi di diritto amministrativo*, cit.

<sup>118</sup> Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Legge sul contenzioso amministrativo (All. E)

<sup>119</sup> O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. It.*, vol I, Torino, Utet, 1937, 1901 – 1100, in collaborazione con A. AMORTH, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, III, 713 – 722.

Stato dal quale si faceva discendere la dibattuta distinzione tra atti d'impero e atti di gestione<sup>120</sup>, che diverse ricostruzioni riconducevano semplicemente alla distinzione tra atti amministrativi e negozi giuridici privati<sup>121</sup>.

Lo Stato moderno era concepito come dotato di una potestà d'impero propria, originaria, esclusiva che gli consentiva, per mezzo della legge, di regolare incondizionatamente «tutta la vita, che nel suo seno si svolge, sia di individui, sia di collettività»<sup>122</sup>. Anche il potere degli altri enti pubblici, come i comuni, si configurava in quest'ottica come potere derivato dallo Stato, essendo tali enti costretti a subire la volontà superiore dello Stato. La distinzione, all'epoca dominante, tra rapporti giuridici privati e pubblici basata sulla natura degli interessi perseguiti, individuali nel primo caso, collettivi nel secondo, era ricondotta alla coincidenza tra attività pubblica e attività dello Stato<sup>123</sup>. Si affermava, infatti, che non tutti gli interessi collettivi fossero sufficienti a rendere pubblica la natura dell'atto, ma solo quelli posti dallo Stato tra i propri fini. Emblematica la conclusione per cui «è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica se lo Stato non la consideri tale»<sup>124</sup>. Nello stesso senso pareva porsi la dottrina successiva la quale escludeva che potesse avere valore di fonte giuridica nello Stato «ciò che direttamente o indirettamente non si collega alla sua volontà» e identificava il diritto unicamente con quello dell'ordinamento statale<sup>125</sup>.

Contrariamente a tale orientamento, nell'ambito delle teorie istituzionalistiche, il diritto dei privati, definito come quel diritto che non emana né dallo Stato né da altri enti pubblici, complesso di norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate situazioni giuridiche tra le

---

<sup>120</sup> O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905, I, 703-736, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, III, 39. Per una critica a tale partizione si veda: S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 51.

<sup>121</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 51, 568

<sup>122</sup> O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. It. Sc. Giur.* XXXIX (1905), 337 - 354, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, I, 251 - 280.

<sup>123</sup> O. RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1906, II, 249 - 258 ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di) *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, I, 269- 280.

<sup>124</sup> O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., 251 - 269.

<sup>125</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, VI ed., Milano, Giuffrè, 1950, I, 6.

persone ad esse sottoposte, è stato individuato come distinto ordinamento giuridico<sup>126</sup>. Partendo dal concetto di rapporto giuridico come nucleo irriducibile di ogni realtà sociale, si distingueva poi tra interessi privati, interessi pubblici ed interessi collettivi<sup>127</sup>. Tale ricostruzione è stata criticata per la sua astrattezza nel distinguere gli interessi collettivi come categoria autonoma, discostandosi da quanto previsto dal diritto positivo, che riserva loro un trattamento in massima parte comune agli interessi individuali, con alcune particolari deviazioni che non risultano sufficienti a fondare una categoria autonoma e scardinare la dicotomia fondamentale<sup>128</sup>.

L'identificazione dello Stato con il diritto e con l'interesse pubblico mostra chiaramente il programma "pubblicizzante" dei primi del Novecento, caratterizzato da una concezione statalistica e legalistica nella costruzione del diritto amministrativo positivo<sup>129</sup>. In questa prospettiva, «la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non è puramente dottrina e scolastica, ma presenta un evidente valore sostanziale, perché fondata su principi generali, in parte diversi, che dominano i due campi del diritto. Sul terreno pratico, ciò importa che, quante volte norme particolari debbano essere integrate mediante i procedimenti analogici, questi devono risalire all'una o all'altra delle due categorie di principi, secondo che dette norme appartengono all'uno o all'altro dei due campi fondamentali»<sup>130</sup>. Si riteneva che la differenza di gradazione tra l'autonomia privata - libertà piena di cui dispone il privato nei limiti della legge - e l'autonomia pubblica - potestà discrezionale dell'ente pubblico - derivasse dal vincolo del fine di interesse pubblico, sussistente nel diritto pubblico e non nel diritto privato. Si proponeva, dunque, una ricostruzione dell'ordinamento per zone, delimitate da cerchi concentrici, la più interna formata da norme di ordine pubblico intangibili dall'autonomia pubblica o privata, la seconda dalle leggi di diritto pubblico che riconoscono all'autorità una potestà normativa o negoziale, con la possibilità in alcuni casi di derogare le norme

---

<sup>126</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929, Milano, Giuffrè, 1963, 26.

<sup>127</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 103 e ss.

<sup>128</sup> S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, XII, 1969, 701 – 702.

<sup>129</sup> Per una ricostruzione delle opere di inizio XX secolo si veda M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, cit., 1293 – 1323; F. FRACCHIA, "Specialità" dell'amministrazione e del diritto amministrativo nelle riflessioni di V. E. Orlando, S. Romano, O. Ranalletti e F. Cammeo, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, Cedam, 1998.

<sup>130</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, cit., 19. Per l'autore, tale affermazione è riconosciuta quasi universalmente in dottrina, ad eccezione di alcuni Autori, che egli cita, tra i quali Duguit e Kelsen.

dispositive di legge e, infine, le leggi che si limitano a stabilire le forme e condizioni necessarie perché i privati possano svolgere la loro autonomia<sup>131</sup>.

Si affermava che l'insufficienza e la lacunosità delle norme amministrative per alcune materie aveva determinato l'erronea convinzione che il diritto privato fosse il diritto comune e il diritto amministrativo un diritto speciale, quindi eccezionale, da applicarsi limitatamente alle ipotesi da esso previste. Tale orientamento, pur ammettendo che «anche quando furono create le premesse dello Stato moderno, è pur sempre dal diritto privato che si muove per definire o integrare la disciplina giuridica di molti rapporti amministrativi», affermava poi che «speciale non vuol dire eccezionale, e il diritto amministrativo è un diritto speciale solo nel senso che esso è il diritto proprio dei rapporti amministrativi, il diritto che normalmente si applica a questi, a differenza del diritto privato, il quale è un diritto comune solo nel senso che esso, oltre a regolare l'attività di altri soggetti, può applicarsi anche allo Stato, ma in via secondaria: ossia proprio l'inverso di ciò che asserisce quell'opinione»<sup>132</sup>. Questa tesi prendeva sempre le mosse da una definizione di diritto amministrativo come «quello dell'ordinamento giuridico che ha nome lo Stato e che, fra gli ordinamenti giuridici statali, costituisce il nostro Stato, ossia lo Stato italiano»<sup>133</sup>. Il diritto pubblico era, infatti, concepito come «un diritto creato per lo Stato (e per gli altri enti pubblici)» in contrasto con il diritto privato che si riteneva disciplinare indifferentemente tutti gli altri soggetti<sup>134</sup>. In questa dimensione si riteneva che il diritto privato poteva assumere rilevanza nell'attività amministrativa solo nei casi in cui l'amministrazione agiva *iure privato utendo*, ovvero quando erano in rilievo «norme o principi formulati per i rapporti di diritto privato, ma suscettibili di valere per il diritto amministrativo», come ad esempio le norme sulla responsabilità per fatti illeciti<sup>135</sup>. Nella dottrina

---

<sup>131</sup> G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, Cedam, 1950, 185 – 189.

<sup>132</sup> Si veda in tal senso G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, Cedam, 1953, I, 20.

<sup>133</sup> G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 20.

<sup>134</sup> «Il diritto pubblico presuppone necessariamente lo Stato (e gli altri enti pubblici), dà norma alla sua organizzazione e ai suoi atti e quindi regola i rapporti che, a tenore della loro disciplina obiettiva, hanno necessariamente a uno dei loro soggetti lo Stato o altro ente pubblico (...) Insomma, le norme di diritto pubblico attengono a situazioni e a rapporti in cui necessariamente, ossia secondo il contenuto delle norme stesse, è implicata la partecipazione dello Stato, quelle di diritto privato a situazioni e a rapporti in cui tale partecipazione è solo eventuale», G. MIELE *Principi di diritto amministrativo*, cit., 8.

<sup>135</sup> G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 21.

successiva alla cosiddetta “svolta orlandiana” il diritto privato era pertanto utilizzato principalmente come tecnica e metodo giuridico per individuare principi e regole proprie del diritto pubblico<sup>136</sup>.

Anche nell’opera che è stata considerata quella «che meglio espone e spiega la materia del diritto amministrativo»<sup>137</sup>, si trova l’affermazione che «il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato» i quali devono «presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v’è espressa o chiara ragione in contrario»<sup>138</sup>. Tale conclusione presupponeva una concezione del diritto pubblico come il diritto che regola rapporti che intercedono tra soggetti di valore sociale diverso, rapporti nei quali necessariamente prevalgono lo Stato e gli enti pubblici in quanto rappresentanti l’interesse collettivo. L’identificazione del diritto amministrativo con il «complesso di norme che disciplina i rapporti fra cittadini e lo Stato in quanto esso agisce come autorità, nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi scopi, d’ordine, civiltà o benessere sociale»<sup>139</sup>, evidenziava l’importanza della distinzione tra rapporti di diritto pubblico rispetto a quelli diritto privato ai fini della determinazione delle regole ad essi applicabili. Allo stesso tempo si dava atto che la distinzione tra norme di diritto pubblico e privato era, più che una distinzione organica fondata su criteri obiettivi, una distinzione pratica e storica e si ammetteva che nella distinzione fra le due sfere del diritto vi fosse un campo comune, in particolare quello delle «regole di condotta imposta a due subietti subordinati dalla volontà superiore dello Stato»<sup>140</sup>.

La difficoltà di determinare i limiti tra la categoria dei rapporti giuridici di diritto pubblico e di diritto privato dell’amministrazione è stata evidenziata fin dai primi del Novecento osservando che «*mai* la pubblica amministrazione pone in essere un rapporto che sia meramente di diritto privato perché le norme che appaiono come deroghe al diritto privato comune, trovano la loro ragion d’essere nel diritto pubblico; e tali deroghe in maggiore o minore misura si riscontrano

---

<sup>136</sup> M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, cit., 353.

<sup>137</sup> M. S. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, cit., 13.

<sup>138</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (1911 – 1914), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, Cedam, 1960, 51 – 52.

<sup>139</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit. 1. Sul pensiero di Cammeo, in particolare sul rapporto tra diritto pubblico e privato si veda in particolare B. SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell’itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni Fiorentini, Per Federico Cammeo*, XXII, Milano, Giuffrè, 1993, 205 – 278.

<sup>140</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit. 45.

sempre»<sup>141</sup>. Si escludeva, quindi, la possibilità di fissare un limite preciso tra attività pubblica e privata dell'amministrazione.

## 2.2 La definizione costituzionale dei principi che reggono l'azione amministrativa

Per esaminare il tema della progressiva definizione costituzionale e normativa dei principi che reggono l'azione amministrativa in Italia appare opportuna una breve premessa sulla configurazione di tali principi nei sistemi di *common law*, nei quali «sono proprio i principi generali ad essere il principale, se non l'unico, limite all'azione discrezionale delle Public Authorities»<sup>142</sup>. Nel sistema anglosassone, privo di una costituzione scritta e rigida, i principi giuridici acquistano una rilevanza ulteriore rispetto a quella di fonte sussidiaria o di tecnica interpretativa<sup>143</sup>. Pur nella vigenza della cosiddetta “dottrina del precedente” i giudici ritengono un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione delle norme statutarie e di *common law*<sup>144</sup>. La centralità del diritto consuetudinario negli ordinamenti anglosassoni ha portato alcuni Autori ad estremizzare la funzione creativa del giudice<sup>145</sup>. La tradizione giuridica anglosassone, inizialmente caratterizzata dalla centralità delle *civil liberties* rispetto ai *civil rights*, ha visto lo sviluppo della *rule of law* da parte delle Corti come strumento che consente ai giudici di ragionare in termini di principi generali, valutando le norme con criteri sostanziali<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> U. FORTI, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1906, 189.

<sup>142</sup> A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 65.

<sup>143</sup> G. ALPA, *I principi generali*, cit. Sull'applicazione dei principi di *natural justice* nel interpretazione delle norme sul procedimento amministrativo si veda M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 31 e ss.

<sup>144</sup> Per un'analisi del modello di ragionamento del potere giudiziario nel Regno Unito, si veda J. RAZ, *Law and Value in Adjudication*, 1973, ora in *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University press, 2009, 180 – 209.

<sup>145</sup> Sulle teorie realistiche del diritto nel diritto anglosassone si veda N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 41.

<sup>146</sup> A. de Tocqueville scriveva «Il secondo carattere del potere giudiziario è di pronunciarsi su casi particolari e non su principi generali. Se un giudice, dirimendo una questione particolare, distrugge un principio generale, con la certezza che, essendo colpita allo stesso modo ognuna delle conseguenze di tale principio, il principio stesso diventa sterile, resta nell'ambito naturale della sua azione; ma se egli attacca direttamente il principio generale, e lo distrugge senza aver preso in considerazione un caso particolare, egli esce dall'ambito in cui tutti i popoli hanno convenuto di rinchiuderlo: diventa qualcosa di più importante, forse di più utile, di un magistrato, ma cessa di rappresentare il potere giudiziario». A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. a cura di G. CANDELORO, Milano, Fabbri, 1996.



A partire da metà anni Sessanta del secolo scorso la giurisprudenza ha cominciato a sviluppare «*a special set of legal principles against which the actions of public authorities are to be evaluated*»<sup>147</sup> e anche il Regno Unito ha assistito ad una progressiva affermazione di un diritto amministrativo, distinto dal diritto privato. In questa fase, anche su impulso del diritto europeo, si è avuta una progressiva convergenza tra i sistemi a diritto amministrativo e quelli a diritto comune, che ha riguardato tanto gli equilibri tra regole comuni a soggetti pubblici e privati, quanto i rapporti tra le garanzie giurisdizionali e quelle procedurali<sup>148</sup>.

In relazione al principio della *rule of law*<sup>149</sup>, la dottrina si è divisa tra concezioni sostanziali, le quali attribuiscono rilevanza al contenuto della regola, e concezioni formali, per le quali l'unico aspetto rilevante è il procedimento formale di adozione della regola ed le sue caratteristiche formali (non retroattività, chiarezza e stabilità delle norme, certezza del diritto, accessibilità delle Corti...). La concezione formale, della quale i principali esponenti sono stati Albert Venn Dicey<sup>150</sup> e Joseph Raz<sup>151</sup>, è stata criticata per la sua incapacità di garantire che le norme tutelino i diritti fondamentali, mentre quella sostanziale è criticata in quanto il contenuto delle norme dipende dai valori sottesi a un ordinamento, i quali non necessariamente si pongono a tutela dei diritti fondamentali<sup>152</sup>.

Le interpretazioni contemporanee della *rule of law* tendono ad adottare un approccio intermedio che include aspetti dell'approccio sostanziale e formale. In questo senso la *rule of law* impone che tutti i soggetti e le autorità, pubblici o privati che siano, soggiacciano alle leggi e

---

<sup>147</sup> M. LOUGHLIN, *The development of public law in the United Kingdom* in *Dir. Pubbl.* 1998, 624 – 625. L'Autore cita il caso *Council of Civil Service Unions vs. Minister of the Civil service* (1985) AC 374 at 410, nel quale si afferma che l'atto amministrativo è sindacabile in sede giurisdizionale sotto tre profili «illegality, irrationality e procedural impropriety».

<sup>148</sup> Le ragioni della cosiddetta nascita del diritto amministrativo in Inghilterra sono illustrate in M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, cit., 17 e ss.

<sup>149</sup> P. M. SHANE, *The Rule of Law and the inevitability of discretion*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2013, 36.

<sup>150</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, cit., 175 – 196.

<sup>151</sup> J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, in *The Law Quarterly Review*, 1977, ora in *The authority of law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 210 – 233.

<sup>152</sup> P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 1, 1, 35 – 55; ID. *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law. An Analytical Framework*, in *Public Law*, 1997, 3, 467 – 487; A. L. YOUNG *The Rule of Law in the United Kingdom: Formal or Substantive?*, [www.icl-journal.com](http://www.icl-journal.com), 2012, 6, 2, 259 – 280.

godano dei diritti attribuiti loro da norme non retroattive e applicabili dalle Corti. Accanto ai principi generali di accessibilità, chiarezza e certezza del diritto, di uguaglianza sostanziale, di protezione dei diritti umani, si afferma il principio che tende a ridurre la discrezionalità, prediligendo l'applicazione della legge, e sancendo che tutti i soggetti pubblici devono esercitare i poteri ad essi conferiti: «*in good faith, fairly, for the purpose for which the powers were conferred, without exceeding the limits of such powers and not unreasonably*<sup>153</sup>. In questa affermazione si coglie la concezione anglosassone per la quale i pubblici poteri non solo sono tenuti ad attenersi ai fini ed i limiti imposti loro dalla legge, ma anche al rispetto di principi generali di giustizia, buona fede e ragionevolezza<sup>154</sup>.

La *rule of law* è spesso accostata al principio di legalità<sup>155</sup>, principio considerato cardine dello Stato di diritto<sup>156</sup>, principio sul quale sono emerse numerose questioni circa il relativo fondamento costituzionale, il contenuto e la funzione nelle sue varie declinazioni, in senso formale, come mera autorizzazione legislativa del potere esecutivo, ovvero sostanziale, come vera e propria disciplina del potere autorizzato dalla legge<sup>157</sup>. Il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale ed il

---

<sup>153</sup> Per questa definizione della *rule of law* si veda T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.

<sup>154</sup> Sembra interessante notare come negli ordinamenti anglosassoni il principio di buona fede nel diritto contrattuale abbia connotati molto diversi e più limitati rispetto agli ordinamenti di *civil law*. Per un confronto tra le varie accezioni di buona fede nel diritto contrattuale inglese, americano, francese e tedesco, si vedano R. GOODE, *The concept of "Good Faith" in English Law*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1992; A. E. FRANSWORTH, *The concept of Good Faith in American Law*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1993; D. TALLON, *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1994; P. SCHLECHTRIEM, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1997.

<sup>155</sup> È stato affermato che il principio di legalità si è avvicinato al principio della *rule of law* e della *règle de droit*, includendo l'insieme degli elementi di diritto che vale da parametro per la legittimità dell'azione amministrativa, ivi compresi i principi M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 80.

<sup>156</sup> Il principio per cui la legalità costituisce la sola legittimazione dell'atto autoritativo è affermato già in: C. SCHMITT, *Legitimität und Legalität*, Berlin, Duncker and Humblot, 1932. Più precisamente, il principio di legalità è stato definito come principio generale di cui lo Stato di diritto (sia lo Stato legislativo sia lo Stato costituzionale) è una delle attuazioni. N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 1976, 518.

<sup>157</sup> Il principio di legalità è oggetto di innumerevoli contributi. Si vedano, tra i molti, E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro It.* 1955, 4, 201 – 206; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969; N. BOBBIO, *Legalità*, cit., 518; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 – 703; F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, cit., 124 – 140; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata*, cit.; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in

mutamento del rapporto tra Stato e società<sup>158</sup> ha creato l'esigenza di una maggiore attenzione al momento sostanziale dei rapporti tra cittadino e autorità, non essendo sufficiente un controllo meramente formale sulla legalità dell'attività pubblica<sup>159</sup>.

È stato affermato dalla recente dottrina tedesca che il diritto amministrativo costituisce una "concretizzazione" del diritto costituzionale (*konkretisiertes Verfassungsrecht*), nozione che è stata ridefinita sulla base delle evoluzioni dei sistemi costituzionali europei. In particolare, con l'affermazione del moderno Stato sociale di diritto nella Costituzione tedesca, i poteri pubblici sono stati vincolati dai diritti fondamentali. Una conseguenza di ciò è stata una forte "individualizzazione" del diritto amministrativo, con una valorizzazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza ed equità. Un secondo aspetto di tale fenomeno è stato identificato in una chiara "soggettivizzazione" del diritto amministrativo, con l'emersione di diritti soggettivi considerati implicitamente degni di tutela alla stregua del principio di legalità, secondo la dottrina

---

*Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, Utet, 1994, 84 – 97; F. G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 1, 91 – 123; G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 2, 247 – 311; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, Padova, Cedam, 2004, in particolare, 30 – 42; F. G. COCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda*, 2004, Milano, Giuffrè, 2005, 3 – 9; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte da E. RINALDI, II ed., Torino, Giappichelli, 2007; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 1 – 28; F. MODUGNO, *I principi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 102; S. FOIS, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2010; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 79 – 91.

<sup>158</sup> In età giolittiana Santi Romano parlava di un'eclissi dello Stato moderno nella quale diritto pubblico «non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie». Si veda in tal senso S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), ora in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 1, 100 - 103.

<sup>159</sup> Sulle ragioni dell'inadeguatezza del principio di legalità a soddisfare l'esigenza di prevedibilità dell'azione amministrativa, si veda A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 16 – 22. Si veda altresì ID. *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 1996, 2, 229.

tedesca delle norme di protezione. Questo fenomeno è stato considerato sotto una diversa prospettiva espressione del medesimo fenomeno descritto dalla tutela dell'interesse legittimo<sup>160</sup>.

In Italia, con l'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione Repubblicana hanno trovato espresso riconoscimento in una fonte sovraordinata rispetto alla legislazione primaria sia principi che attengono all'ordinamento complessivo incidendo sull'attività amministrativa, sia principi che riguardano specificamente la pubblica amministrazione<sup>161</sup>. La Costituzione ha posto al centro del sistema pubblico la persona con i suoi diritti, attribuendo all'amministrazione un ruolo strumentale alla realizzazione e alla tutela di questi<sup>162</sup>. Il principio di legalità ha assunto rilievo nell'ambito dello "statuto costituzionale dell'amministrazione", oltre che come integrazione della riserva di legge e autorizzazione legislativa del potere, come principio cardine in rapporto all'attività discrezionale dell'amministrazione<sup>163</sup>. Si è così passati a concepire l'amministrazione da espressione autoritaria del potere esecutivo e di governo la cui discrezionalità rappresenta un pericolo da arginare, ad attività caratterizzata dalla sua doverosità nei confronti del vincolo di scopo<sup>164</sup>, come funzione,

---

<sup>160</sup> E. SCHMIDT-ABMANN, *Principes de base d'une réforme du droit administratif (Partie 1)*, in *Droit administratif et justice administrative: permanence et renouveau*, *Revue française de droit administratif (RFDA)* (Revue ), 2008, 427 – 448, ID. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, in J. BARNES (a cura di) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, II ed., Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, 52 e ss. L'Autore cita a sua volta una formula attribuita a Fritz Werner. L'Autore pone in luce le difficoltà di adattare gli schemi tradizionali al rinnovato contesto istituzionale e costituzionale, nel quale vengono in rilievo norme europee e sovranazionali contenenti principi generali. Sulla dottrina tedesca sul problema del rinnovamento della scienza del diritto amministrativo si vedano L. DE LUCIA, *A proposito di «Verwaltungsrechtlichedogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann. Il diritto amministrativo tedesco e il rinnovamento della dogmatica giuridica*, D. DE PRETIS, *Una dogmatica «riformata» del diritto amministrativo*, F. MERUSI, *Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo*, S. CASSESE, *Un nuovo corso del diritto amministrativo?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 2 – 29.

<sup>161</sup> Sull'incidenza delle norme costituzionali programmatiche e di principio sulla funzione amministrativa, sia in via diretta sulla legittimità degli atti discrezionali, sia indiretta come principi generali di interpretazione delle norme legislative, si veda V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 70.

<sup>162</sup> A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, cit., 80.

<sup>163</sup> L'espressione è ripresa da: G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Annuario Aipda 2004, Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 11 – 23.

<sup>164</sup> Sull'interpretazione del principio di legalità come espressione della doverosità dell'azione pubblica si veda A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, L. R. PERFETTI (a cura di), *La riforma della L. 7 agosto n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 15 – 25.

rispetto alla quale la discrezionalità costituisce un indispensabile strumento per il soddisfacimento dei bisogni di promozione e di progresso della persona<sup>165</sup>.

Le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali hanno arricchito il mero profilo della legalità con quello della legittimità dell'amministrazione, fondata su principi e presupposti ulteriori rispetto alle disposizioni di leggi, che fanno emergere «la sostanza propria dell'agire amministrativo sotto l'involucro del potere di autorità»<sup>166</sup>. È stato affermato che la legittimità dell'azione amministrativa designa un valore della cultura giuridica contrapposto a quello dell'autodeterminazione dell'autorità e costituisce un fattore evolutivo dell'ordinamento, che esige che l'azione amministrativa sia determinata da regole prefissate. Il valore della legittimità «vive nella cultura giuridica prima e più ancora che nei testi normativi» e produce una serie di canoni e regole non giuridiche<sup>167</sup>. Tale valore permane sia ove si accolga una concezione ampia del principio di legalità, per la quale tutte le funzioni amministrative e giudiziarie dello Stato devono essere determinate, per quanto possibile, da norme generali di legge prestabilite, per limitare il potere discrezionale, sia se si aderisca alla concezione più limitata, che considera il principio applicabile esclusivamente all'attività amministrativa che si esprime in atti aventi un contenuto autoritativo, «ossia ai provvedimenti non già in sé, bensì in quanto abbiano come correlato una situazione soggettiva del privato, su cui incidano con un effetto di estinzione o di limitazione»<sup>168</sup>.

Come è stato affermato, «di discrezionalità infatti ha (concettualmente e logicamente) senso parlare solo qualora si implichi il concetto di «legalità» (siano «minimi» o «massimi» il significato ed il valore che alla «legalità» stessa si attribuiscono): l'attività «discrezionale» può essere definita tale, e non invece «libera», proprio perché si tratta di attività che trova un limite - nel suo contenuto - nella «legge» alla quale sia subordinata e sia obbligata a conformarsi almeno nel fine (o scopo), oltretutto nella competenza in base alla quale si esprime e nella procedura nella quale si traduce»<sup>169</sup>. In questo senso, riferendosi ai soggetti che sono chiamati ad applicare le leggi ai casi singoli, «il

---

<sup>165</sup> In questo senso si veda C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 127 – 164.

<sup>166</sup> G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., Milano, Giuffrè, 2005, 13.

<sup>167</sup> F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 124 – 140.

<sup>168</sup> Per questa seconda tesi, si veda M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1988, I, 88. Per una critica a tale ricostruzione si veda C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

<sup>169</sup> S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1973, 664.

principio di legalità impone che nessuna condizione – interna o esterna – di arbitrio autorizzato deve turbare l'applicazione della legge da parte del giudice o dell'amministrazione, prescrivendo il trattamento eguale o imparziale (a seconda dei contesti in cui l'applicazione della legge ha luogo)»<sup>170</sup>.

Tra i limiti all'attività amministrativa la dottrina includeva, fin dai primi del Novecento, accanto ai limiti speciali imposti dalla legge alle diverse specie di atti amministrativi, limiti generali, comuni ad ogni serie di atti e che per loro natura non hanno bisogno di essere tracciati caso per caso, ritenendo che lo Stato moderno avesse esteso all'attività amministrativa l'obbligo di quel rispetto dell'altrui diritto che nel diritto privato costituisce limite naturale all'esercizio di ogni diritto<sup>171</sup>. La legittimità dell'azione amministrativa include, infatti, anche parametri che derivano da principi generali non scritti e regole giurisprudenziali: «è diffusa la consapevolezza che il giudice amministrativo esplica un'attività ed offre una garanzia che va ben oltre il puro controllo delle statuizioni legislative o regolamentari» e, di conseguenza, «i criteri non scritti che disciplinano il provvedimento e l'attività che ad esso dà vita (...) possono operare anche nei confronti di una decisione amministrativa che non ha natura di provvedimento e che quindi non richiede uno specifico fondamento legale»<sup>172</sup>.

Il principio di legalità dell'amministrazione «si articola su di un arco che va dalla semplice attribuzione del potere, senza la disciplina dei presupposti per il suo esercizio, all'analitica disciplina dei presupposti di fatto propria della riserva di legge c.d. assoluta. Lo spazio intermedio può ben essere riempito da principi generali del diritto»<sup>173</sup>. Partendo da tale presupposto è stato affermato che le norme desunte dai principi generali ai fini dell'esercizio del potere non presentano caratteristiche diverse da quelle poste da fonte legislativa ed è stata attribuita ai principi funzione integrativa della disciplina o della procedura o dei presupposti dell'atto prevista dalle norme di legge<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 3 – 4.

<sup>171</sup> U. FORTI, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, cit., 224.

<sup>172</sup> F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 136 e 139.

<sup>173</sup> F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, ripubblicato in ID. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001, 236.

<sup>174</sup> È stato affermato che clausole generali e principi determinano l'effetto di limitare il potere evitando che questo si muova in ambiti potenzialmente intangibili dal diritto, affiancando le disposizioni senza fattispecie che a quelle oggetto

Anche il Consiglio di Stato ha iniziato ad affermare che nei settori nei quali mancano o risultano parziali o frammentarie le disposizioni di legge, pur risultando maggiormente ampia la potestà discrezionale dell'amministrazione, sussiste sempre il limite dei principi di diritto amministrativo<sup>175</sup>. Il principio di legalità impone quindi non solo il rispetto delle norme attributive e di regolazione del potere (principio di legalità in senso stretto), ma anche «dei principi di diritto (ad esempio la logicità, la proporzionalità e la congruità, dell'azione amministrativa, ecc.), che non solo non trovano un espresso fondamento nella legge, ma non sono neanche sanciti da norme positive, perché si traggono dall'ordinamento complessivo. Si possono definire principi generali del diritto e costituiscono il normale metro di valutazione del giudice amministrativo»<sup>176</sup>.

L'espresso riferimento in Costituzione ai principi di imparzialità e buon andamento ha costituito il punto di partenza per le connotazioni in senso garantistico dell'azione amministrativa<sup>177</sup>. Tali principi, sebbene espressamente rivolti all'organizzazione dei pubblici uffici, sono stati interpretati dalla dottrina maggioritaria come «connotati dell'attività

---

dell'esercizio della potestà pubblica e in quelle procedimentali, determinando l'effetto di restituire il volto del potere amministrativo come disciplinato dall'interno da un insieme complesso di norme. In tal senso L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 5, 2012, 1216.

<sup>175</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561.

<sup>176</sup> S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano Giuffrè, 2000, 204.

<sup>177</sup> Sui principi di imparzialità e buon andamento la dottrina è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esaustività: P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, Padova, Cedam, 1956; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.* XV, Roma, Treccani, 1989; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione* in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 131; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, Clua, 1993; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 69 – 75. G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 2934 – 2943. Sulle recenti ricostruzioni della giurisprudenza amministrativa sul canone di imparzialità si veda S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1, 223 – 255. Sulle recenti applicazioni del principio di buon andamento, si veda A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.* Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 57 e ss. Per una definizione dei principi di imparzialità e buon andamento come “endiadi” si veda M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 263.

amministrativa e non un plusvalore dell'organizzazione»<sup>178</sup>, e sono stati riconosciuti dal giudice amministrativo come parametri di legittimità a prescindere dalla loro mediazione legislativa, rappresentando «la sanzione costituzionale della presenza nell'ordinamento di elementi che conformano il processo decisionale dell'amministrazione non solo in negativo come assenza di illogicità, ma anche in positivo sotto il profilo dell'efficienza e dell'equità»<sup>179</sup>. Da questi principi discendono, come corollari o specificazioni, tutti gli altri, mano a mano riconosciuti ed esplicitati dalla dottrina, dal legislatore ordinario e dalla giurisprudenza; i quali, con il loro moltiplicarsi, chiariscono e aumentano, il valore (o il contenuto) dei principi enunciati in Costituzione<sup>180</sup>.

È stato osservato come «nell'enunciazione combinata dei due principi è, in qualche modo, consacrata la dilemmatica tensione tra le esigenze di garanzia e quelle di efficienza che caratterizzano – oltre che l'organizzazione – tutta l'attività amministrativa»<sup>181</sup>. L'imparzialità è stata intesa in un duplice senso: in un concetto più ristretto, concernente la posizione dell'organo, e in uno più ampio, che investe l'intera amministrazione nei suoi profili soggettivi, di organizzazione e oggettivi di attività<sup>182</sup>. Prescindendo in questa sede dagli aspetti organizzativi dell'imparzialità come separazione degli interessi privati o dalle influenze politiche del titolare o esercente di un pubblico potere, e concentrando l'analisi sui profili dell'attività amministrativa, l'imparzialità è stata considerata come orientamento finalistico fondamentale nell'attività discrezionale dei pubblici poteri. In questo senso si è sostenuto che, mentre il buon andamento concerne l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico, e si pone perciò come il canone primario regolativo della funzione, l'imparzialità riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggia più come limite che come criterio positivo.

---

<sup>178</sup> E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1973, 3 – 6. Sulle diverse interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 97 Cost. in senso favorevole e contrario all'applicazione anche all'attività oltre che all'organizzazione dei principi di imparzialità e buon andamento, si veda G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit., 35.

<sup>179</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, 187 – 188.

<sup>180</sup> F. G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale in Dir. Amm.*, 2012, 1 – 2, 31.

<sup>181</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 39.

<sup>182</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 20.



Il movimento dalla parzialità all'imparzialità amministrativa appare, dunque, particolarmente evidente nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale e nella giuridicizzazione della discrezionalità con l'emersione di un'accezione complessa di fine pubblico, nel quale emergono una quantità di profili, statici e dinamici e di principi correlativi<sup>183</sup>. Il principio di imparzialità è stato inteso come norma di comportamento che impone all'amministrazione di conformare la propria attività ai criteri di equità, buona fede e parità di trattamento. Secondo questa tesi l'imparzialità si risolve in un dovere di buona fede oggettiva, dalla quale discende la tutela del legittimo affidamento del privato<sup>184</sup>.

Il buon andamento è stato per lungo tempo considerato dalla giurisprudenza in senso prevalentemente "efficientistico", come principio in favore dell'amministrazione a tutela del perseguimento degli interessi della quale è portatrice. A questa visione, definita "squilibrata", delle relazioni fra amministrazione e amministrati, se n'è andata affiancando una diversa che ha agganciato i principi dell'art. 97 Cost. ai canoni di correttezza, trasparenza ed equilibrio dei rapporti con i cittadini, concependo il buon andamento come dovere in capo all'amministrazione dei soddisfare tempestivamente le istanze dei privati evitando che essi debbano subire le conseguenze negative della cattiva organizzazione dei pubblici uffici<sup>185</sup>. È stato ipotizzato in dottrina che il principio di buon andamento, esprimendo un'esigenza che non si esaurisce nell'espletamento rapido, semplice, efficiente delle funzioni amministrative, ma si estende alle modalità dell'attività della P.A. nelle relazioni con i cittadini, possa costituire «una sorta di trasposizione, in chiave pubblicistica, del principio civilistico di buona fede»<sup>186</sup>. Anche la giurisprudenza ha in alcuni casi fatto riferimento al principio costituzionale di buon andamento per giustificare l'applicabilità del criterio ermeneutico della buona fede ex art. 1366 c.c. all'interpretazione degli atti amministrativi<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 33.

<sup>184</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 274 – 290; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 819.

<sup>185</sup> G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit., 209 – 213.

<sup>186</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 169.

<sup>187</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 12 giugno 1997, n. 625 in *Foro Amm. CDS*, 1997, 1660, su tale sentenza si veda E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, Cedam, 2003, I, 375.

## 2.3 Evoluzione del significato di «diritto comune» nell'attività amministrativa

Gli sviluppi normativi ed istituzionali degli ultimi decenni hanno implicato una riconsiderazione del modello tradizionale sul quale si erano costruiti i principi di diritto amministrativo come diritto normalmente applicabile ai pubblici poteri, rendendo evidente che «la distinzione tra forme di attività, come quella tra modelli di sistema giuridico, non può essere intesa in modo rigido, e che tra diritto pubblico e diritto privato vi è più una interrelazione o una sovrapposizione, che una contrapposizione»<sup>188</sup>.

L'assoggettamento del potere amministrativo ai principi costituzionali ha portato concepire l'amministrazione come attività strumentale alle esigenze della società e alla tutela dei diritti della persona, superando l'identificazione dell'attività amministrativa con l'esercizio di un potere autoritativo di supremazia. Ne è risultata un'attenuazione della distinzione tra atti autoritativi o d'impero e atti non autoritativi o paritetici, elaborata in Italia dalla giurisprudenza, poi ripresa dalla dottrina di inizio Novecento<sup>189</sup>, successivamente rielaborata sulla base della discrezionalità o meno degli atti dell'amministrazione<sup>190</sup> e compiutamente sviluppata nell'elaborazione dottrina sulla imperatività del provvedimento amministrativo<sup>191</sup>.

L'evoluzione della disciplina dell'azione amministrativa in senso garantistico per gli amministrati, mediante una crescente attenzione alle tutele procedimentali ed alle istanze partecipative e collaborative dei privati, ha contribuito a ridurre la centralità dell'elemento autoritativo del provvedimento, definito tradizionalmente come atto che realizza in via diretta la cura di un interesse pubblico e che costituisce affermazione del momento dell'autorità produttivo dei tre effetti di degradazione dei diritti, di esecutività e di inoppugnabilità<sup>192</sup>.

La nozione di autoritatività è stata criticata in dottrina per la sua imprecisione e molteplicità di significati e caratteri, peraltro non sempre peculiari del provvedimento amministrativo rispetto ad

---

<sup>188</sup> G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, cit., 359.

<sup>189</sup> In senso critico rispetto alla suddetta distinzione si veda U. FORTI, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, cit., 196 – 198.

<sup>190</sup> Su questo aspetto della pubblicizzazione del diritto amministrativo, si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 75

<sup>191</sup> M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 157 – 196. ID. *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 1, ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2004, V, 231 – 239.

<sup>192</sup> M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 157 – 196.

altri atti di esercizio del potere<sup>193</sup>. Una prima critica alla nozione di autoritarietà come caratteristica essenziale e necessaria del potere amministrativo è stata mossa affermando che il potere non autoritativo non cessa di essere potere amministrativo e che «la natura amministrativa di un potere si collega (...) non alla presenza di un singolo carattere, ma all'assoggettamento ad una peculiare disciplina, considerata nella sua totalità»<sup>194</sup>.

Il principio di legalità ha, inoltre, implicato l'emersione del principio di doverosità dell'azione amministrativa, poi confluito in diverse previsioni della legge generale sul procedimento amministrativo, principio che ha portato a connotare l'azione amministrativa non come manifestazione di autorità, ma come attività doverosa nei confronti del vincolo di scopo<sup>195</sup>. Tale principio ha portato la dottrina a distinguere la naturale unilateralità dell'atto dall'unilateralità dell'intera funzione amministrativa<sup>196</sup>. Inoltre, l'affermazione che «la persona giuridica pubblica può curare gli interessi pubblici che le sono assegnati come scopi tanto con strumenti di diritto pubblico, quanto con strumenti di diritto privato»<sup>197</sup> e le ulteriori distinzioni tra attività privata (o

---

<sup>193</sup> Sulla nozione di autoritatività e le relative criticità si veda G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, cit. Si veda anche ID. *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, in *Annuario Aipda*, 2011, *L'atto autoritativo, convergenze e divergenze tra ordinamenti, Atti del convegno annuale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2012 e ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 1 – 39, dove si legge a pag.3: «tutto è impreciso, nella nozione di imperatività: la sua definizione, il suo ambito, e anche il genere di cui l'atto imperativo è specie, dato che una nozione di provvedimento (o di atto) amministrativo non è mai stata posta dal legislatore, ma decine ne sono state offerte dagli studiosi e dai giudici». Si vedano, in generale, i contributi all'*Annuario Aipda 2011, L'atto autoritativo, convergenze e divergenze tra ordinamenti, Atti del convegno annuale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2012.

<sup>194</sup> In questo senso si esprime G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1983, 267.

<sup>195</sup> Sul principio di doverosità dell'agire amministrativo si veda A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 135 – 167.

<sup>196</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 249 – 290.

<sup>197</sup> M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 - 996. Già nell'opera di Santi Romano di inizio Novecento si dava per pacifico che gli enti amministrativi, pur mantenendo la personalità giuridica pubblica, potessero esplicare una parte considerevole della loro attività con le forme del diritto privato, assoggettandosi alle regole di quest'ultimo. Si veda sul punto: S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 566. Il riconoscimento della possibilità di utilizzo della capacità contrattuale da parte dell'amministrazione anche nell'attività di perseguimento dei fini pubblici in Santi Romano è stato considerato un sopravanzamento di decenni dello stato della dottrina amministrativistica. In tal senso si veda A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 385.

strumentale) che i pubblici poteri pongono in essere per scopi di un qualsiasi privato (ad esempio l'amministrazione ordinaria dei patrimoni), e attività amministrativa di diritto privato, a sua volta suddivisa in attività con carattere istituzionale (ad esempio, quella degli enti pubblici gestori di imprese) ovvero con carattere alternativo (ad esempio, i contratti pubblici)<sup>198</sup>, hanno attribuito alla dicotomia pubblico – privato una nuova valenza, non più come distinzione tra discipline, bensì come dialettica interna al diritto amministrativo<sup>199</sup>.

Una volta negata l'esistenza di un'ontologia dell'autoritatività, l'applicabilità o meno del diritto pubblico ad una determinata fattispecie è stata qualificata come scelta di diritto positivo, estranea alla struttura dell'atto, volta a qualificare l'atto come di diritto pubblico o di diritto privato, «non è cioè una presunta precognizione ontologica del carattere del rapporto a determinare il diritto applicabile, ma esattamente il contrario»<sup>200</sup>. La difficoltà di tracciare con precisione ed in via generale i confini dell'attività di diritto pubblico rispetto quella di diritto privato dell'amministrazione è stata evidenziata da M. S. Giannini già nella voce «Atto amministrativo» della fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, nella quale si concludeva che «è probabile che tra vent'anni questa voce dovrà essere riscritta in maniera del tutto diversa (...) non è improbabile che molta della materia degli atti amministrativi sarà venuta sotto la disciplina di un diritto comune ai soggetti privati e a quelli pubblici e che nuove categorie e nozioni saranno state nel frattempo create dalla prassi congiunta della dottrina e della giurisprudenza»<sup>201</sup>.

Il riconoscimento alla figura soggettiva pubblica della qualità di persona giuridica di diritto comune, dotata di capacità di diritto privato<sup>202</sup>, in collegamento con il principio costituzionale di eguaglianza, ha portato parte della dottrina ad attribuire alla normativa civilistica la caratteristica di

---

<sup>198</sup> M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, cit., 988 – 996.

<sup>199</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 64.

<sup>200</sup> M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2012, 46.

<sup>201</sup> M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 194. Si veda sulle recenti trasformazioni che hanno inciso sulla nozione tradizionale di atto amministrativo: D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 46 – 103.

<sup>202</sup> L'art. 11 del codice civile del 1942, rubricato «Persone giuridiche pubbliche», dispone che «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». Sulle origini storiche della norma ed il suo significato attuale, si veda M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 13 – 36. Per un contributo recente si veda V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 17 – 32.

diritto comune potenzialmente applicabile a tutti i soggetti dell'ordinamento, con i soli limiti posti dalla legge<sup>203</sup>, venendo meno la possibilità di non applicarla al soggetto pubblico sulla base di «un generico contrasto con i fini dell'ente»<sup>204</sup>. È stato osservato come, ciò nonostante, la giurisprudenza abbia spesso escluso l'applicazione delle norme civilistiche con formule ancora più generiche del riferimento allo scopo dell'ente pubblico, quali il perseguimento del bene pubblico, la nozione generica di discrezionalità, il principio di autorità o il potere di supremazia<sup>205</sup>.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso anche la giurisprudenza ha iniziato a percepire l'autoritatività non più come espressione della potestà sovrana dello Stato, ma come asservimento della pubblica amministrazione agli interessi della collettività, che si traducono nella tutela dell'interesse pubblico correlato alla retta amministrazione ed al suo buon funzionamento<sup>206</sup> e ad affermare con più estesa consapevolezza il fondamento giuridico del principio di affidamento del cittadino, ancorandolo alle norme di rilevanza costituzionale applicabili alla P.A.<sup>207</sup>. In quel periodo, in dottrina si affermava che il diritto amministrativo «come normazione pubblicistica di carattere autoritativo tende a contrarsi e le zone che esso abbandona sono riprese dal diritto privato»<sup>208</sup> e, negli anni Ottanta, si notava la tendenza della giurisprudenza ad ampliare i confini del diritto comune nel sindacato sull'attività amministrativa, anche se come ipotesi residuale di assenza di una disciplina speciale amministrativa e di compatibilità con i principi pubblicistici<sup>209</sup>.

---

<sup>203</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 113

<sup>204</sup> Cass. Civ., Sez. II, 22 gennaio, 1953, n. 157 in *Foro It.*, 1954, 1, 716. Si veda sul punto: M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 36

<sup>205</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 11 – 12.

<sup>206</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 1990 n. 434; Cons. di Stato, Sez. VI, 31 marzo 1987, n. 203

<sup>207</sup> Sulle prime aperture giurisprudenziali sul legittimo affidamento dei privati si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.; ID. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit.; ID. *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 261; ID, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991.

<sup>208</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970

<sup>209</sup> M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Tomo II, Rimini, Maggioli, 1987, 433 – 443.

In seguito, l'attività amministrativa ha subito un'inarrestabile evoluzione verso moduli e forme tipiche dell'agire *iure privatorum*. Agli strumenti di esercizio unilaterale del potere amministrativo si sono affiancati in maniera sempre più consistente strumenti consensuali<sup>210</sup>; l'intero ambito del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni è stato contrattualizzato<sup>211</sup>; molti enti pubblici economici sono stati trasformati in società per azioni<sup>212</sup>; la gestione di beni e servizi pubblici è stata sovente affidata in concessione a privati, instaurando con essi un rapporto che parte della dottrina ha ricondotto al diritto comune<sup>213</sup>. Gli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati sono stati assoggettati ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili e salvo diversa previsione di legge<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Sugli strumenti consensuali nell'esercizio dell'attività amministrativa si vedano, tra i molti: F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, 749; E. BRUTILIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, Giuffrè, 1996; P. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali, Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>211</sup> Per una recente ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia di pubblico impiego privatizzato si veda L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2013, 5, 713. Sulle più recenti riforme si veda G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2012, 1, 1.

<sup>212</sup> Sulle "privatizzazioni" degli enti pubblici economici in Italia si vedano, tra i molti: M. S. GIANNINI, *Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, ECIG, Ed. culturali internazionali, 1972, 305 – 316; S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 1988, 32 – 44; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Riv. Scienze Pol.*, 1989, 11 – 58; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 519.

<sup>213</sup> Sulla natura giuridica delle concessioni amministrative si vedano M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit.; ID., *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, Treccani, 1988; G. D'ALESSIO, *Il rapporto tra pubblico e privato: la convenzione nella gestione dei servizi*, Milano, Angeli, 1994. Per una recente ricostruzione si veda A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, 4, 567.

<sup>214</sup> Art. 11 della legge 241 del 7 agosto 1990. Sul principio di buona fede negli accordi tra amministrazione e privato si veda in generale F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 151 – 160. Si veda altresì B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, 130 – 131; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 99 – 122. In giurisprudenza, tra le molte: Cons. di Stato, 23 dicembre 2010, n. 9347, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 3, 280, con nota di L. CARBONE, R. VICARIO, *Applicazione della disciplina civilistica del contratto alle convenzioni di concessione, ex art. 11 della legge n. 241 del 1990*; Cons. di Stato, Sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4872 in *Urbanistica e Appalti*, 2014, 2, 195, con nota di G. SCIULLO, *Buona fede e inadempimento negli accordi amministrativi*.

Lo studio di tali nuove modalità di esercizio dell'azione amministrativa ha rimodulato le nozioni classiche sulle quali si fondavano gli studi tradizionali<sup>215</sup>. La giurisprudenza ha cominciato a privilegiare un approccio garantista del corretto esercizio delle attività pubbliche facendo leva, in un'ottica sostanzialistica, sulla funzione pubblica dell'attività espletata e delle risorse a tal fine adoperate, a prescindere dalla veste formale del soggetto agente. In dottrina si è affermata l'idea per cui «se l'esercizio del potere amministrativo non viene più concepito come un processo in cui un soggetto (l'amministrazione pubblica) forma unilateralmente la propria volontà sulla base di scelte che si ritengono orientate da criteri di razionalità e devono rispettare i limiti fissati dalle norme, ma come il risultato dell'intenzione reciproca dei soggetti che costituiscono la coalizione decisionale e che si influenzano a vicenda, cambiano anche i termini di giudizio per valutare la legittimità della decisione finale: non un termine di riferimento definito a priori che rappresenti la migliore soluzione possibile, ma un parametro di accettabilità che consenta di ritenere il risultato finale buono e soddisfacente per l'interesse generale»<sup>216</sup>.

Il diffondersi di fenomeni di privatizzazione e di contrattualizzazione dell'attività amministrativa ha portato a chiedersi «se, e fin dove, il dominio dei principi di un'amministrazione autoritativa sia effettivamente venuto meno nelle singole materie in teoria scorporate dall'ambito

---

<sup>215</sup> Sul fenomeno di "privatizzazione" del diritto amministrativo: A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1988; C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1993; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393 – 433; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 36 – 71; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione, alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 661 – 695; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; ID., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. Amm.*, 4, 2003, 801; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 405; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.* 2, 2003, 217 – 277; ID., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; F. DI LASCIO, *Dall'esercizio privato delle funzioni pubbliche all'esternalizzazione*, Ancona, Consiglio regionale delle Marche, 2004; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit.; G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>216</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012, 171. L'Autore è giunto ad affermare che «proprio la legge sul procedimento costituisce la più chiara dimostrazione dell'eguale disciplina applicabile all'attività amministrativa svolta iure privatorum o iure imperii, poiché le stesse norme regolamentano un procedimento, che, indifferentemente potrebbe essere concluso con un provvedimento unilaterale autoritativo oppure con un atto consensuale», *Ibid*, 159.

del diritto pubblico e trasferite a quelle del diritto privato»<sup>217</sup>. La dottrina ha evidenziato un duplice fenomeno, da un lato i principi pubblicistici hanno continuato, seppure in modo controverso, ad applicarsi all'attività di diritto privato delle amministrazioni, dall'altro vi è stato un graduale aumento del richiamo da parte della giurisprudenza amministrativa ai principi privatistici anche nel sindacato sull'attività autoritativa della P.A. e nella materia procedimentale<sup>218</sup>.

Sono emersi studi che hanno posto a confronto la disciplina dei poteri pubblici con quella dei poteri privati, giungendo ad ipotizzare l'esistenza di un interesse legittimo di diritto privato<sup>219</sup>. È stata auspicata una rimediazione delle nozioni di diritto «comune» e «speciale», affermando che all'amministrazione, pur nella sua specificità sia applicabile «anche la norma che presuppone la parità dei suoi potenziali destinatari, qualora il profilo del fatto che viene in considerazione imponga di rifarsi alla regola civilistica come regola comune anziché speciale» e che, quindi, l'interprete potrebbe applicare una norma di diritto pubblico all'attività *iure privatorum*, e viceversa una norma di diritto civile nell'attività *iure imperii*<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, tomo II, Rimini, Maggioli, 1987, 967

<sup>218</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 41.

<sup>219</sup> Già nel 1950 erano stati posti in rilievo gli aspetti comuni e le differenze tra autonomia del diritto pubblico e del diritto privato: G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., 185 – 189. Sul confronto tra poteri pubblici e poteri privati, le posizioni giuridiche soggettive da essi scaturenti ed il relativo sindacato giurisdizionale la letteratura è vastissima, si vedano senza pretese di esaustività: L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 196 – 197; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro It.*, 1997, 5, 168; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit.; G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2012, 81 – 167; ID. *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit. Un Autore è pervenuto ad affermare che «nessuno è riuscito realmente a spiegare cosa sia sul piano giuridico questa figura del «potere». Invero, esso non si distingue strutturalmente dagli altri diritti, se non per il fatto che con tale espressione si indica convenzionalmente il diritto della pubblica amministrazione che si sottopone o si vuole che sia sottoposta alle regole pubblicistiche. L'unica differenza riguarda cioè la diversità del regime giuridico, mentre non vi è alcuna precognizione ontologica del potere e dunque di una correlata e specifica posizione soggettiva (...) Ciò che muta è appunto e soltanto il regime giuridico, che, se pubblicistico, limita maggiormente la scelta della P.A. e, correlativamente, rafforza la tutela dei terzi.» M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2012, 46.

<sup>220</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 231 – 233.



Secondo parte della dottrina, inoltre, i principi di autonomia negoziale desumibili dagli artt. 41 e 3 della Costituzione, insieme al principio di libera concorrenza imposto a livello europeo, hanno implicato una preferenza per l'utilizzo degli strumenti privatistici nell'attività dei pubblici poteri che, tuttavia, esige un contemperamento con i principi di imparzialità e della tutela giurisdizionale. Quindi, se da un lato l'area dei poteri amministrativi, in quanto derogatori della disciplina di diritto comune, deve essere contenuta nei limiti dello stretto indispensabile, l'applicazione del diritto privato all'attività amministrativa subisce inevitabilmente delle deroghe a tutela dell'imparzialità e delle garanzie costituzionali<sup>221</sup>.

Una diversa dottrina ha osservato che, sebbene sia indubitabile che l'ambito dell'autorità si vada restringendo, in concreto «la portata di questo fenomeno sulla vita quotidiana delle Amministrazioni pubbliche è inversamente proporzionale alla mole di interventi dottrinari che si sono succeduti in materia»<sup>222</sup>, evidenziando la permanenza di un forte utilizzo del potere autoritativo nella realtà amministrativa e sottolineando come più che alla scomparsa dell'Autorità, le modifiche intervenute sulle modalità di esercizio dell'attività amministrativa tendano ad una sua diversa legittimazione mediante una più spiccata trasparenza delle decisioni e la partecipazione del privato.

#### 2.4 La nozione di diritto comune a seguito della legge n. 15 del 2005

La nozione di diritto comune ha poi acquisito nuovi significati con l'adozione della legge n.15 dell'11 febbraio 2005, che ha introdotto nella legge generale sul procedimento il riferimento a principi ed istituti civilistici; ha imposto, salva diversa previsione di legge, l'applicazione delle norme di diritto privato all'attività non autoritativa della pubblica amministrazione; ed ha incluso tra i principi generali dell'attività amministrativa<sup>223</sup> la trasparenza ed i principi dell'ordinamento comunitario<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 217 – 276.

<sup>222</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 45.

<sup>223</sup> Sull'introduzione nella legge sul procedimento della rubrica denominata “principi generali dell'azione amministrativa” si veda A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 49 – 75.

<sup>224</sup> Art. 1, co. 1 bis, della legge n. 241 del 7 agosto 1990, introdotto con la legge n. 15 dell'11 febbraio 2005. Tra i molteplici commenti alla riforma della legge sul procedimento si vedano S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa. Atti dell'incontro di studio. “L'azione*

L'introduzione della nozione di «atti di natura non autoritativa» ai fini della generale applicabilità delle norme di diritto privato ha riaperto il dibattito sul significato di attività autoritativa, la quale può essere intesa come tutta l'attività che costituisce esercizio di potere, ovvero come l'attività provvedimento produttiva unilateralmente di effetti nell'altrui sfera giuridica, ovvero ancora come la sola attività provvedimento restrittiva<sup>225</sup>. Con riferimento a quest'ultima accezione di atti autoritativi, è stato notato che l'esclusione degli atti esercizio di autorità sembra aver voluto limitare in definitiva il problema dell'utilizzo del diritto privato alle sole ipotesi in cui i soggetti terzi debbano acquisire un'utilità da parte dell'amministrazione, ovvero ai casi in cui la pubblica amministrazione trasferisca a terzi beni o utilità di sua pertinenza<sup>226</sup>.

Un'altra parte della dottrina ha ritenuto che l'attività amministrativa debba corrispondere per regola all'esercizio di poteri di diritto comune, per quanto a carattere unilaterale e disciplinati anche nel loro svolgimento in modo da assicurarne la funzionalità<sup>227</sup>, intendendo il diritto privato quale diritto che regola i comuni rapporti personali e patrimoniali dei consociati, diritto comune delle

---

*amministrativa nel progetto di revisione della legge 241/1990*”, Bologna, Bononia University Press, 2004; A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corriere Giur.*, 2005, 4, 449; M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 15/2005: che cosa cambia*, in *Corriere Merito*, 2005, 11, 1203; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *Corriere Merito*, 2005, 4, 467; A. POLICE, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 157 – 159; G. ALPA, *Divagazioni sull'attività negoziale della P.A. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Contratti*, 2006, 2, 175; D. MEMMO, *L'attività contrattuale della P.A. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 4-5, 1175; A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *www.GiustAmm.it*, 23 gennaio 2006; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 69 – 83; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit.; L. R. PERFETTI (a cura di), *La riforma della L. 7 agosto n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008.

<sup>225</sup> Per una ricostruzione delle varie tesi sulla nozione di atti autoritativi si veda G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, cit., 69 – 83.

<sup>226</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 232 – 233.

<sup>227</sup> G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., 16.

persone e dell'economia<sup>228</sup>, applicabile all'azione amministrativa nell'ottica di una visione del diritto pubblico come diritto eccezionale<sup>229</sup>.

Altri Autori hanno espresso la necessità di un regime unitario dell'attività amministrativa nel quale non vi sia spazio per uno statuto privatistico ed uno pubblicistico<sup>230</sup>. Infine, secondo una diversa ricostruzione sarebbe stato semplicemente inutile il tentativo del legislatore di assoggettare al diritto privato l'attività non autoritativa dell'amministrazione atteso che «se rimane fermo il principio di legalità dell'agire amministrativo nel senso di predeterminazione di una norma dell'agire da parte del legislatore o da parte dello stesso potere esecutivo, gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi, con le caratteristiche e le problematiche proprie degli atti amministrativi»<sup>231</sup>, sottolineando come la partecipazione del cittadino nel potere esecutivo non si esercita mediante i contratti ma con il contraddittorio<sup>232</sup>.

Tra le novità introdotte dalla legge n. 15 del 2005 è, inoltre, da sottolineare l'introduzione, tra i principi generali dell'attività amministrativa, i principi dell'ordinamento comunitario<sup>233</sup>. Lo stesso principio di legalità sottopone l'amministrazione, oltre alla legge nazionale ed alla Costituzione, ai

---

<sup>228</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, ristampa emendata, Milano, Giuffrè, 43.

<sup>229</sup> «Se non ci fossero le speciali norme del diritto pubblico, anche quelle situazioni e azioni degli apparati pubblici ricadrebbero sotto il diritto privato. E là dove nessuna norma del diritto pubblico detta una disciplina speciale per le situazioni e azioni degli apparati pubblici, a queste si applicano le comuni norme del diritto privato». In tal senso si veda V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, III ed., Torino, Giappichelli, 2013. L'Autore precisa poi che il crescente impiego nello Stato sociale di istituti del diritto privato da parte di autorità pubbliche, per la realizzazione di interessi pubblici, e il crescente intreccio fra norme di diritto privato e norme di diritto pubblico nella regolamentazione di una stessa materia hanno avuto come conseguenza l'attenuazione, per lo meno sul piano pratico, della distinzione fra diritto privato e diritto pubblico.

<sup>230</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La funzione amministrativa e il diritto privato* in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa, atti dell'incontro di studio, L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge 241/1990*, Bologna, Bononia University Press, 2004, 35 – 52.

<sup>231</sup> F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 652.

<sup>232</sup> F. MERUSI, *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, 57.

<sup>233</sup> Art. 1, co. 1 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, introdotto con la legge n. 15 dell'11 febbraio 2005. Per un commento alla norma si veda A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 44 – 46.

trattati internazionali e alle norme comunitarie, e impone all'amministrazione di non applicare la legge nazionale contraria al diritto europeo<sup>234</sup>.

Il primato del diritto dell'Unione europea sui diritti degli Stati membri, enunciato per la prima volta nella sentenza *Costa c. Enel* della Corte di giustizia del 1964<sup>235</sup> ed ora pacificamente accolto e consolidato nell'ordinamento italiano (nonostante le iniziali resistenze da parte della Corte costituzionale<sup>236</sup>), laddove è imposto come vincolo al legislatore ai sensi del nuovo testo dell'art. 117, c. 1, Cost., come novellato nel 2001, implica che tutti gli organi della pubblica amministrazione sono tenuti a disapplicare le disposizioni interne incompatibili con norme europee che attribuiscono situazioni giuridiche soggettive ai privati<sup>237</sup>. L'influenza del diritto europeo ha indubbiamente svolto un ruolo determinante modificando gli assetti istituzionali degli stati membri e di conseguenza i rispettivi diritti amministrativi<sup>238</sup>. Il primato del diritto comunitario sul diritto

---

<sup>234</sup> S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 159 – 230.

<sup>235</sup> Corte Giust. CE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. l'E.N.E.L., Causa 6/64.

<sup>236</sup> Corte Cost. 7 marzo 1964 n. 14; Corte Cost. 30 ottobre 1975 n. 232; Corte Cost. 8 giugno 1984 n. 170. Le sentenze Corte Cost. 24 ottobre 2007 nn. 349 e 348 hanno infine accolto definitivamente il principio del primato del diritto europeo sulla base dell'art. 117, c.1 come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (controlimiti). Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti tra ordinamento europeo e nazionale si vedano per tutti G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, Parte generale, vol.II, Milano, Giuffrè, 2007, 827 e S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 4, 419.

<sup>237</sup> Tale obbligo, sancito per gli organi giurisdizionali degli Stati membri dalla Corte di giustizia della Comunità europea a partire dalla fine degli anni Settanta con la sentenza: Corte Giust. CE, 9 marzo 1978, Simmenthal, Causa 106/77. è stato esteso a tutte le amministrazioni pubbliche con le sentenze: Corte Giust. CE, 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo, Causa 103/88. In senso analogo Corte Cost., 11 luglio 1989 n. 389. Sulla forza espansiva del diritto comunitario e la sua incidenza sul diritto amministrativo nazionale si veda S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 2-3, 291 e ID. *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2004, 5, 1135.

<sup>238</sup> È stato in proposito di recente affermato che «l'ordinamento italiano si sbriciola in orizzontale in una pluralità di fonti che la Costituzione dichiara equipollenti, almeno nell'area coperta dal Titolo V della Costituzione, ma si ricompatta in verticale grazie alla “discesa” delle norme comunitarie, delle norme specifiche comunitarie riferite a determinate materie, per lo più di rilievo economico, e dei principi generali comunitari che si estendono ad ogni possibile attività amministrativa.» (F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2011, 4, 747).

degli Stati membri ha implicato limitazioni nell'uso di alcuni strumenti tipici del diritto amministrativo<sup>239</sup>.

Nel contesto del diritto pubblico europeo, lo sviluppo dei principi di diritto amministrativo deriva dalle diverse concezioni del rapporto tra pubblica autorità e soggetti privati nei diversi Stati membri<sup>240</sup>. Tra i principi riconosciuti nel diritto europeo come applicabili indifferentemente ai soggetti pubblici e privati sono ricompresi il principio di legittimo affidamento, (che nel nostro ordinamento si tende a considerare come corollario del dovere di buona fede, mentre nell'ordinamento europeo sembra ancorato alla certezza del diritto<sup>241</sup>), il principio di concorrenza

---

<sup>239</sup> Tra le conseguenze del primato del diritto europeo sono state evidenziate le seguenti: «le sovvenzioni escono dalla legalità nei casi in cui integrano aiuti di Stato; diminuiscono le giustificazioni all'impiego di concessioni amministrative, erodendosi lo spazio delle riserve di attività d'impresa a favore di pubblici poteri; le autorizzazioni subiscono modifiche di rilievo quanto ai presupposti e ai modi di conferimento» (M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, cit., 1317).

<sup>240</sup> «Within the framework of the public law of the European Union the development of public law principles is mainly due to the phenomenon of the Union's public power over private legal subjects. Such authority is the keystone of the dominant understandings of public law. European as well as national authorities can affect citizens or private enterprises without their consent. This unilateral power conflicts with the fundamental idea of modern constitutionalism: the freedom of the individual. This issue defines the core problem of public law. The corresponding leitmotiv of principles of public law is how to constitute, organize and channel this troublesome unilateral power. In fact, much of the current interest in international institutions is based on the concern that these institutions might evade the legal framing of public authority.» A. VON BOGDANDY, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in *German Law Journal*, 2008, 9, 11, 1916. Si vedano anche C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, II ed., Padova, Cedam, 1993; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2003; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010; D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 40 – 115.

<sup>241</sup> Pare utile sottolineare che solo la letteratura italiana e spagnola riconducono la tutela dell'affidamento al principio di buona fede oggettiva. Sul principio di legittimo affidamento e le relative ricostruzioni da parte della dottrina e giurisprudenza costituzionale tedesca, che ne nega il collegamento con la buona fede oggettiva, si veda, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., ID. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit. Sugli effetti del richiamo al diritto comunitario della legge n.15 del 2005 con riferimento al principio di affidamento si veda M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 43 – 44. Sull'interpretazione del principio da parte della Corte di Giustizia europea si veda M.T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 159 – 195; F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1195 – 1197.

ed il principio di trasparenza, inteso come dovere di conoscibilità dell'azione amministrativa, come già ampiamente riconosciuto in altri Stati membri<sup>242</sup>.

Il diritto europeo ha inciso sull'idea dell'autonomia-separazione tra diritto amministrativo e diritto privato, dominante in Italia nel primo Novecento, ed ha portato ad una sempre maggiore confluenza tra i due ambiti, portando a superare le nozioni formalistiche sulle quali si basava la distinzione tra diritto pubblico e privato<sup>243</sup>. È stato osservato che «l'accento si è spostato sulla rete dei poteri extrastatali e su misure d'intervento pubblico meno legate a «formule imperatorie»; si sono consolidate le concezioni più attente ai diritti e alle libertà degli amministrati, che costituiscono i limiti del potere pubblico, ma, al tempo stesso, è emersa la teorizzazione dei limiti necessari da porre al potere privato, privo di legittimazione e capace di ledere libertà private e di alterare decisioni pubbliche»<sup>244</sup>.

La graduale disgregazione dello Stato sia dal punto di vista interno con il rafforzamento dei poteri delle Regioni e della società civile, sia dall'esterno con l'integrazione europea ed il crescente ruolo delle organizzazioni internazionali<sup>245</sup> ha d'altra parte rafforzato l'esigenza di ricondurre ad unità una serie di principi giuridici fondamentali comuni ai soggetti dell'ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>246</sup>, anche nell'ottica dello sviluppo di un diritto amministrativo che superi i confini statuali<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> Per un contributo recente si veda A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, Cacucci, 2012.

<sup>243</sup> S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008, 111.

<sup>244</sup> M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, cit., 1321 – 1322.

<sup>245</sup> Si vedano sul punto S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 159 – 195; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008.

<sup>246</sup> Sulla globalizzazione giuridica si veda, da ultimo, S. CASSESE, *Governare gli italiani: storia dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 2014, 16 – 18. Si vedano anche, ID. *La crisi dello Stato*, Roma – Bari, Laterza, 2001; ID. *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari, Laterza, 2003; ID. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009. Sull'esigenza di ricondurre ad un sistema valoriale comune per rinnovare il diritto amministrativo adeguandolo al diritto europeo e globale, si veda L. DE LUCIA, *Per una scienza nuova del diritto amministrativo*, in E. M. MARENGHI (a cura di), *Il ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, 59 – 71.

<sup>247</sup> La dottrina sui principi del diritto amministrativo europeo e globale è vastissima, si vedano, senza pretese di esaustività, sul diritto amministrativo europeo: C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, II ed., Padova, Cedam, 1993; K.H. LADEUR, (a cura di), *The*

È stato affermato che il diritto europeo, pur incontrando enormi difficoltà nell'attività di edificazione di un ordinamento giuridico sempre più complesso «ha saputo ugualmente svilupparsi ritrovando un notevole grado di unitarietà nel valorizzare quelle regole, naturali, di correttezza che governano non solo i rapporti tra le parti di un contratto ma ogni aspetto delle relazioni giuridiche ed economiche, ed ha dimostrato una vitalità ed un vigore nel superamento delle diversità dei modelli nazionali che forse poteva sembrare inaspettato.»<sup>248</sup> Peraltro, la crescita della regolazione pubblica in campi altamente complessi e in rapido sviluppo, come quello dell'ambiente, delle comunicazioni elettroniche, dell'energia o dei mercati finanziari, ha mostrato le difficoltà di disciplinare con disposizioni puntuali i diversi aspetti di tali settori<sup>249</sup>, portando la dottrina e le istituzioni ad interrogarsi sull'opportunità di adottare in alcuni campi una regolazione di principio,

---

*Europeanisation of administrative law*, Aldershot, Ashgate, 2002; J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European administrative law*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 3 – 4, 1219; J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea*, (trad. di D.U. GALLETTA), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 6, 1279 – 1307; J.B. AUBY, *I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?*, in G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei paesi europei, tra omogenizzazione e diversità culturali*, Padova, Cedam 2005, 636; A. MASSERA, *I principi generali*, cit., 287; L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo: saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2009; H. HOFMANN, G. ROWE, A. TURK, *Administrative Law and Policy of The European Union*, Oxford University Press, 2010; A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, (trad. di A. ZEID), Napoli, Ed. Scientifica, 2011; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, cit.; G. PEPE, *Principi Generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, cit.; P. CRAIG, *EU administrative law*, cit. Sui principi del diritto amministrativo globale: N. KRISCH; B. KINGSBURY, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in *The European Journal of International Law*, 2006, 17, 1; C. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *The European Journal of International Law*, 2006, 17, 1; D. C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *The Yale Law Journal* 2006, 1490; G. DELLA CANANEA (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2007; A. VON BOGDANDY, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in *German Law Journal*, 2008, 9, 11, 1916; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confine statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009; B. KINGSBURY, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, in *The European Journal of International Law*, 2009, 20, 1; A. SOMEK, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury*, in *The European Journal of International Law*, 2009, 20, 4, 985–995; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi 2009; G. ANTHONY (a cura di) *Values in global administrative law*, Oxford, Portland, Hart, 2011; K. H. LADEUR, *The emergence of global administrative law and transnational regulation*, in *Transnational legal theory*, 2012, 3, 243 – 267.

<sup>248</sup> G. A. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in L. GAROFALO, a cura di, *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, Cedam, 2003, 189 – 200.

<sup>249</sup> In questo senso si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., 67.

nella quale si predilige la fissazione di regole e *standard* generali piuttosto che di regole dettagliate<sup>250</sup>.

Sempre su impulso del diritto europeo, il principio che obbliga al risarcimento del danno ingiustamente causato da parte dei pubblici poteri ha portato al riconoscimento da parte della giurisprudenza della risarcibilità degli interessi legittimi<sup>251</sup>. Ciò ha costituito un fondamentale «spartiacque nella storia del diritto amministrativo, sopraggiunto dopo un lungo periodo di crisi delle concettualizzazioni basate sul modello della pubblica amministrazione autoritaria», minando alla base «il dualismo su cui poggiava l'edificio del sistema tradizionale»<sup>252</sup>, ed ha prodotto una profonda incertezza sui fondamenti del sistema e una tendenza diffusa a rimettere in discussione anche le categorie più consolidate.

## 2.5 Le recenti ricostruzioni del rapporto tra diritto amministrativo e diritto comune

Il mutamento delle tradizionali concezioni della funzione amministrativa e dei caratteri del rapporto fra l'amministrazione e il cittadino ha portato all'emersione, verso la fine del ventesimo secolo, di una corrente dottrinarica che ha ipotizzato il superamento delle tradizionali categorie pubblicistiche e dei relativi modelli di sindacato, ritenendo che l'applicazione delle norme civilistiche come limiti al potere pubblico garantirebbe una maggiore effettività della tutela della posizione soggettiva del privato<sup>253</sup>, auspicando, dunque, un ritorno all'uso del diritto privato e la sostituzione del giudice ordinario al giudice amministrativo<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> Sulla regolazione per principi si veda J. BLACK, *Forms and paradoxes of principles-based regulation*, in *Capital Markets Law Journal*, 2008, 3, 4, 425 – 457.

<sup>251</sup> Il diritto di ogni individuo al «risarcimento da parte della Comunità dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri» è sancito in via di principio dall'art. 41, co. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), la quale, come noto, ha assunto valore giuridico vincolante con il Trattato di Lisbona. Sull'emergere del principio di responsabilità dei pubblici poteri nell'ordinamento italiano si veda A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA; F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 194 – 225.

<sup>252</sup> M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, cit., 348.

<sup>253</sup> Per le diverse tesi che propongono il superamento delle tradizionali categorie pubblicistiche del diritto amministrativo, si vedano A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3222 – 3225; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.* 1999, 487 – 504; F. LEDDA, *Agonia e morte dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, 2713; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più*



Come osservato in dottrina, una volta superata la concezione della dicotomia tra pubblico e privato come modelli di azione amministrativa incomunicanti e totalmente alternativi, vacilla anche la dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo, disegnata sulla base della concezione del diritto privato come il mondo della libertà e della parità, dal quale nascono rapporti giuridici impostati sulla coppia diritto – obbligo, mentre il diritto pubblico è concepito come il regno della autorità e della subordinazione, cui corrisponde di regola un rapporto giuridico impostato sulla coppia potere - interesse legittimo<sup>255</sup>.

Il valore dell'interesse pubblico è stato accostato a quello di una «clausola generale, idonea a giustificare una serie innominata di limiti e di condizionamenti alla posizione del cittadino, secondo un modello non lontano per alcuni aspetti da quello delle clausole generali tipiche dei rapporti privatistici»<sup>256</sup> ed è stata posta in dubbio la necessaria qualificazione pubblicistica per attribuire rilevanza giuridica degli interessi privati a fronte del potere pubblico.

---

*solo legittimi*”, in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 1, 91 – 110; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.* 2009, 3, 739 – 778; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 – 673; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1 – 2, 1 – 15. Per una ricostruzione critica delle tesi che sostengono il superamento della categoria dell'interesse legittimo si veda A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 2, 273.

<sup>254</sup> A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro It.*, 2001, 5, 21. Nel senso dell'inadeguatezza del Consiglio di Stato a tutelare le posizioni giuridiche del cittadino per la commistione del ruolo consultivo e giurisdizionale e per lo speciale statuto giuridico del giudice amministrativo, si vedano anche: C. MARZUOLI, *La privatizzazione tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393 – 433; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 895; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 371 – 388; G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., 11 – 23; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 739 – 764.

<sup>255</sup> A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit.

<sup>256</sup> A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro It.* 1997, 5, 168.

È stato auspicato un superamento dell'impostazione tradizionale per la quale «la legittimità amministrativa presuppone che le regole sul potere si configurino come norme di azione, la cui esigibilità è mediata dal riferimento all'interesse pubblico»<sup>257</sup>, un'impostazione talmente radicata, secondo questa opinione, da essere sopravvissuta all'affermazione della risarcibilità delle lesioni derivanti dalla sua violazione, superando in questo modo perfino il problema dell'articolazione delle situazioni giuridiche soggettive. Partendo da questo assunto si è tentato di ricondurre le figure tradizionalmente considerate sintomatiche dell'eccesso di potere a violazioni delle clausole generali codicistiche, proponendone un'accezione autonoma e diversa dai principi del potere pubblico (ragionevolezza, logicità o proporzionalità) come obblighi di comportamento cui corrispondono diritti in capo all'amministrato<sup>258</sup>.

Altri Autori hanno mosso critiche al modello di giustizia amministrativa ed in particolare ai limiti del sindacato giurisdizionale su giudizi, tecnici, di fatto e di valore (ipotesi in cui si applicano principi generali) che non comportino valutazioni di interessi, atteso che «la presenza di uno spazio di indeterminatezza non è sufficiente per giungere alla conclusione che siano di merito le valutazioni attraverso cui esso viene 'riempito' (specificato)»<sup>259</sup>.

Un'altra parte della dottrina recente ha diversamente sostenuto che «il patrimonio culturale che ci fornisce la dottrina privatistica è largamente inadeguato ad essere utilizzato al di fuori delle fattispecie che tradizionalmente le competono: quelle dei rapporti patrimoniali»<sup>260</sup> e che «il potere amministrativo, lungi da essere espressione di una supremazia dell'amministrazione o di un regime di privilegio, è assoggettato a vincoli e controlli più intensi di quelli ai quali sono normalmente assoggettati gli altri poteri, pubblici e privati, conosciuti all'ordinamento giuridico»<sup>261</sup>. In questa prospettiva è stato affermato che i tentativi di sostituire il privato con il pubblico sembrano ancorati ad una concezione del pubblico come supremazia più che come funzione, poiché il diritto pubblico

---

<sup>257</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 252.

<sup>258</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 251 – 326.

<sup>259</sup> C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 135.

<sup>260</sup> G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione, alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 671 – 672. In senso analogo si è espresso l'Autore in ID., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011, 27 – 39.

<sup>261</sup> G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 3.

amministrativo non è esclusivamente il diritto dell'autorità, bensì il diritto della funzione «cioè un diritto volto a giuridicizzare il potere e pertanto ad aumentare e non diminuire le garanzie»<sup>262</sup>.

Nello stesso senso è stato ritenuto che «il regime pubblicistico fosse di gran lunga più garantista di quello privatistico»<sup>263</sup> e che i principi caratterizzanti il diritto amministrativo rispetto al diritto privato (legalità dei fini e dei mezzi, rilevanza esterna dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, controllo della discrezionalità, valore di regola invalidante delle violazioni di legge, carattere generale della tutela costitutiva e ampiezza degli interessi tutelati) offrano una tutela più pregnante, atteso che la legalità di diritto pubblico parte da un presupposto di tendenziale disegualianza tra poteri pubblici e soggetti privati ed impone quindi al potere pubblico una legalità più stringente<sup>264</sup>.

È stato, peraltro, sottolineato che il tentativo di ricondurre le garanzie procedurali ad obbligazioni di diritto privato potrebbe condurre a negare l'unità giuridica e disciplinare del procedimento, a sottovalutare le specifiche caratteristiche funzionali delle norme procedurali, e a non farsi carico della tutela dei terzi portatori di interessi qualificati, ponendosi in contrasto con le esigenze di tutela cui è preposto il procedimento<sup>265</sup>.

Infine, un'ulteriore posizione ha definito alcune ricostruzioni che hanno tentato di sostituire le categorie pubblicistiche fondate sulla figura dell'interesse legittimo con quelle privatistiche dei diritti soggettivi «una “rivoluzione” semplicemente terminologica» evidenziando come tali tesi facciano in ogni caso riferimento a “diritti soggettivi” con caratteristiche del tutto peculiari. Tale orientamento, negando la riconduzione dell'interesse legittimo ad una situazione soggettiva «minore o subalterna», tutelata in modo meno pieno del diritto soggettivo, ha affermato che «l'interesse legittimo è situazione semplicemente diversa dal diritto soggettivo ed è dotato di tutela articolata in strumenti in parte diversi, ma non minore né subordinata (meno che mai all'interesse pubblico)»<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 397.

<sup>263</sup> M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1, 46

<sup>264</sup> M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA; F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 3 – 39.

<sup>265</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 96 – 97.

<sup>266</sup> F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 379 e ss.

Nell'ottica di un ampliamento degli strumenti di tutela del privato nei confronti dei poteri pubblici, è stata proposta una distinzione tra situazioni giuridiche soggettive che, prendendo atto dei mutamenti del diritto privato e del diritto amministrativo, si fondi sulla differenza tra gli interessi di cui l'ordinamento garantisce la soddisfazione in termini di necessità giuridica, e gli interessi che l'ordinamento protegge in termini di mera possibilità di realizzazione, distinguendo le situazioni così considerate in base non alla diversità degli interessi tutelati, ma sulla diversità della tutela ad essi accordata<sup>267</sup>.

In proposito, parte della dottrina ha attribuito la crisi dell'effettività del modello tradizionale di tutela giurisdizionale del giudice amministrativo all'inadeguatezza di un sistema basato sull'unicità della posizione giuridica soggettiva tutelabile. Secondo questa ricostruzione, «l'idoneità del giudice amministrativo della giurisdizione piena a compiere l'accertamento effettivo della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio dal ricorrente, della reale consistenza cioè del rapporto tra cittadino e pubblica Amministrazione, costituisce invece l'essenza stessa delle nuove attribuzioni del giudice amministrativo ed è, al contempo, la ragione più profonda che milita in favore di una conservazione di un distinto ordine di giurisdizioni: un giudice chiamato a conoscere dei rapporti di diritto privato ed un giudice chiamato a conoscere dei rapporti di diritto pubblico»<sup>268</sup>. È stata auspicata l'introduzione di un sindacato forte ed intrinseco sulla discrezionalità, idoneo a fornire una tutela effettiva all'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale, avente ad oggetto «la correttezza dell'uso del potere non solo come esplicito nel provvedimento amministrativo, ma anche in tutti gli elementi in cui si sostanzia l'esercizio del potere nell'ambito del rapporto»<sup>269</sup>.

L'adozione del codice del processo amministrativo ha costituito l'occasione per portare a compimento una profonda riforma del modello processuale amministrativo tradizionale fondato su una tutela di natura prevalentemente demolitoria, avviata con la legge n. 205 del 2000<sup>270</sup>, con l'introduzione del principio dell'effettività della tutela, l'ampliamento dei mezzi di prova e della gamma di azioni proponibili davanti al giudice amministrativo, compresa l'azione di accertamento

---

<sup>267</sup> A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit..

<sup>268</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Il Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, 544 – 545.

<sup>269</sup> S. S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, 1397.

<sup>270</sup> L. 21 luglio 2000 n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa.

dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, l'autonoma azione di condanna al risarcimento, sino a prevedere la possibilità di una sentenza di condanna all'emanazione del provvedimento, limitatamente all'attività vincolata<sup>271</sup>.

Alla luce di tali diverse prospettive, si tenterà di indagare la funzione di alcuni principi di diritto comune rispetto all'attività discrezionale dell'amministrazione pubblica, nell'attuale contesto ordinamentale. Si analizzeranno in particolare i principi di buona fede, correttezza e diligenza ed i più recenti principi di concorrenza e trasparenza.

---

<sup>271</sup> Art. 34, co. 1, lett. c), del D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, Lettera così modificata dall'art. 1, comma 1, lett. e), del D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Sulle evoluzioni del processo a seguito della legge 21 luglio 2000, n. 205 si veda A. POLICE, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 447 – 472. Sull'azione di adempimento si veda già: M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 3, 557.

### 3. I principi di diritto comune nell'attività amministrativa: buona fede, correttezza e diligenza

#### 3.1 Cenni ricostruttivi sui principi di buona fede, correttezza e diligenza come limiti all'autonomia negoziale

La dottrina civilistica ha da tempo riconosciuto che l'autonomia negoziale dei privati non è esente da limiti e oneri, definiti da oneri di *legalità*, di carattere formale, e da oneri di *legittimità*, ossia di carattere causale o sostanziale, legati alla funzionalità del negozio<sup>272</sup>. Nell'indagine sull'incidenza delle norme costituzionali sui principi civilistici e sui profili dell'autonomia privata, è stato affermato che «le norme costituzionali che tutelano i valori dell'individuo, nei suoi attributi essenziali, e in particolare nell'affermazione della sua libertà, in tutte le sue manifestazioni che sono coerenti al suo impegno sociale, che garantiscono le comunità intermedie nelle quali la personalità dell'individuo si svolge e si potenzia, che hanno riguardo alle varie forme dell'attività umana e agli interessi patrimoniali che vi sono connessi (...) costituiscono, pur con i limiti (...) che nello spirito della costituzione vogliono essere la espressione delle superiori esigenze di solidarietà sociale, un sistema protettivo che dall'esterno permette di individuare i confini attuali del diritto civile e il suo essenziale contenuto»<sup>273</sup>. Si fa riferimento alle superiori esigenze di solidarietà sociale come limiti alle libertà individuali, pur riconosciute e garantite in Costituzione, che caratterizzano il diritto civile.

Negli studi classici di diritto amministrativo l'idea prevalente era che il potere negoziale, spettante ad ogni soggetto giuridico, avesse un oggetto indeterminato. Pertanto, si riteneva che l'interesse collettivo nei confronti dei poteri negoziali così concepiti fosse sufficientemente garantito dal limite negativo dell'illiceità della causa. L'assunto di base era che il potere negoziale, a differenza di quello pubblico, consente di disporre esclusivamente della propria sfera giuridica

---

<sup>272</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), ristampa corretta della seconda edizione a cura di G. CRIFÒ, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, 108.

<sup>273</sup> R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XII, 1964, 908. Sul rapporto tra autonomia privata, potere negoziale ed il suo statuto costituzionale si veda M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003.

(fatta eccezione dei pochi “poteri negoziali dotati di effetto autoritario” contemplati principalmente nel diritto di famiglia)<sup>274</sup>.

Allo stesso modo, la dottrina civilistica tradizionale evidenziava l’antitesi tra atti di autonomia privata e provvedimenti affermandone la diversa applicabilità dei canoni interpretativi. Si osservava che, mentre i provvedimenti sono vincolati al tipo e al procedimento di formazione regolato da norme giuridiche che impongono all’autorità la competenza, la regola e la direttiva del suo operare e ne determinano gli elementi di struttura rilevanti in vista della funzione d’interesse pubblico che caratterizza il tipo di provvedimento, diversamente gli atti di autonomia privata sono espressione di un’iniziativa individuale libera di perseguire ogni interesse socialmente apprezzabile e meritevole di tutela secondo l’ordinamento.

La tesi, pur ancorata ad una nozione di causa del contratto come funzione economico sociale, confinava comunque l’autonomia privata ad una “tipicità sociale” dell’interesse oggettivamente perseguito dalle parti, distinguendola dalla tipicità propria dei provvedimenti. Si riteneva, quindi, che, a differenza del negozio, nell’interpretazione del provvedimento assumesse rilevanza specifica la motivazione in quanto «si tratta di saggiare l’intrinseca coerenza della sintesi del momento logico col momento precettivo in ordine a una tipica funzione di interesse pubblico; laddove nell’interpretazione del negozio si tratta di rendersi conto, con criterio anzitutto psicologico, del precetto dell’autonomia privata con riguardo alla coerenza (non contrasto) fra l’intento perseguito e la funzione economico-sociale tipica di quell’autonomia, che merita la tutela giuridica secondo le vedute generali dell’ordinamento (c.c. 1322 capv.)»<sup>275</sup>.

L’espansione del ruolo delle clausole generali, in particolare dei canoni di buona fede e correttezza, interpretati come espressione del dovere di solidarietà sociale enunciato nell’art. 2 Cost. e strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali, ha accresciuto l’incidenza dei controlli sull’autonomia negoziale<sup>276</sup>. È stato osservato come il diritto civile abbia subito un’evoluzione che ha portato a due conseguenze: un’apertura ai valori sociali e umani espressi dalle istanze solidaristiche previste in Costituzione ed una valutazione dello scopo del riconoscimento del diritto,

---

<sup>274</sup> Si riteneva infatti vi fossero casi di apparente autoritarità nel diritto privato, come i licenziamenti nel rapporto di lavoro, la risoluzione unilaterale del contratto, o l’esercizio unilaterale della facoltà di proroga di un contratto. Secondo questa tesi il potere di disporre della sfera giuridica altrui indipendentemente dal consenso della controparte sarebbe solo apparente poiché in realtà un consenso è stato prestato in una fase antecedente, ad esempio nel rapporto di lavoro, nell’atto di originaria accettazione e così via. In questo senso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 271.

<sup>275</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 332.

<sup>276</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, ristampa integrata 2004, 4.

presupponendo che il diritto debba esercitarsi per lo scopo per il quale è stato riconosciuto e non uno diverso, portando ad una concezione del potere privatistico di tipo “funzionalistico”, che lo renda compatibile con istanze di stampo non soggettivistico<sup>277</sup>. Risulta così attenuata la tradizionale distinzione tra autonomia privata e autonomia pubblica, che presupponeva che la prima fosse libera mentre solo la seconda vincolata nelle finalità<sup>278</sup>.

La funzione integrativa sugli effetti della volontà contrattuale della prescrizione che impone l'esecuzione del negozio secondo buona fede è stata evidenziata da lungo tempo in dottrina<sup>279</sup>. Parte della dottrina ha osservato che anche la funzione della buona fede interpretativa, in quanto canone ermeneutico della volontà negoziale costante e non solo eventuale o sussidiario, non si esaurisce nella tutela dell'affidamento, ma attiene alla specificità del concreto contratto nella sua interezza. In questa prospettiva, la buona fede sembra incrinare la rigidità del principio dell'irrilevanza dei motivi<sup>280</sup>, consentendo una valutazione delle motivazioni pur non esplicitate ma pur sempre percepibili e individuabili nella trama della regola negoziale, incidendo sulla fisionomia della causa, specificando la funzione che le parti intendono perseguire con il negozio, sino a poter incidere sull'efficacia del negozio stesso<sup>281</sup>.

La nozione di buona fede ha suscitato ampi dibattiti in dottrina in particolare in relazione alla sua natura etica, morale, sociale, ovvero psicologica<sup>282</sup>, alla sua diversa accezione in campo giuridico e sociale, alla sua rilevanza nei diversi rapporti giuridici e commerciali<sup>283</sup>, al rapporto

---

<sup>277</sup> D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 6.

<sup>278</sup> G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., 185 – 189.

<sup>279</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, (1966), IX ed., rist., Napoli, Jovene, 2002, 230.

<sup>280</sup> Sulla diversa rilevanza dei motivi nel diritto privato e in quello pubblico si veda G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, 774 e ss.

<sup>281</sup> G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, II ed., Padova, Cedam, 2004, 229 – 237.

<sup>282</sup> Sui rischi legati ad un'interpretazione di tipo etico-morale della buona fede, principio che serve a regolare i rapporti intersoggettivi qualificati da situazioni di conflittualità immanente si veda L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 51 – 56.

<sup>283</sup> Per le origini della nozione di buona fede soggettiva nella *lex mercatoria* si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, V ed., Bologna, Il Mulino, 2010, 60.



della buona fede con gli istituti dell'errore e della colpa e con il concetto di diligenza<sup>284</sup>. Mentre nel codice civile del 1865<sup>285</sup> era contemplata esclusivamente in una norma sull'esecuzione dei contratti (art. 1124), nel codice del 1942 la clausola della buona fede è prevista in molteplici norme, per regolare diversi istituti e conflitti di interessi e con una varietà di significati. Nella vigenza del precedente codice civile la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, influenzate dalle concezioni soggettivistiche del negozio giuridico della pandettistica tedesca, tendevano a svuotarla di significato, attribuendole la funzione di «supporto storico-culturale del richiamo all'equità, agli usi ed alla legge quali elementi integrativi (questi soltanto) del contenuto dell'obbligazione»<sup>286</sup>.

Con il codice del 1942, i principi di buona fede e di correttezza hanno acquisito rilevanza autonoma, distinguendosi dall'equità e dagli usi nell'esecuzione del contratto. Il nuovo codice ne ha chiarito la funzione interpretativa, ne ha esteso la portata anche all'attuazione dei rapporti obbligatori di fonte non contrattuale e alle trattative pre-contrattuali, e ne ha enucleato numerose ipotesi specifiche di applicazione. La Relazione al codice civile ha individuato nel principio di correttezza non solo un generico dovere di condotta morale, bensì un dovere giuridico di solidarietà, che impone di «comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio»<sup>287</sup>.

Nondimeno, la giurisprudenza della Cassazione si è mostrata in una prima fase estremamente restia a riconoscere un ruolo autonomo ai principi di buona fede e correttezza, affermando che la violazione del dovere di correttezza può costituire solo un criterio di valutazione di un comportamento quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma: «detto dovere non vale a creare, per se stesso, un diritto soggettivo tutelato "erga omnes" dalla osservanza del precetto

---

<sup>284</sup> La dottrina sul tema della buona fede è sconfinata. Ci si limita pertanto a segnalare alcune voci enciclopediche rinviando alla bibliografia in esse contenute: A. MONTEL, *Buona fede*, in *Noviss. Dig. It.*, II, III ed. Torino, Utet, 1957, 599 – 611; R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 661; S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 677 – 699; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1962, 709 – 715; S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.* XII, Milano, Giuffrè, 1964, 539 – 547; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 169; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, Treccani, 1988, 1 – 8.

<sup>285</sup> Sulle evoluzioni del principio di buona fede precedenti e successive alla codificazione del 1865 si veda G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO, a cura di, *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, Cedam, 2003, 155 – 172.

<sup>286</sup> M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, cit., 3.

<sup>287</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, punto 558, 116.

del “*neminem laedere*” quando tale diritto non sia riconosciuto da un’espressa disposizione di legge. Pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme»<sup>288</sup>.

La buona fede si configura come norma aperta il cui contenuto non può essere definito in astratto ma dipende dalle circostanze del caso nel quale deve essere applicata e che deve essere concretizzata nella fattispecie. La pluralità di significati attribuiti dal diritto positivo alla buona fede ha indotto la dottrina a ritenere che, per lo meno nella sua formulazione attuale, essa non si presti ad una definizione unitaria. Tuttavia, gli sforzi di determinazione dei contenuti del principio di buona fede appaiono essenziali per contenere i rischi di arbitrio connessi all’impiego di una clausola generale, per sua natura elastica e polivalente e in tal modo superare le resistenze giurisprudenziali<sup>289</sup>.

Nella maggior parte degli ordinamenti si distingue tra buona fede “oggettiva”, come regola oggettiva di comportamento, e “soggettiva”, come stato soggettivo della coscienza: distinzione che sembra essere stata recepita dal legislatore italiano. Le diverse formule utilizzate nel codice civile del 1942 distinguono il comportamento *secondo* buona fede (ad esempio, l’art. 1337 sulle trattative e la responsabilità precontrattuale, l’art. 1358 sul comportamento delle parti in pendenza della condizione, l’art. 1357 sull’esecuzione del contratto) da quello di colui che è *in* o *di* buona fede (artt. 534, 2° co. sui diritti dei terzi contraenti con l’erede apparente, art. 535, 2° e 3° co. sul possessore di beni ereditari, 1147, 1° co. sul possesso di buona fede). Alcune norme prendono in considerazione la buona fede quale elemento produttivo di conseguenze giuridiche o quale regola di comportamento, altre quale fattore volto a scongiurare le conseguenze che deriverebbero dalla mala fede o dalla partecipazione alla frode altrui<sup>290</sup>. Un’ulteriore distinzione è stata desunta dal diverso atteggiarsi della buona fede nei rapporti obbligatori, da un lato, e nei rapporti di diritto reale o altra natura e negli *status* della persona dall’altro<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Cass. Civ. Sez. I, 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro It*, I, 1796; in *Foro Pad.*, 1964, I, 1284, con nota di S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*.

<sup>289</sup> Sulle difficoltà definitorie e la pluralità di significati della buona fede si vedano in particolare: L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 172; M. BESSONE, A. D’ANGELO, *Buona fede*, cit., 1 – 8.

<sup>290</sup> Per una rassegna delle norme codicistiche che prendono in considerazione la buona o mala fede si veda A. MONTEL, *Buona fede*, cit., 1957, 599 – 600.

<sup>291</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 159 e ss.

La dottrina maggioritaria ha, tuttavia, negato la validità delle suddette distinzioni, affermando che le diversità attengono al diverso apprezzamento che richiede la buona fede nella varietà dei rapporti cui si applica, ma non tolgono che essa sia nella sua essenza «sempre formalmente identica, consistendo nella effettiva volontà di non violare l'ordinamento giuridico»<sup>292</sup>.

### 3.2 Le diverse ricostruzioni del rapporto tra i principi di buona fede, correttezza e diligenza nel diritto comune

Parte della dottrina ha ritenuto che l'art. 1175 del codice civile abbia esteso il precetto di buona fede a qualsiasi rapporto obbligatorio, a prescindere dalla sua fonte negoziale o meno<sup>293</sup>. La norma in esame, si è rilevato, ha considerato il criterio della correttezza come il «mezzo più idoneo ad una rivalutazione delle posizioni dei due soggetti del rapporto (...) la nascita dell'obbligazione, qualunque sia la sua fonte, stabilisce fra le parti una relazione particolare, che offre loro la possibilità di specifiche ingerenze nelle rispettive sfere giuridiche e postula, pertanto, un rapporto di reciproco affidamento; da ciò l'esigenza di sottoporre le parti ad una serie di obblighi giuridici di “cornice” e da ciò un'ulteriore conferma della insufficienza della concezione dell'obbligazione come rapporto semplice»<sup>294</sup>. Secondo questa ricostruzione, la responsabilità che accompagna qualsiasi rapporto obbligatorio, designata impropriamente come responsabilità contrattuale, non tutela solo l'interesse positivo del creditore all'adempimento della prestazione del debitore, ma anche il parallelo interesse negativo di protezione, che sussiste in capo ad ognuna delle parti del rapporto per effetto della speciale relazione tra esse aperta, a che non siano pregiudicati dal comportamento della controparte la sicurezza e l'integrità dei propri beni<sup>295</sup>.

È stato da altri affermato che le regole di correttezza e buona fede non valgono a costituire speciali oneri o doveri arricchendo la struttura del rapporto, ma servono a determinare in concreto la legittimità del comportamento assunto dalle parti in attuazione del proprio obbligo o diritto. Se ne è così negata la funzione integrativa, attribuendo a buona fede e correttezza una funzione correttiva delle modalità concrete nel momento attuativo del rapporto. In quest'ultima accezione l'articolo 1175 del codice civile, che obbliga il debitore e il creditore a comportarsi secondo le regole della

---

<sup>292</sup> A. MONTEL, *Buona fede*, cit., 602.

<sup>293</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 87.

<sup>294</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 710.

<sup>295</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 712.

correttezza, e l'art. 1375 che impone l'esecuzione del contratto secondo buona fede, sono stati ricondotti ad un medesimo principio generale, ed è stata affermata l'applicabilità della buona fede anche all'attuazione dei rapporti obbligatori di origine non contrattuale<sup>296</sup>.

Tali sviluppi hanno portato al consolidamento sul piano teorico della concezione della buona fede – correttezza come clausola generale<sup>297</sup>, di più, come la clausola generale storicamente e qualitativamente più significativa<sup>298</sup>: «la clausola generale per eccellenza, caratterizzata specialmente dalla capacità di resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali»<sup>299</sup>, «sommo criterio di valutazione dei reciproci obblighi contrattuali»<sup>300</sup>.

L'unitarietà della buona fede in senso oggettivo, quale «criterio di rilevanza giuridica di un comportamento in senso lato (comprensivo quindi di dichiarazioni e di altri atti a contenuto psicologico)»<sup>301</sup> è stata ricondotta da parte della dottrina a “filtro” normativo, mediante il quale passano i cosiddetti fatti volitivi, intellettivi, psicologici o altro in cui si sostanzierebbe la buona o mala fede. La buona fede è stata così inserita nella più ampia “normativa di correttezza”<sup>302</sup>, i cui principi sono unitariamente concepibili ed estendibili «oltre i casi esplicitamente disciplinati, ad ogni campo: non solo quindi tale normativa è tenuta presente nella materia obbligatoria, ma ovunque si dirami un'oggettiva valutazione “dell'agire sleale o scorretto” con o senza limiti di configurazione o di effetti. Quindi anche nei rapporti di famiglia, successori, reali etc.»<sup>303</sup>.

Una diversa dottrina, pur ammettendo che buona fede e correttezza esprimano, con terminologia diversa, un medesimo concetto, ne ha negato la funzione normativa e integrativa a priori, mostrando perplessità sulla «creazione, di chiara ispirazione germanica, di cosiddetti

---

<sup>296</sup> U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza* (1961), in *Diritti fondamentali e categorie generali, Scritti di Ugo Natoli*, Milano, Giuffrè, 1993, 669 – 691.

<sup>297</sup> M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, cit., 3.

<sup>298</sup> S. RODOTÀ, *Conclusione: Il tempo delle clausole generali*, cit., 250.

<sup>299</sup> C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 28 – 29.

<sup>300</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 46.

<sup>301</sup> S. ROMANO, *Buona fede*, cit., 679.

<sup>302</sup> Sull'equivalenza di correttezza e buona fede oggettiva si veda per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 86.

<sup>303</sup> S. ROMANO, *Buona fede*, cit., 679.

*obblighi accessori di prestazione*, implicanti il compimento di tutti quegli atti che, benché non esplicitamente dedotti in obbligazione, risultino indispensabili per l'attuazione di un rapporto obbligatorio o, invece, strumentali *di protezione o di sicurezza*, aventi ad oggetto immediato la conservazione della persona o della cosa della controparte o fondati su un'esigenza di avviso o di informazione reciproca: più o meno legati alla prestazione principale e concernenti la figura del debitore, gli uni; tendenti a far fronte ai pericoli derivanti dal cosiddetto contatto sociale (già tradottosi o no in termini di rapporto), gli altri, per ciò stesso destinati a fare, se del caso, capo non solo al debitore, ma anche al creditore»<sup>304</sup>. La suddetta interpretazione, si è osservato, collide con un sistema nel quale il giudice è chiamato ad applicare, non a creare le norme e nel quale tali doveri non si pongono come obblighi accessori con autonomia di contenuto e di oggetto, ma si configurano come tipiche specificazioni desumibili dalla natura della prestazione e dalle modalità di esecuzione, ovvero come limiti formali riguardanti l'esercizio di un diritto, non derivanti dalla normativa di correttezza, ma esplicitamente previsti da singole disposizioni di legge, pur ad essa ispirate<sup>305</sup>.

Secondo questa opinione, il principio di correttezza costituisce un metro oggettivo ed elastico di valutazione a posteriori, affidato al giudice, di un fatto giuridico, di un contratto, e/o di un comportamento e la buona fede non si identifica con un dovere generico fonte di specifici obblighi integrativi. Il principio assume in questa prospettiva il significato di criterio tipicamente bilaterale e qualitativo, implicante un giudizio di relazione, «dove ciò che è destinato a prevalere non è, sempre e comunque, l'interesse astrattamente privilegiato da una norma, ed attento, altresì, alla qualità degli interessi coinvolti»<sup>306</sup>.

Il criterio di buona fede è stato, inoltre, agganciato alla diligenza, anch'essa criterio oggettivo ed elastico di valutazione e finalizzato ad un effetto correttivo, ma essenzialmente quantitativo e legato ad un'applicazione formale del diritto e a carattere unilaterale, a differenza della buona fede

---

<sup>304</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 159 e ss.

<sup>305</sup> «L'opinione così sommariamente riassunta costituisce, infatti, il risultato di una indebita trasposizione, nel nostro ordinamento, di soluzioni adottate in altri e, segnatamente, in quello tedesco. Nel quale la contrapposizione tra ciò che da noi è buona fede (Treu und Glauben: § 242 BGB) e correttezza (o buoni costumi: gute Sitten, di cui al § 826 BGB) viene appunto considerata indice dell'esistenza di un duplice criterio: l'uno (Treu und Glauben) destinato ad intervenire in presenza di uno specifico rapporto giuridico; l'altro (gute Sitten), valido per la valutazione del comportamento dei soggetti in genere, indipendentemente dalla considerazione di un qualsiasi rapporto giuridico». (L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 168).

<sup>306</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit. 1988, 170.

oggettiva, essenzialmente bilaterale ed attenta alla qualità degli interessi<sup>307</sup>. La diligenza si pone, infatti, come criterio obiettivo e generale, nonostante vada commisurata al tipo speciale del singolo rapporto e si ponga sempre in congiunzione con un'ulteriore qualificazione (del buon padre di famiglia, relativa alla natura dell'attività professionale esercitata, ecc.) Analogamente alle clausole di buona fede e correttezza, la diligenza costituisce un parametro legislativo per la valutazione di un comportamento non prefissato a priori dalla norma.

Nella valutazione del rapporto tra la diligenza e i principi di correttezza e buona fede non si può prescindere dall'omogeneità del riferimento contenuto negli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c., tutte norme volte a chiarire il limite entro il quale il comportamento del soggetto è ritenuto legittimo e non lesivo di una situazione giuridica soggettiva di altri<sup>308</sup>. Assumendo che la correttezza possa integrare il contratto, determinando pienamente il contenuto dell'obbligazione, la diligenza di cui all'art. 1176 c.c. è stata posta su un piano diverso. La diligenza, definita «misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta», che «riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare per soddisfare la propria obbligazione»<sup>309</sup>, presuppone che sia già stabilita l'estensione precisa di ciò che il debitore è tenuto a fare e costituisce, in questi termini, il criterio alla stregua del quale apprezzare l'intero comportamento del debitore in relazione ad una prestazione, nel limite individuato dalle norme sulla correttezza. Pertanto, mentre «la buona fede costituisce il criterio in base al quale si determina il contenuto della prestazione», la diligenza viene in questione «unicamente come criterio di valutazione del comportamento del debitore, tenuto a quella prestazione già individuata»<sup>310</sup>. Similmente, una diversa dottrina ha riconosciuto al canone di buona fede il significato di criterio di responsabilità relativo a comportamenti esecutivi che ineriscono ad un ambito di discrezionalità e che come tali non siano sindacabili alla sola stregua del criterio di diligenza<sup>311</sup>.

Anche la giurisprudenza ha attribuito alla buona fede il ruolo di requisito etico della condotta e di principio cardine della disciplina legale delle obbligazioni, «oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito

---

<sup>307</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato, (spunti ricostruttivi)*, cit. 51 – 66.

<sup>308</sup> S. RODOTÀ, *Diligenza (Dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.* XII, Milano, Giuffrè, 1964, 539 – 547.

<sup>309</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, punto 559, 117.

<sup>310</sup> S. RODOTÀ, *Diligenza (Dir. Civ.)*, cit., 539 – 547.

<sup>311</sup> M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, cit., 2.

doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede»<sup>312</sup>.

Le clausole di correttezza e buona fede hanno assunto una funzione di riequilibrio all'interno del contratto, «non solo delle posizioni dei contraenti fra di loro, ma anche di queste unitariamente intese rispetto alle modalità di funzionamento del settore economico entro il quale il contratto si colloca»<sup>313</sup>, allargando i margini dell'intervento giudiziale nello squilibrio delle prestazioni contrattuali. L'obbligo di buona fede nella fase di esecuzione del contratto è stato interpretato come obbligo positivo di condotta per i contraenti, tenuti a conservare integre le reciproche ragioni, al punto che «anche un'inerzia, cosciente e volontaria, che valga ad ostacolare il soddisfacimento del diritto della controparte, ripercuotendosi negativamente sul risultato finale avuto di mira nel regolamento contrattuale degli opposti interessi, si rileva in contrasto col dovere della correttezza e della buona fede ed assume rilevanza, se ad essa sia ricollegabile un inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta di adempiere»<sup>314</sup>.

I principi di correttezza hanno così segnato l'abbandono delle convinzioni individualistiche, sostituite dal dovere di solidarietà sociale che incombe su entrambe le parti, nel sistema dei valori costituzionali in relazione, in particolare, al principio enunciato nell'art. 2 Cost., riducendo la portata del principio dell'intangibilità dell'autonomia contrattuale, che escludeva ogni forma di eterointegrazione dello statuto negoziale<sup>315</sup>.

### 3.3 La buona fede come criterio di rilevanza di interessi. Cenni sul cosiddetto interesse legittimo di diritto privato nel diritto del lavoro e sull'eccesso di potere di maggioranza nel diritto societario

---

<sup>312</sup> Cass. Civ., 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro It.*, Rep. 1966, n. 171. Si vedano anche: Cass. Civ., Sez. II, 21 maggio 1973, n. 1460; Cass. Civ., Sez. II, 18 febbraio 1986, n. 960.

<sup>313</sup> N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, 3, 711.

<sup>314</sup> Cass. Civ., Sez. II, 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 501. La Cassazione ha, nel caso di specie, ritenuto sussistente ai fini risolutivi l'inadempimento del promittente venditore che aveva ommesso di espletare tempestivamente le pratiche amministrative richieste per il rilascio della licenza edilizia, necessaria per la costruzione dell'edificio in cui era compreso l'appartamento oggetto del preliminare di vendita.

<sup>315</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, ristampa integrata 2004, 4.

La buona fede può essere intesa come obbligo di comportamento corretto, leale, cooperativo e di rispetto del reciproco affidamento, ovvero come regola di condotta fonte di integrazione a priori del regolamento contrattuale e/o del rapporto, ovvero ancora come metro elastico di valutazione a posteriori di un fatto e/o di un comportamento, correttivo dei rigori dello *strictum ius* sul piano della conciliazione di interessi confliggenti, indice di emergenza di interessi altrimenti destinati a non acquistare adeguato risalto mediante un «miope impiego dello strumento normativo» insuscettibile di determinazione aprioristica ma che si precisa di volta in volta secondo le circostanze, anche sopravvenute, del caso concreto<sup>316</sup>.

La qualificazione della buona fede come criterio di rilevanza di interessi ne ha consentito l'estensione dell'ambito operativo a situazioni ulteriori rispetto ai rapporti obbligatori, ossia in rapporti diversamente strutturati nei quali «interessi a lungo giudicati insignificanti perché destinati a scontrarsi con (ed a soccombere di fronte a) “poteri” totalmente liberi (*id est*, arbitrari), parrebbero acquistare un proprio peso giuridico, sì da costituire limiti allo strapotere altrui»<sup>317</sup>. Partendo dalla risalente indagine circa l'esistenza nel diritto privato di interessi protetti o legittimi, diversi dai diritti soggettivi, definiti come elementi di mero fatto, cui si aggiunge un *quid* che promana esclusivamente dalla norma, e caratterizzati dalla mancanza di un potere attribuito al privato e dall'attribuzione di effetti giuridici direttamente in capo ad un soggetto, la dottrina ha elaborato la figura dell'interesse legittimo di diritto privato<sup>318</sup>.

Superata la nozione che considerava elemento caratterizzante l'interesse legittimo di diritto amministrativo la coincidenza dell'interesse privato con quello pubblico e la necessaria prevalenza di quest'ultimo<sup>319</sup>, la dottrina successiva ha analizzato il tema della discrezionalità e dell'interesse legittimo nel diritto privato. È stata evidenziata l'esistenza nel sistema del diritto privato di situazioni giuridiche soggettive subordinate al corretto esercizio di un potere, cui si riconnette una certa discrezionalità ed insindacabilità nel merito, alla stessa stregua di quanto avviene nel sistema del diritto amministrativo, in relazione all'esplicazione della potestà pubblica<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato, (spunti ricostruttivi)*, cit., 55.

<sup>317</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit. 175.

<sup>318</sup> D. RUBINO, *Le fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, 259 – 281.

<sup>319</sup> D. RUBINO, *Le fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 263.

<sup>320</sup> Si veda per tutti: L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967.



Il riferimento all'interesse legittimo di diritto privato è sorto nelle ipotesi nelle quali, come nel diritto amministrativo, sussiste un potere discrezionale in capo ad un soggetto in posizione dominante, a fronte del quale sorge una "situazione sostanziale di vantaggio inattiva", diretta a conseguire sul piano sostanziale un'utilità consistente nella modificazione o conservazione di una certa realtà giuridica la cui soddisfazione non è garantita e non dipende dal soggetto che vi aspira ma dalla condotta di un soggetto diverso<sup>321</sup>. A fronte di tale interesse, sorge un obbligo in capo al titolare del potere unilaterale di tenere conto dell'interesse in questione e motivarne la soddisfazione o il sacrificio inclusi nella decisione finale. In questa prospettiva, la tutela delle posizioni di debolezza si realizza attraverso il controllo dei processi decisionali del soggetto titolare del potere, come mostrerebbero le norme ritenute indici del positivo riconoscimento della figura in discorso: le norme in materia di licenziamento del lavoratore subordinato, quelle in materia di rapporti societari tra maggioranza e minoranze, quelle relative ai rapporti obbligatori, in tema di liberazione del debitore dal vincolo, «l'interesse legittimo in diritto privato conferisce "forma" a situazioni soggettive di debolezza/soggezione non altrimenti tipizzate; così ricostruite, le stesse diventano un limite del potere discrezionale a fronte del quale si collocano»<sup>322</sup>.

Il concetto di interesse legittimo di diritto privato è stato poi recepito dalla giurisprudenza civile in alcune sentenze dei primi anni Ottanta del secolo scorso, che hanno riconosciuto la necessità di un controllo dei poteri privati mediante la normativa di correttezza, cui ricollegare la rilevanza di interessi altrimenti destinati a cedere di fronte a tali poteri, ipotizzando un sindacato da parte del giudice civile che si atteggi come quello del giudice amministrativo sull'eccesso di potere<sup>323</sup>. Le Sezioni Unite della Cassazione, affermando la giurisdizione del giudice ordinario per la tutela del privato nei confronti dei poteri di scelta sui promuovendi esercitati dal datore di lavoro in enti pubblici economici, hanno distinto a seconda che i limiti normativi all'esercizio del potere discrezionale fossero imposti nell'interesse dell'organizzazione aziendale ovvero nell'interesse del lavoratore, affermando la prevalenza in questo secondo caso della "tecnica giuridica del rapporto", nella quale sorge in capo al datore di lavoro un'obbligazione all'osservanza dei meccanismi procedurali precostituiti e delle regole desumibili dal principio di correttezza nel compimento

---

<sup>321</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, IX, Torino, Utet, 1993, 554.

<sup>322</sup> C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e Dir. Priv.*, 4, 2008, 831

<sup>323</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro It.*, 1979, 102, 2548 - 2556; Cass. Civ., Sez. Un., 29 ottobre 1980, n. 5800; Cass. Civ., Sez. Un. 5 gennaio 1981, n. 1, in *Foro It.*, 1981, 1, 753.

delle operazioni necessarie alla valutazione dei requisiti dei promuovendi. La Cassazione ha dichiarato che tale ipotesi costituisce «un campo particolarmente fecondo per l'applicazione del principio di correttezza quale fonte integrativa della disciplina del comportamento dovuto»<sup>324</sup>.

La dottrina prevalente, tuttavia, non ha accolto la tesi dell'interesse legittimo di diritto privato<sup>325</sup>, riconducendo la posizione del lavoratore ad un diritto soggettivo, definito come «il potere individuale di regolare un certo comportamento altrui secondo un ordine oggettivo, (...) il potere individuale di esigere un comportamento conforme all'ordinamento vigente»<sup>326</sup>. L'ipotesi di un interesse legittimo di diritto privato è stata abbandonata anche dalla giurisprudenza civile che ha affermato il principio per cui «nell'ipotesi di promozioni a scelta, ancorché caratterizzate da una valutazione discrezionale, si configura un diritto soggettivo del lavoratore ad essere selezionato nel rispetto di norme procedurali prefissate e comunque ad essere giudicato secondo buona fede»<sup>327</sup>, valorizzando i principi di correttezza e buona fede come norme di relazione produttive di veri e propri diritti soggettivi e non di meri interessi.

La preoccupazione alla base delle posizioni che hanno negato la validità della posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo di diritto privato discende dall'idea che esso implicherebbe «una funzionalizzazione pubblicistica del potere datoriale, potere nel quale invece doveva scorgersi l'espressione dell'autonomia privata del datore di lavoro»<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688 in *Foro It.*, 102, 2548 – 2556. La nozione è stata ripresa in alcune sentenze più recenti, tra le quali si veda Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2000 n. 41, in *Giornale Dir. Amm.*, 2001, 8, 805, con nota di D. IARIA, *La Cassazione e gli interessi legittimi nel rapporto di lavoro pubblico*.

<sup>325</sup> Si veda, tra i molti, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole strumentali*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>326</sup> W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 694. Per una recente ricostruzione dell'evoluzione del concetto di interesse legittimo di diritto privato si veda G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, cit., 81 – 167.

<sup>327</sup> Si vedano tra le molte: Cass. Civ., 10 agosto 1987, n. 6864, in *Foro It.*, 1987, 1, 2987. Si veda in proposito G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 481 ss. In senso conforme si vedano Cass. Civ., Sez. lav., 20 gennaio 1992, n. 650; Cass. Civ., Sez. lav., 1 agosto 2001, n. 10514; Cass. Civ., Sez. lav., 29 gennaio 2003, n. 1382; Cass. Civ., Sez. lav., 20 ottobre 2004, n. 20510

<sup>328</sup> «In altri termini, le ragioni che hanno condotto al rifiuto del riconoscimento di posizioni di interesse legittimo nell'ambito del diritto dei privati sono esattamente opposte (anche se, ovviamente, convergenti rispetto) alle ragioni che inducono la dottrina di diritto pubblico a contestare il carattere di vera e propria situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo». Si veda in tal senso A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit.

Parte della giurisprudenza, tuttavia, ha mantenuto la nozione per quanto attiene il controverso tema degli incarichi dirigenziali nel pubblico impiego privatizzato<sup>329</sup>, considerando l'atto di conferimento, qualificato normativamente come provvedimento, come atto unilaterale di diritto privato, a fronte del quale sorge in capo al dirigente «un interesse legittimo di diritto privato rispetto alle scelte organizzative compiute dall'amministrazione, tenuta al rispetto di tutte le garanzie procedurali, legislative e contrattuali, oltre che, più in generale, dei fondamentali principi di buona fede e correttezza, trattandosi di procedura non dissimile da quella concorsuale»<sup>330</sup>.

Un altro settore nel quale il potere privato crea dinamiche ed esigenze di controllo in qualche modo assimilabili a quelle nei confronti del potere pubblico e nel quale si è fatta applicazione della nozione di interesse legittimo di diritto privato, è il diritto societario<sup>331</sup>. In questo campo le clausole generali di correttezza sono state usate dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti come parametri per individuare la legittimità delle determinazioni assembleari mediante l'elaborazione della figura dell'abuso o eccesso di potere di maggioranza<sup>332</sup>. La dottrina ha evidenziato i tratti comuni tra i complessi di regole che impongono doveri di buona fede, il divieto di abuso del diritto ed il divieto dell'eccesso di potere amministrativo, concependoli come limiti extratestuali alla libertà del soggetto agente, strumenti di correzione giudiziale dello *ius strictum* e di ampliamento

---

<sup>329</sup> Sul tema si vedano G. D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Roma, Philos, 1999; G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2001, 3-4, 631; ID. *La legge di riforma della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2002, 2, 213; ID. *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2006, 3-4, 549; ID., *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2007, 2, 349; ID., *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2012, 1, 1.

<sup>330</sup> In questo senso si veda, tra le molte: Cass. Civ., Sez. lav., 30 agosto 2010, n. 18857 in *Lavoro nella Giur.*, 2010, 12, 1195, con nota di P. COSMAI, *Incarico dirigenziale: quale tutela dopo il "decreto brunetta" e la l. n. 122/10*. Si veda anche Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Foro It.*, 2000, 1, 1483.

<sup>331</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., 304.

<sup>332</sup> Sul tema dell'eccesso di potere quale vizio invalidante la deliberazione assembleare si vedano, tra i molti: A. MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1968; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni: abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, Giuffrè, 1987; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, Giuffrè, 1990; D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1992; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza: potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, Giappichelli, 2003; E. LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, Giuffrè, 2004.

dei poteri di sindacato del giudice sugli atti giuridici (i.e. di rafforzamento di un ideale di giustizia contro un ideale di certezza)<sup>333</sup>.

La figura dell'abuso di potere nel diritto societario è stata sviluppata allo scopo di incidere sulla validità di deliberazioni assembleari adottate dai soci di maggioranza che, pur rispettando le forme legali ed in difetto dei vizi tipici (artt. 2377 e 2379 c.c.), risultano perseguire interessi divergenti da quelli societari ovvero sono arbitrariamente o fraudolentemente preordinate dai soci maggioritari per ledere i diritti dei soci di minoranza, pur non determinando necessariamente un danno alla società ai sensi della norma sul conflitto di interesse<sup>334</sup>. A tale ipotesi sono state ricondotte generalmente le deliberazioni maggioritarie dirette a modificare la preesistente struttura sociale, incidendo in modo diretto o indiretto sulla posizione dei singoli soci rispetto all'originaria configurazione della società, con riguardo alla loro partecipazione alla amministrazione ed alla distribuzione degli utili.

Inizialmente si riconduceva il vizio invalidante le delibere assembleari volte a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali spettanti ai singoli soci nella figura dell'eccesso di potere di derivazione amministrativistica<sup>335</sup>, figura che consente un controllo giudiziale sul piano della mera legittimità, limitato all'accertamento della conformità delle delibere alla legge e all'atto costitutivo, secondo l'espresso dettato della norma, non potendo comportare alcuna sovrapposizione o sostituzione delle valutazioni del giudice a quelle liberamente espresse dalla maggioranza dei soci<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. Comm.*, 2014, 4, 672 – 673.

<sup>334</sup> Art. 2373, 1 co., c.c.: «La deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 qualora possa recarle danno.» Parte della dottrina ha interpretato estensivamente l'art. 2373 c.c. come specifica espressione nel diritto societario delle più generali clausole di buona fede e correttezza ed ha sostenuto l'applicabilità in via analogica della norma ai casi di delibere che pregiudichino gli interessi di minoranza non giustificate dal perseguimento dell'interesse sociale: in questo senso M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, Giuffrè, 1990, 55.

<sup>335</sup> Le prime teorizzazioni dell'eccesso di potere come vizio delle deliberazioni assembleari risalgono a F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, 176; T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. Dir. Comm.*, parte 1, 10, 11, 1930.

<sup>336</sup> Si veda in questi termini Cass. Civ., Sez. I, 04 maggio 1994, n. 4323, in *Foro It.*, 1995, 1, 2219

Superata la tesi che ipotizzava la possibilità di una mera trasposizione nel diritto societario dell'eccesso di potere di diritto amministrativo, e la configurazione nel contesto societario di un interesse sociale astratto e predeterminato superiore a quello dei singoli soci, cui funzionalizzare l'attività sociale secondo le teorie istituzionalistiche<sup>337</sup>, la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno optato per la teoria contrattualistica, inquadrando i limiti all'esercizio dei diritti di voto della maggioranza in base al principio maggioritario nei principi generale di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto sociale<sup>338</sup>. La giurisprudenza ha fatto normalmente un uso indistinto della nozione di eccesso e di abuso di potere, mentre parte della dottrina e qualche sentenza hanno evidenziato la distinzione sulla base della giustificabilità o meno della delibera sotto il profilo dell'interesse sociale<sup>339</sup>.

In un'importante pronuncia la Corte di Cassazione, dopo aver affermato la natura contrattuale dell'atto costitutivo delle società, ha qualificato le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo come veri e propri atti di esecuzione, preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale, ai quali si applica l'art. 1375 c.c. quale espressione del «più generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui (art. 1175 c.c.)»<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Sulla nozione di interesse sociale si veda P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1963; di recente ID. *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. Comm.*, 2000, 6, 795. Sul rapporto tra la concezione di interesse sociale e l'eccesso di potere si veda E. LA MARCA, *Alla ricerca dell'interesse della società al suo scioglimento tra conflitto di interessi e abuso di potere*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, 5, 590.

<sup>338</sup> Si veda in dottrina, a favore della tesi contrattualistica, F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. Comm.* 2013, 1, 480. Per una critica a tale tesi si veda M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., 669.

<sup>339</sup> È stato evidenziato in dottrina che «la possibilità di discorrere di un unitario interesse sociale, tale cioè da rilevare unitariamente per i soci e per gli amministratori, presupporrebbe quella di riconoscere un'alterità della società ugualmente rilevante nei confronti degli uni e degli altri. Mentre in realtà i soci di essa sono parti, vi partecipano, e ad essa pertanto non si contrappongono come gli amministratori, ma essa compongono». (C. ANGELICI, *Intervento in V convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, "orizzonti del diritto commerciale" "l'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi" tavola rotonda su "l'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo"*, Roma, 21-22 febbraio 2014 in [http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/32335/carlo\\_angelici\\_-\\_def..pdf](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/32335/carlo_angelici_-_def..pdf))

<sup>340</sup> Cass. Civ., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. Comm.*, 1996, 2, 329, con note di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI. Si veda, inoltre, F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 1996, 1.

La Corte ha evidenziato, peraltro, come la buona fede sia ancora più importante nel contesto societario, rispetto ai contratti di scambio nei quali gli interessi dei contraenti sono diversi, atteso che il contratto sociale costituisce una comunione di interessi, dal quale i soci non possono deviare, come dimostrato dall'art. 2373 c.c. La Cassazione ha così ammesso che alla violazione della buona fede debba conseguire l'invalidità della delibera assembleare. Il vizio di una deliberazione assembleare costituito dal cosiddetto eccesso di potere si verifica tutte le volte in cui la delibera stessa sia stata adottata ad esclusivo beneficio dei soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, essendo in tal caso applicabile l'art. 1375 c.c., in forza del quale il contratto deve essere eseguito in buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, dacché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale<sup>341</sup>.

La Cassazione ha di recente chiarito che «più specificamente, il principio di buona fede contrattuale e il conseguente principio di collaborazione che deve informare l'opera dei soci nell'organizzazione della società vengono considerati la base per riconoscere la figura dell'abuso di potere, quale elemento invalidante delle deliberazioni assembleari finalizzate esclusivamente a favorire la maggioranza a danno della minoranza»<sup>342</sup>. In questa prospettiva i doveri di buona fede e correttezza sono imposti ai soci nell'esecuzione del contratto di società in quanto membri di una struttura organizzativa<sup>343</sup>. Da tali principi discendono obblighi di collaborazione che assumono funzione integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto di quegli equilibri di interessi che le parti avrebbero pattuito se avessero previsto tutti gli sviluppi dei loro rapporti futuri e li avessero disciplinati con un accordo ispirato al particolare modello di comportamento etico recepito dall'ordinamento societario. Pertanto, si è affermato che «ben può assurgere a motivo di invalidità della delibera la prova che il potere di voto determinante del socio di maggioranza sia stato esercitato fraudolentemente allo scopo di ledere interessi degli altri soci ovvero risulti in

---

<sup>341</sup> Cass. Civ., Sez. I, 11 giugno 2003, n. 9353 in *Società*, 2004, 2, 188, con nota di M. MALVASI, *L'eccesso di potere nelle delibere assembleari come violazione della buona fede*.

<sup>342</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro It.*, 2006, 12, 1, 3455

<sup>343</sup> Per l'applicabilità della buona fede alla vicenda assembleare, ritenuta fase esecutiva del contratto sociale si veda D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1992, 150 e ss.

concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto»<sup>344</sup>.

È stato, in realtà, escluso che il canone della buona fede in senso oggettivo imponga ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, rilevando soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, atteso che la regola di maggioranza non prescrive al socio di esercitare il diritto di voto in funzione di un predeterminato interesse, ma liberamente e legittimamente per il perseguimento di un proprio interesse, con il solo limite dell'altrui potenziale danno<sup>345</sup>. È stato, peraltro, notato come gli indici per valutare l'abuso di maggioranza coincidono parzialmente con le figure sintomatiche elaborate in sede di applicazione del controllo per eccesso di potere sugli atti amministrativi. Tuttavia, la Cassazione ha affermato che, mentre nella teoria dell'eccesso di potere la presenza delle cd. figure sintomatiche è sufficiente a produrre l'annullamento di un atto, considerandole elementi costitutivi della fattispecie di eccesso di potere, «nella prospettiva della buona fede, invece, gli stessi indici o altri analoghi, possono essere solo indici, da valutare in concreto, circa la lesione dell'equilibrio contrattuale di buona fede tra vari interessi sociali»<sup>346</sup>.

Le assonanze tra le figure dell'interesse legittimo di diritto privato e di diritto pubblico, nonché dell'abuso di maggioranza e dell'eccesso di potere in diritto amministrativo hanno destato l'interesse della dottrina pubblicistica. Parte della dottrina ha ritenuto che l'elaborazione dell'interesse legittimo di diritto privato abbia condotto ad «una sostanziale negazione (...) della tradizione pubblicistica, ed al rafforzamento di quegli indirizzi minoritari che in vario modo tendono a svincolare l'interesse legittimo dalla sua relazione strutturale con l'interesse pubblico e quindi a valorizzarne il carattere sostanziale riferito all'interesse del titolare, fino a considerarlo, al più, come una *species* del diritto soggettivo»<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro It.*, 2006, 12, 1, 3455

<sup>345</sup> La Corte ha concluso che «in sintesi, l'abuso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari quando la deliberazione: a) non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società; deve pertanto trattarsi di una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale; b) sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli poichè è rivolta al conseguimento di interessi extrasociali. I due requisiti testè evidenziati non sono richiesti congiuntamente, ma in alternativa». Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro It.*, 2006, 12, 1, 3455

<sup>346</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro It.*, 2006, 12, 1, 3455

<sup>347</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, cit., 109 – 110.

È stato osservato che le analogie nel modello di sindacato sull'abuso di potere di maggioranza, anche nella ricostruzione contrattualista dei rapporti societari, e sulle posizioni subordinate nel diritto di lavoro, pur escludendo la sussistenza di un interesse superiore al quale è funzionale l'esercizio del potere, contribuiscano a chiarire la reale incidenza dell'interesse pubblico sul modello di sindacato di legittimità. Alcuni studi sono giunti alla conclusione che l'utilizzo delle clausole generali nell'ambito di ordinamenti particolari, come quello societario o il diritto del lavoro, assicura una tutela più effettiva nei confronti del potere, inserendosi in una logica di rapporto e non essendo mediato dal richiamo ad un potere funzionalizzato<sup>348</sup>.

Infine, sono state criticate le teorie che hanno distinto i modi di operare dei limiti nel potere privato e in quello pubblico, fondate sulla libertà del primo e la funzionalizzazione ad un interesse pubblico del secondo, sostenendo che «il modo di operare dei limiti, pur attraverso modelli teorici diversi, è del tutto analogo»<sup>349</sup>. Pur riconoscendo la diversa incidenza dei limiti interni e di quelli esterni rispetto al potere discrezionale, dove i primi impongono al titolare del potere un risultato che realizzi una composizione di interessi conforme alla finalità del potere e i secondi consentono la scelta tra più composizioni, salvo quelle che arrechino pregiudizio per i soggetti sottoposti al potere, è stato affermato che, in concreto, la sequenza logica del giudizio è in entrambi i casi in negativo, non potendosi mai accertare in positivo il contenuto dell'assetto di interessi<sup>350</sup>.

Per completare l'indagine sulla funzione delle clausole generali nel diritto comune, occorre analizzare la loro incidenza su ulteriori posizioni di disparità tra poteri privati e di debolezza economica che non si pongono in ordinamenti particolari e non sono formalizzate in una «disciplina autoritativa del contratto»<sup>351</sup>, volta ad assumere figure socialmente connotate, come quella del lavoratore subordinato o del socio di minoranza, in un'ottica di eguaglianza e giustizia sostanziale, con un conseguente controllo del contenuto normativo ed economico del contratto. Sono emerse, nelle recenti normative di derivazione europea, ipotesi di debolezza contrattuale la cui disciplina di tutela si inserisce non in obiettivi di giustizia sociale, ma di efficienza ed integrazione del mercato

---

<sup>348</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 94 – 126

<sup>349</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 213.

<sup>350</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 214.

<sup>351</sup> C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., 831.



concorrenziale. In queste ipotesi l'intervento correttivo non attiene alla tutela dell'autonomia privata del contraente debole lesa da un abuso dell'altro, ma persegue un fine più generale la realizzazione di un assetto di mercato imposto dal diritto comunitario<sup>352</sup>.

Il diritto europeo dei contratti muove dalla concezione di effettività della tutela, incentrata sui mezzi di reazione predisposti dall'ordinamento per garantire il soddisfacimento dell'interesse concretamente leso, piuttosto che dal tradizionale schema del diritto soggettivo e della connessa azione. È stata osservata una tensione del diritto europeo verso un rifiuto del formalismo, sul quale si fondano le categorie dogmatiche delle posizioni giuridiche soggettive, determinanti nella tradizione di *civil law* per la loro cosiddetta "funzione attributiva", ossia la selezione tra gli interessi sociali di quelli meritevoli di riconoscimento e di tutela giuridica. Il diritto europeo dei contratti sembra, invece, propendere a favore di una tutela che si caratterizza per effettività e concretezza, di modo che se da un lato, «la protezione possa nascere con il rimedio e non essere già in anticipo predicata (*ubi remedium, ibi ius*)»<sup>353</sup>, dall'altro comporta che la conformazione dell'interesse predisposta dall'ordinamento giuridico sia ricostruibile anche in base alle norme sul relativo mezzo di tutela.

#### 3.4 L'espansione del ruolo della buona fede nel diritto civile e la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità

Negli ultimi decenni, il diritto civile ha visto sorgere di una serie di discipline settoriali volte a riequilibrare asimmetrie tra poteri privati, imponendo doveri di comportamento rilevanti sul piano della validità delle clausole contrattuali. Tali prassi normative esprimono «istanze forti di oggettivizzazione e di socializzazione degli effetti del potere»<sup>354</sup> privato nel mercato, inteso non tanto come luogo del calcolo economico, ma come luogo in cui si possono manifestare conflitti tra soggetti rappresentativi di funzioni. Per alcuni Autori la disciplina dei rapporti contrattuali caratterizzati da una marcata sproporzione di potere negoziale pone in diretta connessione gli atti negoziali con i principi di eguaglianza sostanziale e di solidarietà sociale previsti dagli artt. 2 e 3

---

<sup>352</sup> In questo senso si veda A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 435.

<sup>353</sup> Si veda per le suddette osservazioni: A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 4.

<sup>354</sup> D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 11 – 12.

Cost. e imponendo al comportamento della controparte più severi canoni di buona fede e correttezza e riempiendo con tali canoni i contenuti derivanti dalla Costituzione<sup>355</sup>.

Nell'ambito della disciplina giuridica del mercato, viene in rilievo in primo luogo il diritto della concorrenza di derivazione comunitaria, sul quale ci si soffermerà più ampiamente nel seguito della trattazione, che ha imposto una serie di divieti alle imprese volti a evitare che il potere di mercato alteri i meccanismi concorrenziali. Inoltre, il diritto dei consumatori, anch'esso di matrice europea, ha attribuito un ruolo centrale al principio di buona fede, quale precetto che impone al professionista di trattare in modo leale ed equo la controparte, di cui deve tener presenti i legittimi interessi<sup>356</sup>. Tale previsione è stata interpretata in dottrina come specificazione dei canoni della lealtà e della salvaguardia, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, imposti al professionista per supplire alla scorrettezza insita nel fatto stesso di imporre al consumatore un regolamento contrattuale sbilanciato<sup>357</sup>. Le successive direttive a tutela dei consumatori hanno evidenziato lo spostamento del fulcro dell'attenzione dall'atto negoziale all'attività commerciale considerata nel suo profilo dinamico<sup>358</sup>. Tale fenomeno appare coerente con una visione del mercato quale statuto normativo, nel quale «né la disciplina normativa, né la teoria giuridica (...) si esauriscono nella considerazione del contratto (o dei molteplici tipi di contratto). Esse richiedono una duplice

---

<sup>355</sup> M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003, 67 – 83.

<sup>356</sup> Considerando 16 Dir. 5 aprile 1993 n. 93/13/CEE. Direttiva del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, di recente abrogata dalla Dir. 25 ottobre 2011 n. 2011/83/UE Direttiva del parlamento europeo e del consiglio sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>357</sup> C. M. BIANCA, *Buona fede e diritto privato europeo*, in L. GAROFALO, a cura di, *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001), I, Padova, Cedam, 2003, 201 – 205.

<sup>358</sup> L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, in E. MINERVINI; L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007, 9. La stessa autrice ha, peraltro, notato che «la recente introduzione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette impone, ancor più, di spostare l'attenzione dall'atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all'operazione economica, come tale valutabile solo in concreto, ribaltando la prospettiva metodologica dal piano strutturale a quello del risultato» L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2010, 3, 703 - 704.

apertura: un dilatarsi orizzontale dello sguardo: da un lato verso i soggetti e i beni; dall'altro verso la qualità e il numero delle parti»<sup>359</sup>.

Nel diritto dei consumatori sono previste ipotesi di nullità di protezione, caratterizzate dal fatto che operano a vantaggio del solo contraente protetto, pur essendo rilevabili anche d'ufficio dal giudice<sup>360</sup>, e che l'effetto caducatorio incide su singole clausole e non sull'intero contratto, tendendo questo rimedio «a conservare il rapporto, adeguandone la conformazione all'interesse che giustifica la reazione ordinamentale»<sup>361</sup>. È stato osservato in dottrina che da un utilizzo *strutturale* della nullità inserito in uno schema concettuale astratto nel diritto dei consumatori, si sia passati ad un utilizzo *funzionale*, non più neutrale rispetto agli interessi coinvolti nel rapporto contrattuale, bensì caratterizzato da finalità dissuasive o sanzionatorie rispetto agli abusi derivanti dalle disparità di potere contrattuale<sup>362</sup>.

Altra parte della dottrina ha evidenziato che le norme a tutela dei consumatori sono accomunate dalla posizione di debolezza di una delle parti, che riflette il comportamento scorretto antecedente alla stipulazione del contratto e che «per ciò stesso è frutto di un accordo soltanto formale e non già sostanziale, perché tra le parti è assente una relazione paritaria in grado di

---

<sup>359</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 42.

<sup>360</sup> Art. 36 D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*. Parte della dottrina ha sostenuto che la previsione della nullità a vantaggio di un solo contraente si traduca in una riserva di legittimazione in capo ad esso: in questo senso si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 732. In senso contrario, si è affermato che «limitare la legittimazione al consumatore, di per sé è inutile. Il beneficio è nel fatto che, chiunque la rilevi, la nullità “operi solo a vantaggio del consumatore”»: una formula per equivoco intesa come allusione alla legittimazione e invece relativa al modo di operare unidirezionale della nullità. Altro è poi che in un amplissimo numero di casi l'accertamento non possa essere proposto da altri che dal consumatore, perché nessun altro riuscirebbe a dimostrare un proprio concreto interesse» (A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, 2003, 2, 204). Si veda altresì ID. *La «nullità di protezione»*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 77.

<sup>361</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, 489

<sup>362</sup> In questo senso: E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 1, 120 – 121. In senso analogo si veda V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 1, 464, dove si afferma «da una disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri a un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della concreta e specifica patologia inficiante l'atto». Si veda anche ID. *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 478.

legittimare il consenso espresso quale matrice dell'atto di autonomia privata»<sup>363</sup>. È stato infine osservato come nel mutato contesto normativo, «la buona fede non è più soltanto fonte di doveri comportamentali, ma è divenuta anche strumento di controllo della libertà contrattuale e quindi un vero e proprio “principio giuridico”, atto a fungere da criterio di valutazione della legittimità/validità di atti giuridici ad esso assoggettati».<sup>364</sup>

Un'altra norma che ha attribuito rilevanza alle norme di comportamento per sindacare modalità di esercizio di potere privato è il divieto di abuso di dipendenza economica, sancito dalla legge sulla subfornitura<sup>365</sup>. Tale disposizione, allo scopo di evitare che la parte in posizione economica forte si approfitti della situazione di squilibrio, ha esteso l'applicazione del principio di buona fede soprattutto nella fase precontrattuale, assegnando rilievo al comportamento delle parti anche ai fini della validità del contratto, e sanzionando con la nullità il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura di attività produttive. La giurisprudenza ha peraltro attribuito alla fattispecie prevista dalla norma un'applicazione generale, «che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura»<sup>366</sup>

La diffusione di discipline volte a riequilibrare le posizioni di mercato asimmetriche ha indotto la dottrina ad ipotizzare l'emersione di un “terzo contratto”, ovvero un contratto diverso ed ulteriore rispetto ai modelli generali del contratto di diritto comune e del contratto fra professionisti e consumatori, che disciplinerebbe i rapporti contrattuali tra imprenditori in posizione di squilibrio<sup>367</sup>.

---

<sup>363</sup> F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., 47.

<sup>364</sup> M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello “istituzionalismo debole”*, cit., 677.

<sup>365</sup> Art. 9 Legge 18 giugno 1998, n.192, come modificato dalla L. 5 marzo 2001 n. 57, *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*. Si veda, con riferimento alla norma in esame, P. DORIA, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2007, 12. Per una rassegna critica della giurisprudenza della Cassazione su tale norma si vedano M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 1, 1; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transpica*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, 370.

<sup>366</sup> Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. It.*, 2012, 10, 2054.

<sup>367</sup> R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, XII; G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto, L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, Il Mulino, 2008; E. MINERVINI, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, 5, 493.

Alle sopra citate discipline si sono affiancate sempre più numerose regole imperative tese a disciplinare l'attività sul mercato delle imprese soprattutto nella fase promozionale e precontrattuale, spesso non accompagnate da espresse sanzioni per la loro violazione. Tali norme hanno indotto parte della dottrina ad ipotizzare la configurabilità di una "nullità innominata di protezione", ovvero «una nullità desumibile *ope interpretationis* dalla violazione di una regola di correttezza o di trasparenza»<sup>368</sup>, che inciderebbe in definitiva sulla struttura dell'atto.

Una dottrina, pur minoritaria, ha ritenuto che le suddette previsioni normative che comminano la sanzione dell'invalidità di clausole di contratti asimmetrici violative di regole di condotta abbiano reso ammissibile nell'ordinamento positivo la sindacabilità della regola negoziale alla stregua della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366<sup>369</sup>. In quest'ottica, «la clausola generale di buona fede non sarebbe, quindi, solo una fonte di integrazione del contratto, idonea ad arricchire il regolamento negoziale incompleto, ma rappresenterebbe anche un vero e proprio limite dell'autonomia privata, in grado non solo di adeguare il regolamento negoziale all'interesse dei contraenti o persino a più generali esigenze di carattere sociale, ma finanche di condizionarne la validità»<sup>370</sup>. Sono stati così messi in discussione alcuni principi fondamentali del diritto civile, come il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso ed il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede<sup>371</sup>.

Secondo la tradizionale ripartizione, da una parte vi sono le norme volte a verificare la conformità del negozio allo schema legale e dall'altra quelle dirette a verificare la liceità della condotta<sup>372</sup>. Le prime hanno lo scopo di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici e quindi non tollerano l'ingerenza di clausole generali, come la buona fede, aventi lo scopo di correggere lo

---

<sup>368</sup> G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 732; S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009,11, 1040. Sul significato dell'imperatività nel contesto della nullità virtuale si veda G. MASTROPASQUA, *art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 1, 49

<sup>369</sup> A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 435.

<sup>370</sup> A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it), 2010, 6.

<sup>371</sup> G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 732; ID. *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977

<sup>372</sup> Sulla tradizionale ripartizione tra regole di validità e regole di condotta si veda V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1963. Si veda anche un recente contributo sulla questione: A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 435.

*ius strictum* per superiori fini di giustizia sostanziale, fungendo da criterio valutativo di un comportamento, non di regola negoziale<sup>373</sup>. Inoltre, nel modello tradizionale, la nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418, primo comma, si applica solo in caso di conflitto tra una regola del contratto e la regola imperativa, non rilevando in tal senso il comportamento tenuto in occasione del contratto<sup>374</sup>, e la violazione della regola imperativa di condotta può semmai incontrare la sanzione dell'annullabilità<sup>375</sup>. Lo schema classico si fonda quindi sul principio di non interferenza tra regole di validità, norme che prescrivono requisiti formali o sostanziali, legalmente predeterminati, la cui osservanza incide esclusivamente sul piano dell'efficacia giuridica e regole di comportamento o di responsabilità le quali attengono, invece, al mancato rispetto di norme imperative di condotta, cui l'ordinamento reagisce di regola attraverso l'obbligo di risarcire il danno<sup>376</sup>.

La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha avallato la suddetta formulazione, mantenendo ferma la netta distinzione tra il piano della validità delle clausole contrattuali e quello del comportamento esecutivo delle parti. In particolare, la Cassazione si è espressa in relazione alla disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare, che impone all'intermediario il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente sia nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria sia nella fase esecutiva di esso. Dopo aver stabilito che tali norme hanno natura imperativa<sup>377</sup>, la Corte ha escluso che la

---

<sup>373</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit. 169.

<sup>374</sup> G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 808 – 811.

<sup>375</sup> G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto. (Dal c.c. del 1865 al c.c. del 1942)*, cit., 367-393.

<sup>376</sup> Sul principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento si veda V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1963. Si vedano anche A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 432 – 509; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, Utet, 1962, 164 - 173; R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 575. Sulle regole di responsabilità si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, Utet, 1968, 628.

<sup>377</sup> Sul concetto di norma imperativa ai fini della nullità si veda A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, 305. L'Autore considera anacronistica la ricostruzione della nullità come strumento volto esclusivamente a impedire che l'esercizio dell'autonomia contrattuale si svolga in contrasto con l'interesse generale, ossia con le ragioni dei terzi e afferma che «l'imperatività non può, infatti, ritenersi fondata su elementi che preesistono alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione delle conseguenze previste in caso di violazione. Attraverso la nullità, del resto, l'ordinamento non soltanto nega valore vincolante al

relativa violazione potesse comportare la nullità delle clausole negoziali per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso, affermando che la contrarietà a norme imperative come causa di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., postula che tale contrarietà «attenga ad elementi “intrinseci” della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto»<sup>378</sup>.

La Cassazione ha poi confermato l'estensione della rilevanza ai fini risarcitori dei canoni di buona fede e correttezza anche in presenza di un contratto validamente concluso, respingendo la posizione di una parte della giurisprudenza precedente, che circoscriveva l'ambito di rilevanza della responsabilità contrattuale alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede avesse impedito la conclusione del contratto o avesse determinato la conclusione di un contratto invalido, sostenendo che dopo la stipulazione del contratto l'unica tutela del contraente sarebbe stata quella in tema di invalidità e di inefficacia del contratto.

È stato inoltre chiarito che l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c. non è limitato all'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, assumendo la norma il valore di una clausola generale «il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica un dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti

---

regolamento pattuito dai contraenti, ma prevede altresì una disciplina del contratto nullo, che è a sua volta sottratta al potere di disposizione delle parti, anche di quella a protezione della quale sia stata eventualmente stabilita».

<sup>378</sup> Si veda in tal senso Cass. Civ. Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro It.*, 2006, 1, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e Resp.*, 2006, 25, con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2006, 446, con nota di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Corr. Giur.*, 2006, 669, con nota di G. GENOVESI, *Limiti della “nullità virtuale” e contratti su strumenti finanziari*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 1, 897, con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Resp. Civ.*, 2006, 1080, con nota di F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità dell'intermediazione finanziaria*; in *Giur. It.*, 2006, 1599, con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del supremo collegio sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Impresa*, 2006, 1140, con nota di N. FACCHIN, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela dell'investitore*; in *Giur. Comm.*, 2006, 2, 626, con nota di C. E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *I Contratti*, 2006, 12, 1133 – 1143, con nota di V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*.

maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto (...) la violazione di tale regola di comportamento assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)»<sup>379</sup>.

La Corte a Sezioni Unite ha, in seguito, ribadito che l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale, può riflettersi, a determinate condizioni, anche sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e in ogni caso comporta responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale). Tuttavia, le violazioni delle regole di correttezza «non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> Cass. Civ., Sez. I., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

<sup>380</sup> Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro It.*, 2008, 3, 1, 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. Civ.*, 2008, 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Giust. Civ.*, 2008, 2775, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. Comm.*, 2008, 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*; in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 223 con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contratti*, 2008, 3, 229, con nota di V. SANGIOVANNI, *L'inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*; in *Società*, 2008, 4, 449 con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525 – 551, con nota di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) - la nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Contratti*, 2008, 1, 80, con nota di A. A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*; in *Contratto e Impr.*, 2008, 1, 1 con nota di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla Sezioni unite della Cassazione*; in *Danno e Resp.*, 2008, 11, 1073, con nota di S. LANDINI, *Obblighi di documentazione informativa e responsabilità civile*. Le Sezioni Unite hanno osservato, così



È stata così esclusa la plausibilità di un trascinamento della correttezza nell'ambito del giudizio di validità dell'atto. Il giudizio sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede è stato confinato ad un giudizio di responsabilità, chiarito che la violazione delle regole di condotta, comprese quelle di correttezza, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, è idonea a generare, salvo non sia altrimenti stabilito dalla legge, responsabilità civile e può essere causa di risoluzione del contratto, qualora si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale e non è pertanto idonea a provocarne la nullità.

### 3.5 Recenti sviluppi, l'abuso del diritto, il dovere di motivazione e la proporzionalità dell'esercizio dei poteri contrattuali come corollari del principio di correttezza

Negli ultimi anni il giudice civile ha attribuito un ruolo sempre crescente alla buona fede come dovere per la parte in un rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, fino ad attribuirle il ruolo di canone di valutazione dell'equilibrio e della proporzione del rapporto giuridico.

In un primo momento, la giurisprudenza ha qualificato la regola codificata di correttezza e buona fede che deve presiedere al comportamento delle parti nella fase d'esecuzione del rapporto obbligatorio (artt. 1175 e 1375 c.c.) come limite di diritto sostanziale ai rapporti giuridici, avallando l'elaborazione dottrina del concetto di buona fede in senso oggettivo e precisandone il ruolo come fonte di integrazione del contratto.

La Cassazione ha espressamente riconosciuto che «la buona fede si pone quale regola di comportamento vincolante le parti nell'esecuzione del rapporto. Essa opera “al di là” e “contro” le specifiche previsioni contrattuali, perché sorretta da un fondamento etico di solidarietà e, quindi, dotata dei caratteri tipici di una norma di ordine pubblico, sovraordinata ai poteri dispositivo delle

---

escludendo la percorribilità della strada di una generalizzazione, sul piano del diritto privato generale, degli esiti ermeneutici propri dei diritti secondari, che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». Per i precedenti contrasti giurisprudenziali si vedano G. BERSANI, *Brevi note in tema di violazioni da parte delle banche delle prescrizioni del Tuf nella vendita di obbligazioni. La previsione di nullità ex art. 1418 del codice civile alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Impresa*, 2007, 5, 698. Per un commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, si veda U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 9, 1005.

parti»<sup>381</sup>. Il giudice civile ha poi specificato che la buona fede, come principio di solidarietà contrattuale, si articola in due canoni di condotta, che attengono, rispettivamente, alla fase di formazione – interpretazione (art. 1337 e 1366 c.c.) ed alla fase d’esecuzione del contratto (1375 c.c.). Il primo si traduce nel dovere di lealtà; il secondo si concreta nel c.d. obbligo di salvaguardia. Questo secondo obbligo vincola ciascuna delle parti ad assicurare l’utilità dell’altra – al di là delle particolari previsioni negoziali e del dovere generale del *neminem laedere* – nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico: «il contraente, quindi, è tenuto ad agire, nell’esercizio dei poteri discrezionali che gli derivano dagli accordi, in modo da salvaguardare l’utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse e con l’interesse per il quale il potere gli è stato conferito»<sup>382</sup>.

La giurisprudenza successiva si è spinta ad affermare che la buona fede concorre alla formazione della *regola iuris* del caso concreto, determinando integrativamente il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l’interpretazione e l’esecuzione. In questa prospettiva, il valore normativo del principio di buona fede incide sulle clausole negoziali imponendo al giudice di apprezzarne la rilevanza nel caso concreto, in riferimento al comportamento tenuto dalle parti, ed adottare all’esito le congruenti determinazioni in ordine alle collegate domande di risoluzione e di risarcimento dei danni.

La Corte ha, quindi, affiancato le regole di correttezza al principio di legalità, affermando che, seppure la legge attribuisca nel caso concreto alla parte “piena libertà” nel determinare un elemento del contratto (in quel caso si trattava del prezzo in un contratto di compravendita), «essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall’osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l’interpretazione (art. 1366 c.c.) e l’esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui

---

<sup>381</sup> Cass. Civ., Sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro It.*, 1989, 1, 2750.

<sup>382</sup> Cass. Civ., Sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro It.*, 1989, 1, 2750.

ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio»<sup>383</sup>.

L'operatività del principio è stata quindi riconosciuta sia sul piano del comportamento del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cc) che sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 cc)<sup>384</sup>. La clausola di buona fede come fonte di integrazione del regolamento contrattuale e come specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale previsti dall'art. 2 della Costituzione è stata, pertanto, interpretata come limite di ogni situazione giuridica soggettiva di fonte negoziale ed ha iniziato ad essere concepita come criterio per misurare il potere delle parti e valutare oggettivamente l'equilibrio del sinallagma, a prescindere da specifici obblighi contrattuali<sup>385</sup> ed è stata riconosciuta la rilevanza autonoma ai principi di correttezza e buona fede rispetto al dovere extracontrattuale e generale del *neminem laedere*<sup>386</sup>.

Di recente, la Cassazione si è pronunciata in più occasioni sul principio di buona fede in relazione all'esercizio del diritto potestativo di recesso nei contratti di apertura di credito con la banca, aprendo la strada ad un'interpretazione della buona fede come canone che consente un sindacato sulla legittimità sull'esercizio del recesso. In un caso le modalità di esercizio in concreto del diritto di recesso sono state ritenute «del tutto imprevedute e arbitrarie» in relazione ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed alla normalità commerciale dei rapporti in atto e, pertanto, lesive dell'aspettativa legittima del correntista<sup>387</sup>. Successivamente, la Corte ha esteso tale principio anche ad ipotesi nelle quali il diritto di recesso era stato validamente pattuito dai contraenti, nella specie in un contratto di fornitura inserito nell'ambito di una più ampia regolamentazione della concorrenza tra due imprese attraverso la creazione di una nuova società. La Corte ha usato la figura dell'abuso del diritto, «individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l'altro i diritti che gli

---

<sup>383</sup> Cass. Civ., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775.

<sup>384</sup> Cass. Civ., Sez. II, 18 ottobre 2004, n. 20399.

<sup>385</sup> Cass. Civ., Sez. I, 13 gennaio 1993, n. 343; conf. Cass. Civ., Sez. I, 05 novembre 1999, n. 12310.

<sup>386</sup> Si veda sul punto specificamente Cass. Civ., Sez. I, 9 marzo 1991 n. 2053.

<sup>387</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca e borsa, e tit. cred.* 1997, II, 648; Cass. Civ., Sez. I, 14 luglio 2000 n. 9321, con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Il corriere giuridico*, 11, 2000, 1479 – 1488.

derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati»<sup>388</sup>, concludendo che il giudice di merito dovesse valutare la corrispondenza a buona fede delle modalità di esercizio del diritto di recesso nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra la parti.

L'affermata costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza ha portato la giurisprudenza ad attribuire alla clausola generale una «forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale» e consentendo al giudice un controllo sullo statuto negoziale «anche in senso modificativo o integrativo»<sup>389</sup>. Muovendo da tale assunto, in un caso afferente alla parcellizzazione o frazionamento della pretesa creditoria, la Cassazione ha ravvisato l'abuso nella condotta del creditore destinata ad aggravare la posizione debitoria senza una utilità oggettivamente valutabile.

Questo filone giurisprudenziale ha dato nuovo impulso al dibattito sul divieto di abuso del diritto<sup>390</sup>. La nozione di abuso del diritto, pur essendo particolarmente controversa, appare utile alla

---

<sup>388</sup> Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Impresa*, 2004, 317. È stato osservato come nel caso di specie, a differenza dai casi precedenti, l'abusività dell'esercizio del diritto di recesso non è data dalla lesione della legittima aspettativa a che l'altra parte tenga un comportamento conforme alla normale pratica dei rapporti commerciali, bensì deriva dalla lesione della legittima aspettativa di una parte a che l'altra non ponga in essere immotivatamente comportamenti incompatibili con il complessivo disegno economico che si è deciso di realizzare, attraverso la stipulazione di una pluralità di contratti che non possono trovare esecuzione l'uno indipendentemente dall'altro: così V. TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contratto e Impr.*, 2005, 3, 579

<sup>389</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro It.*, 2008, I, 1514; in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 4, 461 con nota di A. FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 3, 335, con nota di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 3, 345, con nota di T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle Sezioni Unite*; in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 5, 1437, con nota di M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*; in *Giur. It.*, 2008, 4, con nota di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 347, con nota di A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*. Si veda infine P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corriere Giur.*, 2008, 6, 745.

<sup>390</sup> Sull'abuso del diritto la dottrina è sconfinata. Si vedano, tra i molti, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 18 – 37; S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 168; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963, 12; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, 1, 252; ID. *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir. XXIX*, Milano, Giuffrè, 1979; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, I, Torino, Utet, 1987, 1 – 8. Di recente si vedano D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 1 – 22; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit.; C.

presente analisi per valutare l'incidenza dei principi di buona fede e correttezza nell'ambito delle potestà di diritto comune. La dottrina ha evidenziato il legame tra la teoria dell'abuso la nozione di potere, la quale esprime quelle di ordine, legittimazione e competenza, consumandosi l'abuso quando questi ultimi sono violati. È stata posta in luce la differenza tra le formule "abuso di diritto" e "abuso di potestà". L'abuso di potestà è stato qualificato come deviazione dallo scopo nell'ambito dell'esercizio di poteri discrezionali, la cui concreta attuazione risponde all'esercizio del diritto secondo una "giusta causa", dove la logica non è la deviazione dallo scopo della norma attributiva della pretesa e della libertà di agire, bensì piuttosto quella dell'attribuzione di un potere di per sé esercitabile solo se motivato. La nozione di abuso di diritto presuppone, invece, l'interazione tra due sfere che esprimono posizioni di libertà. Un uso diverso del concetto è stato ritenuto «perfettamente inutile, perché non è dotato nemmeno di senso pragmatico o empirico»<sup>391</sup>.

La dottrina ha, inoltre, sottolineato come nel divieto di abuso del diritto emerge la duplicità dei piani di valutazione della condotta dei privati: «ad un primo ordine di valutazioni legato alla verifica del rispetto della norma così come definita in astratto, ossia al sindacato di liceità in senso proprio, si affianca un secondo ordine di valutazione incentrato sulla verifica della intrinseca congruenza della soluzione così ottenuta, ossia il sindacato di legittimità»<sup>392</sup>; essi, tuttavia, non sono scissi in momenti diversi, in quanto la determinazione delle finalità giuridiche previste dalla norma difficilmente può prescindere dalle modalità applicative concrete.

Di recente, la Corte di Cassazione, pronunciandosi sull'esercizio della facoltà di recesso *ad nutum* del concedente in un contratto di concessione di vendita<sup>393</sup>, ha utilizzato la figura dell'abuso del diritto come concretizzazione del principio di buona fede oggettiva giungendo

---

SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, 1, 5 – 14; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, Utet, 2012; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, 401 – 474; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 1, 75.

<sup>391</sup> D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 19.

<sup>392</sup> Per una recente ricostruzione delle diverse teorie sull'abuso del diritto ed il rapporto tra questo e la buona fede si veda F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., 75.

<sup>393</sup> La sentenza in esame ha definito il contratto di concessione di vendita come «contratto innominato, che si caratterizza per una complessa funzione di scambio e di collaborazione e consiste, sul piano strutturale, in un contratto - quadro o contratto normativo, dal quale deriva l'obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita, ovvero l'obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale». (Cass. Civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106).

ad ammettere la possibilità di un sindacato del giudice ordinario sulla ragionevolezza e la proporzionalità dell'esercizio dei poteri in ambito contrattuale<sup>394</sup>. Secondo questo orientamento, i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti, fino ad imporre alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte, ed a consentire al giudice un controllo anche in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale a garanzia di contemperamento degli opposti interessi.

Il giudice ha definito la figura dell'abuso del diritto come «utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore (...) ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»<sup>395</sup>. La Corte di Cassazione è arrivata ad ammettere la possibilità che il giudice di merito proceda ad un giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità in ambito contrattuale mediante il controllo dell'esercizio di un potere di recesso *ad nutum*, pur validamente previsto dalle condizioni contrattuali, al fine di valutarne le modalità ed i fini per i quali era stato esercitato, affermando che «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un

---

<sup>394</sup> Cass. Civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Resp. Civ. e Prev.* 2010, 2, 354 con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Giur. It.*, 2010, 4, 809 con nota di F. SALERNO *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*; in *Danno e Resp.*, 2010, 4, 347 con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 6, 653, con nota di F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*; in *Giur. Comm.*, 2011, 2, 295, con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Contratti*, 2010, 1, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*.

<sup>395</sup> La sentenza afferma che «gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte». (Cass. Civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit.)

suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato»<sup>396</sup>.

La posizione della Cassazione è stata oggetto di aspre critiche in dottrina. È stato evidenziato che l'interpretazione della buona fede come integrativa dell'assetto di interessi pattuito attribuisce al giudice la possibilità di un intervento sullo statuto negoziale non previsto da alcuna norma: «la buona fede, infatti, certamente impone che nel far la regola e nell'applicarla si sia corretti. Ma altrettanto certamente non impone che la regola liberamente contrattata debba avere un contenuto piuttosto che un altro. La buona fede nella formazione del contratto riguarda il modo di negoziarlo, non i contenuti negoziati. E non c'è articolo delle nostre leggi che dica una cosa simile. Tanto che, quando eccezionalmente interviene sul contenuto, il legislatore lo dice esplicitamente, imponendo clausole, o vietando clausole»<sup>397</sup>. Al di fuori delle ipotesi normativamente previste, vige il principio dell'autonomia e della libertà contrattuale, pertanto il principio di integrazione può al massimo sviluppare e completare la scelta negoziale con ciò che la legge, gli usi e l'equità vi collegano, non modificarla.

La Corte è stata quindi accusata di aver creato diritto. La concezione dell'abuso del diritto prospettata dalla Cassazione è stata ritenuta poco rigorosa, avendo trasformato la buona fede «in un irrocervo nel quale il bilanciamento degli interessi, che il giudice può fare mediante l'equità ma nelle ipotesi previste dalla legge, viene fatto scaturire, in maniera del tutto incongrua, dall'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede. Sospesa tra il bilanciamento degli interessi che essa stessa chiaramente intende fare, e la buona fede, la quale è solo fonte di obblighi tra le parti, la Cassazione mette insieme questi due piani irriducibili, finendo con l'affermare che “il principio di buona fede oggettiva impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli”; così trasformando l'autonomia privata in una funzione»<sup>398</sup>.

La giurisprudenza successiva ha ripreso il concetto di abuso del diritto come concretizzazione del dovere di buona fede nel caso di un locatore che si era avvalso dell'inadempimento del conduttore di pagare i canoni e aveva chiesto la risoluzione del contratto sulla base della gravità dell'inadempimento, pur essendo il locatore a sua volta debitore (a diverso titolo) del conduttore e

---

<sup>396</sup> Cass. Civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

<sup>397</sup> In questo senso A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. Civ. e Prev.* 2010, 2, 354.

<sup>398</sup> C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, cit., 493 – 494.

potendo, dunque, detrarre le somme dovute dal canone, realizzando agevolmente l'aspettativa creditoria<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. It.*, 2011, 4, con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*; in *Obbl. e Contr.*, 2011, 4, 263, con nota di F. TRUBIANI, *Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*



#### 4. I principi di buona fede, correttezza e diligenza nell'azione amministrativa

##### 4.1 Il ruolo della normativa di correttezza nell'attività amministrativa di diritto comune

Nello studio delle ricostruzioni teoriche dell'esercizio dei pubblici poteri nei confronti dei privati è stato evidenziato come non esistesse nel diritto amministrativo una disciplina analoga a quella privatistica delle obbligazioni, poiché si riteneva che i pubblici poteri imponessero e non stringessero obbligazioni. Questo aspetto ha fatto emergere l'esigenza di un'analisi dei principi che regolano il sorgere, le modificazioni soggettive ed oggettive e l'estinguersi degli obblighi sia dei privati, che delle amministrazioni, adottando «un atteggiamento che contempra prevalentemente l'amministrato»<sup>400</sup>. Dal punto di vista civilistico, l'obbligazione, definita come «sintesi di un rapporto che si qualifica dal lato attivo come una posizione di potere, che ha la struttura del diritto soggettivo, e dal lato passivo come una situazione di obbligo»<sup>401</sup>, conserva il suo carattere di istituto di diritto civile anche se qualificata come pubblica per la natura del soggetto attivo o passivo. La dottrina ha notato che il Consiglio di Stato ha utilizzato i principi buona fede e correttezza principalmente in casi relativi a fattispecie obbligatorie o contrattuali<sup>402</sup>. Nondimeno, l'applicabilità dei principi di buona fede e correttezza al soggetto pubblico ha avuto difficoltà ad affermarsi anche nel campo dell'attività di diritto comune, nella quale l'amministrazione opera mediante strumenti negoziali.

Tra le fonti delle obbligazioni, come noto, il codice civile prevede, accanto al contratto ed al fatto illecito, «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.). Sebbene in passato se ne dubitasse, la dottrina moderna tende ad includere il provvedimento e gli altri atti conclusivi di procedimento (come gli accordi di diritto pubblico previsti dagli artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990) tra le fonti di obbligazioni civilistiche<sup>403</sup>. L'atto conclusivo del procedimento può, infatti, produrre, laddove previsto, in capo all'amministrazione obblighi di dare, di fare o di non fare, come ad esempio nel caso dei

---

<sup>400</sup> M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., 162 – 163.

<sup>401</sup> R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XII, 1964, 917

<sup>402</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 42 – 44.

<sup>403</sup> A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1966; ID. *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 383 – 408.

provvedimenti ablatori reali che producono l'obbligo per l'amministrazione di pagare al proprietario l'indennità stabilita<sup>404</sup>.

Qualora, però, la fonte dell'obbligazione consista in un atto di esercizio di potestà pubblica la sua peculiare attitudine funzionale ha indotto la dottrina tradizionale a ritenere che l'applicazione di norme civilistiche, in particolare quelle relative all'attuazione del contenuto del dovere, potesse avvenire solo attraverso un procedimento analogico che, tuttavia, non permetteva l'inserzione di questi rapporti nel sistema del diritto civile<sup>405</sup>. Nell'impostazione classica, pur ammettendosi che l'amministrazione potesse essere titolare di obbligazioni derivanti dalle fonti di diritto comune, quanto da un'attribuzione normativa pubblica o da un atto amministrativo, si riteneva che «a fronte dei doveri istituzionali posti a carico dell'amministrazione nell'interesse della collettività il privato può avere al più un interesse legittimo all'annullamento degli atti in cui si esplica l'abusivo operato dell'amministrazione»<sup>406</sup>. Tale prospettiva sembra conforme all'idea che la caratteristica distintiva del potere amministrativo rispetto al potere negoziale sia l'essere attribuito solo per il perseguimento di un risultato di interesse collettivo e che la relativa disciplina presupponga che l'amministrazione possa disporre autoritativamente della sfera giuridica altrui. In quest'ottica il potere amministrativo è stato identificato con il completamento dei precetti legislativi generali e astratti in conformità di quanto il legislatore nelle stesse concrete circostanze avrebbe potuto disporre, mediante l'imposizione del vincolo interno del fine che deve essere perseguito dall'amministrazione<sup>407</sup>.

Echi di tali impostazioni si rinvengono anche nella giurisprudenza più recente. Ad esempio, sebbene in un caso, inerente alla fase esecutiva di una obbligazione del Comune, il Consiglio di Stato abbia ritenuto applicabili tutte le disposizioni di principio in materia di obbligazioni, ampliando peraltro i confini del dovere di agire secondo correttezza e buona fede, includendovi i comportamenti, pur non individuati dal legislatore che in relazione alle singole situazioni di fatto siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione del debitore<sup>408</sup>, in pronuncia di poco

---

<sup>404</sup> Si vedano in proposito V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 97 - 98; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 95 - 120.

<sup>405</sup> R. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., 917.

<sup>406</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 17.

<sup>407</sup> G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 196 - 197.

<sup>408</sup> Il Collegio ha quindi considerato illegittimo il comportamento del Comune che aveva imposto una sanzione per il ritardato pagamento di una rata di contributi connessi al rilascio della concessione di costruzione senza essersi

successiva, la stessa sezione del medesimo organo giudicante si è espressa in modo opposto. In quel caso, il giudice ha qualificato l'obbligo di pagare i contributi di urbanizzazione come "obbligazione di diritto pubblico", escludendone ogni connotazione negoziale, in ragione dell'obiettivo collegamento con la posizione del titolare della concessione edilizia, che la renderebbe sottratta alla disponibilità delle parti. Con tale argomentazione il Consiglio di Stato ha rifiutato di ammettere «la trasposizione in questo ambito dell'art. 1175 codice civile, che invece muove dal presupposto in cui le parti agiscano sulla base di una situazione giuridica riconducibile all'autonomia negoziale»<sup>409</sup>.

Un ulteriore e diverso orientamento, relativo a obbligazioni nascenti per legge, nel caso di specie di restituzione delle agevolazioni per effetto della revoca disposta per azioni o fatti ascrivibili all'impresa beneficiaria, pur ritenendo legittima l'applicazione degli interessi moratori da parte dell'amministrazione, ha affermato che l'omessa tempestiva verifica del possesso dei requisiti prescritti e il ritardo nel provvedere alla revoca, pur non costituendo causa di illegittimità del provvedimento «costituiscono comportamenti dell'amministrazione che potrebbero, semmai, ammettere una richiesta di risarcimento dei danni arrecati da provvedimenti legittimi e conseguenti a maggiori importi di interessi da pagare»<sup>410</sup>.

L'applicabilità dei principi di diritto comune non appare del tutto pacifica nemmeno quando la fonte dell'obbligazione sia un contratto stipulato dalla P.A. Pur costituendo manifestazione della capacità di diritto comune del soggetto pubblico, i contratti dell'amministrazione, come noto, presentano nella fase della formazione, dell'esecuzione e nelle successive eventuali fasi contenziose una regolazione in larga misura differenziata<sup>411</sup>. La finalizzazione dell'azione amministrativa al pubblico interesse implica da un lato che la formazione della volontà sia procedimentalizzata e

---

preventivamente adoperato per conseguire l'adempimento dell'obbligazione dal debitore principale e senza escutere il fideiussore. Cons. di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 32, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 6, 696 nota di D. CHINELLO, *Il dovere di correttezza della P.A. e le sanzioni per il ritardato pagamento dei contributi concessori*. Conf. Cons. di Stato, Sez. V, 3 luglio 1995, n. 1001.

<sup>409</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6295 in *Azienditalia, Fin. e Trib.*, 2004, 10, 564, con nota di G. ANDREASSI, *L'imposizione dei contributi di urbanizzazione secondo buona fede*.

<sup>410</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 29 agosto 2006, n. 5023. Si noti che nel caso di specie il ricorrente non aveva chiesto il risarcimento, pertanto l'affermazione citata costituisce un *obiter dictum*.

<sup>411</sup> S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, 2° ed, Padova, Cedam, 1994, 37 – 62; B. MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2012, 12, 1498. Sull'evoluzione di alcune problematiche emergenti dalla giurisprudenza e dottrina in materia di contratti, si veda M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 51 – 93.

debba contenere almeno un atto amministrativo che evidenzi i motivi dell'operazione negoziale e ne consenta il sindacato, e dall'altro che nella fase dell'esecuzione permangano poteri dell'amministrazione di intervenire autoritativamente sul rapporto, giustificati dalla funzione di cura dell'interesse pubblico cui la prestazione oggetto del contratto è finalizzata<sup>412</sup>.

L'esercizio di poteri discrezionali da parte della P. A., anche nell'atto di avvalersi di strumenti privatistici, era inizialmente considerato un limite all'applicazione dei principi di buona fede e correttezza all'attività contrattuale pubblica<sup>413</sup>. La giurisprudenza, in un primo momento, negava che l'amministrazione fosse tenuta a rispettare doveri di lealtà precontrattuale (ad esempio in caso di mancata comunicazione all'aspirante in sede di trattativa privata delle intese in corso con altri e delle proposte fatte ad altri). Il Consiglio di Stato escludeva l'applicabilità delle regole civilistiche persino ai procedimenti di trattativa privata, caratterizzati da maggiore libertà di forme, considerandoli semplicemente procedimenti nei quali sussiste una più ampia discrezionalità in capo alla P.A., a fronte della quale il privato aveva esclusivamente un interesse legittimo all'annullamento dell'atto lesivo<sup>414</sup>.

Non essendo al tempo prevista la proponibilità di azioni di responsabilità civile in sede di giurisdizione amministrativa, il giudice ne dichiarava l'inammissibilità, tanto ove fosse enunciata espressamente, quanto ove fosse "dissimulata" in una censura di eccesso di potere<sup>415</sup>. Nello stesso senso, la giurisprudenza civile, usando impropriamente la nozione di discrezionalità, ha inizialmente escluso l'applicazione di regole elastiche di comportamento cui dovrebbe essere sottoposto il soggetto pubblico, indipendentemente dalla diversa valutazione della legittimità o meno dell'esercizio del potere discrezionale<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 50. Si veda sui limiti generali all'attività contrattuale della P.A.: S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 73 – 123.

<sup>413</sup> In dottrina si escludeva la configurabilità di una *culpa in contrahendo* della P.A. per lesione dell'affidamento del contraente privato, atteso che il tradizionale riparto di giurisdizione non consentiva un accertamento del giudice ordinario sulla condotta degli organi pubblici nella sfera della discrezionalità amministrativa, in tal senso si veda R. ALESSI, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, II Ed., Milano, Giuffrè, 1951, 248.

<sup>414</sup> Per un'approfondita analisi delle caratteristiche della trattativa privata della P.A. in relazione ai doveri di correttezza e buona fede, si veda G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 98 – 178.

<sup>415</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561.

<sup>416</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 85.

La dottrina amministrativistica ha riconosciuto a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso l'incidenza dei doveri di buona fede nell'attività contrattuale dell'amministrazione, distinguendo la fase di deliberazione del contratto e di adozione di criterio di scelta del contraente, nella quale l'amministrazione esercita il proprio potere discrezionale, dalla fase successiva del procedimento contrattuale nella quale «il comportamento dell'amministrazione è regolato interamente dal principio della buona fede, in quanto comportamento di diritto privato comune»<sup>417</sup>. La stessa dottrina ha altresì evidenziato l'incidenza delle clausole generali anche nell'attività discrezionale dell'amministrazione qualora si configuri, oltre ad un'illegittimità dell'atto, altresì un illecito civile, atteso che in questi casi l'amministrazione si presenta non più come autorità bensì come soggetto di diritto comune, sottoposto alle regole di correttezza e buona fede<sup>418</sup>. È stato affermato che «la rivalutazione, sia pure prudente, delle clausole generali induce, per l'obbligazione pubblica, a ripensare criticamente tutta la serie di deroghe al regime dell'obbligazione, per solito date per scontate»<sup>419</sup>.

Nello stesso periodo, il giudice ordinario ha iniziato ad ammettere l'applicabilità alla P.A. dell'art. 1338 c.c. sull'obbligo di comunicare alla controparte una causa di invalidità del contratto a pena di risarcire la parte che abbia confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto<sup>420</sup>, e dell'art. 1337 c.c. sull'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto<sup>421</sup>. In seguito, la Cassazione ha stabilito che «la responsabilità precontrattuale della P.A., è configurabile in tutti i casi in cui l'Ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti

---

<sup>417</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrativa pubblica*, estratto da *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, 1963, ora in *Scritti*, V, 1963 – 1969, Milano, Giuffrè, 2004, 183. Per l'applicabilità de principio di buona fede nelle trattative precontrattuali della P.A. si è espresso altresì: C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 190.

<sup>418</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrativa pubblica*, cit., 154 – 185.

<sup>419</sup> P. RESCIGNO, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, cit., 1988, 638.

<sup>420</sup> Cass., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro It.*, 1962, 1, 96, e 1165 con nota di L. BIGLIAZZI GERI, *Sulla responsabilità per alienazione di un bene demaniale*; in *Foro Pad.*, 1962, 1, 1359, con nota di F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*.

<sup>421</sup> Cass., 28 settembre 1968, n. 3008, in *Foro It.*, 1969, I, 966. Sulla responsabilità precontrattuale della P. A. si vedano A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)* in *Dig. It., Disc. Priv.*, IV ed., XVI, Torino, Utet, 1997; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, IV ed., I, Bologna, Monduzzi, 2005.

con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A., nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. Pertanto, è stato sancito che spetta al giudice ordinario accertare, sia pure con estrema cautela, la sussistenza della suddetta responsabilità, qualora la P.A., con il suo comportamento, abbia ingenerato nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento, poi andato deluso in ordine alla conclusione del contratto»<sup>422</sup>, chiarendo che il relativo accertamento rientra nei poteri del giudice ordinario essendo volto a stabilire non se la P.A. si sia comportata da corretto amministratore, ma da corretto contraente.

Una volta ammessa in via di principio l'applicabilità dei doveri di correttezza e buona fede all'attività contrattuale e precontrattuale dell'amministrazione rimanevano da stabilirne i limiti e le condizioni. Per lungo tempo la giurisprudenza ne ha confinato l'applicazione ai soli casi in cui l'amministrazione agisse *iure privatorum*<sup>423</sup>.

Nell'ambito dei procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici si limitava l'operatività dei principi di correttezza ai casi in cui l'amministrazione sceglieva il contraente secondo la procedura della trattativa privata, potendo in quei casi parlarsi di "parte" del contratto e rientrando tale condotta nel sindacato del giudice ordinario. Solo in queste ipotesi la P.A. «agisce in posizione del tutto paritetica con il privato, senza far uso di poteri in qualche modo autoritativi, ponendo in essere una attività negoziale assolutamente libera e svincolata da un qualsiasi schema procedimentale»<sup>424</sup>. Esclusivamente in tali ipotesi di attività negoziale della P.A. si riteneva sorgere in capo al privato candidato non un interesse legittimo, bensì un diritto soggettivo, che ne consentiva il sindacato da parte del giudice ordinario. Per le altre procedure di gara ad evidenza pubblica (asta pubblica, licitazione privata ed appalto concorso), la giurisprudenza ha ammesso la responsabilità civile solo nella fase successiva alla stipulazione del contratto, sino al completamento del controllo pubblico

---

<sup>422</sup> Cass. Civ., Sez. I, 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Giur. It.*, 1987; in *Finanza Loc.*, 1989, 195

<sup>423</sup> Per una disamina delle pronunce sulla buona fede in materia di contratti della P.A. si veda E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 371 – 387.

<sup>424</sup> Tra le molte si vedano Cass. Civ., Sez. Un., 06 ottobre 1993, n. 9892 e Cass. Civ., Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10296, in *Giur. It.*, 1995, 1, con nota di D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*; Cass., Sez. Un., 5 dicembre 1995, n. 12523, in *Corriere Giur.*, 1996, 294, con nota di F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P. A. tra schemi privatistici e moduli procedimentali*; Cass., Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. It.*, 1998, I, 570, con nota di S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*

sullo stesso, considerato condizione sospensiva dell'obbligazione dell'amministrazione<sup>425</sup>, affermando che nella fase pubblicistica precedente il privato partecipante alla gara è titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta ad opera della pubblica amministrazione, e non di un diritto all'osservanza delle regole di buona fede<sup>426</sup>.

Con il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo da parte della giurisprudenza e la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture «svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»<sup>427</sup>, nonché di «tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali»<sup>428</sup>, la responsabilità precontrattuale è stata ammessa in tutte le procedure di appalto pubblico e le norme di correttezza prescritte dal diritto comune sono state imposte all'amministrazione, affianco alle norme sull'interesse pubblico<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> Sull'evoluzione giurisprudenziale sulla responsabilità precontrattuale si veda G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 171- 176.

<sup>426</sup> Per una critica alla limitazione della responsabilità civile dell'amministrazione nei contratti pubblici si veda G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986, 115 e ss.

<sup>427</sup> Art. 6 L. 21 luglio 2000 n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa. Pubblicata nella Gazz. Uff. 26 luglio 2000, n. 173.

<sup>428</sup> Art. 7, co. 3 L. 6 dicembre 1971 n. 1034, prima sostituito dall'art. 35, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente dall'art. 7, L. 21 luglio 2000, n. 205, ora abrogato dal numero 23) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento e recepito nel codice del processo amministrativo.

<sup>429</sup> In un primo momento la giurisprudenza aveva affermato la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nei casi di rottura delle trattative nell'ambito di una trattativa privata non giustificata da ragioni fondate, conosciute o conoscibili all'altra parte o, comunque, economicamente e giuridicamente apprezzabili. Si vedano in questo senso T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 1249, con nota di F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. dopo la sentenza n. 500/99*. La responsabilità precontrattuale era riconosciuta altresì in casi in cui la P.A. ha tenuto aperte trattative che sicuramente non potranno avere esito positivo poiché il contratto è già stato stipulato con altro soggetto. Cons. di Stato, Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 2, 199, con nota di G. M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*; in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1235, con nota di S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205/2000*.

La giurisprudenza ha così riconosciuto che «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)»<sup>430</sup>. Oltretutto, l'accertamento di tale forma di responsabilità non è preclusa dall'accertamento della legittimità del provvedimento di ritiro in autotutela<sup>431</sup>.

Appare in questo senso confermata l'idea che, nell'ambito dell'attività contrattuale della P.A., «al diritto pubblico spetta definire i poteri discrezionali necessari secondo i principi di ragionevolezza, proporzionalità, efficienza ed economicità per il raggiungimento degli obiettivi prestabiliti e al diritto civile compete invece, sempre nell'ottica del raggiungimento di quegli stessi obiettivi, il compito di definire istituti e principi, clausole generali e regole di chiusura, valevoli per entrambi le parti del rapporto»<sup>432</sup>. In questa prospettiva, il diritto comune applicabile ai contratti pubblici deve emergere in combinazione con i principi necessari alla funzionalizzazione dell'agire in un'ottica di garanzia per la controparte privata per riequilibrare la disparità delle posizioni negoziali.

La giurisprudenza ha riconosciuto che il principio generale di buona fede comporta l'onere per l'amministrazione di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento<sup>433</sup>. In numerose sentenze il Consiglio di Stato ha affermato la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per gli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica, con violazione dei doveri di lealtà e di buona fede affermati dall'art. 1337 c.c., pur riconoscendo la legittimità

---

<sup>430</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 05 Settembre 2005, n. 6, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 69, con nota di I. FRANCO, *La responsabilità precontrattuale della P.A. nei «lavori in corso» per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione* e con nota di E. RAGANELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. nei «lavori in corso» per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*. Si veda inoltre F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 35 – 45.

<sup>431</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 05 Settembre 2005, n. 6; conf. Cons. di Stato, Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245. In senso analogo, ma con riferimento all'annullamento d'ufficio, Cons. di Stato, Sez. V, 30 dicembre 2011, n. 7000

<sup>432</sup> S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 134 – 135.

<sup>433</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3536, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 2375.



dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nell'ultimo provvedimento amministrativo, ma della correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, affermando l'invocabilità dell'art. 1337 anche qualora vi sia stata la stipulazione del contratto<sup>434</sup>.

Non sono, tuttavia, mancate pronunce che, anche a seguito del riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, hanno negato la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni subiti dal contraente a causa dell'annullamento di un bando di gara illegittimo ed al conseguente annullamento dell'aggiudicazione. Il Consiglio di Stato in alcune pronunce ha affermato che le specifiche ragioni di pubblico interesse si configurano come "necessariamente preminenti" su quelle fatte valere dal privato<sup>435</sup>, ed ha talora qualificato i principi di buona fede e correttezza come «parametri propri ed esclusivi della autonomia privata e risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo. Buona fede e correttezza, in altri termini, sono parametri di comportamento dei soggetti privati alla cui stregua il giudice ordinario risolvere i conflitti inter soggettivi nascenti dal loro mancato rispetto»<sup>436</sup>. Tale pronuncia ha ritenuto l'applicazione di tali principi incompatibile con il modello di sindacato tipico del giudice amministrativo, volto ad un controllo di legalità delle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, attraverso l'utilizzazione della figura sintomatica dell'eccesso di potere, sfociante nell'eventuale annullamento dell'atto<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 02 settembre 2011, n. 4921, in *Foro Amm. CDS*, 2011, 9, 2811; Cons. di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790, in *Danno e Resp.*, 2014, 5, 552, con nota di G. GINA, *La responsabilità precontrattuale della P.A. è "da comportamento"*.

<sup>435</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Giur. It.*, 2003, 4; in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, 566, con nota di R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*.

<sup>436</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, cit.

<sup>437</sup> Il Consiglio di Stato ha così annullato la sentenza del Tar che aveva individuato i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento come limite insuperabile alla discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione del contraente e nella successiva conclusione dell'accordo e ne aveva tratto la conseguenza che, sebbene l'annullamento del bando a seguito dell'aggiudicazione provvisoria fosse legittimo, era configurabile una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. Cons. di Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, cit.

Anche in sentenze più recenti si continua ad affermare che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, atteso che nella fase precedente alla sua individuazione gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, come se la responsabilità civile non fosse stata estesa alla tutela degli interessi legittimi, ma fosse ancora connessa esclusivamente alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto<sup>438</sup>.

Un altro ampio settore nel quale l'amministrazione agisce mediante lo strumento contrattuale è quello del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni privatizzate. In tale campo il giudice ordinario ha adottato un modello di sindacato sulle scelte unilaterali e discrezionali dell'amministrazione parametrato, oltre che sui limiti imposti da una fonte di legge e dalla contrattazione collettiva, sull'applicazione dei principi di correttezza e buona fede, evitando l'impiego di modelli pubblicistici per inquadrare le fattispecie<sup>439</sup>. La Cassazione ha, infatti, più volte ribadito il principio secondo il quale «nel pubblico impiego contrattualizzato la P.A., nella sua qualità di datore di lavoro esercita poteri privatistici: gli atti di gestione del rapporto devono, pertanto, essere valutati secondo gli stessi parametri che si utilizzano per il datore di lavoro privato e non è applicabile in materia alcuna disposizione della legge 7 agosto 1990, n. 241; in particolare deve ritenersi che gli atti della P.A. devono essere conformi ai principi generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., letti in correlazione con il principio di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost.»<sup>440</sup>.

D'altra parte il giudice amministrativo, in una questione relativa ad una procedura concorsuale per l'accesso a funzioni più elevate, ha affermato essere in atto «un lento e costante processo di osmosi (...) fra principi di diritto pubblico, che trovano piena ed incondizionata applicazione nell'ambito del rapporto di lavoro privatistico con le amministrazioni pubbliche e, simmetricamente, di quelli di diritto privato ex sé operativi nella fase prodromica e strumentale delle procedure concorsuali di provvista del personale. In caso contrario si darebbe vita ad un

---

<sup>438</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>439</sup> Per questa osservazione si vedano A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 204 – 205; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 213 – 222; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 49 – 55.

<sup>440</sup> Si veda, da ultimo, Cass. Civ., Sez. Lav., 26 gennaio 2015, n. 1328; conf. Cass. Civ., Sez. Lav., 22 agosto 2013 n. 19425; Cass. Civ., Sez. Lav., 17 settembre 2008, n. 23741, Cass. 18 febbraio 2005, n. 3360

regime giuridico assolutamente incoerente: il rapporto di gestione del personale dipendente con la P.A., che si è inteso privatizzare al fine di conformarlo ai criteri della flessibilità e dinamicità propri dei poteri datoriali privati, incontrerebbe maggiori limiti rispetto a quello che si esercita nelle procedure selettive dove più forte si avverte il bisogno di tutela piena ed effettiva». Il giudice amministrativo ha così valutato la legittimità delle operazioni concorsuali alla stregua dei principi di imparzialità e trasparenza, «a cui si aggiungono, con una sorta di *vis expansiva*, quelli (della comune disciplina di diritto privato) della correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)» che investono il comportamento complessivo nelle operazioni concorsuali<sup>441</sup>.

La giurisprudenza in materia di pubblico impiego privatizzato è stata considerata in dottrina emblematica del diverso impianto concettuale usato dal giudice ordinario, improntato sul profilo del rapporto, rispetto a quello del giudice amministrativo, incentrato sull'aspetto del potere. Secondo parte della dottrina tale diversità deriva dalla peculiare struttura del potere privato, soggetto esclusivamente a limiti esterni pienamente conoscibili dal giudice, rispetto al potere pubblico, vincolato al perseguimento del fine pubblico ed ai principi che ne disciplinano le modalità di perseguimento<sup>442</sup>. In questa prospettiva correttezza e buona fede costituiscono principi tipici dell'autonomia privata, contrapposta alla discrezionalità, caratterizzati dalla neutralità rispetto alla direzione dell'azione<sup>443</sup>.

Secondo un diverso orientamento, la privatizzazione della tecnica di tutela (l'attribuzione della giurisdizione sul pubblico impiego al giudice ordinario) non avrebbe mutato l'oggettiva funzionalizzazione del potere discrezionale dell'amministrazione datrice di lavoro, ma al contrario avrebbe consentito di far emergere il profilo funzionale rispetto all'intera attività e non al singolo atto, permettendo un sindacato inquadrato nella logica rapporto, non mediato dalla priorità del potere<sup>444</sup>.

Infine, un'ulteriore opinione si è espressa nel senso che la giurisprudenza del giudice ordinario sul pubblico impiego, nel valutare l'adempimento degli obblighi di buona fede e

---

<sup>441</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 29 settembre 2003, n. 5495

<sup>442</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., *passim*.

<sup>443</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 212 – 238.

<sup>444</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 213 – 222.

correttezza, replica parzialmente gli schemi del sindacato sull'eccesso di potere, pur non richiamandone i profili concettuali della funzionalizzazione del potere esercitato, facendo riferimento alla ragionevolezza, alla logicità delle scelte, giungendo a conclusioni non influenzate dal modello concettuale seguito dai giudici<sup>445</sup>.

#### 4.2 Buona fede e correttezza al di là delle obbligazioni e dei contratti della P.A. La rilevanza dei principi nella discrezionalità amministrativa

Per affrontare il tema del ruolo dei principi di diritto comune nell'attività autoritativa della P.A. occorre una breve premessa sull'evoluzione della nozione di discrezionalità amministrativa. Come osservato in dottrina, «nella quasi totalità degli scritti che si occupano della discrezionalità amministrativa e dei suoi limiti si è affrontato il problema dei criteri di esercizio dell'azione amministrativa»<sup>446</sup> ma che la loro molteplicità, mutevolezza e adattabilità alla realtà sociale ne ha impedito una categorizzazione unitaria.

Nelle ricostruzioni tradizionali l'unico principio guida dell'attività discrezionale era considerato quello della migliore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico nel caso concreto<sup>447</sup>. In tale ottica, si affermava che il rispetto dei principi di buona amministrazione coincideva principalmente con il corretto apprezzamento del rapporto tra interesse pubblico perseguito e interesse individuale sacrificato e si distingueva tra norme di azione, disciplinanti la conformità all'interesse pubblico dell'attività amministrativa, e norme di relazione, inerenti ai rapporti e ai conflitti di interesse tra l'amministrazione e il cittadino<sup>448</sup>. La violazione delle prime avrebbe come conseguenza l'invalidità dell'atto, mentre la violazione delle seconde, comportando un'indebita invasione nella sfera giuridica del cittadino e, quindi, la lesione di un diritto, l'illiceità<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 54 – 62.

<sup>446</sup> A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 53 – 54.

<sup>447</sup> Si riteneva che «nell'emanare il provvedimento l'autorità deve esclusivamente ispirarsi al soddisfacimento dell'interesse pubblico; non solo quindi è vietata l'emanazione di provvedimenti miranti a soddisfare interessi particolaristici o privati, ma, qualora, fra gli interessi privati e quello pubblico, è quest'ultimo che deve prevalere sui primi.», così: P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968, 32.

<sup>448</sup> E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, XX, 1942, ristampa del 1994, 13 – 25.

<sup>449</sup> E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, XX, 1942, ristampa del 1994, 30 – 32.

Nelle ricostruzioni più remote si riteneva che si potesse giungere ad identificare l'attività discrezionale con «un'attività intellettuale, avente ad oggetto la precisazione dei concetti vaghi adoperati dalla norma o, come con altra formula si può dire, la determinazione del significato e del valore concreto della disposizione da applicare in relazione all'azione da compiere»<sup>450</sup>. Partendo dal presupposto che l'interesse pubblico da perseguire deve essere specificato in una norma di legge, si riteneva che la distinzione tra le norme di diritto privato e di diritto amministrativo implicasse una diversa rilevanza dell'interpretazione nei due ambiti. Si riteneva che mentre le norme di diritto privato normalmente concedono facoltà il cui esercizio è rimesso all'arbitrio del loro titolare che è libero di farne un cattivo uso, diversamente le norme di diritto amministrativo pongono un vincolo nel fine e, quindi, richiedono un'interpretazione cosiddetta “di secondo grado”, non solo per stabilire se vi sia un potere discrezionale, ma anche per stabilire se di esso si faccia un uso contrario o estraneo alla finalità della norma cui fa capo, interpretazione spettante all'autorità amministrativa e preclusa al giudice<sup>451</sup>.

I successivi approfondimenti sulla discrezionalità amministrativa hanno superato la formula generica di “completamento della norma giuridica da parte dell'agente che applica la norma elastica o imprecisa”<sup>452</sup>, riportandola al suo significato originario di interpretazione, integrazione o accertamento del fatto rispetto alla norma<sup>453</sup>.

La discrezionalità amministrativa è stata così sottratta dall'ambito dalle manifestazioni dell'attività interpretativa<sup>454</sup> ed è stata ricondotta alla valutazione dell'interesse attribuito alla cura funzionale dell'autorità ed identificata con la «sostanza più squisita dell'attività amministrativa»

---

<sup>450</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 70. Sulle teorie che costruivano concettualmente l'amministrazione come applicazione della legge ovvero come risposta agli interessi collettivi nei soli limiti della legge, si veda F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 130 – 131.

<sup>451</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, 2° ed., Milano, Società editrice libraria, 1906, 17.

<sup>452</sup> Sulle categorie dogmatiche elaborate in dottrina per caratterizzare le norme attributive della discrezionalità secondo le varie teorie delle norme disgiuntive, delle norme permissive, dei concetti indeterminati, dei giudizi di valore e degli indizi, si veda P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968, 25 – 27.

<sup>453</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 66. Sulle radici isituzionaliste-dualiste e normativiste-moniste della dottrina giuspubblicistica italiana sul concetto di discrezionalità si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 739 – 778.

<sup>454</sup> F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 4, 1046.

quale cura degli interessi pubblici assunti come fini dello Stato<sup>455</sup>. Essa costituisce, in quest'ottica, «un'attività non meramente esecutiva, ma eminentemente valutativa»<sup>456</sup>. Il potere discrezionale è stato definito come «potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»<sup>457</sup> ed, in seguito, come ponderazione, comparazione e sintesi di più interessi secondari (pubblici e privati e collettivi) in ordine ad un interesse pubblico primario<sup>458</sup>.

È stata rielaborata la ricostruzione della discrezionalità che muoveva dall'adattamento dei concetti privatistici di causa o di motivi del provvedimento<sup>459</sup>. La nozione di causa del provvedimento discrezionale è stata intesa in un'accezione «relazionale» ed è stata definita come il nesso tra l'interesse essenziale da perseguire ed il contenuto dell'elemento discrezionale dell'atto, contenuto che può essere modificato dagli interessi secondari, entro i limiti del perseguimento dell'interesse essenziale. Si è così sottratto il sindacato sul contenuto discrezionale alla sfera del merito e si è aperta la strada ad una ricostruzione in termini garantistici del potere pubblico e delle situazioni giuridiche soggettive di diritto amministrativo<sup>460</sup>.

Il superamento delle concezioni più risalenti di discrezionalità amministrativa ha portato al riconoscimento della «costante indeterminatezza e concreta dipendenza del valore degli interessi –

---

<sup>455</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, ora in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 78.

<sup>456</sup> Sul rapporto tra il pensiero di Giannini e le teorie interpretative ed analitiche del diritto, si veda F. VIOLA, *Approccio analitico e approccio ermeneutico alla scienza del diritto*, in S. CASSESE (a cura di) *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, 369 – 398.

<sup>457</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, ora in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 52.

<sup>458</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, 2° ed., Milano, Giuffrè, 1988, 486 – 487.

<sup>459</sup> Per le ricostruzioni dell'atto amministrativo secondo le categorie privatistiche del negozio giuridico si veda F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 547 – 640. In particolare sull'accostamento del requisito della causa alla rispondenza dell'atto amministrativo all'interesse pubblico, id., 582 – 584. Una prima confutazione della tesi sulla natura negoziale del provvedimento si rinviene in: R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1941, 413 – 414, il quale ha escluso la coincidenza tra la nozione di provvedimento amministrativo e di negozio giuridico amministrativo pur riconoscendone una corrispondenza nelle sue linee generali. Sull'evoluzione della teoria del provvedimento si veda, tra i molti, F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1, 1995, 1 e ss.

<sup>460</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 183 – 191.

che guidano e orientano l'attività dell'amministrazione – dall'individuazione (e qualificazione) dei fatti della decisione»<sup>461</sup> e di un contenuto etico oltre che empirico alle decisioni amministrative<sup>462</sup>.

Tra i principi volti a guidare l'attività amministrativa discrezionale si includevano le regole della «buona amministrazione», della «correttezza amministrativa» e le regole etiche che interessano tutto il campo del diritto, non solo la discrezionalità. Tali regole erano tuttavia qualificate come non giuridiche, interessando il potere discrezionale in due sensi: quello di regolazione dell'attività intellettuale che in esso interviene e quello di disciplina del merito<sup>463</sup>. L'insindacabilità in sede di giudizio di legittimità delle norme extra giuridiche, ciononostante, non escludeva che tali norme ricorressero non solo nel merito, definito come «la ricerca, selezione e valutazione dei singoli interessi (...) ponderazione del valore comparativo degli interessi concorrenti», bensì anche nella discrezionalità come «ponderazione dell'opportunità relativa al modo di attuare un interesse essenziale in ordine alle modificazioni che esso subisce dalla presenza concorrente di interessi secondari»<sup>464</sup>, distinguendo il profilo della discrezionalità dal problema del giudizio sull'atto che ne costituisce esercizio. La discrezionalità amministrativa ha iniziato ad essere inserita nel problema del ruolo dei principi e dei giudizi di valore che guidano l'azione amministrativa; l'esercizio del potere ha iniziato ad essere valutato non rispetto a un fine predeterminato, bensì con riferimento alla modalità con la quale si è pervenuti alla scelta, sulla quale i principi assumono una rilevanza fondamentale<sup>465</sup>.

La dottrina successiva ha ulteriormente sviluppato il discorso sulla rilevanza dei principi nell'attività discrezionale della P.A. riconducendo l'eccesso di potere a «violazioni di quei principi e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico

---

<sup>461</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 76.

<sup>462</sup> Sulla distinzione tra significato empirico e significato etico delle decisioni amministrative si veda H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, (trad. di S. CIMMINO, sulla seconda ed. americana, 1957), III ed., Bologna, Il Mulino, 1979, 100.

<sup>463</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 83.

<sup>464</sup> In questa prospettiva, Giannini si discosta dalla tesi di Mortati, per la quale il merito è quell'attività regolata da norme extra giuridiche che intervengono nel fine politico: si veda M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, estratto da *Stato e Diritto*, Anno II, n. 6, 1941, ora in *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 353 – 354.

<sup>465</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 187 – 188.

amministrativo»<sup>466</sup>. I principi sono stati interpretati come «vere e proprie norme giuridiche e non principi di buona amministrazione» che «rappresentano le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta, e non determinano tale meta, neppure in quella forma generica ma concreta che è propria dei principi di opportunità»<sup>467</sup>. Il ruolo dei principi è stato così disancorato dalla disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo e ricondotto all'attività amministrativa come «condizione di legittimità della funzione amministrativa»<sup>468</sup>, funzione definita come potere nel suo farsi atto, attività amministrativa come specifica attuazione di un potere, relazione tra il potere e l'atto amministrativo, quindi come elemento sostanziale e non formale, pur rimanendo elemento estrinseco e non intrinseco all'atto<sup>469</sup>. La distinzione tra la funzione e l'atto ha consentito così di distinguere la violazione dei principi che regolano la funzione (vizi estrinseci all'atto) dai vizi degli elementi dell'atto (vizi intrinseci). Queste ricostruzioni, accompagnate da un rafforzamento del controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, hanno spostato il baricentro «dalla più risalente idea del supporto alle prerogative dell'amministrazione a impostazioni incentrate sulla difesa delle libertà e dei diritti degli amministrati»<sup>470</sup>.

È stata, quindi, superata l'idea di un fine pubblico interamente predeterminato da una norma e necessariamente prevalente rispetto ai diversi interessi coinvolti nel procedimento, ed è stato valorizzato il procedimento come «forma della funzione», funzione che ne rappresenta il contenuto<sup>471</sup>. L'interesse pubblico è stato in tal modo sganciato dalla struttura dell'atto ed è stata ipotizzata una ricostruzione della relazione tra amministrazione e soggetti privati che trovi origine nell'esercizio del potere amministrativo in termini di rapporto giuridico amministrativo sindacabile

---

<sup>466</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Dir. Pubbl.*, Napoli, Jovene, 1950, 5, 1, 22 – 26.

<sup>467</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 27.

<sup>468</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 29.

<sup>469</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 37. ID, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, 121. L'analisi funzionale del procedimento amministrativo si contrappone alla prospettazione strutturale proposta da A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

<sup>470</sup> M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, cit., 1318.

<sup>471</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 128.



dal giudice amministrativo. La funzione è stata considerata la sede di definizione della regola dell'agire dell'amministrazione nel caso concreto sulla base di norme *extra legem latae* che costituiscono i principi sulla funzione, principi che mirano a garantire non tanto la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, quanto la tutela del cittadino nel rapporto amministrativo<sup>472</sup>.

Gli studi sulla funzione e sul procedimento amministrativo hanno spostato l'attenzione dai profili dell'atto a quelli dell'attività<sup>473</sup>. La scelta discrezionale è stata concepita come processo di valutazione e di determinazione progressiva del valore significativo dei diversi fatti rispetto al tema di una futura decisione<sup>474</sup>. La decisione è stata interpretata come momento dinamico, ricompreso nell'arco dell'attività funzione, anteriore e logicamente distinto dal provvedimento<sup>475</sup>, la cui giustificazione «non può essere fondata su un semplice giudizio di rispondenza dello scopo effettivamente perseguito a quello tipico»<sup>476</sup>.

Il principio di legalità è stato, pertanto, interpretato come previa determinazione dei criteri generali dell'azione amministrativa al fine di garantire il rispetto dei principi di eguaglianza e di imparzialità previsti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione, e la determinazione dell'interesse pubblico concreto ha iniziato ad essere concepita come il risultato di una definizione data dall'autorità amministrativa mediante un giudizio secondo i criteri che presiedono all'attività della stessa<sup>477</sup>. Si è così passati a considerare il fine d'interesse pubblico, presupposto per la sussistenza di

---

<sup>472</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, 423.

<sup>473</sup> Si vedano in particolare gli studi sul procedimento di A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1 – 47; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118 – 145; ID., *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 1987; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.* 1980, 252.

<sup>474</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, ora in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>475</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 37. ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 121.

<sup>476</sup> F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Tomo II, Rimini, Maggioli, 1987, 787.

<sup>477</sup> E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 7.

discrezionalità e l'esclusione di autonomia privata in capo all'amministrazione<sup>478</sup>, non più come individuato a priori dall'ordinamento ma come interesse da definire con la partecipazione dei destinatari dell'attività amministrativa<sup>479</sup>.

Si è parlato di una tensione verso una concezione paritaria dell'amministrazione<sup>480</sup>, caratterizzata da un'estensione della garanzia individuale, non solo come difesa passiva dei diritti di libertà, ma come libertà attiva di partecipazione degli interessati all'azione amministrativa<sup>481</sup>. È stata, inoltre, ridefinita la distinzione tradizionale tra le norme di relazione considerate a tutela dell'interesse individuale e rilevanti sul piano della liceità, le norme di azione ritenute a tutela dell'interesse pubblico e rilevanti sul piano della legittimità e le norme non giuridiche che si riteneva incidessero sul potere amministrativo rilevando sul piano dell'opportunità<sup>482</sup>.

La dottrina ha evidenziato come l'attività pubblica necessariamente interferisce con gli interessi individuali, e che non è agevole stabilire se una norma disciplini *esclusivamente* l'attività pubblica oppure non stia contemporaneamente a *garantire* anche la libertà e i beni dei singoli<sup>483</sup>. In seguito è stato chiarito che la norma di relazione attributiva di diritti tutela non solo l'interesse privato, ma anche quello pubblico, che la norma di azione può regolare anche interessi privati e che la discrezionalità non è dominata solo da norme non giuridiche<sup>484</sup>. Si è così iniziato a concepire l'interesse legittimo come rapporto amministrativo, inclusivo dei mezzi di partecipazione del singolo all'esercizio del potere che concorrono a definire concretamente il potere, e da ciò si è tratta la conseguenza che «contrariamente a quanto si pensa, è il diritto soggettivo, nella sua absolutezza,

---

<sup>478</sup> In questo senso si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, II, 1988, 489.

<sup>479</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 153 – 154.

<sup>480</sup> F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., 1975.

<sup>481</sup> F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, 208.

<sup>482</sup> E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, XX, 1942, ristampa del 1994, 6 – 23.

<sup>483</sup> G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 32.

<sup>484</sup> M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Process.*, 1, Padova, Cedam, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004, 230.

la posizione irrelata (ci riferiamo, s'intende, ai diritti soggettivi fondamentali), mentre l'interesse legittimo si manifesta come una posizione tipicamente relazionale»<sup>485</sup>.

#### 4.3 Prime ricostruzioni della buona fede nel diritto amministrativo

Le evoluzioni del diritto amministrativo in senso garantistico hanno portato la dottrina ad interrogarsi sulla rilevanza delle clausole generali civilistiche anche nell'attività connotata dall'esercizio dei pubblici poteri da parte dell'amministrazione<sup>486</sup>. Alla vigenza della buona fede nel diritto amministrativo, tradizionalmente, si obiettava da un lato che la funzione della buona fede fosse assorbita da quella esplicitata dall'interesse pubblico e dall'altro che il principio sarebbe stato eventualmente applicabile ai soli rapporti paritari, al di fuori dell'ambito proprio del diritto amministrativo<sup>487</sup>.

Superata la «tradizionale ipervalutazione di un potere discrezionale d'imperio qualificato dal perseguimento di interessi pubblici» la dottrina, pur non negando la distinzione, né il riparto delle giurisdizioni, ha notato una sorta di avvicinamento tra pubblico e privato, «dove l'Autorità

---

<sup>485</sup> M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.* 1987, 5, 469.

<sup>486</sup> Si vedano in particolare: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 249 – 290; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.; ID. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit.; ID. *Buona fede e diritto pubblico*, cit., 261; ID. *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, cit.; ID. *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, cit.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit.; A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit.. Tra i contributi recenti si vedano A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, cit., 81 – 167; ID. *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit.; Si vedano infine i contributi di: G. SALA, F. MERUSI, S. COGNETTI, LUCA R. PERFETTI, A. ANGELETTI in *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1191 – 1230.

<sup>487</sup> L'affermazione risale a E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556. Per la ricostruzione di tale tesi si vedano F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit. ID. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., 115 e F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 39 – 44.

amministrativa non dovrebbe più sottrarsi a certe regole che costituiscono l'ossatura dell'attuale ordinamento ed a quelle che ad esse direttamente si ispirano»<sup>488</sup>, tra le quali i principi di buona fede e correttezza.

In un primo momento, la buona fede è stata inserita nel principio costituzionale di imparzialità nelle relazioni tra amministrazione ed amministrato come dovere che «discende dalla natura stessa dell'amministrazione imparziale»<sup>489</sup>. È stato così escluso che la buona fede debba necessariamente legarsi al concetto di “parte” in una relazione intersoggettiva. In questo senso la buona fede è stata collocata tra la dimensione della verità e quella della giustizia dell'amministrazione imparziale, come dovere per l'amministrazione di acquisire la verità e di mettere in pratica la verità ritenuta. In questi termini la buona fede è stata ritenuta ancora più necessaria nel diritto amministrativo caratterizzato da una disegualianza tra soggetti, nel quale si atteggierebbe in modo diverso rispetto al diritto privato, configurando essenzialmente il «dovere dell'autorità di favorire apertamente il soddisfacimento delle legittime esigenze delle parti, e dovere delle parti di portare il loro leale concorso al fine pubblico»<sup>490</sup>. Secondo questa tesi, la funzione della buona fede nel diritto amministrativo si rivela nel suo significato più pieno nei doveri di informazione e cooperazione incumbenti all'amministrazione nel procedimento, che manifestano la posizione di servizio verso i cittadini dell'amministrazione imparziale. Rispetto a questa ricostruzione è stato osservato come non sempre vi sia coincidenza tra buona fede e imparzialità, intesa come attività di un soggetto che considera imparzialmente le varie qualificazioni parziali, ponendo l'esempio di un bando di concorso che stabilisce un termine troppo breve per la presentazione delle domande, ipotesi nella quale l'amministrazione, pur rimanendo imparziale, violerebbe il principio di buona fede<sup>491</sup>.

L'approfondimento dottrinario sul tema dell'affidamento nel diritto pubblico ha fatto definitivamente emergere l'applicabilità principio di buona fede in dimensioni del diritto diverse dai rapporti bilaterali di diritto privato, osservando come tale regola di comportamento, considerata quale elemento qualificante l'abuso del diritto, sia prevista in ipotesi nelle quali «non è configurabile, né un negozio bilaterale, né un rapporto giuridico vero e proprio, ma al più un generico “contatto sociale”, che certamente non manca neppure fra la pubblica amministrazione e il

---

<sup>488</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit.

<sup>489</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 284

<sup>490</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 286 – 287.

<sup>491</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 58.

destinatario di un provvedimento amministrativo»<sup>492</sup>. Questa tesi, aderendo alla dottrina civilistica che ha definito la buona fede come principio generale del diritto, elaborato dal diritto romano ed intrinseco alla cultura giuridica occidentale, il quale integra in senso “verticale” tutte le fonti di diritto positivo esistenti, attesa non esaustività della produzione legislativa<sup>493</sup>, ha escluso che buona fede e affidamento derivino da una o più norme costituzionali, sostenendo che al contrario la buona fede è norma autonoma che può semmai trovare qualche implicazione in norme costituzionali<sup>494</sup>. In questa prospettiva la clausola generale di buona fede è stata considerata un *prius*, mentre l’eventuale problematica sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere un *posterius* dipendente. Sono state quindi criticate le dottrine che hanno “degradato” il principio di buona fede da norma autonoma a norma sull’esercizio del potere discrezionale<sup>495</sup>.

Partendo da questo presupposto, la dottrina citata ha indagato quella particolare manifestazione della buona fede che comporta la tutela del legittimo affidamento del destinatario generato dal comportamento (positivo e negativo) della P.A. nell’ambito di un previo rapporto tra amministrazione e destinatari dell’atto, distinguendola dal generico dovere di correttezza non riferito ad un precedente comportamento<sup>496</sup>. Analizzando la giurisprudenza amministrativa sugli atti di autotutela, si è evidenziato come il Consiglio di Stato fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso includesse tra i presupposti per la legittimità del provvedimento di annullamento d’ufficio la valutazione della situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario dell’atto, affermando che l’amministrazione è tenuta a rispettare i principi fondamentali dell’equità e della buona fede<sup>497</sup>.

---

<sup>492</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all’alternanza*, cit., 140.

<sup>493</sup> U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza* (1961), in *Diritti fondamentali e categorie generali*, Milano, Giuffrè, 1993, 669 e ss., in senso analogo si veda F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all’alternanza*, cit., 7.

<sup>494</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all’alternanza*, cit., 6.

<sup>495</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all’alternanza*, cit., 47. L’Autore fa riferimento alle tesi di A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 85, il quale a sua volta sviluppa le tesi di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1 – 47.

<sup>496</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all’alternanza*, cit., 120 – 129. L’Autore riconduce il legittimo affidamento ai principi di buona fede e correttezza.

<sup>497</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all’alternanza*, cit., 82.

Il principio di buona fede è stato, quindi, interpretato come regola che impone all'amministrazione la ponderazione fra l'interesse pubblico e la situazione di vantaggio generatasi a favore del privato destinatario, ossia l'interesse correlato all'affidamento. Nell'ambito dei principi che guidano l'esercizio del potere amministrativo (la cui violazione conduce all'illegittimità per eccesso di potere) si è affermata la distinzione tra principi logici (di ragionevolezza) e giuridici. A partire dall'analisi dello sviamento di potere, nato nell'ordinamento francese affianco all'abuso di diritto come risposta alla medesima esigenza di opporsi alla tendenza espansiva dei singoli diritti o poteri al fine di limitarne la portata alla luce di altre situazioni giuridiche normativamente tutelate, è stata criticata la dottrina italiana che ha tentato di ricondurre lo sviamento ai vizi di logicità ovvero che ha ricondotto l'intero fenomeno dell'eccesso di potere allo sviamento. Si è, quindi, giunti ad affermare che i principi sulla funzione (sulla fase procedimentale del «farsi dell'atto») messi in luce dalla giurisprudenza amministrativa sull'eccesso di potere possono ridursi ai principi *audi alteram partem* e di imparzialità, in particolare come obbligo di formalizzare alcuni passaggi della procedura amministrativa al fine di assicurare la *par condicio* degli interessati nell'acquisizione degli elementi per la decisione. È stato così escluso che la funzione si potesse considerare il *trait d'union* tra la ragionevolezza e i principi giuridici come la buona fede oggettiva.

Il principio di buona fede, secondo questa tesi, costituisce un parametro di giudizio che, come tutte le clausole generali, si presta in un giudizio di legittimità ad una verifica giudiziale per «sintomi» secondo la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'autore dell'atto<sup>498</sup>. Al tempo in cui era assente una disciplina positiva del rapporto procedimentale si ipotizzava infine che la buona fede potesse integrare la disciplina del procedimento per tutelare gli affidamenti eventualmente determinati dalla Pubblica amministrazione nel corso del procedimento, attenendo comunque alla decisione e non in quanto regola sull'esercizio della funzione<sup>499</sup>. La giurisprudenza, ed in seguito il legislatore, hanno poi accolto tale impostazione prevedendo espressamente, tra i limiti alla generale potere di autotutela della P.A., la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., 231 - 240

<sup>499</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., 276 - 277.

<sup>500</sup> Art. 21 *nonies* L. 7 agosto 1990 n. 241, inserito dall'art. 14, comma 1, L. 11 febbraio 2005, n. 15. Cons. di Stato, Sez. V, 03 febbraio 2000, n. 661 in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 4, 410 con nota di R. DALOISO, *Potere di autotutela e contratti pubblici*

Alla tesi illustrata è stato obiettato che l'identificazione della buona fede come principio integrativo della norma primaria sull'esercizio del potere non consentirebbe di superare l'antica obiezione che ricomprende la buona fede nell'interesse pubblico, poiché la tutela della buona fede sarebbe già realizzata tramite una corretta ponderazione degli interessi in conflitto<sup>501</sup>. Inoltre si è sostenuto che la distinzione tra buona fede soggettiva ed oggettiva accolta dallo studio sull'affidamento del cittadino tende a limitare la tutela della buona fede ad un precedente atto o comportamento della P.A. e che la buona fede non può essere ricondotta ad un principio integrativo della norma primaria, essendo stato utilizzato dalla giurisprudenza come criterio giustificativo di un comportamento contrario alla norma<sup>502</sup>.

Una diversa ricostruzione ha ricondotto la buona fede alle norme di azione, insieme alle regole procedimentali per la formazione degli atti amministrativi, caratterizzate dal fatto che, anziché regolare direttamente fatti o situazioni soggettive, attribuiscono il potere di provvedervi a soggetti organi di P.A. e dettano le modalità per l'esercizio di tale potere, operando secondo lo schema norma-potere-fatto. In tale prospettiva le norme di relazione sono state relegate a norme speciali dei rapporti paritari tra autorità pubblica e privati, che fissano i limiti del potere di supremazia al di fuori dei quali l'amministrazione agisce in carenza di potere, e che regolano direttamente fatti e situazioni soggettive, secondo lo schema del rapporto norma-fatto<sup>503</sup>.

Un altro studio, teso a rimeditare alla luce delle evoluzioni dell'ordinamento il significato del diritto comune nel diritto amministrativo, ha mostrato che l'interferenza reciproca tra attività provvedimentale e di diritto privato implica che l'interprete debba scegliere tra norme apparentemente in conflitto, ma che in realtà regolano aspetti diversi di uno stesso fatto. È stato affermato che anche nell'adozione di atti unilaterali autoritativi la norma destinata in origine a regolare i rapporti tra privati può entrare nella valutazione dell'interprete, «là dove non sia in questione l'atto, ma un parallelo comportamento autonomamente valutabile in quanto lesivo di un bene garantito al cittadino»<sup>504</sup>: pertanto, non dovrebbero sussistere dubbi sull'applicazione di clausole generali, come la correttezza, quale che ne sia la fonte.

---

<sup>501</sup> A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979, 112. In senso analogo si veda F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 58 – 66.

<sup>502</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 58 – 66.

<sup>503</sup> E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, a pag. 11 e 263 – 268.

<sup>504</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 231.

L'analisi ha evidenziato come la giurisprudenza preferisca invece argomentare a partire dalla qualificazione dell'interesse tutelato, ravvisando anche in presenza di atti amministrativi un diritto soggettivo a un comportamento di buona fede, dilatando la figura del diritto soggettivo come risposta al problema di una più puntuale ricostruzione del profilo del fatto che assume preminente rilievo nella valutazione dell'interprete, così da rendere applicabile la regola originariamente destinata a regolare i rapporti privati<sup>505</sup>.

#### 4.4 Buona fede e correttezza nell'attività amministrativa procedimentalizzata

Con la codificazione delle regole dell'azione amministrativa nella legge n. 241 del 7 agosto 1990, il legislatore ha recepito alcuni principi sul procedimento amministrativo elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, molti dei quali già universalmente riconosciuti come principi dell'azione amministrativa in virtù delle norme costituzionali, come il necessario perseguimento dei fini determinati dalla legge, l'economicità, l'efficacia e l'imparzialità. La legge del 1990 ha tradotto in un testo di legge ad applicazione generale le garanzie partecipative, consolidando il processo di evoluzione verso una procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e istituzionalizzando la funzione collaborativa del privato nell'azione amministrativa. L'attenzione si è spostata definitivamente sulle garanzie del privato in una fase precontenziosa, riducendo la centralità dell'elemento provvedimento<sup>506</sup>. L'adozione della legge sul procedimento ha evidenziato i profondi mutamenti nell'identificazione dell'interesse pubblico, del significato della discrezionalità e dei metodi di controllo di essa, segnando il passaggio da una legalità-legittimità ad una legalità-giustizia nella quale si rendono necessarie radicali trasformazioni di tutta l'Amministrazione<sup>507</sup>.

---

<sup>505</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 231 – 233.

<sup>506</sup> Sulle diverse qualificazioni delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nel procedimento si vedano M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996; A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 87 – 178.

<sup>507</sup> «Il riconoscimento del diritto di partecipazione all'esercizio del potere amministrativo, pertanto, lungi dall'essere parte di una estemporanea produzione legislativa, appare frutto maturo di uno storico travaglio dottrinario e giurisprudenziale». (A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 27.)



È stato osservato come il tentativo del legislatore di riordino della normativa amministrativa, che emerge non solo dall'adozione della legge generale sul procedimento amministrativo, ma anche dai successivi interventi che hanno raccolto in testi unici e codici varie normative settoriali (testi unici sugli enti locali, sull'espropriazione per pubblica utilità, sull'edilizia, codice dei beni culturali, dei contratti pubblici...), fino al codice del processo amministrativo, lasci un ampio margine di interpretazione alla giurisprudenza includendo in molti casi concetti vaghi e clausole generali<sup>508</sup>.

Successivamente all'adozione della legge generale sul procedimento amministrativo, sono emersi studi che hanno affermato una netta distinzione tra «norme di comportamento, che si impongono precettivamente ai consociati, e *standard* di giudizio, dei comportamenti assunti, che permettono di verificare l'accettabilità del comportamento, nell'ambito della sfera delle possibilità che le norme, non vincolando a predeterminate opzioni, consentono»<sup>509</sup> ed hanno sostenuto che la ragionevolezza, come le clausole generali, rientri in quest'ultima nozione di *standard* alla luce dei quali verificare la correttezza del processo valutativo decisionale.

In questa prospettiva, il principio di legalità sostanziale impone all'amministrazione l'osservanza di «principi che si desumono dalle leggi, esprimono le tendenze di fondo dell'ordinamento e, dotati di forza espansiva, si impongono anche in assenza di previsione espressa», principi che non attengono tanto all'attribuzione del potere ma che comunque ne condizionano l'esercizio<sup>510</sup>. È stato posto l'accento sul piano del procedimento di elaborazione del provvedimento ed è stato messo in luce che «la distinzione tra eccesso di potere e violazione di legge in base al fatto che l'esercizio del potere risulti difforme da norme codificate o *extra legem latae*, sulla quale, invero, si è sviluppata l'elaborazione giurisprudenziale del vizio ed è stata anche ripresa dalla dottrina, non è più giustificata una volta riconosciuta ai principi valenza normativa non diversa dalle norme codificate: la loro violazione non può che essere violazione di legge»<sup>511</sup>.

Si è, inoltre, espressa l'esigenza di distinguere tra le singole ipotesi di eccesso di potere a seconda che siano o meno riconducibili alla violazione di principi generali, recepiti o meno a livello normativo. Le ipotesi di sviamento, di insufficiente motivazione, di difetto di istruttoria, di disparità

---

<sup>508</sup> G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 5, 2012, 1191 – 1195.

<sup>509</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 230.

<sup>510</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 230 – 231.

<sup>511</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 159.

di trattamento, e di contraddittorietà tra provvedimenti sono state configurate come violazione di legge e l'eccesso di potere è stato confinato ad un vizio di ragionevolezza, il cui sindacato implica una verifica esterna dell'accettabilità delle determinazioni assunte secondo l'ordinamento.

Un'ulteriore analisi, affrontando specificamente il principio di buona fede nel diritto amministrativo, ne ha dato un'interpretazione diversa rispetto a quella accolta nel diritto privato, negando rilevanza nel diritto pubblico della distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva. Questa dottrina ha attribuito una rilevanza centrale alle clausole generali ed ai concetti indeterminati nell'attività amministrativa discrezionale, intendendo la discrezionalità «non soltanto come valutazione tra differenti interessi da tutelare, ma anche come possibilità di operare una scelta tra vari possibili significati della norma»<sup>512</sup>. La buona fede è stata ricondotta ai doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost., e ne è stato negato il collegamento ai principi sanciti dall'art. 97 Cost.

Questo orientamento ha qualificato la buona fede come «uno dei possibili indici in forza dei quali valutare la legittimità dell'azione amministrativa»<sup>513</sup>, considerando varie disposizioni della legge sul procedimento amministrativo come esemplificazioni normative della vigenza di doveri di correttezza e buona fede in capo alla P.A. Dopo aver affrontato il tema della trasformazione della discrezionalità amministrativa dovuta alla crisi del principio di legalità, inteso come previa fissazione normativa dell'interesse pubblico prevalente sugli altri interessi coinvolti, e aver individuato la funzione come confronto tra pubbliche amministrazioni e privati, l'analisi ha concluso con l'affermazione che «la correttezza del comportamento dell'amministrazione deve essere considerata nel momento stesso di acquisizione degli interessi, poiché ciò costituisce la regola della decisione»<sup>514</sup>.

L'eventuale illegittimità dell'atto derivante dal mancato rispetto del canone di buona fede non discenderebbe da un erroneo criterio di ponderazione, bensì dall'esclusione degli interessi rilevanti nella "creazione" del fatto. In tal modo, il dovere di correttezza, inteso quale regola di comportamento nel rapporto amministrativo, si impone all'amministrazione sia quando essa svolge la propria attività in modo autoritativo, sia quando agisce con mezzi di diritto privato. Tale tesi ha assunto l'inesistenza di un interesse pubblico primario ed ha affermato che questa inesistenza, insieme allo sviluppo dell'esercizio consensuale della funzione, avrebbero modificato il concetto di

---

<sup>512</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit.,109.

<sup>513</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit.,134

<sup>514</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit.,171

discrezionalità, la quale sarebbe sempre più simile alla libertà del legislatore o dei privati, essendo venuta meno la presunta indisponibilità degli interessi pubblici.

Tale posizione è stata fortemente criticata per aver attribuito alla buona fede il ruolo di principio legittimante la ponderazione di interessi non tipizzati da norme legislative e come tali liberamente introducibili e ponderabili nel procedimento amministrativo arrivando a ipotizzare un diritto libero legittimato dalla «combinazione di una clausola generale con il neoguelismo amministrativo»<sup>515</sup>.

Altri hanno collocato la problematica della buona fede e della tutela dell'affidamento dei cittadini nell'ambito del principio di legalità sostanziale, ponendo l'accento sul piano del procedimento di elaborazione del provvedimento. È stato rilevato come le intervenute trasformazioni dell'amministrazione, con l'ingresso del privato nel procedimento, la maggiore visibilità dell'azione e la possibilità di utilizzare moduli convenzionali, propri dei comuni rapporti bilaterali non autoritativi, hanno accresciuto notevolmente la portata e l'ambito dell'obbligo di buona fede, avendo aumentato le occasioni in cui il comportamento dell'amministrazione ingenera un affidamento nel cittadino<sup>516</sup>. I principi di buona fede e correttezza sono stati collocati accanto all'imparzialità e alla democraticità complessiva dell'azione amministrativa, nell'ambito di quelli che sono stati definiti «i contenuti più profondi della domanda di legalità sostanziale»<sup>517</sup>.

L'esigenza di esplicitazione del procedimento della progressiva predeterminazione della condotta da parte dell'amministrazione è stata collegata, oltre che al principio di imparzialità, anche al principio di buona fede e di tutela dell'affidamento. L'anticipata individuazione dei parametri sulla base dei quali effettuare la ponderazione dei diversi interessi consente una prevedibilità delle scelte ed un controllo da parte dei cittadini, generando un affidamento ulteriore rispetto a quello avente origine in una precedente decisione o prassi dell'amministrazione. Tale affidamento deriva dal comportamento e dalle determinazioni procedurali prodromiche all'atto lesivo, assimilabile a quello che tra i privati è il comportamento negoziale<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001, 4, in nota.

<sup>516</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 71.

<sup>517</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 62.

<sup>518</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 67 – 73.

Le suddette elaborazioni sono state accolte con favore dalla dottrina che aveva qualificato la buona fede come principio integrativo della normativa sull'esercizio del potere, distinta dal potere discrezionale vero e proprio<sup>519</sup>.

Una diversa ricostruzione ha identificato il procedimento come fenomeno complesso comprensivo di una fase procedimentale in senso stretto, deputata a fissare un contenuto della decisione, e di una fase provvedimentale che attribuisce ad essa realtà giuridica, le quali presentano punti di collegamento e contatto. Nella fase procedimentale, tale dottrina ha distinto tra le regole procedurali, la cui violazione implica effetti giuridici sul piano del rapporto tra P.A. e privati secondo lo schema diritto-obbligo, e regole sostanziali, che attengono alla ragionevolezza della decisione, la cui violazione incide sulla legittimità del provvedimento. In tale schema emergono due tipi di pretese del cittadino nell'ambito del procedimento, le quali possono coesistere in capo al medesimo soggetto: una pretesa alla legittimità sostanziale della decisione, tutelabile come interesse legittimo, ed una pretesa alla legittimità procedurale, riconducibile ad un diritto soggettivo, tutelabile nelle forme previste dalla legge che tende ad un'utilità economica nettamente distinta dall'interesse materiale protetto nell'interesse legittimo<sup>520</sup>.

Tale tesi è stata condivisa da un successivo studio che ha criticato la tendenza ad una riconduzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino, indipendentemente dalla figura nell'ambito della quale essa si voglia condurre, ritenendo che essa implichi una necessaria compressione della dimensione giuridica del soggetto. Le «molteplici e multiformi esigenze di protezione»<sup>521</sup> del privato, secondo questa ricostruzione, non possono essere soddisfatte in una concezione unitaria ed oggettiva della tutela<sup>522</sup>. Rispetto alla tesi sopra esposta, lo studio in esame ha rifiutato la riconducibilità della pretesa di legittimità formale ad un interesse economico, ritenendo «più corretto, oltre che più semplice, porre a base del “diritto di partecipazione” un interesse, di carattere non economico, al rispetto della persona», configurabile nel diritto pubblico, atteso che «la pubblica amministrazione deve produrre non soltanto decisioni intrinsecamente corrette, ma anche fiducia e consenso sociale intorno a se stessa ed alla propria azione ed a tal fine

---

<sup>519</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., 4.

<sup>520</sup> A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 121 – 160.

<sup>521</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir. Agg. II*, Milano, Giuffrè, 1998, 966.

<sup>522</sup> Si veda in tal senso A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, 530 – 545.

l'instaurazione di un rapporto di formale correttezza con il cittadino assume un'importanza tutt'altro che secondaria»<sup>523</sup>.

Il procedimento è stato, inoltre, interpretato come la sede del “contatto sociale” tra amministrazione e privato. Secondo questa tesi, il rapporto che si instaura con il procedimento è disciplinato da norme specifiche che regolano la condotta dell'amministrazione, tra le quali alcune disposizioni della legge n. 241 del 1990 e, in particolare, quelle a garanzia della partecipazione, scaturenti del principio di buona fede e idonee ad ingenerare un legittimo affidamento del privato. In questa prospettiva, il principio di buona fede trova applicazione in tutte le situazioni nelle quali si crea un contatto tra sfere giuridiche, comprese le posizioni di potestà-interesse legittimo, ed implica la nascita di obblighi comportamentali di correttezza che si sostanziano in primo luogo nel soddisfacimento dell'aspettativa al provvedimento positivo richiesto, aspettativa qualificabile giuridicamente come interesse pretensivo e tutelabile, oltre che con l'azione di annullamento per i profili di illegittimità, mediante la categoria della responsabilità precontrattuale<sup>524</sup>. Tale impostazione ha qualificato quindi la buona fede nel diritto amministrativo non come figura di eccesso di potere, bensì come parametro di giudizio, clausola generale che consente al giudice di valutare il comportamento complessivo della P.A.<sup>525</sup>

Nel medesimo senso, è stato affermato che le norme della legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, quelle che disciplinano il comportamento dell'autorità suscettibile di incidere sulla sfera giuridica del privato, costituiscono la codificazione di «regole la cui *ratio* ispiratrice è proprio (o quantomeno anche) la «correttezza», vale a dire, la trasparenza, la lealtà, la cooperazione, la sollecitudine e la considerazione per gli interessi dell'amministrato»<sup>526</sup>. In particolare il principio di non aggravamento del procedimento e l'obbligo di conclusione con un

---

<sup>523</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, cit. L'Autore ha ulteriormente chiarito che l'espressione interesse legittimo «ha finito sovente per indicare, prima e piuttosto che una categoria sostanzialmente omogenea di interessi protetti, una formula che assicura identica tutela giurisdizionale ad interessi per altro verso diversissimi tra di loro, tutela essenzialmente finalizzata, a sua volta, ad un vero e proprio controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi, effettuato tuttavia nelle forme della giurisdizione (e questo spiega perché si preconizzi la «morte» dell'interesse legittimo insieme al giudizio amministrativo di legittimità)».

<sup>524</sup> G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, Cedam, 2001, 179 – 184.

<sup>525</sup> G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit., 188.

<sup>526</sup> S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 452.

provvedimento espresso, tradizionalmente considerati espressione dell'esigenza di valorizzare la celerità e la funzionalità procedurale, sono stato ricondotti al canone di correttezza o buona fede oggettiva a garanzia che ciascuna delle parti soddisfi i propri interessi senza eccessivo sacrificio di quelli dell'altra, nell'ambito del procedimento amministrativo<sup>527</sup>.

Tale opinione si pone in quella corrente dottrinarie che ha sposato le tesi civilistiche che ha desunto dal principio di buona fede il sorgere di obblighi di protezione, intesi alla salvaguardia della persona e dei beni di una delle parti in virtù del rischio della relazione stessa, indipendentemente dall'esito e dalle sorti dell'obbligazione principale<sup>528</sup>. In questa prospettiva la buona fede comporta, accanto ai doveri di lealtà nel comportamento, che impongono una condotta di segno negativo consistente nel non suscitare falsi affidamenti nella controparte, obblighi di salvaguardia, consistenti nel preservare gli interessi della controparte al di là degli obblighi contrattualmente assunti e del generico dovere di *neminem laedere* e derivante dai doveri di solidarietà sociale<sup>529</sup>.

Secondo un diverso orientamento, sebbene sia indubitabile che il procedimento costituisca un contatto tra l'amministrazione ed il privato, tale contatto si crea tra «sfere procedimentali e non già materiali»<sup>530</sup> ed è retto da una specifica disciplina funzionale che presuppone l'unitarietà del fenomeno procedimentale. Sono state pertanto criticate sia quelle posizioni dottrinarie che hanno scisso le posizioni giuridiche soggettive dei privati nel contatto procedimentale, distinguendo quelle legate alla legittimità del provvedimento (qualificate come interessi legittimi) da quelle tese al rispetto delle regole di correttezza e buona fede (qualificate come aspettative o diritti soggettivi), sia le tesi che hanno attribuito alla disciplina procedimentale unicamente una funzione di imporre all'amministrazione il rispetto delle regole di correttezza. In questo senso la buona fede come

---

<sup>527</sup> S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, cit., 437.

<sup>528</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, 264 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, Le ragioni del diritto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995, 147 e ss.; ID., *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 3, 679; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 55.

<sup>529</sup> C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 209

<sup>530</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 105.

canone aperto può svolgere nel procedimento una funzione integrativa, senza sovrapporsi alle specifiche caratteristiche funzionali del procedimento<sup>531</sup>.

Anche la giurisprudenza ha, negli ultimi anni, applicato con sempre maggior frequenza i principi di correttezza e buona fede in casi di attività provvedimento autoritativa. La dottrina ha evidenziato la tendenza della giurisprudenza amministrativa ad usare i principi di buona fede, correttezza e diligenza in modo disgiunto tra loro e prevalentemente affiancandoli ai principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento<sup>532</sup>.

In alcune ipotesi le regole di correttezza sono state considerate come integrative dei doveri procedurali dell'amministrazione previsti per legge. Ad esempio, il Consiglio di Stato, dopo aver espressamente riconosciuto l'operatività del principio di correttezza (ed il correlato principio dell'affidamento) non soltanto per l'attività contrattuale, ma anche per l'attività di diritto pubblico dell'Amministrazione, ne ha ricavato un obbligo per l'amministrazione, una volta conosciuto il vero proprietario del fondo da occupare (e/o da espropriare), di notificare a lui gli atti ablativi, anche se la legge si limita ad imporre la notificazione al proprietario catastale. Il giudice ha, pertanto, ritenuto illegittimi gli atti non notificati<sup>533</sup>.

In senso analogo, il giudice amministrativo ha affermato che «il dovere di agire secondo correttezza e buona fede non è assolto solo con il compimento di atti previsti in specifiche disposizioni di legge ma si deve realizzare anche con comportamenti non individuati dal legislatore e che in relazione alle singole situazioni di fatto siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione dell'altro contraente». In tale sentenza è stato, peraltro, escluso che la sussistenza di un rapporto di concessione di pubblico servizio, nel quale la P.A. dispone «oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto accessivo al provvedimento concessorio, dei pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse»<sup>534</sup>, possa inficiare il richiamo al principio di correttezza al quale devono essere improntati i rapporti tra le parti. È stata così considerata in violazione dei doveri di buona fede la risoluzione da parte dell'amministrazione del rapporto con al concessionaria basata su una semplice comunicazione di

---

<sup>531</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 102 – 106.

<sup>532</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 42 – 44.

<sup>533</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4541, in *Foro Amm.*, 2001, 1951

<sup>534</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 30 maggio 2005 n. 2755, in *Foro Amm.*, 2005, 5, 1497. Si veda in proposito M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 42.

rinuncia, seguita da dichiarazioni che la rendevano non più efficace, risultando chiara la volontà della ricorrente in ordine alla prosecuzione della convenzione.

In un ulteriore giudizio, il Consiglio di Stato ha affiancato le regole di ragionevolezza e buona fede al principio generale della doverosità dell'azione amministrativa, e ne ha desunto un ampliamento dell'ambito delle situazioni in cui vi è obbligo di provvedere al di là delle ipotesi espressamente riconosciute dalla legge, facendo riferimento nella medesima pronuncia alle «ragioni di giustizia e di equità», ed estendendo l'obbligo di provvedere a ipotesi non tipizzate di istanze private. Nondimeno, il Collegio non ha ritenuto di emettere una sentenza di condanna all'adozione di un provvedimento nell'ambito di un'azione avverso il silenzio, ma ha accertato l'illegittimità del silenzio dell'amministrazione solo ai fini di un'eventuale pretesa risarcitoria per il danno da ritardo<sup>535</sup>.

#### 4.5 Recenti ricostruzioni del modello di sindacato giurisdizionale sui principi di diritto comune e sui principi pubblicistici sull'esercizio del potere

Parte della dottrina ha argomentato sottolineando la profonda diversità tra i principi di imparzialità e buon andamento che connotano il potere pubblico discrezionale, e i principi di buona fede e correttezza che incidono sull'autonomia privata. Questi ultimi, si è rilevato, a differenza dei primi, si presentano come neutrali rispetto alla direzione dell'azione e non contengono alcuna opzione sul processo decisionale, «potendo un comportamento corretto e in buona fede essere tale anche a prescindere dalla parità di trattamento o dalla utilità della scelta in termini di buon funzionamento del sistema»<sup>536</sup>.

La differenza tra principi privatistici e pubblicistici deriva, in questa prospettiva, dalla diversa struttura del potere privato, soggetto esclusivamente a limiti esterni, e quindi sindacabile solo alla stregua di norme parametro, individuabili caso per caso e desumibili dal singolo rapporto, e quella del potere pubblico, vincolato al perseguimento del fine pubblico ed ai principi che ne disciplinano le modalità di attuazione, quali limiti interni della discrezionalità. In questa prospettiva, correttezza e buona fede costituiscono principi tipici dell'autonomia privata, essendo indifferenti rispetto al fine dell'attività. È stato osservato come la giurisprudenza amministrativa tenda, ciononostante, a qualificare la buona fede nel diritto pubblico come «uno dei possibili modi di configurare nel

---

<sup>535</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 in *Foro It.*, 2009, 3, 3, 165. Si veda, in senso conforme, T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 03 febbraio 2012, n. 298

<sup>536</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 213 – 214.



concreto i comportamenti rispettosi del buon andamento, dell'imparzialità, della ragionevolezza nell'esercizio del potere»<sup>537</sup>.

Per evidenziare la suddetta distinzione, è stata proposta un'analisi dell'utilizzo delle clausole generali civilistiche da parte del giudice ordinario nel rapporto d'impiego privatizzato. È stato affermato che il giudice ordinario non incontra ostacoli nell'accertamento del diritto rispetto alle norme di principio, non essendo chiamato a verificare la correttezza del comportamento privato rispetto ad un determinato fine, bensì con riferimento alle legittime aspettative del lavoratore. Diversamente, il giudice amministrativo si trova a dover applicare principi generali sulla funzione, l'attuazione dei quali spetta in primo luogo all'amministrazione nell'esercizio del proprio potere discrezionale e non può essere sostituita, ma solo verificata dal giudice<sup>538</sup>. Alla luce di tale constatazione, la dottrina in esame ha rifiutato l'idea che il giudizio amministrativo si sia trasformato da un giudizio sul potere ad un giudizio sul rapporto, nonostante riconosca la fondamentale portata delle evoluzioni del processo amministrativo che hanno ampliato gli strumenti di tutela del privato<sup>539</sup>.

È stato sostenuto, inoltre, che la giurisprudenza amministrativa parte dall'idea per cui l'esercizio del potere trasforma le situazioni giuridiche contrapposte, imponendone una rilettura attraverso la lente dell'interesse legittimo. Per tale ragione, secondo questa dottrina, il giudice amministrativo tende a costruire il quadro normativo dal punto di vista del potere e non della pretesa del ricorrente: «è questo il motivo per cui, diversamente da quanto accade di fronte al giudice ordinario, il giudice amministrativo, nell'operazione ricognitiva delle regole da applicare al sindacato sull'esercizio del potere, non presta attenzione al modo in cui l'ordinamento, Costituzione compresa, ha garantito la posizione soggettiva contrapposta, ma si volge a cercare nella disciplina della potestà amministrativa i riferimenti sui quali poggiare la decisione»<sup>540</sup>.

---

<sup>537</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 223.

<sup>538</sup> «mentre il potere pubblico è sindacabile dall'interno, in quanto *percorso* che dalla legge porta alla decisione concreta, il potere privato è verificabile solo dall'esterno, in quanto spazio determinato solo nei confini.» (A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 266).

<sup>539</sup> A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit., 81 – 89.

<sup>540</sup> A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 59.

Sul punto, una diversa dottrina ha sostenuto che il sindacato del giudice amministrativo dovrebbe arrestarsi solo nei casi in cui l'indeterminatezza della norma sia interpretabile come attribuzione all'amministrazione di discrezionalità, intesa come potere di valutare i diversi interessi in gioco, prendendo ad esempio la possibilità per il giudice di applicare con pienezza di poteri il principio di buona fede nel rapporto interpretato, sia per quanto concerne l'interpretazione sia per quanto concerne gli accertamenti e le valutazioni necessarie per decidere sul comportamento della parte. Si è in tal senso auspicato l'inserimento della discrezionalità nel sistema complessivo, costituito oltre che dalle norme di conferimento del potere, dalle altre norme che vengano eventualmente in rilievo, come i principi generali che si applicano «nei rapporti interpretati e anche alla pubblica amministrazione»<sup>541</sup>.

Un successivo studio ha proposto un modello di sindacato dei pubblici poteri improntato ad una logica del rapporto, nella quale siano superate le prerogative dell'amministrazione derivanti dal paradigma del fine pubblico per valutare la legittimità dell'attività discrezionale<sup>542</sup>. In questa prospettiva è stato invocato un ripensamento dell'utilizzo dello schema negoziale per ricostruire i vizi dell'atto amministrativo secondo una rielaborazione dei principi di tipicità e discrezionalità amministrativa, volta a dimostrare che «il vincolo finalistico sia compatibile con la dimensione del rapporto giuridico»<sup>543</sup>. Il particolare, il vizio della causa è stato ricostruito come vizio di un elemento essenziale provvedimento, rilevante sul piano della nullità ed alternativo allo sviamento di potere, e la violazione dei principi di buona fede e correttezza come violazione di regole di comportamento che vincolano l'amministrazione, accanto ad altri principi costituzionali che non trovano spazio nei rapporti interpretati.

È stata rifiutata la ricostruzione della buona fede come principio sul potere, sindacabile per sintomi, alla stregua di parametri come la ragionevolezza, la logicità o la proporzionalità, che implicherebbe la riconduzione del principio negli schemi del diritto amministrativo in una logica di potere, fondata sulla presunta maggiore incisività del sindacato sull'eccesso di potere rispetto alle tecniche di tutela di diritto privato. L'obiettivo che si pone lo studio in esame è, invece, quello di importare nel diritto amministrativo «non tanto una certa clausola anziché un'altra (cioè una

---

<sup>541</sup> C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 140.

<sup>542</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 237 – 250.

<sup>543</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 213 – 222.

particolare tipizzazione di contenuti prescrittivi) quanto la struttura relazionale della norma»<sup>544</sup>, proponendo un superamento del modello di sindacato amministrativo sul comportamento della P.A. fondato sul vizio dell'eccesso di potere ed una sua sostituzione con i modelli di tutela propri del diritto privato, tra i quali l'uso delle clausole di buona fede e correttezza.

Un'altra dottrina, avendo osservato la tendenza della giurisprudenza amministrativa ad applicare il canone di buona fede unitamente ai principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento, ha affermato che gli elementi di diritto positivo esistenti sembrano sufficienti «per consentire un'applicazione diretta dei principi privatistici di buona fede, correttezza e diligenza in materia di procedimento amministrativo, emancipandone l'applicazione dalla sorte congiunta con i principi pubblicistici»<sup>545</sup>. In questo senso è stato sostenuto che «i principi privatistici conformano, alla stregua di quelli pubblicistici, l'istruttoria del procedimento secondo la logica della competizione tra norma attributiva del potere e norma integrativa sull'esercizio del potere»<sup>546</sup>, pur ponendosi in senso critico sulle conseguenze in tema di responsabilità civile dell'amministrazione per violazione dei principi di diritto comune.

Un ulteriore recente lavoro, alla luce delle varie posizioni dottrinarie sull'eccesso di potere, ha concluso che «il riferimento all'interesse pubblico come condizione per l'esercizio del potere amministrativo, limite e parametro per valutare la legittimità delle scelte compiute, in realtà, al di là di una funzione unificatrice (fornire l'idea di una coerenza sistematica) non ha alcuna rilevanza concreta nel sindacato sul vizio dell'eccesso di potere, per come è attualmente configurato»<sup>547</sup>. Su tale presupposto questo studio ha ritenuto che «il giudizio sulla legittimità delle determinazioni unilaterali assume il proprio parametro altrove: né nella norma attributiva del potere, né nell'interesse pubblico genericamente inteso, ma in *standard* di comportamento con cui confrontare la decisione assunta nel caso concreto»<sup>548</sup>, considerando così la progressiva evoluzione del

---

<sup>544</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 252.

<sup>545</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 45.

<sup>546</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 46. Per i rilievi critici in tema di responsabilità civile della P.A., evidenziati nell'opera citata, si veda il paragrafo seguente.

<sup>547</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 173

<sup>548</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 169

sindacato sull'eccesso di potere, che avrebbe comportato un utilizzo implicito delle clausole generali di buona fede e correttezza.

L'ipotesi di ricondurre il principio di buona fede alle figure di eccesso di potere è stata aspramente criticata da chi ha ritenuto che la pariteticità del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione rischia di portare ad una confusione tra il potere esecutivo ed il potere giudiziario, eliminando il principio di legalità dell'amministrazione. Partendo dall'osservazione che il diritto europeo ha adottato come norma di chiusura dell'ordinamento non la buona fede, ma la *Rechtssicherheit*, la certezza del diritto, è stato evidenziato come il diritto europeo non si ponga come diritto comune, bensì come diritto "codificato", cioè come diritto composto da una gamma di "leggi" o di testi normativi equipollenti, «significativa del fatto che al principio di buona fede non possono essere attribuite "valenze generali" sostitutive di un principio di legalità già esistente, ma tutt'al più, come nel caso della "certezza del diritto", integrative della disciplina del potere. Nel diritto comunitario e, giocoforza, nel diritto interno nel quale il diritto comunitario concorre a tipicizzare l'esercizio del potere delle pubbliche amministrazioni»<sup>549</sup>.

Infine, recenti contributi sul tema delle clausole generali nel diritto amministrativo hanno evidenziato la necessità di distinguere tra sussunzione e ponderazione<sup>550</sup> ed hanno riaffermato che le clausole generali si pongono come limiti interni dell'esercizio del potere, costituendo un integrazione della fattispecie legale che fonda l'esercizio di potere lecito da parte dell'autorità, arricchendo la fattispecie astratta, composta oltre che dal precetto puntuale che assegna il potere, anche dai «principi generali che possano rilevare e delle disposizioni relative al procedimento»<sup>551</sup>. Si eviterebbe così che il potere si muova in ambiti potenzialmente intangibili dal diritto e si supererebbe la visione tradizionale che tendeva ad identificare la fattispecie astratta con la norma attributiva del potere, con la conseguenza che la violazione dei principi generali e delle regole

---

<sup>549</sup> F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, cit. ID, F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, cit., 1195 – 1197.

<sup>550</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, cit., 1197 - 1213

<sup>551</sup> L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, cit., 1213 – 1223, ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, 3, 309.

procedimentali possa emergere solo ad esito della decisione autoritativa, come strumento per sindacarne legittimità, rendendo il potere funzionale al godimento dei diritti inviolabili<sup>552</sup>.

#### 4.6 I principi di correttezza e la responsabilità civile della P. A.

Mentre nelle impostazioni più classiche si riteneva che nel campo del diritto pubblico il principio *qui iure suo utitur neminem ledit* non potesse essere accolto, se non in un senso specialissimo non coincidente con quello del diritto privato, considerando che nel diritto amministrativo i diritti dei singoli anche perfetti debbono cedere a fronte dell'interesse pubblico dello Stato<sup>553</sup>, già in alcune trattazioni di inizio Novecento si possono cogliere intuizioni sulla necessaria responsabilità della P.A. per la violazione di norme giuridiche che, pur non creando diritti a prestazioni specifiche, impongono all'amministrazione obblighi accessori di impedire al fatto intrapreso di determinare un danno<sup>554</sup>. Negli studi successivi è emersa l'esigenza di estendere la responsabilità dell'amministrazione oltre il campo della violazione dei diritti soggettivi<sup>555</sup>, superando la nozione di interesse legittimo come interesse ad un'utilità strumentale che risiede nella legittimità dell'atto amministrativo<sup>556</sup> e accogliendone la qualificazione di posizione giuridica sostanziale, meritevole di una tutela piena<sup>557</sup>.

---

<sup>552</sup> L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, cit., 1213 – 1223, ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., 309.

<sup>553</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 48.

<sup>554</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 627 – 634. U. FORTI, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, cit., 194 – 259.

<sup>555</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol I, *Principi generali*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 1958, 335 – 348, in particolare, 343.

<sup>556</sup> R. ALESSI, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, II ed., Milano, Giuffrè, 1951.

<sup>557</sup> Per l'ammissibilità nel nostro ordinamento della responsabilità civile della P.A. si veda per tutti: F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1369 – 1379. Sulle isolate ipotesi di giurisprudenza del giudice amministrativo in relazione al risarcimento per lesione di interessi legittimi di metà Novecento, si veda G. MIELE, *Introduzione al tema*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963)*, Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 3 – 27.

Nella dottrina civilistica erano da tempo emerse tesi che ampliavano l'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c., riferendo il criterio dell'ingiustizia del danno alla lesione di qualsiasi situazione soggettiva giuridicamente rilevante. Tali ricostruzioni muovevano dall'osservazione che il requisito dell'ingiustizia nell'art. 2043 c.c. è da intendersi come riferito al danno, piuttosto che alla condotta del soggetto agente, spostando il fulcro dell'indagine dall'agente alla vittima e rendendo maggiormente obiettivo il dato in base al quale valutare la responsabilità civile.

In tale prospettiva si è interpretata la responsabilità civile come rimedio a carattere generale, indifferente alla qualità pubblica o privata del soggetto danneggiante, alla stregua del generale principio di solidarietà vigente nell'ordinamento ed espresso nell'art. 2 Cost., il quale opera come criterio di integrazione della disciplina nell'ambito della valutazione del comportamento o dell'interesse protetto delle parti<sup>558</sup>. La dottrina civilistica ha rifiutato la concezione sanzionatoria del risarcimento, riconducendo la funzione della responsabilità civile al trasferimento del costo di un danno dal soggetto che lo ha subito ad un altro soggetto, individuato in base alla ricorrenza di uno dei criteri normativi di imputazione (dolo o colpa o ipotesi di responsabilità oggettiva) che collegano il danno al fatto, mediante la nascita di un'obbligazione risarcitoria in capo al responsabile<sup>559</sup>.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso il dibattito sulla responsabilità civile della P.A. ha assunto un ruolo centrale anche nella dottrina amministrativistica<sup>560</sup>. Un importante studio di quell'epoca, sottolineando la rilevanza degli strumenti di protezione non solo processuale, ma anche procedimentale (e quindi sostanziale) dell'interesse protetto, ha assimilato la responsabilità dell'amministrazione per violazione di interessi legittimi pretesivi alla responsabilità precontrattuale

---

<sup>558</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, 89 - 107

<sup>559</sup> C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.* XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1185 - 1265.

<sup>560</sup> Segno della crescente attenzione nei confronti del tema è il convegno organizzato a Napoli nel 1963. Si vedano in proposito: AA.VV. *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27 - 28 - 29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965. Per la ricostruzione del dibattito dottrinario di quegli anni sul tema si veda E. FOLLIERI *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, Solfanelli, 1984, 10 - 14. Sull'emersione nell'ordinamento italiano del principio di responsabilità successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e sull'evoluzione che ha portato all'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi, si veda A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 194 - 225.

per violazione dei doveri di buona fede e correttezza<sup>561</sup>. Sono stati distinti i profili dell'illecito civile nei quali l'amministrazione si presenta non più come autorità bensì come soggetto di diritto comune tenuto all'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, da quelli attinenti all'illegittimità dell'attività discrezionale dell'amministrazione<sup>562</sup>. È di interesse osservare come la dottrina abbia evidenziato fin da allora la distinzione tra le nozioni di atto illegittimo e fatto illecito e tra discrezionalità e colpa, mostrando le difficoltà di adattare i principi prettamente civilistici sull'illecito aquiliano alla condotta dell'amministrazione<sup>563</sup>. In seguito, è emerso il riferimento ad una «responsabilità relativa» della pubblica amministrazione quando questa agisce nell'ambito di un rapporto preconstituito<sup>564</sup>.

È nota l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha condotto, anche su impulso del diritto europeo, al riconoscimento nel nostro ordinamento della piena risarcibilità degli interessi legittimi, anche pretensivi<sup>565</sup>. La storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 22

---

<sup>561</sup> M. S. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963). Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 384 – 393.

<sup>562</sup> Si veda in tal senso M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrativa pubblica*, estratto da *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, 1963, in *Scritti*, V 1963 – 1969, Milano, Giuffrè, 2004, 154 -185.

<sup>563</sup> È stato affermato che «per sostenere (...) che il provvedimento amministrativo lesivo di diritti sia in ogni caso un fatto illecito civile, occorrerebbe mostrare che in diritto amministrativo vige una concezione dell'illecito civile diversa da quella che è accolta dal diritto privato; ma nei diritti positivi che conoscono un diritto amministrativo non vi è la menoma traccia di ciò», M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, II, 640.

<sup>564</sup> F. BENEVENUTI, in *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, 281.

<sup>565</sup> Il risarcimento del danno causato da atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento era già stato riconosciuto dall'art. 13 della L. 19 febbraio 1992 n. 142, disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991), in attuazione della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989 n. 665. In seguito la possibilità di chiedere il risarcimento del danno è stata riconosciuta nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con l'Art. 35 D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'art. 7 L. 21 luglio 2000 n. 205, disposizioni in materia di giustizia amministrativa. Per una ricostruzione degli sviluppi normativi e giurisprudenziali che hanno portato alla sentenza 500 del 1999 si veda C. GALLUCCI, *Tutela aquiliana degli interessi legittimi*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, Treccani, 2001, 1 – 19. Si veda altresì: G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, cit., 18 – 77; G. M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 4 – 95.

luglio 1999, riconoscendo la soggezione dell'amministrazione pubblica ai principi della responsabilità civile, ha messo in luce il problema di individuare «le regole cui sempre essa deve attenersi nel suo agire, e la cui violazione rende doloso o colposo questo agire ed ingiusto il danno che reca», in altri termini, «le regole, la cui violazione trasforma l'illegittimità dell'atto in illiceità della condotta che lo ha generato»<sup>566</sup>.

Superando definitivamente la tesi che ancorava l'ingiustizia del danno alla sola lesione di diritti soggettivi, prima solo assoluti, poi anche relativi, la Cassazione ha accolto la nozione sostanziale di interesse legittimo proposta in dottrina, definendolo «come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene»<sup>567</sup>, ponendo in rilievo il complesso di poteri di influenza sull'esercizio del potere amministrativo in relazione alle regole ed i principi che ne disciplinano l'attività<sup>568</sup>.

#### 4.7 Profili legati all'ingiustizia del danno

---

<sup>566</sup> F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, 571.

<sup>567</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, 2487, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nota a Cass. Sez.un. n. 500/1999*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3201, con nota di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3212, con nota di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3222, con nota di A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3226, con nota di E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo*; in *Dir. Pubbl.* 1999, 487, con nota di A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*; in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 9, 832, con nota di L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*; in *Corr. Giur.*, 1999, 9, 1061, con nota di V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*; in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1381, con nota di V. MARICONDA, *"Si fa questione d'un diritto civile..."*; in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268, con nota di C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*; in *Contratti*, 1999, 10, 869, con nota di L. V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*; in *Giur. It.*, 2000, 1, con nota di L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; in *Giur. It.*, 2000, 7, con nota di F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*; in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1999, 1108, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*.

<sup>568</sup> Per tale definizione di interesse legittimo si veda già: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, 108.



Nonostante l'indubbia portata innovativa della pronuncia, la sentenza delle Sezioni Unite ha aperto una serie di questioni legate alla difficoltà di applicare i principi elaborati nel campo della responsabilità civile all'attività amministrativa esercizio di potere.

Per quanto concerne l'elemento dell'ingiustizia del danno, la Cassazione ha affermato che l'illegittimità costituisce il presupposto necessario della qualificazione di tale condotta come oggettivamente illecita<sup>569</sup>. Non solo, la Corte ha sancito che «la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»<sup>570</sup>. La Corte ha poi distinto tra interessi oppositivi e pretensivi, affermando che, nel caso di lesione dei primi, l'illegittimità della determinazione provvedimento integrerebbe di per sé dell'elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità (ingiustizia del danno)<sup>571</sup>, mentre per gli interessi pretensivi sarebbe necessario un giudizio prognostico sulla fondatezza dell'istanza idonea a determinare un «oggettivo affidamento» circa la sua conclusione positiva, non essendo sufficiente una mera aspettativa per accedere alla tutela risarcitoria.

Nella dottrina civilistica, pur essendo dibattuto se il criterio dell'ingiustizia sia da riferire al danno, come si evince dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c., ovvero all'atto lesivo, è tuttavia

---

<sup>569</sup> Anche la dottrina, pur distinguendo nettamente il profilo dell'illegittimità dell'atto da quello dell'illiceità della condotta riteneva che «l'illegittimità dell'atto è un elemento al tempo stesso essenziale ed autonomo della condotta». F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1369 – 1379.

<sup>570</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. La sentenza n. 500 del 1999 ha riaperto il dibattito sulla nozione di interesse legittimo. Si vedano tra i contributi più recenti: L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 87 – 178; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 739; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.* 2010, 3, 637; G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 420; F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 2, 379; G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, cit., 1, 81 – 167; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 1 – 2, 2013, 1 – 15.

<sup>571</sup> La giurisprudenza successiva ha ritenuto necessario l'accertamento della spettanza del bene della vita anche per gli interessi oppositivi al fine di evitare un'iper-protezione degli stessi, ad esempio qualora i provvedimenti impugnati annullati per mere ragioni procedurali non incidano sulla titolarità di una situazione giuridica di vantaggio conseguita *secundum legem*, bensì sulla pura e semplice disponibilità di un vantaggio conseguito *contra ius* e in via meramente fattuale. Si vedano tra le molte: Cons. di Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5944; Cons. di Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187

pacifico che vi sono atti i quali, «pur determinando la lesione di interessi leciti, non sono vietati (e talvolta sono persino incoraggiati)»<sup>572</sup>. Alcuni Autori hanno, inoltre, distinto nettamente i doveri di cooperazione, vigenti nell'ambito del rapporto obbligatorio, dal generale divieto di ledere la sfera giuridica altrui, affermando che, nei casi in cui l'ordinamento risolve un problema di conflitto di interessi attribuendo al privato i mezzi adeguati per la sua piena realizzazione, non nasce un autonomo e specifico divieto di agire a carico di un soggetto con la conseguente reazione a carico di chi tale divieto trasgredisce. La configurazione della responsabilità civile come reazione al danno ingiusto, disancorata dalle categorie del permesso e del vietato proprie dell'illecito, ha condotto questa parte della dottrina ad ammettere la responsabilità da atto lecito quale fattispecie idonea a trasferire mediante l'obbligo risarcitorio il danno che ne può scaturire sul soggetto agente<sup>573</sup>. La dottrina civilistica ha, inoltre, evidenziato la tipica funzione successiva, orientata al passato, della tutela aquiliana, intesa come reazione al danno mediante la condanna a risarcire, sottolineandone la diversità rispetto alla condanna preventiva a non fare, tipica della tutela inibitoria<sup>574</sup>.

La previsione dell'illegittimità della condotta dell'amministrazione come presupposto imprescindibile dell'illiceità e il legame tra la risarcibilità dell'interesse legittimo e valutazione sulla spettanza del bene della vita rischiano, pertanto, di relegare la tutela risarcitoria ad un ruolo «non soltanto accessorio, ma soprattutto susseguente e rigidamente condizionato»<sup>575</sup>, ponendo limiti alla risarcibilità di situazioni giuridiche soggettive, pur lese dal comportamento dell'amministrazione, non tutelabili mediante l'azione demolitoria<sup>576</sup>.

---

<sup>572</sup> P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, 90.

<sup>573</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, Utet, 1968, 628. «In definitiva, sono le categorie stesse del lecito e dell'illecito, del permesso e del vietato, a essere estranee a una caratterizzazione d'insieme della responsabilità extracontrattuale, che va piuttosto colta mediante un'adeguata considerazione della centralità che in essa assume, sul piano della struttura come su quello della funzione, la coppia danno-risarcimento», si veda in questo senso: C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1185 – 1265

<sup>574</sup> C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1185 – 1265.

<sup>575</sup> A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. Amm.*, 2004, 2, 209

<sup>576</sup> Per una critica a questa impostazione, con particolare riferimento alla lesione di interessi pretensivi e alle ipotesi di danno da ritardo, si veda L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 – 673, per il quale ciò che è risarcito negli interessi pretensivi è sostanzialmente la perdita di *chance*, intesa come possibilità normativa.

L'affermata necessità di un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita per risarcire gli interessi pretensivi ha posto difficoltà applicative, in particolare nei casi nei quali residui un potere di valutazione discrezionale in capo alla P.A.<sup>577</sup> La dottrina ha messo in luce le problematiche connesse all'attribuzione al giudice, chiamato a sindacare l'antigiuridicità della condotta ai fini della responsabilità, di una valutazione prognostica sull'esercizio del potere, osservando che l'indagine sulla spettanza del bene della vita comporta la necessità di ripercorre le valutazioni discrezionali che l'amministrazione non ha compiuto, operazione che implica una sostituzione del giudice all'amministrazione non consentita nel nostro ordinamento<sup>578</sup>.

È stato osservato come il giudizio prognostico cui ha fatto riferimento la sentenza n. 500 del 1999 nell'ambito della tutela risarcitoria attiene «non ad un evento futuro, ma al nesso di causalità tra il vizio che inficia il provvedimento ed il contenuto del provvedimento stesso»<sup>579</sup>. Secondo questa accezione, l'indagine prognostica sul nesso di causalità mira a stabilire gli effetti che si sarebbero prodotti se la violazione della norma che ha causato l'illegittimità dell'atto non si fosse prodotta e se l'amministrazione avesse agito correttamente. Nei casi nei quali il danno è causato da un provvedimento risultante da un'attività complessa, regolata da norme giuridiche, «la verifica dell'efficienza causale del fatto antigiuridico si traduce nella ricerca della rilevanza causale che la specifica violazione del diritto assume nella determinazione del contenuto del provvedimento»<sup>580</sup>.

I limiti della ricostruzione dell'ingiustizia del danno adottata dalla sentenza n. 500 del 1999 sono emersi nella giurisprudenza successiva. Da una parte il Consiglio di Stato è rimasto ancorato alla pregiudizialità amministrativa<sup>581</sup>, anche successivamente all'adozione del codice del processo

---

<sup>577</sup> La giurisprudenza maggioritaria ha escluso che la pretesa risarcitoria, conseguente alla lesione di interesse legittimi pretensivi, possa essere accolta qualora residuino spazi di discrezionalità amministrativa. Si veda, per tutte, Cons. di Stato, Ad. Plen., 03 dicembre 2008, n. 13, in *Giur. It.*, 2009, 6,1550.

<sup>578</sup> A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, cit., 487 – 504. Nel medesimo senso si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, cit., 159 – 185.

<sup>579</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2001, 632.

<sup>580</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., 634.

<sup>581</sup> Tra le molte pronunce sulla questione della pregiudizialità amministrativa si vedano Cons. di Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 11, 1329, con nota di M. DE PALMA, *Risarcimento del danno e giudizio amministrativo*; Cons. di Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2008, 339, con nota di C.E. GALLO, *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*; Cass. Civ., Sez. Un., Ord. del 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660; Ord. del 15 giugno 2006, 13911; Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in

amministrativo che ne ha escluso la sussistenza, per lo meno dal punto di vista processuale<sup>582</sup>, dall'altra ha limitato le possibilità di ottenere risarcimento a fronte di comportamenti, pur collegati all'esercizio di un pubblico potere<sup>583</sup>, che non si sostanziano in lesioni dell'interesse finale al bene della vita<sup>584</sup>. Limiti alla tutela risarcitoria hanno avuto ripercussioni, ad esempio, sulle decisioni in materia di danno da ritardo nell'esercizio del potere<sup>585</sup>, di responsabilità precontrattuale trattata in

---

*Giornale Dir. Amm.*, 2009, 4, 385, con nota di L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*. Per una ricostruzione critica degli sviluppi giurisprudenziali sulla pregiudizialità, si veda R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2007, 271.

<sup>582</sup> Si veda Cons. di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 9, 962, con nota di F. CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*; in *Corriere Giur.*, 2011, 7, 979, con nota di F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*; in *Giur. It.*, 2012, 2, 442, con nota di D. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*; in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 6, 694, con nota di C. E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*.

<sup>583</sup> Per la distinzione tra meri comportamenti e comportamenti amministrativi, poi accolta nell'art. 7 del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104), si vedano le storiche sentenze della Consulta: Corte Cost., 06 luglio 2004, n. 204, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2005, 4, 753, con nota di R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 7, 805, con nota di R. CONTI, *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*; Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 2007, 1167 con nota di A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*.

<sup>584</sup> La giurisprudenza ha affermato che «per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo o il diritto soggettivo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi *contra ius*». In tal senso, tra le molte, si veda Cons. di Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2708.

<sup>585</sup> Si veda per tutte: Cons. di Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Danno e Resp.*, 2006, 8 – 9, 903, D. COVUCCI, *L'adunanza Plenaria boccia il risarcimento del danno da ritardo*. Come noto la questione è stata in seguito affrontata dal legislatore che con l'art. 7, comma 1, lett. c), L. 18 giugno 2009, n. 69 ha introdotto l'art. 2-bis nella L. 7 agosto 1990 n. 241, prevedendo un indennizzo per il ritardo collegato all'adozione di un provvedimento legittimo. Sul rapporto tra tale previsione e l'azione risarcitoria sul danno da ritardo si vedano da ultimo: Cons. Giust. Amm. Sic., 04 novembre 2010, n. 1368, in *Corriere Giur.*, 5, 2011, 625, con nota a cura di L. CARBONE, M. D'ADAMO con la collaborazione di D. DELL'ORO, *Risarcimento del danno da ritardo*; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 21 giugno 2011, n. 1123, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 11, 1363, con nota di A. NICODEMO, *È risarcibile il danno da ritardo anche in caso di non spettanza del "bene della vita"?*, Cons. di Stato, Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5663.

precedenza<sup>586</sup>, di danni da omessa disapplicazione di norme in violazione del diritto comunitario<sup>587</sup>, e, più in generale, dei danni provocati da comportamenti scorretti nell'ambito di un procedimento che non si traducono nell'annullabilità del provvedimento<sup>588</sup>.

Diversamente, i principi civilistici della buona fede e della diligenza sono stati applicati dalla giurisprudenza amministrativa in modo stringente al comportamento del privato danneggiato. Il giudice amministrativo ha mostrato un atteggiamento che è stato considerato «molto severo nei confronti del danneggiato, non altrettanto nei confronti della amministrazione danneggiante»<sup>589</sup>. Dai suddetti principi è stato fatto discendere l'obbligo in capo al soggetto leso dalla condotta amministrativa di impugnare il provvedimento lesivo. Qualora il privato non richieda l'annullamento dell'atto è stato ritenuto violato il dovere di porre in essere tutti gli strumenti di tutela a sua disposizione e, pertanto, interrotto il nesso causale che lega la condotta della danneggiante alle conseguenze dannose e, pertanto, negato il risarcimento<sup>590</sup>. La dottrina ha rilevato che il riferimento ad entrambe le parti del criterio dell'ordinaria diligenza previsto dal codice del processo amministrativo (art. 30, co.3) dovrebbe imporre altresì all'amministrazione danneggiante la verifica sulla legittimità del provvedimento da essa adottato per il suo eventuale annullamento d'ufficio. In tale ottica, inoltre, «la previsione espressa della azione risarcitoria autonoma implica logicamente (e, quindi, necessariamente) che il danneggiato, comportandosi in modo conforme alla espressa previsione di legge, possa rinunciare a valersi dell'azione demolitoria»<sup>591</sup>.

Configurando l'illiceità della condotta della P.A. ai fini risarcitori come subordinata al preventivo accertamento dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa è stato affermato

---

<sup>586</sup> Sulle problematiche connesse alla responsabilità precontrattuale della P.A. successivamente alla sentenza n.500 del 1999 si veda G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, *passim*.

<sup>587</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 31 marzo 2014, n. 1508, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, 1076, con nota di L. LORENZONI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione diretta del diritto europeo della concorrenza*

<sup>588</sup> Si veda da ultimo: Cons. di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 252. Per una critica alla tendenza della giurisprudenza amministrativa a negare la tutela risarcitoria in presenza di vizi procedurali non annullabili ai sensi dell'art. 21 *octies* 2° co. della L. 241 del 1990, si veda A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA; F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 211 – 212.

<sup>589</sup> F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere Giur.*, 2011, 7, 979.

<sup>590</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>591</sup> F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 985.

che il danno «può sostanziarsi sia nella emanazione di un atto *contra legem*, sia nella mancata, ingiustificata adozione di un provvedimento conforme alle aspettative giuridicamente tutelate del privato destinatario e non già della considerazione di tali “comportamenti” alla stregua dei principi di buona fede e correttezza»<sup>592</sup>. La giurisprudenza è tornata a qualificare l’interesse legittimo come la misura della rilevanza del diritto soggettivo, affermando che, qualora l’esercizio del diritto soggettivo (nel caso di specie il diritto di iniziativa economica) sia subordinato all’esercizio della funzione, sussiste un’intrinseca prevalenza dell’interesse pubblico su quello privato, sminuendo in definitiva la portata innovativa dell’afferzata risarcibilità degli interessi legittimi come situazioni giuridiche soggettive sostanziali.

Anche una parte della dottrina ha sostenuto l’ancillarità e la subordinazione dell’azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento, condividendo la tesi della pregiudizialità amministrativa e negando la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni, pur in presenza di un atto illegittimo della pubblica amministrazione, quando l’effetto ripristinatorio dell’annullamento non sia idoneo a soddisfare l’interesse al bene della vita, ossia quando la sentenza di annullamento sia priva del pregnante effetto conformativo per gli interessi legittimi pretensivi, ovvero non consenta di ottenere l’annullamento perché ricorrono le condizioni di cui all’art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241 del 1990<sup>593</sup>.

#### 4.8 I principi di correttezza e l’elemento soggettivo nella responsabilità civile della P.A.

La qualificazione della responsabilità civile come responsabilità extracontrattuale ha suscitato numerose problematiche altresì con riferimento all’elemento soggettivo della colpa della P.A. La sentenza n. 500 del 1999 ha, infatti, escluso l’ipotesi, dominante fino ad allora in giurisprudenza,

---

<sup>592</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Giur. It.*, 2003, 4; in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, 566, con nota di R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell’affidamento*

<sup>593</sup> E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2006, 18. Già in passato la dottrina aveva affermato che «la caducazione dell’atto lesivo ad opera del giudice amministrativo costituisce condizione *sine qua non* per la proposizione di una domanda di risarcimento del danno, fondata sull’illiceità dell’atto e della condotta, non solo perché il giudice competente a conoscere della legittimità degli atti è il giudice amministrativo, e non quello ordinario (e non è neppure concepibile un giudizio solo incidentale di quest’ultimo sull’illegittimità dell’atto, costituendo l’affermazione dell’illegittimità - illiceità il fondamento, l’oggetto stesso, della domanda), ma soprattutto per l’effetto sostanziale di inoppugnabilità e definitività che determina l’inutile decorso del termine per l’impugnazione.» F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1369 – 1379.

della colpa *in re ipsa* nell'illegittimità dell'atto<sup>594</sup>, contestando l'idea che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo esaurisca l'indagine circa i profili soggettivi dell'illecito ed affermando, al contempo, che i criteri di imputazione rispetto all'amministrazione apparato siano da dimostrare in giudizio in relazione alle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità»<sup>595</sup>.

La parziale coincidenza dei parametri adottati dalle Sezioni Unite per verificare l'elemento soggettivo dell'illecito della P.A. e quelli per valutare i vizi di legittimità ha indotto la giurisprudenza successiva a chiedersi, escludendo poi tale ipotesi, se la colpa dell'amministrazione apparato costituisse «una mera specificazione (aggravata) dei vizi del provvedimento»<sup>596</sup>. Le posizioni dottrinarie sull'elemento della colpa dell'amministrazione intesa come apparato sono state definite «molteplici e discrepanti»<sup>597</sup>, emergendo le difficoltà di «oggettivare» un requisito che, per sua natura, non può che essere riferito all'uomo<sup>598</sup>. Oltretutto, l'attribuzione alla giurisdizione

---

<sup>594</sup> Si vedano, tra le molte, Cass. Civ., Sez. Un., 22 ottobre 1984, n. 5361 e Cass. Civ., Sez. III, 09 giugno 1995, n. 6542. In dottrina era già stato affermato che «l'illegittimità del provvedimento amministrativo è per se stessa idonea ad integrare il criterio di imputazione del fatto (dolo o colpa), che ne restano in un certo senso assorbiti». In questo senso si veda R. NICOLÒ, S. RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963), Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 264.

<sup>595</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

<sup>596</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 06 agosto 2001, n. 4239.

<sup>597</sup> Così L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1. Sulla giurisprudenza successiva alla sentenza n. 500 del 1999 si vedano L. TORCHIA, *La responsabilità*, in *Tratt. Dir. Amm.*, Parte generale, II, Milano, Giuffrè, 2000, 1481 – 1482; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e Giudice Amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 1, 7; C. PASQUINELLI, *Gli orientamenti delle corti dopo la sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite*, in *Resp. Civ. e Prev.* 2003, 1, 21; L. MONTESANO, *I giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione (dopo la sentenza delle sezioni unite della cassazione n. 500 del 22 luglio 1999)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 3, 583; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 2, 445.

<sup>598</sup> F. FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e «autoprotezione» da parte del privato-vittima*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 153

amministrativa delle controversie sul risarcimento<sup>599</sup> ha introdotto in un giudizio tradizionalmente improntato al sindacato di legittimità la distinta valutazione dei criteri di imputazione dell'illecito ex art. 2043 c.c.<sup>600</sup>.

La riconduzione della responsabilità della P.A. alla responsabilità aquiliana ha prodotto, inoltre, l'effetto di far incombere sul danneggiato l'onere probatorio, imponendo quindi al privato la dimostrazione delle scorrettezze dell'amministrazione. Parte della dottrina ha osservato che tale elemento è quello più rilevante nella qualificazione della responsabilità civile dell'amministrazione<sup>601</sup>. L'approccio ad oggi maggioritario nella giurisprudenza amministrativa italiana, pur continuando a qualificare la responsabilità civile della P.A. come responsabilità extracontrattuale, ha introdotto un temperamento dell'onere della prova incombente sul danneggiato nell'azione aquiliana, consentendo al privato di invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa dell'amministrazione, la quale a sua volta può liberarsi dimostrando l'errore scusabile<sup>602</sup> ed ha ritenuto sufficiente la colpa lieve, non essendo presente nell'art. 2043 c.c. alcuna indicazione circa l'intensità della colpa<sup>603</sup>. È stata tuttavia esclusa una completa inversione dell'onere della prova alla stregua dell'art. 1218 c.c. sulla responsabilità per inadempimento<sup>604</sup>.

La subordinazione del risarcimento alla dimostrazione dell'elemento soggettivo della colpa, seppure con un onere della prova attenuato, ha creato problemi di conformità dell'ordinamento italiano rispetto al diritto europeo. Quest'ultimo ha esteso l'ambito responsabilità dello Stato per

---

<sup>599</sup> Art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, poi modificato dall'art. 7, L. 21 luglio 2000, n. 205, ora art. 7 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>600</sup> Per una critica nei confronti della giurisprudenza amministrativa che si limitava a valutare la legittimità del provvedimento senza valutare in concreto la lesione della posizione giuridica sostanziale del cittadino, si veda F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 149 – 159.

<sup>601</sup> Si veda in tal senso M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 110 – 111.

<sup>602</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307; Cons. di Stato, Sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091; Cons. di Stato, Sez. V, 08 aprile 2014, n. 1644.

<sup>603</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Cons. di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 1038; Cons. di Stato, Sez. III, 04 settembre 2013, n. 4408; Id. Sez IV, 18 novembre 2013, n. 5458. In senso contrario, Cons. di Stato, Sez. VI, 31 marzo 2014, n. 1508 che ha identificato la non scusabilità dell'errore con la colpa grave.

<sup>604</sup> L'inversione dell'onere della prova nelle azioni per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale ex art. 1218 è stato affermato in via definitiva dalla sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533.



violazione di norme del diritto europeo che attribuiscono diritti ai singoli<sup>605</sup>, indipendentemente dall'organo dello Stato responsabile della trasgressione<sup>606</sup>, purché la violazione risulti “grave e manifesta” sulla base di una pluralità di indici rivelatori, tra i quali l'ampiezza della discrezionalità dell'organo nazionale responsabile rispetto alle norme europee violate, la volontarietà della condotta e la scusabilità dell'errore<sup>607</sup>. La Corte di Lussemburgo ha precisato che il diritto interno non può condizionare il risarcimento a criteri eccedenti la nozione oggettiva di “violazione grave e manifesta”<sup>608</sup> ed ha sanzionato uno Stato membro il cui diritto interno subordinava la risarcibilità delle violazioni del diritto europeo alla prova del requisito soggettivo del dolo o della colpa<sup>609</sup>. Un ultimo arresto della Corte di Giustizia in materia di appalti pubblici ha, peraltro, ampliato il divieto di condizionare la tutela risarcitoria all'elemento soggettivo anche qualora il diritto interno preveda

---

<sup>605</sup> La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato la risarcibilità degli interessi lesi da violazioni del diritto comunitario vietando che le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali possano configurarsi in modo meno favorevole di quelle disposte per analoghi reclami interni o che rendano eccessivamente difficile ottenere il risarcimento: Corte Giust.CE, 19 novembre 1991, Francovich, cause riunite C-6/90 e C-9/90, punto 43. Sulla reazione degli Stati membri alla giurisprudenza europea sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, si vedano J. TALLBERG, *Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability*, in *Journal of European Public Policy*, 2000, 7, 104 – 121; M. P. GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune'*, in *European Law Review*, 2007, 32, 157; K. M. SCHERR *Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches in ERA Forum* 2012, 12, 565–588.

<sup>606</sup> Corte Giust. CE, 5 marzo 1996, Brasserie du pêcheur SA ex parte: Factortame Ltd e altri, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, punto 32.

<sup>607</sup> Corte Giust. CE, 5 marzo 1996, Brasserie du pêcheur SA ex parte: Factortame Ltd e altri, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, punto 56. Sull'evoluzione dei criteri per affermare la responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, si vedano T. TRIDIMAS, *Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 38, 301; G. ANAGNOSTARAS, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of EC Law*, in *European Public Law*, 2001, 7, 281; P. CRAIG, *EU administrative law*, cit., 815 – 828; B. BEUTLER, *State liability for breaches of Community law by national courts: Is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?*, in *Common Market Law Review*, 3, 46, 2009, 773–804; M. BREUER, *State Liability for judicial wrongs and Community law: the case of Gerhard Köbler v Austria*, in *European Law Review*, 2004, 29, 243.

<sup>608</sup> Corte Giust. CE, 5 marzo 1996, Brasserie du pêcheur SA ex parte: Factortame Ltd e altri, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, punti 78 e 79.

<sup>609</sup> Corte Giust. CE, 14 ottobre 2004, causa C-275/03 e 10 gennaio 2008, causa C-70/06, Commissione/Portogallo.

una presunzione di colpa ed oneri l'amministrazione della dimostrazione della scusabilità della condotta<sup>610</sup>.

La giurisprudenza amministrativa italiana ha tuttavia ritenuto esservi una sostanziale rispondenza della qualificazione dell'elemento soggettivo dell'illecito da essa rispetto al diritto europeo, affermando che il giudice amministrativo tende ad individuare la colpa della P.A. attraverso criteri analoghi a quelli usati dalla Corte di Giustizia per valutare la violazione grave e manifesta del diritto europeo. Il Consiglio di Stato ha, inoltre, ritenuto circoscritta alla disciplina degli appalti pubblici la portata applicativa del generale divieto di subordinare il risarcimento all'elemento psicologico, essendo fondata sul peculiare sistema rimediale e sull'estremo dettaglio della normativa europea sugli appalti pubblici<sup>611</sup>.

La Corte di Giustizia ha poi chiarito che la responsabilità dell'ente pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli dall'adozione di provvedimenti contrari al diritto comunitario può sorgere in aggiunta a quella dello Stato membro che non abbia dato attuazione nell'ordinamento interno al diritto europeo<sup>612</sup>. A tal proposito, sembra utile segnalare che, seppure la responsabilità dello Stato legislatore per omessa, tardiva o inesatta trasposizione delle direttive europee in Italia sia stata inizialmente ricondotta alla categoria dell'illecito civile di tipo aquiliano, analogamente a quella della pubblica amministrazione<sup>613</sup>, le Sezioni Unite della Cassazione l'hanno poi ricondotta alla responsabilità ex art. 1218 c.c. per inadempimento di un'obbligazione *ex lege* avente natura

---

<sup>610</sup> Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, Stadt Graz, causa C-314/09.

<sup>611</sup> In questo senso si è espresso il Consiglio di Stato nelle sentenze: Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, nn. 482 e 483 in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 10, 969, con nota di R. CARANTA, *Diritto Uee diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*.

<sup>612</sup> Corte Giust. CE, 4 luglio 2000, in Causa C-424/97, Haim, punto 32.

<sup>613</sup> Come affermato in dottrina: «La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del legislatore (...) può essere inquadrata con i dovuti adattamenti nella medesima fattispecie di illecito configurabile in capo alle pubbliche Amministrazioni nella nostra tradizionale esperienza: al momento in cui si afferma e si consolida il principio, fondamentale nella configurazione stessa dello Stato di diritto, che i poteri pubblici (a qualsiasi livello essi operino) nel loro concreto agire sono soggetti alla legge, e la violazione della legge mediante atti od omissioni, in quanto produca danni in capo a soggetti terzi (cui la stessa legge avesse attribuito situazioni protette di vantaggio), dà luogo ad una obbligazione risarcitoria circa il danno prodotto secondo le regole del diritto comune.» In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 2, 472; M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Tratt. Dir. Amm. europeo*, Parte generale, II, Milano, Giuffrè, 2007, 589; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 537.

indennitaria, svincolata dai presupposti del dolo o della colpa<sup>614</sup> ed assoggettata al termine decennale di prescrizione<sup>615</sup>, pur essendo successivamente intervenuto il legislatore a fissare un termine di prescrizione quinquennale<sup>616</sup>.

Sebbene nella responsabilità dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi il termine per esperire l'azione si configuri come termine di decadenza e sia fissato dal legislatore in centoventi giorni dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento, ovvero nel termine di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento nei casi di silenzio<sup>617</sup> ed il profilo dell'onere della prova in capo al privato sull'elemento soggettivo della P.A. sia stato attenuato dalla giurisprudenza, parte della dottrina ha messo in dubbio l'ascrivibilità della responsabilità civile della P.A. al modello aquiliano, auspicandone una riconduzione alla responsabilità da inadempimento.

#### 4.9 Il principio di correttezza nel sindacato sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione

I limiti alla tutela risarcitoria, come configurata dalla giurisprudenza sopra menzionata, sembrano avvalorare l'idea per cui la vera svolta che ci si attendeva dalla sentenza n. 500 del 1999 sarebbe stata «la risarcibilità non di interessi collegati ad una decisione amministrativa per intero dovuta e dunque dell'interesse (o “diritto”?) all'ottenimento del bene (il che si dovrebbe dare per scontato), ma dell'interesse a non subire un pregiudizio economico a causa della condotta antigiusuridica dell'amministrazione, indipendentemente dall'esito della vicenda in termini di ottenimento o non dell'atto, e quindi la risarcibilità del danno riferibile non alla spettanza del bene

---

<sup>614</sup> Sul dibattito circa la necessità dell'elemento soggettivo della colpa nella responsabilità da inadempimento si veda F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 4, 1019.

<sup>615</sup> Si veda Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 17 aprile 2009, n. 9147, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni ad opera dello Stato*, in *Corr. Giur.* 2009, 10, 1351; nello stesso senso si vedano Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2011, nn. 10813, 10814, 10815, 10816 in *Corriere Giur.*, 2011, 10, 1411 con nota di A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo stato inadempiente*. Si veda anche Cass. Civ., Sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1182

<sup>616</sup> Art. 4, comma 43, della legge 12 novembre 2011 n. 183, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012) secondo la quale la prescrizione del diritto al risarcimento del danno soggiace al termine quinquennale ex art. 2947 c.c. A. LAZARI, *Il giudice complesso e la responsabilità dello stato*, in *Danno e Resp.*, 2012, 12, 1225

<sup>617</sup> Art. 30, co. 3 e 4 del D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104

(scontata, si ripete, quando ricorra) ma al pregiudizio subito in relazione ad aspetti rispetto a quello ulteriori e diversi»<sup>618</sup>.

Partendo da tale constatazione, parte della dottrina ha posto in evidenza la diversa rilevanza alla situazione giuridica soggettiva lesa dal provvedimento (interesse legittimo), rispetto a quella dalla quale sorge il diritto soggettivo al risarcimento del danno ingiusto<sup>619</sup> ed ha riconosciuto alla valutazione della correttezza del comportamento della P.A. nell'esercizio dei poteri discrezionali dell'amministrazione un ambito più ampio di quello considerato nel giudizio di legittimità<sup>620</sup>.

Secondo alcuni Autori, l'oggetto dell'interesse legittimo non coincide con la legittimità del comportamento amministrativo, ma è costituito dall'assetto di interessi che il provvedimento realizza, distinguendosi così sia dalla posizione soggettiva di pretesa diretta al conseguimento di un bene, sia dalla fattispecie causativa del danno, fatto doloso o colposo, individuabile nel comportamento complessivo dell'amministrazione comprensivo delle azioni precedenti ed esecutive

---

<sup>618</sup> A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, cit., 494.

<sup>619</sup> F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 58, dove si afferma che l'obbligo al risarcimento è soltanto indirettamente collegato alla lesione di una situazione soggettiva di vantaggio e che l'azione risarcitoria non trova il suo fondamento immediato e diretto nella tutela di tale situazione soggettiva ma nella sussistenza dell'obbligo al risarcimento, e nel contrapposto diritto soggettivo al risarcimento. Per la distinzione dell'azione risarcitoria e di annullamento sul piano giuridico, la prima avente per oggetto un credito verso l'Amministrazione, fondata su una contestazione dell'atto amministrativo in termini del tutto diversi rispetto all'impugnazione di esso: A. TRAVI, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2003, 661. Un diverso Autore ha distinto gli interessi partecipativi, che si configurano come aspettative o facoltà procedurali indifferenziatamente proprie di tutti i partecipanti, in quanto partecipanti, comunque risarcibili, dall'interesse legittimo leso dal provvedimento (dal diniego o dalla mancata adozione del provvedimento), si veda per tale tesi: G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241, dove si legge: «se l'amministrazione procede in modo irregolare o scorretto - senza che tale irregolarità o scorrettezza abbia a che fare con la direzione del potere, con il possibile risultato decisorio - essa non lede in particolare l'interesse legittimo, ma lede allo stesso modo le situazioni di tutti coloro che partecipano, in quanto connesse alla loro partecipazione».

<sup>620</sup> Si vedano in questo senso: G. M. RACCA, *Correttezza (Dir. Amm.)*, in *Diz. di Dir. Pubbl.*, II a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 – 1536; G. COGLIANDRO, *Legittimità: variazioni su tema tra sinonimia e polisemia, Comunicazione al LIII Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007), Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *www.GiustAmm.it*, 24 aprile 2008. Parte della dottrina si era da tempo orientata in senso critico nei confronti della giurisprudenza amministrativa che si limitava a valutare la legittimità del provvedimento senza valutare in concreto la lesione della posizione giuridica sostanziale del cittadino, si veda F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1997, 149 – 159.

rispetto al provvedimento, consentendo così la risarcibilità anche in caso di mancanza di provvedimento e in caso di provvedimento legittimo<sup>621</sup>.

La distinzione tra la posizione giuridica soggettiva sulla quale si basa la domanda risarcitoria e l'interesse legittimo che si confronta con il potere si riflette, secondo parte della dottrina, nell'autonomia tra la domanda di annullamento dell'atto, che tende a conformare i futuri segmenti di azione amministrativa, da quella di risarcimento del danno<sup>622</sup>, coerentemente ad «un ordinamento che ha sempre riservato al rimedio risarcitorio una collocazione distinta da quella propria dell'annullamento, ossia una funzione riparatoria alternativa, strettamente legata alle norme di relazione»<sup>623</sup>. L'elemento del danno può, infatti, essere distinto dall'incompatibilità dell'attività giuridica o materiale non consentita dall'ordinamento. La lesione di un interesse giuridico protetto non sempre è causa di un pregiudizio economico risarcibile, nondimeno l'evento lesivo può essere rimosso mediante le altre misure previste dall'ordinamento, come l'annullamento<sup>624</sup>.

La dottrina ha posto in evidenza l'inesistenza di «una tutela giurisdizionale omogenea, idonea a garantire adeguatamente qualsiasi situazione di diritto sostanziale, indipendentemente dal contenuto di questa e dai soggetti che ne sono titolari»<sup>625</sup>. In questa prospettiva è stato evidenziato che la risarcibilità non riguarda l'interesse legittimo, bensì l'interesse materiale di base che lega il danneggiato al bene della vita. Tale tesi ha negato la riconducibilità al diritto di credito della pretesa del privato nei confronti dell'amministrazione ed ha distinto tra le regole proprie della discrezionalità amministrativa e quelle proprie di ogni «contatto giuridico» tra due soggetti, queste

---

<sup>621</sup> F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 25 – 29. Per l'identificazione dell'oggetto dell'interesse legittimo con la realizzazione degli effetti derivanti dal provvedimento e la critica all'equiparazione del provvedimento al bene della vita cui aspira il privato si veda L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 87 – 106.

<sup>622</sup> È stato affermato come dato pacifico che «il diritto al risarcimento dei danni e la pretesa all'annullamento di un provvedimento illegittimo sono pretese diverse, con un contenuto distinto, e identificano diritti differenti», si veda A. TRAVI, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 3, 661. Per l'autonomia della pretesa risarcitoria e demolitoria si veda anche F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2009, 978

<sup>623</sup> F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta?»*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 4, 933.

<sup>624</sup> G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, cit., 131 – 139.

<sup>625</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Il Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, 530

ultime identificate nel principio di correttezza espresso nell'art. 1337 c.c., riconducendo quindi la responsabilità dell'amministrazione alla responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi comportamentali previsti dalle norme sul procedimento espressive del dovere di buona fede<sup>626</sup>.

Un'altra parte della dottrina, ammettendo che il diritto soggettivo e l'interesse legittimo possono avere ad oggetto il medesimo interesse, pur consentendo la realizzazione di pretese diverse, ha proposto una distinzione tra le varie categorie di situazioni giuridiche soggettive basata non sull'interesse tutelato, bensì sugli strumenti di tutela sostanziale previsti dall'ordinamento. Nell'ambito delle garanzie sostanziali dell'interesse legittimo rientrano, in quest'ottica, quei «congegni limitativi e conformativi del potere» che sono posti a tutela non solo della possibilità attuativa dell'interesse materiale di base, ma anche della «intrinseca correttezza dell'esercizio del potere, sganciati dalla prospettiva teleologica della realizzazione dell'interesse materiale che costituisce invece il sostrato dell'interesse legittimo»<sup>627</sup>. Tali interessi sono protetti, secondo questo orientamento, in termini di necessaria, e non solo possibile realizzazione, atteso che la violazione delle norme procedurali che li tutelano lede di per sé gli interessi stessi, mentre non può configurarsi come lesiva dell'interesse legittimo alla possibile realizzazione dell'interesse materiale di base, ove tale possibilità, in concreto ed obiettivamente, non sussista (riferendosi alle ipotesi di vizi cosiddetti non invalidanti previsti dall'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge 241 del 1990). In tale ricostruzione è stato, peraltro, evidenziato che non tutte le norme comportamentali discendenti dall'obbligo della P.A. di agire secondo buona fede rilevano sul piano del possibile conseguimento del bene della vita da parte del cittadino, prendendo ad esempio l'obbligo di tempestività<sup>628</sup>.

È stata infine evidenziata l'esigenza di distinguere i casi nei quali il danno, benché collegato ad un procedimento amministrativo, sia stato provocato da un comportamento dell'amministrazione senza una correlazione diretta tra l'efficacia del provvedimento amministrativo e la lesione del

---

<sup>626</sup> G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, cit., 125 – 190.

<sup>627</sup> A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit.

<sup>628</sup> A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit.

diritto all'integrità del patrimonio, dai danni riconducibili all'esercizio della funzione, al fine di superare la nozione di risarcimento come "rimedio" per la tutela dell'interesse legittimo<sup>629</sup>.

Un recente studio, muovendo dall'osservazione che il giudizio sulla responsabilità implica una visione più ampia sul comportamento della P.A., inclusiva non solo dell'attività volta all'emanazione dell'atto, ma della condotta complessiva dell'amministrazione ha affermato che si può accertare un comportamento scorretto dell'amministrazione anche in presenza di provvedimenti legittimi<sup>630</sup>. In tale prospettiva sono state criticate le tesi che hanno esteso il concetto di illegittimità al complessivo comportamento dell'amministrazione, proponendone un sindacato unitario<sup>631</sup>. L'unificazione dei giudizi di legittimità e di responsabilità, secondo la tesi illustrata, implicherebbe una radicale trasformazione del giudizio amministrativo e del rapporto tra giudice e amministrazione, consentendo al giudice di utilizzare tutti gli elementi di conoscenza dei fatti relativi al giudizio di responsabilità in un giudizio di mera legittimità.

Secondo tale tesi, pur essendo innegabili le evoluzioni del modello processuale che hanno notevolmente ampliato i poteri istruttori e decisorii del giudice amministrativo, inducendo la dottrina a parlare anche per quanto concerne il giudizio di legittimità di un giudizio sul rapporto (sebbene in senso atecnico)<sup>632</sup>, tale sindacato presenta profili diversi da quelli relativi al giudizio di responsabilità. È stata quindi distinta la responsabilità per scorrettezza, delineata come

---

<sup>629</sup> Si veda sul punto F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta»?*, cit., 933.

<sup>630</sup> G. M. RACCA, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 99 – 129.

<sup>631</sup> F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, cit.. L'Autore ha infatti affermato che «parametro fondamentale di correttezza dell'azione amministrativa - di correttezza della condotta - è dunque il rispetto delle regole proprie di ciascuna professionalità, inerente allo svolgimento della funzione assegnata. In quest'ottica, è molto probabile che i due indicati profili di sindacato - rispetto delle norme extra legem latae sull'esercizio della funzione e quindi sindacato di eccesso di potere; rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità - meritino una considerazione unitaria: il rispetto delle regole proprie di ciascuna professionalità esercitata nello svolgimento della funzione esige tanto che si evitino le scorrettezze - o gli errori evidenziati dalle cosiddette figure sintomatiche -, quanto che, nel complesso, l'effetto disciplinatore cui il provvedimento mira sia ragionevole e correttamente calibrato rispetto allo scopo ed agli interessi in gioco. La colpa dell'amministrazione, da cui nasce la sua responsabilità per il danno che abbia recato, sta tutta qui, nell'aver agito in violazione delle regole di professionalità che, diverse per ogni materia ed ogni livello di competenza, presiedono a tutto il suo agire. Spetta al giudice identificarle di volta in volta.»

<sup>632</sup> Per tale opinione si veda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Il Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, 481 – 495.

responsabilità per inadempimento di obblighi comportamentali vincolanti l'attività amministrativa, dagli eventuali profili di illegittimità del provvedimento, i quali possono contribuire a definire la scorrettezza incidendo come elementi di una condotta produttiva di danno, da accertare unitamente agli altri presupposti dell'illecito secondo criteri distinti da quelli inerenti alla legittimità<sup>633</sup>.

Anche parte della giurisprudenza sembra orientata nel senso di distinguere tra i profili di legittimità da quelli di responsabilità. Ad esempio, in un caso di provvedimento vantaggioso per un soggetto, annullato su ricorso di un diverso soggetto, la Cassazione ha riconosciuto la peculiarità dell'oggetto del giudizio di responsabilità, volto a sindacare un comportamento illecito della P.A. per violazione del principio del *neminem laedere* e quindi dei «doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile e che anche la P.A., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare»<sup>634</sup> ed ha distinto il piano dell'interesse legittimo al provvedimento rispetto a quello del legittimo affidamento risarcibile<sup>635</sup>. Allo stesso modo, il giudice amministrativo ha valutato la correttezza del comportamento complessivo dell'amministrazione (azioni od omissioni contrastanti con il principio di correttezza) indipendentemente dalla legittimità del provvedimento<sup>636</sup>.

Tale ricostruzione appare, inoltre, coerente con il modello di giustizia amministrativa prefigurato in Costituzione. Secondo l'insegnamento della Consulta, la tutela risarcitoria costituisce

---

<sup>633</sup> Si veda in questo senso: G. M. RACCA, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, cit., 99 – 129; ID., *Correttezza (Dir. Amm.)*, in *Diz. di Dir. Pubbl.*, II a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 – 1536;

<sup>634</sup> La controversia nella quale il beneficiario di una concessione edilizia, annullata d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittima, chieda il risarcimento dei danni subiti per avere confidato nella apparente legittimità della stessa, che aveva ingenerato l'incolpevole convincimento di poter legittimamente edificare, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto un comportamento illecito della P.A. per violazione del principio del "neminem laedere", cioè di quei doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile e che anche la P.A., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare; egli, pertanto, non è tenuto a domandare al giudice amministrativo un accertamento della illegittimità del suddetto comportamento, che ha invece interesse a contrastare nel giudizio di annullamento da altri provocato e che può solo subire. Cass. Civ., Sez. Un. Ord., 23 marzo 2011, n. 6594

<sup>635</sup> Nel caso di annullamento di una concessione edilizia illegittimamente rilasciata, non si configura alcuna lesione dell'interesse legittimo del titolare della concessione, ma può configurarsi una lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole: la relativa tutela risarcitoria è perciò devoluta al giudice ordinario. Cass. Civ., Sez. Un. Ord., 23 marzo 2011, n. 6594

<sup>636</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, T.A.R. Veneto Sez. I, 31 marzo 2003, n. 2173, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 939, con nota di A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*.



«uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione» che «affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela»<sup>637</sup>. Inoltre, l'autonomia dei giudizi di responsabilità e di legittimità sembra esser stata confermata dal legislatore con il codice del processo amministrativo che ha riconosciuto la possibile sussistenza di un interesse ai fini risarcitori anche quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti più utile per il ricorrente (art. 34, co.3 c.p.a.); ha affidato al giudice la valutazione di «tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti» nella determinazione del danno; ed ha ancorato la decorrenza del termine decadenziale per esperire l'azione risarcitoria al verificarsi del fatto, ponendo come mera eventualità che il danno derivi direttamente dal provvedimento o dalla mancata adozione dello stesso (art. 30, co. 3 e 4 c.p.a.).

Inoltre, la distinzione tra i profili di responsabilità e di validità dell'atto sembra porsi in linea con le ricostruzioni civilistiche precedentemente illustrate che hanno affermato il principio di non interferenza tra norme di validità e norme di comportamento, affermando la sussistenza di una responsabilità per violazione dei principi di buona fede pur in presenza di un contratto valido<sup>638</sup>. La dottrina amministrativistica, richiamando la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e la diversa incidenza sul rapporto contrattuale, ha osservato che «l'azione risarcitoria potrebbe essere formulata dall'interessato sì con riferimento all'assetto di interessi riconducibile direttamente al provvedimento di cui si contesta la legittimità, ma anche, e il quadro allora muta radicalmente, con riguardo al comportamento contrario a buona fede tenuto dall'Amministrazione»<sup>639</sup>.

Nel paragrafo sulla rilevanza dei principi di correttezza nell'ambito dell'attività procedimentale è stato chiarito come in molti casi le norme di correttezza si presentano come complementari o sovrapposte rispetto ai principi che regolano il procedimento, i quali a loro volta

---

<sup>637</sup> Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, punto 3.4.1

<sup>638</sup> Si veda in senso contrario G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit., 185 – 186. L'Autore ha affermato che nel sistema processuale amministrativo «fondato essenzialmente sull'annullamento dell'atto e sulla irrilevanza autonoma degli atti e dei comportamenti che lo precedono quando non penetrino nel suo contenuto complessivo, la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento non può operare». L'Autore ne nega peraltro l'accettabilità anche nei rapporti interprivati.

<sup>639</sup> R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2007, 271.

possono incidere sulla legittimità dei provvedimenti. Ciò non toglie che i due profili necessitino valutazioni autonome e distinte, se pure incardinate nell'ambito del medesimo giudizio, una improntata su un giudizio pieno sulla correttezza della condotta ai fini risarcitori ed una limitata a sindacare la legittimità della decisione dell'organo pubblico alla stregua dei principi che vincolano l'attività amministrativa discrezionale. Chiarito che i profili della correttezza possono incidere in modo autonomo sul giudizio di responsabilità rispetto alle valutazioni sulla legittimità dell'atto, occorre verificarne l'incisività sulla condotta della P.A.

#### 4.10 L'autonoma rilevanza dei principi di correttezza nella responsabilità civile dell'amministrazione e la responsabilità da contatto

Le difficoltà applicative del modello aquiliano alla responsabilità civile della P.A. derivano, tra l'altro, dal fatto che la responsabilità extracontrattuale è tradizionalmente configurata presupponendo l'assenza di un previo rapporto tra il danneggiato ed il danneggiante<sup>640</sup>. La dottrina civilistica ha distinto la responsabilità extracontrattuale, costitutiva *ex novo* di un'obbligazione, dalla tutela apprestata nell'ambito di una relazione tra la vittima e il responsabile, preesistente al verificarsi dell'evento dannoso, legata ad un rischio specifico di danno creato dalla particolare relazione che si è in precedenza instaurata tra due soggetti<sup>641</sup>.

È stato osservato che l'amministrazione, anche nei casi nei quali non può configurarsi come vera e propria "parte" di uno specifico rapporto, occupa una posizione in seno alla società che di per sé genera un affidamento in capo ai cittadini e che la obbliga a tenere un comportamento che salvaguardi le esigenze di terzi<sup>642</sup>. È stato quindi ritenuto che, *a fortiori*, nell'ambito del procedimento amministrativo, si crea una relazione qualificata tra P.A. e cittadino che implica il dovere per entrambe le parti di comportarsi secondo le regole della correttezza.

Già precedentemente all'adozione della legge generale sul procedimento amministrativo, la dottrina e la giurisprudenza si interrogavano sulla natura della categoria dei cosiddetti interessi

---

<sup>640</sup> A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1176*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1988, 4.

<sup>641</sup> C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1185 – 1265. Si veda anche L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1072, dove si afferma: «la responsabilità extracontrattuale è un'obbligazione che si costituisce *ex novo*, la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2740 c.c.)».

<sup>642</sup> Per tale osservazione si veda E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 380.

procedimentali, interessi che «hanno ad oggetto situazioni e vicende dei procedimenti, onde non si riferiscono direttamente a beni della vita, ma a fatti procedimentali che a loro volta investono beni della vita»<sup>643</sup>, evidenziandone i tratti comuni con le aspettative legittime, per la loro funzione strumentale e perché riflettono situazioni ed effetti preliminari<sup>644</sup>.

La dottrina successiva si è soffermata su quelle posizioni giuridiche soggettive che accompagnano e vigilano l'intero corso dell'attività amministrativa, individuando «l'esistenza di un contatto amministrazione - privato che non si esaurisce nel noto momento di sintesi autorità - libertà, costituita e espressa dall'atto amministrativo, ma si prolunga nel tempo prima e oltre quel momento» ed iniziando a parlare di «una relazione stabile fra amministrazione e cittadino, e così di rapporto amministrativo perché non si saprebbe come definire altrimenti questo contatto durevole in cui si manifestano, da una parte e dall'altra, poteri, soggezioni, oneri, aspettative, ecc.»<sup>645</sup>.

Tale ultima considerazione ha indotto parte della dottrina a ricondurre la responsabilità civile della P.A. ad una responsabilità da rapporto o da contatto sociale qualificato, riconducibile alla responsabilità per inadempimento<sup>646</sup>. La tesi ha preso le mosse da una dottrina civilistica che ha

---

<sup>643</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, II, 509

<sup>644</sup> Si vedano sulla qualificazione degli interessi procedimentali nell'ambito della dottrina sull'interesse legittimo, M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Process.*, 1, Padova, Cedam, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004, 275 – 276. In giurisprudenza si vedano Cons. di Stato, Ad. Plen. 10 luglio 1987, n. 8; Cons. di Stato, Sez. IV, 10 giugno, 1987, n.338.

<sup>645</sup> M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.* 1987, V, 469. In senso contrario alla ricostruzione delle posizioni procedimentali come inserite in una relazione specifica tra amministrazione e privato, si veda G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2009, 241

<sup>646</sup> La dottrina sulla responsabilità da contatto della P.A. è molto vasta, si vedano, senza pretese di esaustività, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 3, 557; A. ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 351 - 386; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012, 74 – 86; C. CASTRONOVO, *La «civiltà» della pubblica amministrazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 3, 637; V. CARBONE *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 2, 165. In senso contrario alla riconduzione della responsabilità della P.A. alla nozione di responsabilità da contatto G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni*

ipotizzato l'applicabilità, nell'ambito della relazione tra cittadino e P.A., della categoria delle obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, espressione coniata per qualificare quelle situazioni nelle quali sorge un affidamento fondato su un rapporto tra soggetti che, ancorché privo di prestazione, costituisce fonte di obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui<sup>647</sup>.

Una parte della dottrina civilistica ha, infatti, attribuito al criterio della correttezza un ruolo di rivalutazione delle posizioni nell'ambito di preesistente un rapporto obbligatorio, indipendentemente dalla relativa fonte<sup>648</sup>, implicando una relazione particolare tra le parti, dalla quale nasce un reciproco affidamento che crea l'esigenza di sottoporre le parti ad una serie di obblighi giuridici di "cornice"<sup>649</sup>. Secondo questa ricostruzione, la responsabilità che accompagna qualsiasi rapporto obbligatorio, designata impropriamente come responsabilità contrattuale<sup>650</sup>, non tutela solo l'interesse positivo del creditore all'adempimento della prestazione del debitore, ma anche il parallelo interesse negativo di protezione che sussiste in capo ad ognuna delle parti del

---

*arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 683; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 87 – 178; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la "nuova" responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 3, 968.

<sup>647</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 712; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, *Le ragioni del diritto*, cit. 147 e ss.; ID. *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 3, 679; *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 55. La nozione di responsabilità da contatto sociale è stata adottata dalla Cassazione in una sentenza di poco precedente alla n. 500 delle Sez. Un., con la quale si è fondata la responsabilità professionale di un medico dipendente dal servizio sanitario sull'obbligazione senza prestazione derivante dal rapporto con il paziente quale fonte atipica delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. Si veda Cass. Civ., Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corriere Giur.*, 1999, 4, 441 - 451, con commento di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Per le ricostruzioni critiche della giurisprudenza civile e amministrativa sulla responsabilità da contatto sociale si vedano A. GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2012, 10, 933; A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, 77.

<sup>648</sup> L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., 1072.

<sup>649</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 710

<sup>650</sup> La responsabilità cosiddetta "contrattuale" è stata definita come «responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte; è tale anche la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione da fatto illecito, in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti» (L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., 1072).

rapporto per effetto della speciale relazione tra esse aperta, a che non siano pregiudicati dal comportamento della controparte la sicurezza e l'integrità dei propri beni<sup>651</sup>.

Diversamente, per altra dottrina, l'esplicito riferimento nell'art. 1175 al creditore ed al debitore porta a rifiutare le tesi che considerano la correttezza come regola applicabile ai rapporti non aventi origine contrattuale ma derivanti da un contatto sociale tra sfere giuridiche contrapposte, distinguendola così dalla buona fede di cui all'art. 1375 considerata inerente all'attuazione di rapporti obbligatori nascenti da contratto<sup>652</sup>.

Nel campo della responsabilità civile della P.A. un orientamento dottrinario ha riconosciuto in alcune garanzie procedimentali dei veri e propri diritti (alla comunicazione di avvio del procedimento, all'accesso agli atti, alla presentazione di memorie scritte e documenti, all'indizione delle conferenze di servizi obbligatorie, all'autocertificazione o ad altre semplificazioni procedurali, alla conclusione del procedimento entro il termine stabilito, a un provvedimento espresso e motivato, alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza), volti ad assicurare alle parti del procedimento beni della vita indipendenti dall'esito del procedimento, cui corrispondono relativi obblighi in capo all'amministrazione. Tali diritti sono stati ricondotti ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., dotati di rilievo autonomo, perseguendo beni della vita diversi, seppure connessi, a quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo<sup>653</sup>.

Alcuni Autori hanno specificato, tuttavia, che non tutte le regole della procedura amministrativa si traducono in obblighi della pubblica amministrazione e in corrispondenti diritti soggettivi delle parti del procedimento, sottolineando che nei casi in cui siano violate disposizioni

---

<sup>651</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 712

<sup>652</sup> «L'opinione così sommariamente riassunta costituisce, infatti, il risultato di una indebita trasposizione, nel nostro ordinamento, di soluzioni adottate in altri e, segnatamente, in quello tedesco. Nel quale la contrapposizione tra ciò che da noi è buona fede (Treu und Glauben: § 242 BGB) e correttezza (o buoni costumi: gute Sitten, di cui al § 826 BGB) viene appunto considerata indice dell'esistenza di un duplice criterio: l'uno (Treu und Glauben) destinato ad intervenire in presenza di uno specifico rapporto giuridico; l'altro (gute Sitten), valido per la valutazione del comportamento dei soggetti in genere, indipendentemente dalla considerazione di un qualsiasi rapporto giuridico». L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit. 175.

<sup>653</sup> Alcuni Autori, muovendo dalla riconduzione delle garanzie procedimentali ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, hanno ricondotto le posizioni giuridiche soggettive procedimentali ai diritti fondamentali. Si veda in tal senso L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 3, 2012, 850 – 875.

normative procedurali che non costituiscono pretese immediate in capo ai soggetti privati, ma esprimono esigenze di efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa, come ad esempio nei casi di mancata richiesta di un parere obbligatorio o di mancata acquisizione di una valutazione tecnica, restano in rilievo interessi legittimi, risarcibili al pari dei diritti soggettivi.

Tale tesi ha attenuato la posizione che ha ricondotto interamente allo schema delle obbligazioni il tema della responsabilità dell'amministrazione, chiarendo che «non tutti i vizi di legittimità sostanziale e procedurale dei provvedimenti amministrativi sono riconducibili alla violazione di obblighi di buona fede e di correttezza o di obblighi di protezione da parte dell'amministrazione»<sup>654</sup>. Rimangono, tra l'altro, escluse dalla nozione di responsabilità da contatto o da inadempimento le situazioni soggettive dei soggetti lesi dal provvedimento che non abbiano partecipato al relativo procedimento e che non siano quindi entrate in contatto con l'organo pubblico. In quest'ottica si è ritenuto che, sebbene in linea generale sia auspicabile ricondurre la responsabilità della P.A. alla responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., le tesi contrattualiste fondate sugli obblighi di buona fede e di correttezza o sugli obblighi di protezione «non dovrebbero essere invocate al cospetto di obblighi procedurali determinati e specifici sanciti dall'ordinamento, perché in questi casi la loro applicazione rischia paradossalmente di indebolire, anziché aumentare o comunque migliorare, la tutela dei diritti procedurali degli amministrati»<sup>655</sup>.

Un diverso orientamento ha invece negato che il collegamento che la legge istituisce tra i comportamenti dell'amministrazione e quelli dei privati nel procedimento abbia la natura di un rapporto obbligatorio, considerando i doveri o obblighi comportamentali dell'amministrazione nei confronti dei privati non come derivanti da una relazione specifica con essi, istituita dalle stesse parti o dalla legge, bensì dal generale dovere di comportamento dell'amministrazione nei confronti di chiunque si trovi in quella situazione. Secondo questa ricostruzione, «l'amministrazione non ha un dovere di comunicazione verso Tizio, in quanto Tizio abbia un legame specifico con essa, ma con Tizio in quanto egli sta nella posizione prevista dalla legge per avere titolo alla

---

<sup>654</sup> M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 3, 557

<sup>655</sup> «Laddove insomma esista una prestazione procedurale ben individuata dedotta dalla legge all'interno di un rapporto obbligatorio tra amministrazione e parti del procedimento, è in relazione all'inadempimento di tale prestazione che potrà e dovrà essere affermata la responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione per i danni causati dal medesimo inadempimento ai soggetti privati venuti in contatto con essa. Tanto più che rispetto alla responsabilità contrattuale ordinaria la responsabilità "contattuale" ha un regime probatorio un po' meno favorevole per i soggetti danneggiati e, soprattutto, implica una diminuzione quantitativa dei danni risarcibili.» (M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 3, 557).

comunicazione»<sup>656</sup>. Questa dottrina ha escluso che il dovere dell'amministrazione sia riconducibile alle obbligazioni *ex lege*, ritenendo che la posizione del destinatario del dovere procedimentale costituisce mero elemento di individuazione del destinatario, non la ragione di una relazione determinata che la legge voglia istituire tra i due soggetti. Sono, pertanto, rifiutate le tesi che riconducono la responsabilità civile della P.A. a responsabilità "contrattuale" o da contatto. È stata osservata, infine, l'incongruenza con le pronunce della Consulta sul riparto di giurisdizioni che deriverebbe dall'attribuzione alla giurisdizione amministrativa di rapporti puramente obbligatori.

Un'ulteriore posizione critica nei confronti della qualificazione della responsabilità civile nell'alveo della responsabilità per inadempimento ha incentrato l'analisi sugli effetti concreti, in particolare dell'inversione dell'onere della prova, per l'attività amministrativa. È stato osservato che «la conseguenza dell'inversione dell'onere della prova e l'addossamento al funzionario responsabile del procedimento del carico probatorio delle cause del mancato "esatto adempimento" è, di per sé, in grado di costituire un effetto frenante dell'azione amministrativa (oltre che di alleggerire gli oneri correlati alla difesa degli interessi privati in sede contenziosa)»<sup>657</sup>, moltiplicando i rischi professionali per i dipendenti e comportando un'attività volta a precostituire la prova della non imputabilità dell'inadempimento in grado di assorbire importanti risorse. Tale posizione ha, inoltre, sottolineato l'esigenza che il sistema di responsabilità rivesta anche una funzione preventiva, oltre a quella repressiva successiva, funzione che potrebbe essere compromessa dalla pluralità dei sistemi di responsabilità. In tal senso è stata ritenuta più opportuna la riconduzione della responsabilità civile della P.A. all'illecito extracontrattuale, ancorato all'elemento soggettivo, che tenga conto dei costi del sistema di responsabilità e della loro traslazione sui contribuenti<sup>658</sup>.

Un altro Autore ha ritenuto che l'aspettativa che si ingenera nel diritto privato in base al fenomeno della "rilevanza" coincida nel diritto amministrativo con l'interesse legittimo, consistente «in un nucleo di interessi, che tende alla realizzazione, ma che necessita, a tal fine, di alcuni passaggi intermedi»<sup>659</sup> ed emergente nel procedimento, inteso come categoria concettuale autonoma rispetto a quelle di diritto sostanziale, diversamente dall'interesse materiale del privato al bene della vita. Questa tesi ha negato che il procedimento costituisca il luogo del contatto tra amministrazione e privati dal quale originano obbligazioni in capo alle parti del rapporto, ritenendo che il contatto

---

<sup>656</sup> G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2009, 241

<sup>657</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 111.

<sup>658</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 217 – 222.

<sup>659</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 126.

avvenga non tra sfere materiali, bensì procedimentali, tutelate e riconosciute dalle norme sul procedimento, «la cui violazione non dà luogo necessariamente e direttamente a lesione della sfera materiale del privato»<sup>660</sup>.

Muovendo da tale ricostruzione è stata ritenuta difficilmente applicabile la figura della responsabilità precontrattuale alla responsabilità della P.A. ed è stata negata la risarcibilità (o indennizzabilità) del danno conseguente alla lesione di situazioni procedimentali a prescindere dalla sussistenza di un'effettiva lesione dell'interesse materiale. Secondo questa ricostruzione, la lesione della sfera materiale del privato avviene al di fuori del rapporto con la pubblica amministrazione, in quanto il provvedimento illegittimo lede in via diretta interessi procedimentali e solo in via indiretta ed eventuale gli interessi materiali. È stata pertanto proposta un'analisi delle norme che disciplinano la responsabilità civile delle parti processuali, per individuare i principi cui adattare la responsabilità civile della P.A.<sup>661</sup>.

La teoria della responsabilità da contatto ha avuto, in un primo momento, un certo seguito nella giurisprudenza amministrativa italiana, pur con diversi adattamenti. Alcune sentenze hanno qualificato la responsabilità della pubblica amministrazione come responsabilità *sui generis*, ascrivibile alla nozione di responsabilità da “contatto sociale”, nella quale emergono profili della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni ex 1218 c.c.<sup>662</sup>. La giurisprudenza ha dato conto dell'emersione, superato il limite della tutela meramente demolitoria a fronte dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, di un interesse pretensivo legato all'instaurazione di un rapporto procedimentale con l'amministrazione «al cosiddetto “giusto procedimento”, che richiede competenza ed efficacia, quali ragionevoli parametri dell'azione amministrativa»<sup>663</sup>, meritevole di tutela autonomamente dalla valutazione sulla spettanza del bene della vita<sup>664</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, tende ad escludere una sovrapposizione tra l'interesse legittimo al rispetto delle norme e dei parametri procedurali ad un diritto soggettivo

---

<sup>660</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 159.

<sup>661</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 160.

<sup>662</sup> In tal senso Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; Sez. V 2 settembre 2005 n. 4461.

<sup>663</sup> In questi termini si esprime la sentenza Cons. di Stato, Sez. VI, 31 marzo 2014, n. 1508, cit.

<sup>664</sup> Si veda in tal senso Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.



all'esatto adempimento di un'obbligazione da parte dell'amministrazione, disattendendo le posizioni dottrinarie sopra citate che hanno configurato la posizione soggettiva legata all'illecito come distinta dall'interesse legittimo legato ai profili di validità dell'attività decisoria, nonché quella corrente dottrina che ha assimilato altresì le pretese procedurali a veri e propri diritti soggettivi di credito. La giurisprudenza prevalente è orientata nel senso di ricondurre la responsabilità civile della P.A. nell'ambito dell'illecito aquiliano, utilizzando le norme di correttezza, tanto nell'interpretazione dell'ingiustizia del danno collegato alla spettanza del bene della vita, quanto nell'elemento soggettivo della colpa, che si aggiunge all'illegittimità e deve essere dimostrato in giudizio dal privato, in una prospettiva che sembra limitare l'accessibilità alla tutela risarcitoria per gli amministrati.

5. Le più recenti applicazioni all'azione amministrativa di principi di diritto comune: il principio di concorrenza, il principio di trasparenza e i doveri di informazione

Altri principi, sorti nell'ambito dei rapporti privatistici per correggere asimmetrie di potere negoziale e successivamente applicati in modo sempre più rilevante ai pubblici poteri sono il principio di concorrenza ed il principio di trasparenza.

5.1 Il principio di concorrenza come principio di diritto comune. Nozioni introduttive

Il principio di concorrenza ha iniziato ad emergere in età moderna<sup>665</sup>. Con l'affermazione della libertà di iniziativa economica privata<sup>666</sup>, consolidatasi nel corso del XIX secolo, in conseguenza del superamento di strutture di mercato isolate e corporative e con il riconoscimento del libero accesso al mercato, si è posto il duplice problema di disciplinare la concorrenza e dell'intervento pubblico nell'economia<sup>667</sup>.

La concorrenza ha iniziato ad affermarsi come principio giuridico nell'ambito del diritto commerciale. Lo sviluppo della produzione industriale di massa, caratteristica essenziale della struttura economica e sociale moderna, ha comportato il passaggio da una disciplina giuridica dei rapporti economici impostata sul singolo atto o fatto ad una crescente considerazione dell'attività complessiva, come serie di atti e fatti, assumendo rilievo la nozione di "attività economica di mercato"<sup>668</sup>. In tale rinnovata prospettiva, il diritto commerciale ha cominciato ad attribuire maggior rilievo alla natura oggettiva dell'attività svolta, ponendosi in contrasto con le discipline differenziate in base a criteri soggettivi. In conseguenza a tali fenomeni è emersa l'esigenza di limitare il potere privato in quanto limitativo della libertà individuale e foriero di disequilibranze: «al riconoscimento della legittimità del profitto derivante dall'attività imprenditrice e nella misura

---

<sup>665</sup> È stato osservato come tracce di regole giuridiche in materia di concorrenza siano state ritrovate anche in epoche storiche risalenti. Si veda in tal senso M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario Dir. Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1140.

<sup>666</sup> Sull'origine storica del diritto di libertà d'iniziativa economica privata si veda A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir. XXI*, Milano, Giuffrè, 1971, 582.

<sup>667</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, III ed, Milano, Giuffrè, 1960, 3 – 13.

<sup>668</sup> Sulla nozione di attività e la sua crescente rilevanza nel diritto privato si veda G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, cit., 981.

determinato dal mercato (...) fa così riscontro l'ostilità a quanto potrebbe stabilizzare il profitto stesso, inteso perciò come fenomeno attinente alla dinamica dell'economia, la cui stabilizzazione contrasterebbe con la sua giustificazione; premio sempre da conquistare in relazione ad un apporto sempre rinnovato, perciò appunto non identificabile in quello sussistente in un determinato momento e che non potrà, come tale, essere oggetto di una tutela che lo stabilizzi e precluda quel continuo superamento al quale appunto intendono libertà di esercizio e concorrenza»<sup>669</sup>.

La prima disciplina organica ed esaustiva della concorrenza si è avuta, come noto, nell'ordinamento statunitense, con lo Sherman Antitrust Act del 1890. Tale norma è stata adottata per reagire alla formazione di cartelli di imprese, finalizzati a contrastare le guerre di prezzi e l'instabilità del mercato creatasi negli Stati Uniti durante la seconda metà del XIX secolo. A seguito dei profondi mutamenti dell'industria manifatturiera, dovuti all'ampliamento del mercato, a sua volta consentito dal miglioramento della rete infrastrutturale, le imprese operanti in un medesimo settore collaboravano per il loro vantaggio reciproco, con l'obiettivo di eliminare qualsiasi forma di concorrenza, controllando la quantità della produzione e regolando i prezzi, senza tuttavia procedere a concentrazioni. La collaborazione si realizzava mediante la costituzione di *trusts* gestiti dai presidenti o direttori generali delle società, ai quali era trasferita la quota maggioritaria delle azioni ed il diritto di voto, in modo da consentir loro di esercitare un controllo assoluto sulle operazioni commerciali di ogni società<sup>670</sup>. Tali pratiche erano considerate inaccettabili in quanto contrastanti con i principi fondamentali di autonomia contrattuale e di iniziativa economica<sup>671</sup>, oltre a porsi in contrasto rispetto all'interesse generale, causando inefficienze, aumenti di prezzi e trasferimenti del benessere dai consumatori alle imprese.

---

<sup>669</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, cit., 11.

<sup>670</sup> Sulle origini del diritto della concorrenza la letteratura è molto vasta, si vedano, senza pretese di esaustività: B. E. FOX, E. M. FOX, *Corporate acquisitions and mergers*, New York, Bender, 1971; W. S. COMANOR, *Competition policy in Europe and North America: economic issues and institutions*, New York, Harwood academic, 1990; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998, 13 – 48; R. A. POSNER, *Antitrust Law*, II ed., Chicago, Chicago University Press, 2001; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, III ed., St. Paul, Minnesota, West publishing, 2005; M. MOTTA; M. POLO, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, 9 – 41; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007, 1 – 50; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit.; J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5 ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 19 – 39.

<sup>671</sup> Sull'importanza del rischio d'impresa, dell'indipendenza e dell'individualità dell'iniziativa economica nella tradizione giuridica statunitense si veda G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 1998, 7.

Con l'adozione dello Sherman Act del 1890, sono stati vietati i contratti, le associazioni e le intese restrittive della concorrenza, nonché la monopolizzazione e i tentativi di monopolizzazione, prevedendone le relative sanzioni. In seguito, le fondamentali pronunce della Corte Suprema sugli accordi di prezzo, considerati vietati *per se*, hanno imposto lo smantellamento di alcuni cartelli passati alla storia<sup>672</sup>. Sono poi stati adottati il Clayton Act ed il Federal Trade Commission Act del 1914 per regolare le fusioni anticoncorrenziali. Le suddette normative hanno attribuito le competenze ad applicare la normativa sulla concorrenza alla Federal Trade Commission, che costituisce il primo e più importante esempio di autorità indipendente a tutela della concorrenza<sup>673</sup>.

Il diritto della concorrenza è entrato, in seguito, a far parte del diritto europeo, inserendosi in un contesto culturale nel quale generalmente i cartelli tra imprese erano concepiti come una normale modalità di esercizio del diritto di iniziativa economica privata e a livello nazionale nessun Paese era dotato di una normativa *antitrust*<sup>674</sup>.

La cultura della concorrenza europea è sorta in Germania, dove la dottrina si è ampiamente soffermata sui rischi degli abusi di potere economico privato<sup>675</sup>. La riflessione sulla natura giuridica della concorrenza ha preso le mosse dallo sviluppo, negli anni Trenta del secolo scorso, della concezione ordoliberalista della scuola di Friburgo<sup>676</sup> che ha, per prima, espresso l'esigenza di un

---

<sup>672</sup> Ci si riferisce ai casi: 221 U.S. 1. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, May 15, 1911; 221 U.S. 106 *United States v. American Tobacco Company*, May 29, 1911; 224 U.S. 383 *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, April 22, 1912

<sup>673</sup> La dottrina sulla Federal Trade Commission è molto ampia. Si vedano, tra i molti: R. A. POSNER, *The Federal Trade Commission*, in *The University of Chicago Law Review*, 1969, 37, 1, 47 - 89; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino 2000, 117 - 142; P. C. WARD, *Federal Trade Commission: Law, Practice and Procedure*, in *New York, Law Journal Press*, 1986; P. L. STRAUSS, *Administrative justice in the United States*, II ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2002. Sull'indipendenza della FTC dal Congresso si veda B. R. WEINGAST; M. J. MORAN, *Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission*, in *Journal of Political Economy*, 1983, 91, 5, 765 - 800.

<sup>674</sup> Sull'obiettivo di creare una "cultura della concorrenza" in Europa si veda L. F. PACE, *La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE e il Reg. 17/1962*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.

<sup>675</sup> Sulle riflessioni della dottrina tedesca del Novecento sulla concorrenza si veda L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, 1, 65 - 94.

<sup>676</sup> Sulla Scuola di Friburgo si veda diffusamente D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, 42, 25 - 84. Sull'ispirazione ordoliberalista alla base dei Trattati ed il suo superamento in Europa si veda A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010, 53 - 57.

intervento statale per limitare il potere economico privato, a tutela della libertà di iniziativa economica dell'individuo e dell'impresa, anche al fine di evitare indebite pressioni da parte dei poteri privati nei confronti delle istituzioni democratiche<sup>677</sup>. La concorrenza era dunque concepita come «situazione di fatto socialmente utile»<sup>678</sup>, strumento per garantire equità e integrazione sociale e benessere economico generale.

In tale contesto è stato elaborato il concetto di economia sociale di mercato, in alternativa sia al liberismo estremo, sia al dirigismo economico ed al collettivismo social-comunista<sup>679</sup>. La teoria dell'economia sociale di mercato, in primo luogo, assumeva che lasciando i mercati all'autoregolazione spontanea si sarebbero formate e consolidate concentrazioni di potere di mercato (cartelli e monopoli) e che, pertanto, lo Stato avrebbe dovuto assumere i compiti che i mercati non sono in grado di assolvere da soli. Allo stesso tempo si rifiutava un modello di intervento diretto e pervasivo dello Stato nei processi economici: «tra economia sociale di mercato e dirigismo economico vi è dunque una differenza netta: l'economia sociale di mercato protegge i mercati in sé (e il libero gioco della concorrenza, all'interno degli stessi), il dirigismo protegge le imprese già presenti nei mercati o comunque costituite per volontà del decisore politico»<sup>680</sup>. In tale prospettiva, lo Stato era concepito come figura di garanzia neutrale del processo competitivo, inserendosi in «un forte inquadramento morale-politico-istituzionale»<sup>681</sup>.

Con il Trattato di Roma del 1957 (istitutivo della Comunità economica europea) sono state introdotte le disposizioni, tutt'oggi vigenti, sul divieto di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (Artt. 85 e 86 Tratt. CEE, ora artt. 101 e 102 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, T.F.U.E.) e con il regolamento n. 4064 del 1989 (sostituito, nel 2004, dal regolamento n. 139) le norme sul controllo delle concentrazioni<sup>682</sup>. Pur essendo i divieti imposti dal diritto della concorrenza in Europa in larga parte analoghi a quelli imposti dallo

---

<sup>677</sup> Si veda sul punto G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, cit., 9.

<sup>678</sup> PH. FABBIO, *Gli obiettivi del diritto antitrust comunitario nel dibattito recente*, cit., 862.

<sup>679</sup> Si vedano sul tema M. DE BENEDETTO, *L'economia sociale di mercato*, in *Sociologia*, 2009, 2, 125 – 130; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

<sup>680</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, 195.

<sup>681</sup> M. DE BENEDETTO, *L'economia sociale di mercato*, cit., 125.

<sup>682</sup> Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni").

Sherman Act, la politica di concorrenza europea tende a perseguire obiettivi ulteriori rispetto a quelli della disciplina *antitrust* statunitense<sup>683</sup>.

Lo sviluppo di «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza», inizialmente concepita come *policy* comunitaria, ha poi assunto, con il Trattato di Maastricht del 1992, il valore di «vero e proprio principio informatore dell'ordinamento comunitario»<sup>684</sup>. Il successivo Trattato di Amsterdam del 1996 ha ampliato e consolidato il sistema di obiettivi e valori di coesione sociale della Comunità di promozione di uno sviluppo sostenibile e coerente con le finalità sociali e solidaristiche<sup>685</sup>.

Nel dibattito sull'adozione di una Costituzione europea, era stato proposto l'inserimento della concorrenza come «quinta libertà» accanto alle altre libertà di circolazione<sup>686</sup>, conferendole il valore di diritto fondamentale. Fallito il progetto costituzionale, nel Trattato di Lisbona è stata accolta la nozione di «economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità

---

<sup>683</sup> Per un confronto tra *antitrust policies* negli Stati Uniti e in Europa ed una ricostruzione delle ragioni sottostanti si vedano G. AMATO, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998, 93 – 122; G. PRIEST, F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2002, 1, 151 – 173; E. FOX, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, in *World Competition*, 26, 2, 2003, 149 – 165; W. KOLASKY, *What is Competition?, A Comparison of US and European Perspectives*, in *Antitrust Bulletin*, 2004, 49, 1 - 2, 29 – 53; J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT, R. STENBACKA, *Report by the EAGCP "An economic approach to Article 82"*, July 2005, in [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf); D.A. CRANE, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, in *Washington and Lee Law Review*, 64, 1, 2006, 49 - 110; P. BUCCIROSSI, A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI, (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commercial e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2012, 3 – 48; R. D. BLAIR, D. D. SOKOL, *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, in *Fordham Law Review*, 2013, 81, 2497 – 2541. I. LIANOS, *Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law*, in I. LIANOS, D. GERADIN (ed. by), *Handbook of European competition law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 1 – 84.

<sup>684</sup> Si veda l'art. 4, co. 2 T.C.E. che, nella versione anteriore al Trattato di Lisbona, menzionava il «principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Si veda sul punto M. DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 12, 2004, 106.

<sup>685</sup> Sul mutamento del ruolo della concorrenza nei Trattati europei si vedano J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, 2477; M. DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, cit., 103; H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, in D. EHLERMANN; M. MARQUIS (eds), *European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2008, 119 – 164; R. WHISH, *Competition Law*, VI ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 22 e ss; I. LIANOS, *Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law*, cit., 2013, 1 – 84.

<sup>686</sup> I. LIANOS, *Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law*, cit., 2013, 50.

dell'ambiente»<sup>687</sup>, che ha evidenziato lo spostamento verso una concezione maggiormente attenta alle garanzie sociali delle regole di mercato, pur rimanendo il riferimento al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza nella definizione della politica economica dell'Unione e degli Stati membri<sup>688</sup>.

## 5.2 Profili civilistici del principio di concorrenza

È stato osservato in dottrina che l'ordine giuridico del mercato<sup>689</sup>, inteso come l'insieme di regole giuridiche che disciplinano il comportamento degli attori economici sul mercato, è formato in primo luogo da norme di relazione, «norme che regolano la condotta dei privati siano essi gli imprenditori o i consumatori»<sup>690</sup> e rientrano quindi nel campo del diritto privato. La normativa sulla concorrenza contiene, infatti, sia norme a protezione dell'interesse pubblico al meccanismo concorrenziale, o al corretto funzionamento del mercato, sia norme a tutela delle posizioni giuridiche dei soggetti che a vario titolo operano sul mercato (libertà di iniziativa economica o concorrenza in senso soggettivo)<sup>691</sup>.

La disciplina europea ha notevolmente inciso sulla disciplina privatistica italiana in materia, la quale, nella versione codicistica d'ispirazione fascista, poneva la concorrenza su un piano subordinato rispetto agli «interessi dell'economia nazionale», parametro ritenuto in dottrina espressivo dell'ideologia corporativa<sup>692</sup>. Gli articoli 2595 e 2596 c.c. contenenti la disciplina dei

---

<sup>687</sup> Art. 3, par. 3 T.U.E.

<sup>688</sup> Artt. 119, par. 1, ex art. 4 T.C.E. che dispone «ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» e 120 T.F.U.E., (ex art. 98 T.C.E.) «gli Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea e nel contesto degli indirizzi di massima di cui all'articolo 121, paragrafo 2. Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119».

<sup>689</sup> La nozione di ordine giuridico del mercato è stata coniata in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.

<sup>690</sup> A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., Prefazione, XXVII.

<sup>691</sup> In questo senso L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 4, 2002, 717.

<sup>692</sup> Si veda in tal senso G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.* XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 793. Sulle norme codicistiche in materia di concorrenza si veda altresì A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 15 – 20.

limiti legali e contrattuali della concorrenza, adottavano una concezione individualistica della concorrenza, riferendosi al singolo operatore economico. Ciò ha indotto la dottrina a concepire la concorrenza come diritto soggettivo (di iniziativa economica o d'impresa), ovvero come fenomeno puramente economico<sup>693</sup>. Gli articoli citati sono stati considerati da parte della dottrina come totalmente obsoleti rispetto al moderno diritto della concorrenza<sup>694</sup>. Secondo altri, la disciplina codicistica è rimasta in vigore, ma è completata dalle norme costituzionali e subordinata alle condizioni di validità previste dalla legge n.287 del 1990<sup>695</sup>. L'art. 2597 c.c., tradizionalmente interpretato in senso restrittivo secondo il tenore letterale della norma che confina l'obbligo a contrarre alle rare ipotesi di monopolio legale, è stato sostanzialmente disapplicato rispetto ai nuovi obblighi a contrarre sorti dal diritto *antitrust*<sup>696</sup>.

Il diritto europeo della concorrenza ha avuto importanti ripercussioni sul diritto dei contratti, imponendo alle imprese divieti di porre in essere alcune condotte identificate dalla legge come illecite e limitando l'autonomia contrattuale al fine di garantire la contendibilità del mercato<sup>697</sup>. È stato evidenziato in dottrina che la concorrenza nel diritto europeo non è tutelata come valore in sé, bensì come strumento necessario ad assicurare il benessere collettivo e che il riconoscimento della libertà d'impresa costituisce un presupposto necessario, ma non sufficiente per instaurare una concorrenza effettiva<sup>698</sup>. Infatti, alla concezione tradizionale delle autonomie private come espressione di libertà e diritti economici o sociali, si è andata affiancando la consapevolezza che

---

<sup>693</sup> Si veda sul punto L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, 1, 79.

<sup>694</sup> L. NIVARRA, *La concorrenza: le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, 2, 469.

<sup>695</sup> Si veda in tal senso L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, cit., 88 – 89.

<sup>696</sup> Per un'analisi critica del rapporto tra la disciplina della concorrenza e della subfornitura rispetto alle norme del codice civile si veda C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di) *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008, 26 – 42.

<sup>697</sup> Si veda in tal senso PH. FABBIO, *Gli obiettivi del diritto antitrust comunitario nel dibattito recente*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini. Tomo II, Concorrenza e mercati*, Milano, Giuffrè, 2015, 863. Sugli effetti della disciplina del mercato sulla libertà contrattuale si vedano, altresì, U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010, Milano, Giuffrè, 394 – 423; F. SCAGLIONE, *Il Mercato e le regole della correttezza*, cit., *passim*.

<sup>698</sup> M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 59 – 60.



«quelle libertà e quei diritti, varcando un delicato confine, possono divenire poteri privati idonei a minacciare diritti, libertà e interessi pubblici»<sup>699</sup>.

Muovendo dal presupposto che non tutte le discipline di interessi privati sono coerenti con la finalità di garantire pari libertà agli altri operatori economici, il diritto della concorrenza tende a ridurre il campo delle scelte lecite in astratto possibili. Nel contesto istituzionale e normativo creato dal diritto europeo ha perso di rilevanza il singolo contratto e la libertà di contrattare, assumendo un ruolo centrale la libertà di accedere al mercato<sup>700</sup>. La nozione di autonomia contrattuale è configurata in quest'ambito come il potere di dettare un regolamento di interessi economici i cui effetti sulla dinamica concorrenziale siano coerenti con lo statuto giuridico del mercato, sino ad essere definita «in ragione dei limiti che assumono un connotato necessariamente *funzionale*, in quanto ad essi si chiede di garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale e, dunque, necessariamente di conformarsi a un *fine*»<sup>701</sup>.

Secondo parte della dottrina, le regole di concorrenza vengono in considerazione nei rapporti obbligatori come clausole generali, integrative della disciplina contrattuale. Tali norme, in questa prospettiva, creano obblighi ulteriori rispetto a quelli derivanti dal contratto in ragione della posizione di ciascun contraente nel mercato<sup>702</sup>. È stato affermato che «il giudice civile è oggi chiamato ad orientare le proprie decisioni in base ai valori del mercato concorrenziale, soprattutto tutte le volte in cui egli fa uso del suo potere correttivo in funzione equitativa, dando luogo alla eterointegrazione del contratto»<sup>703</sup>. Questa tesi ha collegato i valori del mercato concorrenziale ai principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e di eguaglianza sostanziale i quali, a loro volta, trovano attuazione sia nei doveri di correttezza nella formazione ed esecuzione del contratto ai sensi degli artt. 1337 e 1375 c.c., sia nel diritto della concorrenza.

La disciplina della concorrenza ha inciso in primo luogo sulle regole di interpretazione del contratto, conformando in prospettiva pro-concorrenziale i canoni ermeneutici dettati dal codice

---

<sup>699</sup> D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 2, 400.

<sup>700</sup> Mercato definito da autorevole dottrina come «unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categorie di beni.» (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 111).

<sup>701</sup> A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008, 21.

<sup>702</sup> C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, cit., 36 – 38.

<sup>703</sup> F. SCAGLIONE, *Il Mercato e le regole della correttezza*, cit., 2010, 10.

civile. Ad esempio, è stato affermato che la rilevanza pro-concorrenziale del canone di buona fede si evince dal criterio della “speciale responsabilità” di non compromettere con il proprio comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune, che per la giurisprudenza europea incombe sull’impresa in posizione dominante<sup>704</sup>. Il criterio della speciale responsabilità dell’impresa dominante si pone in apparente antinomia con il riferimento del divieto esclusivamente all’abuso e non alla posizione dominante in quanto tale. Il suddetto criterio ha, infatti, prodotto l’effetto di rendere illeciti una serie di comportamenti di per sé leciti, ed a volte persino pro-concorrenziali (classico esempio il rifiuto di contrarre o dare accesso ad un *essential facility* ai propri concorrenti)<sup>705</sup>, solo perché posti in essere da un’impresa in posizione dominante.

La valutazione sulla liceità di questo tipo di condotte si ricollega alla controversa questione che divide la dottrina europea e statunitense da anni, relativa agli obiettivi che dovrebbero guidare il diritto della concorrenza<sup>706</sup>, ossia se la funzione del diritto della concorrenza debba mirare al benessere dei consumatori (e in tal caso a quale nozione di *consumer welfare* occorra far riferimento)<sup>707</sup>, alla struttura del mercato<sup>708</sup>, ovvero alla lealtà negli scambi economici.

L’imposizione all’impresa dominante di doveri di collaborazione con i propri concorrenti sembra, infatti, contrastare con la tesi che ha rifiutato l’idea che il diritto della concorrenza debba

---

<sup>704</sup> Corte Giust. CE, 9 novembre 1983 nella causa 322/81: N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contro Commissione delle Comunità europee, punto 57. Si veda più di recente: Corte Giust. UE, Sez. I, 17 febbraio 2011, Konkurrensverket contro TeliaSonera Sverige AB. Per la tesi che riconduce il principio di speciale responsabilità alla buona fede, si veda G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di) *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008, 71.

<sup>705</sup> C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 1 – 52, in particolare 22 e ss. Per i contrasti tra la giurisprudenza europea e statunitense su questo tipo di abusi sia consentito rinviare a L. LORENZONI, *The Role of Competition Law in Network Industries subject to Sector-Specific Regulation*, in *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, XI, Madrid, Editorial Dykinson 2013, 243 – 287.

<sup>706</sup> Per una ricostruzione sugli obiettivi del diritto della concorrenza europeo si veda, tra i molti, I. LIANOS, *Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law*, cit., 1 – 84.

<sup>707</sup> Per un’approfondita ricostruzione dell’evoluzione del dibattito sul ruolo dell’*antitrust* rispetto alla tutela dei consumatori, con particolare riferimento agli Stati Uniti ed all’Europa, si veda K.J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, London, Kluwer Law International, 2005. Per il dibattito sulla funzione dell’*antitrust* si vedano F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, in *Quaderni della rivista, Il diritto dell’Unione europea*, 2010, 52 – 55; J.B. KIRKWOOD, *The essence of antitrust: protecting consumers and small suppliers from anticompetitive conduct*, in *Fordham Law Review*, 2013, 81, 2425.

<sup>708</sup> Sulle diverse accezioni di concorrenza in senso statico e dinamico, si veda A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 4 – 6.

mirare a proteggere il processo competitivo in quanto tale, rischiando di avvantaggiare i concorrenti più deboli (e meno efficienti), al solo fine di promuovere una struttura di mercato concorrenziale<sup>709</sup>. Nella prospettiva per cui l'intervento dell'*antitrust* dovrebbe costituire un mezzo per aumentare l'efficienza complessiva del mercato ad esclusivo beneficio dei consumatori è stata auspicata una valutazione caso per caso dell'effetto sul mercato di una determinata condotta, prediligendo un criterio focalizzato sulla sostanza dell'abuso, piuttosto che sulla forma del divieto imposto dal legislatore, tentando di scongiurare occasioni di *creative compliance* (comportamenti formalmente leciti, tuttavia elusivi della norma) e nello stesso tempo di evitare di lasciare indenni pratiche che, seppure aumentano il potere di mercato delle imprese, possono essere giustificate in termini di efficienza, prediligendo un parametro di intervento fondato sul cosiddetto "approccio economico", nato nell'*antitrust* statunitense a partire dagli anni Sessanta sotto l'influenza della scuola di Chicago<sup>710</sup>.

L'approccio economico è stato tuttavia oggetto di critiche principalmente incentrate sulla considerazione che tale concezione potrebbe mettere a repentaglio la certezza del diritto. Parte della dottrina ha, infatti, rilevato il rischio di un eccessivo ampliamento della discrezionalità dell'interprete nell'applicare i divieti *antitrust* attraverso un accertamento caso per caso della potenzialità lesiva di un comportamento sul bene giuridico tutelato, auspicando l'adozione di un criterio di rigida applicazione delle fattispecie legalmente tipizzate. Tale corrente di pensiero ha evidenziato la difficoltà, da un punto di vista economico prima che giuridico, di identificare una nozione univoca di *consumer welfare*, in quanto ogni intervento esplica inevitabilmente effetti positivi per alcuni consumatori, a svantaggio di altri<sup>711</sup>. Un ulteriore ostacolo all'adozione dell'approccio economico deriva dalla necessità di una previsione degli effetti futuri di una condotta

---

<sup>709</sup> Per un'analisi critica di tali posizioni si veda E. FOX, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, in *World Competition*, 26, 2, 2003, 149 – 165.

<sup>710</sup> La dottrina sul tema è vastissima. Si vedano, senza pretese di esaustività, R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 127, 4, 925 – 948; S. PELTZMAN, *Aaron Director's Influence on Antitrust Policy*, in *Journal of Law and Economics*, 2005, 48, 2, 313 – 330; T. G. KRATTENMAKER; S. C. SALOP, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, in *Yale Law Journal*, 1986, 96, 2, 209–293; R. BORK, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York, Simon & Schuster, 1978, 299–309.

<sup>711</sup> Per un'analisi delle posizioni dottrinarie su tale questione si veda L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, 1, 83 – 84.

sullo sviluppo del mercato, la quale impone inevitabilmente il ricorso a presunzioni giuridiche ed analisi controfattuali<sup>712</sup>.

Il diritto della concorrenza ha avuto ripercussioni, inoltre, sulle regole incidenti sulla validità del contratto, prevedendo la nullità ad ogni effetto dell'accordo che configuri un'intesa anticoncorrenziale<sup>713</sup>. La nullità dell'accordo che realizza un'intesa può, a sua volta, incidere sul contratto a valle quando gli effetti della violazione delle norme sulla concorrenza giungano fino ai consumatori finali.

Parte della dottrina, avendo ricondotto la nullità dell'intesa alla violazione di norma imperativa, ha affermato che il contenuto dell'accordo, quale strumento di attuazione del comportamento vietato, costituisce l'oggetto illecito, e ne ha tratto la conseguenza della nullità dei contratti a valle contenenti un oggetto conseguente a quello determinato a monte<sup>714</sup>.

Una diversa dottrina invece, avendo ascritto la nullità dell'intesa all'illiceità della causa, ha affermato che il contratto a valle esplica una sua funzione economica distinta da quella dell'accordo illecito e priva di profili anticoncorrenziali. Da ciò è stato dedotto che, ancorché il suo contenuto costituisca attuazione del programma di azione anticoncorrenziale dell'intesa nulla, il contratto a valle non può essere a sua volta nullo, a meno che non dia vita ad un'intesa secondaria, attuativa di quella principale e ad essa collegata, contenente a sua volta profili di restrizione della concorrenza, ma può essere idoneo a far emergere pretese risarcitorie dai consumatori che abbiano subito un pregiudizio derivante dall'effetto dell'intesa sul mercato<sup>715</sup>.

---

<sup>712</sup> F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2006, 3, 563 – 579. Per una risposta a tali critiche, si veda R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2007, 1, 119 – 129; M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2007, 1, 129 – 136. In senso analogamente critico rispetto allo *standard* basato sul *consumer welfare* si veda Y. H. A. LEE, D. J. BROWN, *Competition, Consumer Welfare, and the Social Cost of Monopoly*, in *Competition Law and Policy, ABA Section of Antitrust Law*, 2008, 1, 409. Nello stesso senso si veda F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. Comm.*, 2009, 36, 6, 1057 – 1086; H. SCHWEITZER, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2009, 2, 384 – 388.

<sup>713</sup> Art. 2, co. 3, L. 10 ottobre 1990 n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

<sup>714</sup> C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5, 469, ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e Resp.*, 2004, 12, 1165.

<sup>715</sup> Per questa tesi si vedano V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, 3, 489 – 513; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2004, 10, 933. ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e Resp.*, 2005, 3, 237.

In seguito, le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla questione affermando la possibile valenza plurioffensiva dell'intesa vietata, idonea a ledere, «oltre alla struttura concorrenziale del mercato, anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori dell'intesa»<sup>716</sup>. La Corte ha chiarito che «la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo»<sup>717</sup>. Le Sezioni Unite hanno reinterpretato la *ratio* dell'art. 33, co.2, della legge n. 287 del 1990, che all'epoca prevedeva la competenza della Corte d'appello sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno<sup>718</sup>. In un primo momento il suddetto articolo era concepito dalla giurisprudenza come norma meramente processuale, dalla quale non si può ricavare una nuova ipotesi di responsabilità civile<sup>719</sup>. Diversamente, per le Sezioni Unite la funzione della norma è quella di «togliere alla volontà anticoncorrenziale “a monte” ogni funzione di copertura formale dei comportamenti “a valle”, e dunque di impedire il conseguimento del frutto della intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria la eliminazione dei suoi effetti»<sup>720</sup>.

---

<sup>716</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro It.*, 2005, I, c. 1014, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, e con nota di E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*; in *Danno e Resp.*, 2005, 5, 495, con nota di B. INZITARI, *Antitrust e risarcimento del danno*, e con nota di B. LIBONATI, *Antitrust e risarcimento del danno*; in *Corriere Giur.*, 2005, 3, 333, con nota di I. PAGNI, M. NEGRI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza. Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*; in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, 2, 446, con nota di C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust, nota a sentenza Cass. 2207/2005*. Si vedano successivamente: Cass. Civ. Sez. III, 02 febbraio 2007, n. 2305 in *Foro It.* 2007, 1, 1097, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; Cass. Civ., Sez. III, 18 dicembre 2009, n. 26748 in *Danno e Resp.*, 2010, 8-9, 815; con nota di A. MASTRORILLI, *Illecito antitrust e tutela civilistica*.

<sup>717</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

<sup>718</sup> Il secondo comma dell'art. 33 L. 10 ottobre 1990, n. 287, per lungo tempo oggetto di aspre polemiche, è stato da ultimo modificato dal comma 2 dell'art. 2, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, come sostituito dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, che ha attribuito le controversie sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust al tribunale competente per territorio presso cui è istituita una sezione specializzata.

<sup>719</sup> Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro It.*, 2003, 1134. In dottrina si veda C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5, 469

<sup>720</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

Infine, dalla violazione del diritto *antitrust* può derivare la responsabilità per i danni causati dagli illeciti<sup>721</sup>. La Corte di giustizia ha chiarito che le norme del Trattato sulla concorrenza attribuiscono direttamente diritti ai cittadini degli Stati membri che i giudici nazionali devono tutelare<sup>722</sup>. In seguito, con la nota sentenza *Crehan – Courage* del 2001, è stato affermato che, per assicurare la piena efficacia al divieto di intese era indispensabile riconoscere a chiunque il diritto «al risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza»<sup>723</sup>, al fine di rafforzare il carattere cogente delle regole di concorrenza comunitarie, nonché di scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. La sentenza è stata oggetto di dibattito in quanto il diritto al risarcimento è stato attribuito ad un'impresa che era stata parte dell'accordo restrittivo della concorrenza<sup>724</sup>, inducendo la dottrina a chiedersi «se si è davvero ad un nuovo inizio, specie alla luce di prese di posizione (...) che non tentennano neppure di fronte alla prospettiva di includere, nel novero dei soggetti ammessi al ristoro, chi, venendo *contra factum proprio*, esibisca le proverbiali *unclean hands*»<sup>725</sup>.

L'ammissibilità dell'azione risarcitoria per violazioni del diritto antitrust è stata poi richiamata nel regolamento di modernizzazione n. 1/2003, che ha riformato il sistema di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, affidandone l'applicazione alle autorità e giudici nazionali<sup>726</sup>, i quali «tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie

---

<sup>721</sup> M. CARPAGNANO, *Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, Utet, 2012, 846 – 865.

<sup>722</sup> Si vedano le sentenze della Corte Giust. CE, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie contro SV Sabam e NV Fonior*, *Racc.*, 1974, 51, punto 16; Corte Giust. CE, 18 marzo 1997, *Guérin automobiles/Commissione*, causa C-285/95 P, punto 39; Corte Giust. CE, 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, *Racc.*, I-935, punti 14-26.

<sup>723</sup> Corte Giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99 *Crehan/Courage*, punti 26 – 28.

<sup>724</sup> Il diritto inglese (la causa era pendente davanti alla Court of Appeal of England and Wales), non consente infatti ad una delle parti di un accordo illecito, in quanto compartecipe dell'intesa vietata, di esperire un'azione di risarcimento nei confronti della controparte. Si veda in tal senso M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement da Courage al Libro bianco*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 3, 661.

<sup>725</sup> Si veda in tal senso R. PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione. Atti del convegno del 23 luglio 2007*, Bologna, Il Mulino, 2008, 199

<sup>726</sup> Art. 3, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato. Sull'effetto del regolamento nel rapporto tra legislazione nazionale

fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni»<sup>727</sup>. Da tale assetto normativo si evince l'intenzione di affidare un ruolo attivo ai privati nel favorire lo sviluppo della tutela della concorrenza, mediante il c.d. *private enforcement*, in ragione tanto dell'effettività della tutela, quanto della deterrenza<sup>728</sup>, nella misura in cui il rischio di dover risarcire i danni cagionati ai singoli stimola le imprese ad una maggiore osservanza della normativa *antitrust*.<sup>729</sup> La conferma di questo atteggiamento è stata sancita nella nota sentenza *Manfredi* con la quale la Corte di giustizia ha precisato che il rimedio del risarcimento del danno è attribuito ai singoli, economicamente danneggiati da un illecito *antitrust*, ivi compresi i consumatori finali, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività<sup>730</sup>.

La posizione giuridica soggettiva dei consumatori lesi dal cartello è stata considerata risarcibile da coloro che hanno sostenuto l'atipicità della tutela extracontrattuale e hanno assunto l'ingiustizia del danno come clausola generale, criterio autonomo di rilevanza degli interessi

---

e diritto europeo della concorrenza si veda A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 38 – 50.

<sup>727</sup> Considerando n. 7 Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato

<sup>728</sup> Si veda M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 121. L'Autore afferma che vi è «una filosofia generale che traspare dall'intera disciplina del rapporto tra Stato ed economia apprestata dalla Comunità prima, e dall'Unione, ora. Questa filosofia assume che i fallimenti sociali dell'economia, che avevano presieduto all'avvento e alla crescita smisurata del *Welfare State*, non fossero ascrivibili al mancato funzionamento del mercato e che, perciò, contro questi fallimenti non vi è da attivare una *ratio* politica alternativa bensì, semplicemente, vi è da introdurre forzatamente il mercato e/o i suoi esiti là dove, rispettivamente, esso manchi o non funzioni secondo i suoi canoni teorici.» Si veda inoltre B. L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 2, 27.

<sup>729</sup> S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 2, 327.

<sup>730</sup> Corte Giust. CE, 13 luglio 2006, Cause riunite Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA (C-296/04) e Nicolò Tricarico (C-297/04) e Pasqualina Murgolo (C-298/04) contro Assitalia SpA. Per un commento alla sentenza Manfredi si veda M. CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, in *The Competition Law Review*, 2006, 3, 1, 47 – 72.

altrimenti non protetti, tesi che, secondo questa dottrina, sarebbe stata confermata dalle Sezioni unite con la sentenza n. 500 del 1999<sup>731</sup>.

### 5.3 Il principio di concorrenza nella disciplina dei contratti pubblici

Uno dei principali campi di applicazione del principio di concorrenza di derivazione europea, inteso in senso ampio, è quello dei contratti con le pubbliche amministrazioni. Benché le direttive in materia abbiano come base le norme del Trattato in materia di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi, tra le finalità delle disposizioni di coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni, con valore superiore a una certa soglia, rientra l'apertura alla concorrenza<sup>732</sup>.

I Trattati europei hanno collocato il diritto della concorrenza in un quadro normativo che collega espressamente i principi di libera concorrenza agli obiettivi del mercato unico<sup>733</sup>. La

---

<sup>731</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 112; in senso adesivo si vedano M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in materia di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 385; C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e disciplina del mercato*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2000, 349; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, cit., 933, dove si chiarisce: «in questa prospettiva, il danno risarcibile consiste nella lesione di un qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, che abbia dato luogo ad un pregiudizio patrimonialmente valutabile e possa quindi essere riparata mediante l'imposizione *ex lege*, ad un soggetto ritenuto responsabile, di una prestazione suscettibile di valutazione economica. Il danno (astrattamente) risarcibile diviene altresì danno «ingiusto» ex art. 2043 c.c., con il conseguente insorgere dell'obbligazione riparatoria *ex lege*, se e in quanto la posizione del soggetto cui è imputabile il fatto causativo del danno, non sia suscettibile, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, di una valutazione peggiore rispetto a quella del soggetto danneggiato. La comparazione di interessi, come per tutte le clausole generali, non dev'essere poi compiuta sulla base di criteri meramente equitativi, né attraverso il riferimento al costume sociale, bensì in base a criteri di valutazione e gerarchia degli interessi riferibili all'ordinamento generale». Per un'ampia e approfondita ricostruzione delle varie tesi sulla responsabilità civile si veda M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000, 2, 401 – 501.

<sup>732</sup> Si vedano, da ultimo, il considerando n.8 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; considerando n. 1, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, considerando n.2, Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE

<sup>733</sup> L'art. 3, n. 1, lett. g), T.C.E., nella versione precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, prevedeva che l'azione della Comunità comportasse «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno». Si veda sul punto Trib. CE, Sez. IV ampl., 27 settembre 2006, T-168/01 *GlaxoSmithKline Services/Commissione*, e Corte giust., Sez. III, 6 ottobre 2009, nei procedimenti riuniti C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services/Commissione*. In dottrina, si veda I. LIANOS, *Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law*, cit., 2013, 17 – 19. L'art. 3, par. 3, T.U.E., nella formulazione vigente, fa riferimento ad «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso



disciplina europea della concorrenza, oltre ad imporre divieti puntuali alle imprese, contiene anche norme recanti in via generale il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza finalit  di integrazione del mercato interno<sup>734</sup>. La Corte di Giustizia ha, peraltro, da lungo tempo affermato che le regole specifiche in materia di concorrenza debbano essere interpretate nel rispetto dei principi fondamentali del mercato comune<sup>735</sup> ed ha applicato in numerosi casi il principio di libera concorrenza a misure statali<sup>736</sup>. In tal senso, la «disciplina comunitaria della concorrenza, formalmente indirizzata all'impresa privata che compete nel mercato (...)   suscettibile di rivolgersi anche verso le pubbliche amministrazioni»<sup>737</sup>.

La normativa italiana di recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture ha introdotto il principio di libera concorrenza, accanto ai principi di pubblicit , parit  di trattamento, non discriminazione e trasparenza e proporzionalit <sup>738</sup>. L'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici in Italia ha visto l'intreccio di «antiche norme di contabilit , preoccupate di assicurare una gestione corretta e trasparente delle risorse pubbliche, con successive disposizioni comunitarie o derivate, propense a intravedere nel corretto funzionamento del mercato e della concorrenza la miglior garanzia del buon uso del denaro dei cittadini»<sup>739</sup>. Sebbene «l'idea

---

sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualit  dell'ambiente», da leggere congiuntamente al protocollo n. 27 al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 sul mercato interno e sulla concorrenza, dove si precisa che la concorrenza non falsata   inclusa nell'obiettivo riguardante il mercato interno, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del T.U.E. e con i sopra citati artt. 119 e 120 T.F.U.E.

<sup>734</sup> Sul rapporto tra obiettivi di mercato interno e regole della concorrenza si veda P. BUCCIROSSI, A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI, (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2012, 15 – 48.

<sup>735</sup> Corte Giust. CE, 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation, Bruxelles (Belgio), e Continental Can Company INC., New York (USA)/Commissione delle Comunit  Europee*, Causa 6-72, punto 25.

<sup>736</sup> Si veda LIANOS, D. GERADIN (ed. by), *Handbook of European competition law*, cit., 48 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>737</sup> A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 3, 520.

<sup>738</sup> Art. 2, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 co.1, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Sul processo di introduzione del principio comunitario di concorrenza nella disciplina italiana dei contratti pubblici si veda L. FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorit  Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, Giappichelli, 2010, 819 – 842;

<sup>739</sup> M. CAFAGNO, *Flessibilit  e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5 - 6, 2013, 991.

della concorrenza” fosse da lungo tempo presente nella disciplina relativa alla formazione dei contratti pubblici, si riteneva che le norme di contabilità pubblica sull’attività contrattuale della P.A. in Italia perseguissero in primo luogo l’interesse finanziario dell’amministrazione, che costituiva l’interesse pubblico determinante nelle gare pubbliche per l’aggiudicazione dei contratti<sup>740</sup>. L’incidenza del diritto europeo ha portato ad un mutamento del significato della concorrenza in materia di contratti pubblici inducendo a interpretare l’«evidenza pubblica» non più come un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici - finanziari e amministrativi - delle amministrazioni procedenti, ma come «procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo»<sup>741</sup>. I singoli obblighi di trasparenza, pubblicità, proporzionalità nei contratti pubblici risultano, invero, funzionalizzati al principio di un mercato unico aperto e in libera concorrenza, essendo posti allo scopo di ottenere un’effettiva parità dell’amministrazione aggiudicatrice rispetto agli imprenditori privati, nell’ottica di un ampliamento del campo di applicazione delle norme di diritto comune al fine di «mitigare gli effetti della posizione di supremazia connessa all’esercizio della funzione pubblica»<sup>742</sup>. In questa prospettiva, il principio di concorrenza europeo ha assunto in materia di appalti pubblici la duplice funzione di contrastare da un lato gli eccessi dei poteri pubblici nazionali che operano come stazioni appaltanti, dall’altro le condotte anticoncorrenziali dei poteri imprenditoriali privati<sup>743</sup>.

Parte della dottrina ha evidenziato che nel settore degli appalti pubblici la concorrenza tende ad essere confusa con il principio di massima partecipazione alle gare, secondo una visione statico - strutturale della concorrenza che non mira all’efficienza in senso dinamico, bensì tende ad aumentare il numero dei soggetti operanti nel mercato. Secondo questa tesi, la concorrenza in senso

---

<sup>740</sup> Regio Decreto 18 novembre 1923 n. 2440, Nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato. Pubblicato nella Gazz. Uff. 23 novembre 1923, n. 275, emanato in virtù della legge di delegazione di poteri, L. 3 dicembre 1922, n. 1601. Regio Decreto 23 maggio 1924 n. 827, Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato. Pubblicato nella Gazz. Uff. 3 giugno 1924, n. 130, S.O. La legislazione sui contratti ad evidenza pubblica è stata introdotta in Italia «per una ragione pratica – di porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari – e per una ragione di coerenza con il sistema di diritto amministrativo. In particolare con il principio di legalità». In questo senso si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, I, 677.

<sup>741</sup> Si veda in tal senso M. D’ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 301.

<sup>742</sup> S. VINTI, *Limiti funzionali all’autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell’appalto di opere pubbliche*, cit., 124.

<sup>743</sup> M. D’ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit., 311.

dinamico sarebbe maggiormente garantita con un minor formalismo possibile delle gare, mentre la normativa sugli appalti pubblici persegue altri obiettivi, come l'economicità, l'efficacia, la tempestività e la correttezza<sup>744</sup>.

Occorre in proposito ricordare che, pur potendosi verificare abusi anticoncorrenziali tra le imprese partecipanti alla gara eventualmente sanzionabili sotto il profilo *antitrust*<sup>745</sup>, ciò che intende tutelare in via prevalente la disciplina sui contratti pubblici è la concorrenza "per" il mercato, mediante principi e meccanismi di non discriminazione. Come affermato dalla Corte Costituzionale, la nozione europea di concorrenza, che si riflette nel nostro ordinamento in virtù del primato del diritto europeo sul diritto nazionale, mira ad «assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi»<sup>746</sup> e può essere tutelata mediante diversi interventi, tra i quali, oltre alle misure legislative che sanzionano gli illeciti antitrust e le misure di liberalizzazione (sulle quali ci soffermeremo nel paragrafo successivo), anche misure legislative che mirano a strutturare le procedure concorsuali in modo da realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici, tutelando la concorrenza "per" il mercato<sup>747</sup>. In materia di appalti pubblici, pertanto, il principio di concorrenza è attuato mediante l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica, finalizzate a porre i partecipanti in posizione di parità e ad imporre all'amministrazione criteri di scelta razionali e non discriminatori.

La disciplina delle gare si fonda, infatti, su una simulazione, cercando, in definitiva, di riprodurre artificialmente nell'amministrazione, vincolata al perseguimento del fine d'interesse pubblico, i criteri di scelta razionale che sarebbero posti in essere da un contraente privato tesi a massimizzare l'utilità che può derivargli dalla stipulazione del contratto<sup>748</sup>, distinguendosi dalla

---

<sup>744</sup> M. LIBERTINI, *L'azione pubblica e i mercati*, in S. MAZZAMUTO, C. CASTRONOVO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007, 407 – 408.

<sup>745</sup> Sulle condotte anticoncorrenziali delle imprese nel campo degli appalti pubblici e sugli interventi dell'Agcm in materia si veda M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit., 304 – 309; L. FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenza*, cit., 835 – 842. Di recente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua adunanza ha adottato un *Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all'individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, delibera del 18 settembre 2013, pubblicata sul sito dell'Autorità, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>746</sup> Corte Cost., 23 novembre, 2007, n.401.

<sup>747</sup> Si veda in tal senso Corte Cost., 03 novembre 2010, n. 325

<sup>748</sup> M. LIBERTINI, *L'azione pubblica e i mercati*, cit., 408.

disciplina della concorrenza “nel” mercato, che mira a tutelare la libertà di scelta negoziale di soggetti privati su un mercato privo di distorsioni<sup>749</sup>. A riprova di ciò, l’ambito di applicazione soggettivo delle norme sull’evidenza pubblica è costituito dalle «amministrazioni aggiudicatrici», ossia le amministrazioni pubbliche, nonché gli «organismi di diritto pubblico» che, sebbene possano rivestire forma societaria, devono possedere caratteristiche di stretta connessione con i poteri pubblici, tali da giustificare la necessità dell’evidenza pubblica<sup>750</sup>.

La rilevanza del principio di concorrenza per l’attività amministrativa nel settore degli appalti pubblici appare ancor più evidente alla luce della recente giurisprudenza amministrativa e contabile. La giurisprudenza amministrativa ha affermato che il mancato rispetto delle norme sui contratti pubblici, oltre a ledere l’interesse patrimoniale dell’impresa illegittimamente esclusa, produce una «lesione al più generale interesse pubblico al rispetto della concorrenza, in conseguenza dell’indebito potenziamento di imprese concorrenti che operino sul medesimo target di mercato»<sup>751</sup>. La Corte dei Conti ha elaborato la nozione di danno erariale alla concorrenza, con riferimento agli affidamenti di pubblici lavori, servizi e forniture in violazione delle norme sulle procedure ad evidenza pubblica<sup>752</sup>. Tale giurisprudenza si riferisce al danno all’erario conseguente all’affidamento di appalti pubblici in assenza dell’espletamento della gara ovvero sulla base di una gara fittizia, qualificati dal giudice ordinario contratti nulli perché stipulati in violazione delle norme imperative sull’evidenza pubblica<sup>753</sup>. Una cospicua giurisprudenza della Corte dei Conti ha considerato la violazione delle regole della concorrenza da parte della P.A. come lesione dei criteri di buon andamento e di imparzialità amministrativa «con riflessi sul piano della responsabilità amministrativo contabile», assimilando il modello di individuazione del contraente previsto dalle regole di contabilità pubblica ad un vero e proprio obbligo di servizio, «il cui *vulnus* dà luogo al c.d.

---

<sup>749</sup> Sulla rilevanza della libertà di scelta del consumatore nel diritto della concorrenza si veda N. W. AVERITT; R.H. LANDE, *Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law*, in *Antitrust Law Journal*, 1997, 2.

<sup>750</sup> Art. 3, co. 25 e 26, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

<sup>751</sup> Si veda, da ultimo, Cons. Stato Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839.

<sup>752</sup> Si vedano, tra le più recenti, Corte Conti, I Sez. Centrale d’appello, 13 gennaio 2015, n.27; Corte Conti, I Sez. Centrale d’appello, 30 settembre 2014 n. 1116, Corte Conti, I Sez. Centrale d’appello 18 giugno 2014 n. 871.

<sup>753</sup> Si vedano Cass. civ. Sez. I, 05 maggio 2008, n. 11031; Cass. civ. Sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672.

danno alla concorrenza»<sup>754</sup>. La giurisprudenza in esame ha, inoltre, affermato che l'amministrazione «non ricorre più “al mercato” solamente per scegliere il contraente migliore, sotto i profili qualitativo e quantitativo, ma è divenuta garante del corretto funzionamento dello stesso al fine di tutelare il libero gioco della concorrenza, posto che, come si è visto, l'interesse delle imprese e del mercato è ora tutelato al pari dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire». Pertanto, l'amministrazione che elude o infrange le norme sull'evidenza pubblica si pone in contrasto con il principio della concorrenza: «la violazione della concorrenza si compenetra e si concreta nella violazione delle norme dettate a garanzia della corretta scelta del contraente, essendo tale dato, di per sé stesso, idoneo a configurare, implicitamente, anche la lesione di detto principio»<sup>755</sup>. Alcune sentenze d'appello hanno imposto limitazioni al danno alla concorrenza, affermando che questo «non può ritenersi sussistente “*in re ipsa*” per il solo fatto, cioè, che sia stato illegittimamente pretermesso il confronto tra più offerte (...) l'omissione della gara costituisce un indizio di danno, in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che sarebbe stato ottenibile dal confronto di più offerte. Trattandosi, però, pur sempre e soltanto di un sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spesa di denaro pubblico»<sup>756</sup>. Nonostante i contrasti giurisprudenziali sulla modalità di quantificazione del danno alla concorrenza, emerge una tendenza a considerare la lesione del principio di concorrenza da parte delle amministrazioni come produttivo di danno non solo alle imprese, ma anche allo Stato.

#### 5.4 Il principio di concorrenza nel quadro costituzionale italiano

Come noto, la Costituzione italiana, almeno fino alla riforma del titolo V, non conteneva norme specifiche sulla concorrenza, limitandosi l'art. 41, primo comma, Cost. a riconoscere la

---

<sup>754</sup> Corte Conti reg. Lombardia Sez. giurisdiz., 30 settembre 2009, n. 598. La sentenza ha confermato un orientamento consolidato dalla medesima sezione, si veda, tra le molte, Corte Conti reg. Lombardia Sez. giurisd. 14 luglio 2006, n. 447.

<sup>755</sup> Corte Conti reg. Sardegna sez. giurisd., 8 novembre 2011, n. 595.

<sup>756</sup> Corte dei conti, Sezione II centrale d'appello, 13 gennaio 2011, n. 198. Per l'osservazione sull'autolimitazione della Corte si veda A. ZULIANI, G. AURISICCHIO, M. DE BENEDETTO, A. CANZONETTI, G. GUAGNANO, A. LIVERANI, P. MENICHINO, L. RISPOLI, S. SALVI, *La responsabilità per danno erariale alla prova del contenzioso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2013, 489.

libertà di iniziativa economica nei confronti dello Stato come garanzia di un agire individuale<sup>757</sup>, ed i commi successivi a individuare le potestà pubblicistiche sul diritto d'impresa, prevedendo che i fini sociali potessero essere conseguiti mediante l'attività economica tanto pubblica che privata, e attraverso controlli e programmi di fonte legislativa<sup>758</sup>.

La dottrina amministrativistica si è interrogata sul rapporto tra i vari commi dell'art. 41 Cost., i quali contengono disposizioni che possono apparire in reciproca contraddizione. Parte della dottrina ha distinto il momento dell'iniziativa da quello dello svolgimento dell'attività, affermando che il primo comma dell'art. 41 Cost. avrebbe identificato l'iniziativa economica con il concetto di «investimento di iniziativa (o speculativo)»<sup>759</sup>, ossia con l'atto di destinazione di beni capitali al processo produttivo, e non con l'intero svolgimento dell'attività. In questo senso, la previsione dei commi successivi farebbe riferimento all'intervento dei pubblici poteri sulle ulteriori utilizzazioni di tali risorse al fine di permettere il raggiungimento di fini generali di natura sociale. Una tesi successiva ha distinto la previsione del comma 1, interpretandola come tutela del diritto d'impresa del privato, dalle previsioni dei commi 2 e 3, quali garanzie costituzionali del pubblico potere di sottoporre il diritto d'impresa e/o l'esercizio di questa a potestà pubblicistiche, nel caso in cui vi sia inerenza di interessi pubblici<sup>760</sup>, attribuendo all'art. 41 della Costituzione il ruolo di copertura sia dell'iniziativa economica privata, sia della vigilanza pubblica sulle attività economiche<sup>761</sup>.

È stato autorevolmente osservato che l'art. 41 della Costituzione parte dalla premessa che le finalità sociali del sistema economico non possono essere automaticamente raggiunte tramite il gioco concorrenziale. La norma legittima, pertanto, un pubblico intervento nell'economia, da attuarsi mediante la legge ordinaria, volto a disciplinare l'iniziativa privata, ovvero ad organizzare attività economiche pubbliche<sup>762</sup>. Secondo questa ricostruzione, l'affermazione del principio di libertà di iniziativa economica trova la propria premessa nella strumentalità di tale libertà al

---

<sup>757</sup> Sul dibattito in sede di Assemblea costituente sull'introduzione di norme sulla concorrenza si veda, tra i molti, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 20 – 26. L'Autore evidenzia in particolare la distinzione tra le posizioni degli studiosi di diritto commerciale e quelle degli amministrativisti e dei costituzionalisti sull'interpretazione degli artt. 41 e 43 Cost. in relazione al principio di concorrenza.

<sup>758</sup> Per la tesi che ha negato che l'Assemblea costituente abbia inteso con l'art. 41 Cost. accogliere nell'ordinamento italiano il principio della concorrenza si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 137 – 138.

<sup>759</sup> Si veda in tal senso A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 582.

<sup>760</sup> In questo senso si veda M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, III ed., Bologna, Il Mulino 1989, 175 – 179.

<sup>761</sup> Per una rilettura dell'interpretazione di Giannini nel contesto attuale si veda M. DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, cit., 103.

<sup>762</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, cit., 14 – 15.

progresso economico e all'industrializzazione. Ciò ha posto da un lato il problema della disciplina della concorrenza e dall'altro quello dell'intervento pubblico quando manchi o sia inefficiente l'iniziativa privata o quando ad un regime di concorrenza si sostituisca un regime oligopolistico. Secondo questa tesi, il rilievo delle decisioni dei singoli in un sistema oligopolistico possono compromettere l'equilibrio economico del Paese, giustificando un intervento dello Stato nell'economia non più limitato alla tutela di pubblici interessi di carattere non economico (come la pubblica sicurezza, la sanità, e così via), ma estesi all'esercizio da parte di enti pubblici di attività economiche, nell'acquisizione da parte di enti pubblici di pacchetti azionari delle società che esercitano attività commerciali o, ancora, in misure miranti a operare direttamente sulla struttura economica di determinati settori<sup>763</sup>.

La giurisprudenza costituzionale si è mostrata, in un primo momento, incline a favorire gli interventi pubblici restrittivi delle attività economiche, muovendo dall'idea dell'insufficienza dell'iniziativa privata a garantire e promuovere lo sviluppo economico<sup>764</sup>, sebbene in alcune sentenze inerenti ai rapporti tra privati sul mercato abbia espressamente qualificato la concorrenza come valore fondamentale dell'iniziativa economica<sup>765</sup>.

La legge italiana del 10 ottobre del 1990 n. 287, recependo le norme dei Trattati sulle intese e sull'abuso di posizione dominante, ha sancito che le disposizioni della legge sulla concorrenza costituiscono «attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica»<sup>766</sup>. Tale previsione ha rianimato il dibattito sul rapporto tra l'articolo 41 Cost. e la normativa sulla concorrenza<sup>767</sup>.

---

<sup>763</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, cit., 13 – 22.

<sup>764</sup> Si vedano ad esempio, Corte Cost. 23 aprile 1965, n. 30; Corte Cost. 4 febbraio 1965, n. 8; Corte Cost. 22 maggio 1969, n. 97; Corte Cost. 23 aprile 1974, n. 111. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul principio di concorrenza si veda A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010, 127 – 132.

<sup>765</sup> Corte Cost. 2 dicembre 1982, n. 223; Corte Cost. 3 maggio 1990, n.241.

<sup>766</sup> Art. 1, co. 1, della legge 10 ottobre del 1990 n. 287.

<sup>767</sup> Per una ricostruzione delle diverse tesi sul rapporto tra libertà di iniziativa economica e libertà di concorrenza si vedano L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, 345 – 387; M. DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, cit., 103.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la norma abbia attribuito all'art. 41 Cost. il ruolo di copertura costituzionale della disciplina *antitrust* italiana, conformando la libertà di iniziativa economica ad un contesto di mercato concorrenziale<sup>768</sup>.

Altri Autori hanno ritenuto che il principio di concorrenza fosse già implicitamente desumibile dal dettato costituzionale. Secondo un primo orientamento, tra fini pubblici cui può essere indirizzata l'iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 Cost. rientrerebbe il corretto funzionamento del mercato, ossia tutte quelle finalità «dirette ad assicurare la trasparenza dei comportamenti, la affidabilità dei soggetti, il divieto delle pratiche abusive, il contenimento delle posizioni dominanti, in altre parole tutto ciò che garantisce che la concorrenza si svolga in modo leale e fisiologico»<sup>769</sup>. In tale prospettiva, il fondamento delle regole di mercato, e della primazia di queste rispetto all'intervento pubblico, è stato individuato in numerosi articoli della Costituzione posti a tutela della libertà individuale, nonché nell'articolo 11 che ha accolto il principio di apertura dell'ordinamento italiano agli ordinamenti sovranazionali<sup>770</sup>.

Secondo un diverso orientamento, la concorrenza costituisce un limite all'iniziativa economica privata, non una sua attuazione. È dunque opportuno e necessario un corretto intervento pubblico limitativo della libertà di iniziativa privata, a tutela dei fini sociali previsti dal terzo comma dell'art. 41 Cost., tra i quali, in questa ricostruzione, è ricompresa la garanzia del buon funzionamento del mercato, quest'ultimo inteso non solo come sede dello scambio economico, ma anche come luogo di produzione e di lavoro nel quale si sviluppano le relazioni sociali<sup>771</sup>.

È stato, inoltre, affermato che la lettura della Costituzione nel senso del primato del mercato avrebbe attribuito all'intervento pubblico una funzione programmatica in funzione della rimozione degli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato, e che il perseguimento di questo fine implicherebbe sia la promozione dell'utilità sociale «valorizzando le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere», sia la correzione delle «disparità di potere contrattuale

---

<sup>768</sup> Sull'impatto conformativo della legge *antitrust* italiana sull'art. 41 Cost. si veda L. NIVARRA, *La concorrenza: le disposizioni generali*, cit., 472 – 473.

<sup>769</sup> Si veda in tal senso G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia: la sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Riv. Scienze Pol.* 1991, 1-2, 30.

<sup>770</sup> Per tale ricostruzione si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia: la sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., 30 - 32.

<sup>771</sup> Per tale tesi si veda G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, 1, 543. Per una recente ricostruzione del pensiero di Oppo in particolare sul rapporto tra concorrenza e autonomia privata si veda G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 4, 509 – 533.



pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali»<sup>772</sup>. Questa dottrina ha evidenziato che la tutela della libertà negoziale costituisce uno strumento di protezione del mercato e che i limiti legali ad essa devono rispondere ai fini sociali, tra i quali, anzitutto, il corretto funzionamento del mercato in condizioni uniformi di concorrenza<sup>773</sup>.

Altri, infine, hanno interpretato i principi di utilità sociale previsti dal secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost. come criteri conformativi del mercato che traducono il dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e penetrano nel mercato caratterizzandone la "politicalità"<sup>774</sup>.

La tendenza a far assurgere la tutela della concorrenza a principio informatore di tutte le discipline dettate in campo economico, è stata accolta dalla riforma costituzionale del 2001<sup>775</sup>.

In primo luogo, è stato definitivamente imposto al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, confermando il principio del primato del diritto dell'Unione europea sui diritti degli Stati membri, già affermato da tempo dalla giurisprudenza comunitaria ed infine accolto anche dalla Corte costituzionale italiana<sup>776</sup>. Da tale principio discende l'obbligo per gli organi amministrativi e giurisdizionali degli Stati membri di disapplicare le disposizioni interne incompatibili con le norme europee che attribuiscono situazioni giuridiche soggettive ai privati<sup>777</sup>,

---

<sup>772</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 2.

<sup>773</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 14.

<sup>774</sup> Si veda, in tal senso, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 116.

<sup>775</sup> L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>776</sup> Corte Giust. CE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. l'E.N.E.L., causa 6/64. La Consulta si è in un primo momento mostrata restia ad accogliere il principio del primato del diritto europeo su quello nazionale ed ammettere la possibile illegittimità di norme non passate al vaglio della Corte stessa. Si vedano sul punto Corte Cost. 7 marzo 1964 n. 14; Corte Cost. 30 ottobre 1975 n. 232; Corte Cost. 8 giugno 1984 n. 170. Le sentenze Corte Cost. 24 ottobre 2007 nn. 349 e 348 hanno infine accolto definitivamente il principio del primato del diritto europeo sulla base dell'art. 117, c.1 come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (controlimiti). Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti tra ordinamento europeo e nazionale si vedano per tutti G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario*, in *Tratt. Dir. Amm. eur.*, Parte generale, II, Milano, Giuffrè, 2007, 827 e S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 4, 419.

<sup>777</sup> Tale obbligo, sancito per gli organi giurisdizionali degli Stati membri dalla Corte di giustizia della Comunità europea a partire dalla fine degli anni Settanta con la sentenza: Corte Giust. CE, 9 marzo 1978, Simmenthal, Causa 106/77. è stato esteso a tutte le amministrazioni pubbliche con le sentenze: Corte Giust. CE, 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo, Causa 103/88. In senso analogo Corte Cost., 11 luglio 1989 n. 389. Sulla forza espansiva del diritto comunitario e la sua incidenza sul diritto amministrativo nazionale si veda S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 2-3, 291 e ID. *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2004, 5, 1135.

tra le quali rientrano, secondo il consolidato orientamento della Corte di giustizia gli artt. 101 e 102 del T.F.U.E.<sup>778</sup>.

In secondo luogo, la tutela della concorrenza è stata annoverata tra le materie affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato<sup>779</sup>. È stato osservato che nel nuovo quadro normativo «il metodo competitivo, non rimanendo più tra le norme legislative ordinarie (...), ma elevandosi a decisione del sistema, guadagna la funzione di principio generale dell'ordinamento»<sup>780</sup>. In questo contesto, il principio di concorrenza ha assunto una posizione di rilevanza centrale nella disciplina pubblica dei mercati, tanto da essere definito in dottrina quale «parametro di legittimità e appropriatezza di tutta la regolazione pubblica in materia economica»<sup>781</sup>. Alla tutela della concorrenza sono in tal senso affiancate, «alle tradizionali funzioni neutrali a garanzia dell'ordine neutrale di mercato, anche funzioni “politiche” di indirizzo del mercato»<sup>782</sup>.

Come è stato osservato in dottrina, la concorrenza può realizzarsi in senso statico, con riferimento ad una struttura del mercato poco concentrata, nella quale operino numerosi operatori economici che non siano in grado di influenzare i prezzi in modo determinante, ovvero in senso dinamico, come possibilità per le imprese di competere e di acquisire potere di mercato a scapito

---

<sup>778</sup> Sugli effetti diretti degli artt. 101 e 102 del T.F.U.E., si vedano, tra le molte, le sentenze della Corte Giust. CE, 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRTI, punto 16; Corte Giust. CE, 18 marzo 1997, Guérin automobiles/Commissione, causa C-285/95 P, punto 39; Corte Giust. CE, 20 settembre 2001, Crehan/Courage, causa C- 453/99, punto 23.

<sup>779</sup> Art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione come modificato dalla Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione". Sul rapporto tra articolo 41 e art. 117 Cost. in materia di tutela della concorrenza si veda, tra i molti: M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 2, 1429. Sul conflitto tra Stato e Regioni in materia di concorrenza dopo la riforma del titolo V, si veda B. CARAVITA, *Tutela della concorrenza e Regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 229 – 239.

<sup>780</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 138.

<sup>781</sup> Si veda in tal senso M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, cit., 79. L'Autore aveva già definito il principio di concorrenza come «una sorta di timone della normazione economica statale e regionale», così M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 705.

<sup>782</sup> A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 369. Si veda già ID. *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 7 – 9.

delle imprese rivali<sup>783</sup>. In quest'ottica, l'obiettivo della disciplina della concorrenza non si limita alla rimozione di singoli rapporti o la sanzione di determinati situazioni abusive, ma opera come «un principio regolatore della generale disciplina dell'impresa, e deve permeare di sé in definitiva ogni fase di quella disciplina»<sup>784</sup>. Inoltre, inserendosi in un contesto di integrazione del mercato interno, la concorrenza in Europa è orientata all'abolizione non solo dei cartelli, ma anche dei “campioni nazionali” e delle politiche protezionistiche degli Stati membri che ostacolano la libera circolazione.

Anche la giurisprudenza costituzionale italiana ha di recente fornito un'interpretazione evolutiva - dinamica della tutela della concorrenza<sup>785</sup>, concepandola come «una delle leve della politica economica statale»<sup>786</sup>, che include, oltre alla disciplina *antitrust* di repressione delle condotte illecite delle imprese operanti in mercati già competitivi, tutti quegli interventi pubblici di liberalizzazione, di razionalizzazione della regolazione delle attività economiche finalizzate a

---

<sup>783</sup> Si veda in tal senso A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 6.

<sup>784</sup> B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno, IV, Diritto privato, III, Impresa, società e lavoro*, Milano, Giuffrè, 1998, 307.

<sup>785</sup> Art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione come modificato dalla Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione". Sul rapporto tra articolo 41 e art. 117 Cost. in materia di tutela della concorrenza si veda, tra i molti: M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, cit., 1429. Sulle diverse accezioni di «tutela della concorrenza» adottate dalla Corte costituzionale dopo la riforma del titolo V si veda L. CERASO, *La recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3448. Per la giurisprudenza della Corte Costituzionale sull'ambito della potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza, in relazione alle competenze regionali stabilite nel Codice dei contratti pubblici, si veda M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit., 297. Per esempi di sentenze più recenti sui limiti delle potestà delle Regioni e degli enti territoriali in materia di tutela della concorrenza si veda altresì: M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 541 – 542.

<sup>786</sup> «La tutela della concorrenza (...) non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali», si veda Corte Cost., 18 dicembre 2003 - 13 gennaio 2004, n.14, punto 4. Tra i molteplici commenti alla sentenza si vedano V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze “storiche”*, A. A. DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel “secondo regionalismo”*: le sentenze nn.303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito, e R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, 771 e ss.

consentire al maggior numero di operatori economici possibili di competere, nonché le misure volte a ridurre gli squilibri ed a promuovere condizioni di mercato concorrenziali<sup>787</sup>.

## 5.5 Il principio di concorrenza nell'attività amministrativa al di là degli appalti

Il diritto europeo ha imposto limiti espressi all'intervento pubblico nell'economia, al fine di assicurare la possibilità per le imprese di operare in condizione di parità senza privilegi derivanti da interventi pubblici che falsino la concorrenza (diritti speciali o esclusivi, aiuti di Stato). L'introduzione della nozione di «economia sociale di mercato fortemente competitiva»<sup>788</sup> tra gli obiettivi dell'Unione indica la necessità di introdurre un sistema caratterizzato da un intervento pubblico che garantisca certezza del diritto, proporzionalità delle sanzioni rispetto agli illeciti, tempestività dell'azione esecutiva, controlli efficaci e una regolazione di qualità che non interferisca sui meccanismi di mercato<sup>789</sup>.

Inoltre, l'art. 106, primo comma, ha vietato agli Stati membri di emanare o mantenere misure contrarie alle norme dei Trattati, specialmente a quelle sulla concorrenza, nei confronti delle imprese pubbliche o titolari di diritti speciali o esclusivi, con l'obiettivo di eliminare discriminazioni tra imprese pubbliche e private che possano falsare il mercato. Il secondo comma dell'art. 106 ha previsto la generale applicabilità delle regole di concorrenza alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, salvo eccezioni limitate a quanto strettamente necessario a garantire l'adempimento della specifica missione di interesse pubblico ad

---

<sup>787</sup> La Corte costituzionale ha affermato in più occasioni che «la liberalizzazione da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva - cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) - genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» sentenze n. 299 e n. 200 del 2012, citate da ultimo dalla sentenza Corte Cost., 7 maggio 2014 n. 125. Si veda sul punto: V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *AIC*, 2013, 1.

<sup>788</sup> Art. 3, par. 3 T.U.E.

<sup>789</sup> Sulle attuali caratteristiche della nozione di economia sociale di mercato si veda M. DE BENEDETTO, *L'economia sociale di mercato*, cit., 125 – 130.

esse affidata<sup>790</sup>. La norma si riferisce ai settori economici nei quali assumono rilevanza esigenze di servizio universale tradizionalmente associate ad istanze derogatorie rispetto alle logiche di mercato.

Le previsioni europee che consentono deroghe alla disciplina della concorrenza per lo svolgimento di missioni di interesse economico generale, insieme al principio di irrilevanza del regime privato o pubblico della proprietà delle imprese ai fini dell'applicazione del diritto comunitario, sono state usate per anni dagli Stati membri per salvaguardare il regime di riserva e gestione pubblica dei settori di pubblica utilità<sup>791</sup>.

Tale regime è consentito in Italia dall'art. 43 Cost., che, come noto, dispone che le imprese che svolgono attività configurate come servizi pubblici essenziali e di preminente interesse generale possano essere riservate o trasferite per legge, ai fini di utilità generale, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti<sup>792</sup>. L'ordinamento comunitario ha tuttavia introdotto una diversa concezione dei servizi pubblici, considerandoli alla stessa stregua delle altre attività economiche per le quali è necessario un riavvicinamento delle discipline nazionali per favorire lo sviluppo del mercato interno, mediante lo smantellamento delle riserve d'attività contenute negli ordinamenti nazionali, salvo quelle strettamente legate alla missione di interesse generale. Inoltre, la maggior

---

<sup>790</sup> Sul tema la dottrina è vastissima. Si vedano, senza fini di esautività, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 371; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova 2003; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91; G. CAIA, *I servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI; G. PERICOU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 2005, 131; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. di Dir. Pubbl. comunit.*, 2006, 5, 747; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; D. SORACE, *Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2010, 1, 1.

<sup>791</sup> Sull'uso di tali norme per giustificare il regime di riserva delle attività di interesse generale si veda G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici* in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2007, 135

<sup>792</sup> Dal tentativo di coordinamento di tali norme ha preso le mosse la nota teoria oggettiva del servizio pubblico che in estrema sintesi consiste nel far coincidere la nozione di servizio pubblico con le attività economiche indirizzate a fini sociali mediante controlli e programmi pubblici previsti dalla legge che evidenziano l'interesse pubblico perseguito, gestite in regime indifferentemente pubblico o privato. In questo senso, si veda U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, 136 e ss.

parte dei servizi economici di pubblica utilità, tradizionalmente gestiti dai pubblici poteri in regime di monopolio verticalmente integrato, sono stati oggetto, come noto, di direttive europee di liberalizzazione economica per il perseguimento dell'obiettivo della realizzazione di un mercato unico aperto alle regole della concorrenza<sup>793</sup>.

Per l'ordinamento europeo, gli interventi statali distorsivi della libera concorrenza possono essere giustificati solo dall'impossibilità di perseguire la missione di interesse economico generale mediante l'applicazione delle regole della concorrenza. La Corte di Giustizia e la Commissione europea hanno nel tempo chiarito che i diritti esclusivi attribuiti alle imprese non possono costituire uno strumento per agevolare lo sfruttamento abusivo della posizione dominante e che gli unici servizi che possono essere sottratti al diritto della concorrenza sono quelli che le imprese, in base a una valutazione sulla convenienza economica, non offrirebbero spontaneamente sul mercato in quanto non remunerativi<sup>794</sup>. In un contesto in cui le possibilità di deroga al regime concorrenziale sono limitate dal diritto comunitario ai soli servizi non remunerativi nei quali non sia possibile raggiungere l'efficienza attraverso le regole di mercato, è stata necessaria una riconsiderazione degli strumenti di intervento pubblico e del ruolo dello Stato nell'economia.

È stato osservato come, nonostante il diritto europeo insista sull'indifferenza del regime proprietario delle imprese<sup>795</sup>, il principio del libero mercato abbia implicitamente attribuito prevalenza alla sfera privata<sup>796</sup>. L'erosione progressiva dei privilegi delle imprese pubbliche con la tendenziale eliminazione, salvo deroghe specifiche, dei diritti speciali o esclusivi, accompagnata dai vincoli di bilancio imposti dalla creazione dell'unione economica e monetaria e dal divieto di aiuti di Stato, ha indotto i Governi nazionali a privatizzare le imprese pubbliche, un tempo utilizzate come strumenti di politica economica, che nell'ambito dei principi comunitari sono equiparate a

---

<sup>793</sup> Sul rapporto tra le misure di liberalizzazione ed il principio di concorrenza si veda, M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, 38 – 42.

<sup>794</sup> Corte di Giust. CE, 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA contro Siderurgica Gabrielli SpA*, in causa C-179/90; Corte di Giust. CE, 19 maggio 1993 in *Causa C-320/91, Procedimento penale contro Paul Corbeau.*; Corte di Giust. CE, 27 aprile 1994 *Comune di Almelo e altri contro NV Energiebedrijf Ijsselmij NV* Causa C-393/92; Commissione europea, *Libro Verde sui servizi di interesse generale* COM(2003) 270 e *Libro bianco sui servizi di interesse generale* 2004 COM(2004) 374. Sulla nozione europea di servizio pubblico si veda N. RANGONE, *Servizi universali*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, Treccani, 1999, 1 – 9.

<sup>795</sup> Articolo 345 T.F.U.E. (ex articolo 295 del TCE): I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

<sup>796</sup> V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubblico Comunitario*, 2006, 5, 759.

quelle private anche nelle deroghe rispetto alle regole di mercato<sup>797</sup>. In Italia ciò ha prodotto l'effetto di mettere in crisi il modello tradizionale di gestione delle attività economiche da parte dei pubblici poteri mediante aziende autonome od enti pubblici economici, inducendo la trasformazione della maggior parte delle imprese pubbliche in società per azioni, anche se in molti casi con partecipazione pubblica<sup>798</sup>.

Il principio di concorrenza ha, dunque, comportato un riposizionamento dei pubblici poteri rispetto alle attività economiche<sup>799</sup>. Gli organi pubblici un tempo gestori diretti delle imprese hanno assunto il diverso ruolo di imporre a monte le regole del gioco per gli operatori, formalmente o sostanzialmente, privati<sup>800</sup>. In Italia, sono state istituite nuove Autorità amministrative indipendenti con funzione di regolazione dei mercati liberalizzati<sup>801</sup>. La regolazione ha assunto tra le proprie

---

<sup>797</sup> Si veda in questo senso G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, 231

<sup>798</sup> Sulla crisi dei tradizionali modelli di impresa pubblica dovuta anche alla disciplina comunitaria si veda E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2007, 215 – 264.

<sup>799</sup> Per una ricostruzione storica del ruolo dei pubblici poteri nella disciplina dell'economia si vedano: M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit., *passim.*; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 5° ed, 2010, 189 – 219.

<sup>800</sup> Sull'origine del fenomeno di regolazione in seguito alla privatizzazione delle imprese di pubblica utilità si vedano, senza pretese di esaustività: A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press 1994; M. ARMSTRONG, M. COWAN, J. VICKERS, *Regulatory Reform – Regulation of Economic Activity*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1994; J. FOREMAN-PECK, R. MILLWARD, *Public and Private Ownership of British Industry 1820 – 1990*, Oxford, Clarendon Press, 1994; G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996; T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, Oxford University Press, 1997; D. HELM, T. JENKINSON, *Competition in Regulated Industries*, Oxford, Oxford University Press, 1998; R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998; R. BALDWIN AND M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1999; D. NEWBERRY, *Privatisation, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2000; J. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contract and Discretion*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2003; M THATCHER, *Internationalisation and Economic Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>801</sup> La letteratura sulla funzione delle Autorità amministrative indipendenti nei mercati liberalizzati è vastissima, si vedano, senza pretese di completezza: G. MAJONE, *The rise of the regulatory state in Europe*, in *West European Politics* 17, 3, 1994; G. MAJONE, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, 1997, 17, 2, 139 - 167; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, IV Roma, Treccani, 1995; S.CASSESE, C.FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 3, 645; G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo, le autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Milano, Giuffrè, 1997, 3; M. CLARICH; I. MARRONE, *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, Concorrenza*, in *Enc. Giur. IV*, Roma, Treccani, 1998; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 1999; M. D'ALBERTI; M. TESAURO (a cura di), *Regolazione e*

finalità, oltre alla tutela della fruizione generalizzata dei servizi di pubblica utilità attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico o universale, quella di consentire l'apertura alla concorrenza in settori monopolistici o che presentano barriere tecniche o normative all'ingresso nel mercato.

È stato in proposito evidenziato che «le liberalizzazioni chiedono regole: perché sia effettivamente favorito l'ingresso di nuovi operatori in settori prima monopolistici occorrono misure pubbliche 'asimmetriche' che limitino il ruolo dell'ex-monopolista a vantaggio dei nuovi entranti»<sup>802</sup>. È emerso, quindi, il paradosso per cui «la liberalizzazione stessa produce la necessità di una ingente regolazione, quindi il suo contrario»<sup>803</sup>. Pur non eliminando la necessità di interventi pubblici, la liberalizzazione dei mercati ha indotto un fenomeno di attenuazione del potere discrezionale delle autorità pubbliche in materia di accesso degli operatori economici ai mercati<sup>804</sup>. Sono state ridotte le misure di subordinazione dello svolgimento delle attività commerciali a provvedimenti discrezionali della pubblica autorità, le quali costituiscono, nell'ottica della concorrenza, una barriera normativa all'ingresso suscettibile di rafforzare le posizioni degli operatori esistenti, sottraendoli al confronto competitivo<sup>805</sup>. La giurisprudenza comunitaria ha

---

concorrenza, Bologna, Il Mulino, 2000; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 2, 389; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000; G. MAJONE; A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato Concorrenza e regole*, 2, 2002, 265; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 2004; M. D'ALBERTI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. VESPERINI (a cura di), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 2005, 95; S. VALENTINI (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 1140; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 588; N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 5057; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit.; ID. *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 369 – 385.

<sup>802</sup> M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit., 35.

<sup>803</sup> S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 2, 393.

<sup>804</sup> Si veda sul punto: M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit., 99 – 105.

<sup>805</sup> Questo tipo di regolazione amministrativa è stata definita in dottrina «di tipo *lato sensu* corporativo, e quindi anticoncorrenziale». Così M. LIBERTINI, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2003, 11, 1129.



identificato una serie di misure di regolazione dell'economia che contrastano con il principio del libero mercato<sup>806</sup>.

Tra gli ostacoli allo sviluppo delle dinamiche concorrenziali rientrano le discipline pubbliche che non tengono conto delle esigenze del mercato limitando l'accesso o la libertà delle imprese nel determinare gli aspetti della loro attività commerciale<sup>807</sup>. La crescente influenza del diritto della concorrenza negli ordinamenti statali ha indotto i legislatori nazionali ad una drastica riduzione degli interventi pubblici che alterano il funzionamento dei mercati. Il diritto europeo della concorrenza ha implicato «l'esigenza di limitare sia l'utilizzo dei poteri imperativi in senso stretto (produttivi di effetti giuridici nella sfera giuridica altrui a prescindere dal consenso del titolare) sia dei poteri autorizzatori, che limitano la libertà negoziale e la libertà di iniziativa economica, ai casi di stretta necessità»<sup>808</sup>, segnando il declino della categoria dogmatica dei procedimenti autorizzatori costitutivi con funzione di programmazione<sup>809</sup>, strumento tipico di un modello di Stato interventista superato dall'incidenza del diritto europeo sul nostro ordinamento. La necessità di eliminare questo tipo di ostacoli è stata accolta dal legislatore italiano, mediante forme di liberalizzazione amministrativa ed economica, nell'ottica di «rivalutare il mercato come strumento per la soddisfazione dei bisogni individuali e collettivi»<sup>810</sup>. Sono state drasticamente ridotte le attività soggette al regime autorizzatorio discrezionale e sono state sostituite con il recepimento dei principi europei. Esempio di questa tendenza è stata l'introduzione del principio secondo cui «l'iniziativa e

---

<sup>806</sup> Sulla giurisprudenza europea che ha qualificato misure nazionali come incompatibili con il Trattato per violazione del principio di concorrenza si veda P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 187.

<sup>807</sup> Sulla regolazione distorsiva ed i relativi poteri dell'Autorità antitrust italiana si veda A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010, 118 – 121.

<sup>808</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 2, 237.

<sup>809</sup> Si veda M.S. GIANNINI *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970 II, 1097-1100. L'Autore, prendendo le mosse dalle ripartizioni concettuali elaborate nelle opere di Ranalletti, evidenzia la funzione dei provvedimenti autorizzatori non come composizione di interessi, bensì come subordinazione della realizzazione di interessi privati ad interessi pubblici.

<sup>810</sup> G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.* Milano, Giuffrè, 2006, 3496; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit., 106 – 107.

l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge»<sup>811</sup>.

Il primato del principio di concorrenza sulle discipline economiche di settore è stato un tema largamente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza<sup>812</sup>. La tradizionale ricostruzione dei rapporti tra

---

<sup>811</sup> Articolo 3, co.1 D.L. 13 agosto 2011, n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sul quale peraltro è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza 17-20 luglio 2012, n. 200, dichiarando l'incostituzionalità del comma 3, che prevedeva la soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui al comma 1, in quanto «oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali». Si veda inoltre, l'art.1 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito, con modificazioni, dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27. Si veda altresì, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, legge 4 agosto 2006, n. 248, con commento di M. D'ALBERTI, *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumatori nel decreto legge 223/2006*, in *Giornale Dir. Amm.* 2006, 11, 1173.

<sup>812</sup> Sul rapporto tra regolazione settoriale e diritto della concorrenza si vedano, tra i molti, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'ALBERTI e M. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 11; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, cit., 395 – 401; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000, 300 – 325; G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir. Agg.* VI, 2002, Milano, Giuffrè, 2002; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2004, 2, 348 – 363; M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 705; G. NAPOLITANO *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, S. CASSESE (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, 1140; F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 6, 947; P.A. BUIGUES, *Competition policy versus sector-specific regulation in network industries- the EU experience*, in *UNCTAD's Seventh Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy*, Geneva, 30 October to 2 November 2006, [http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2clp\\_ige7p14\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2clp_ige7p14_en.pdf); S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma - Bari, 2007; J. VICKERS, *Competition Law and Economics: a mid-Atlantic viewpoint*, *The Burrell Lecture of the Competition Law Association*, London, 19 March 2007, in *European Competition Journal* 2007, 1; M. D'ALBERTI, *Competition Law and Regulatory Reform*, in P. PAVLOPOULOS; S. FLOGAITIS (edited by), *Multilevel Governance and Administrative Reform in the 21st Century*, London, Esperia, 2008, 273; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit.; G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law* in *The Competition Law Rev.*, 2008, 2, 123-145; F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), 29 dicembre 2009; L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2009, 194 – 217; H. SHELANSKI, *Is There Life After Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in Regulated Industries*, Prepared Statement of The Federal Trade Commission Before the United State House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts and Competition Policy Washington, D.C. June 15, 2010; P. IBÁÑEZ COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 2010, 261; M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in

le discipline pubbliche di settore e il diritto della concorrenza era fondato sul presupposto che le due normative svolgessero funzioni radicalmente diverse. La regolazione e la vigilanza pubblica sui settori economici d'interesse pubblico prevede un intervento tendenzialmente preventivo per regolare e plasmare la struttura dei mercati. Diversamente, la disciplina *antitrust* svolge, per lo meno in via di principio, prevalentemente una funzione sanzionatoria *ex-post* su determinate condotte poste in essere dalle imprese, distorsive del corretto funzionamento del mercato e in violazione di precise disposizioni di legge. I processi di liberalizzazione di settori chiave dell'economia hanno indotto un'evoluzione del rapporto tra regolazione economica e diritto della concorrenza che ha portato ad un avvicinamento tra discipline e relativi strumenti di *enforcement* tale da indurre la dottrina a configurare una sorta di "ibridazione" tra le due discipline<sup>813</sup>.

Tale percorso sembra essersi sviluppato in Europa, in termini di complementarità tra discipline, intesa come integrazione tra norme volta a formare una disciplina più completa o esaustiva<sup>814</sup>. In altre parole, nonostante si assista ad un progressivo avvicinamento di obiettivi, nonché di strumenti di tutela affidati all'autorità *antitrust* e alle autorità di settore, queste autorità restano chiamate a esercitare le rispettive competenze in modo complementare, al fine di assicurare un'effettiva repressione delle condotte anticoncorrenziali, garantendo allo stesso tempo gli ulteriori interessi presenti nei singoli settori.

Secondo una cospicua giurisprudenza europea ed italiana, l'intervento della regolazione settoriale su una condotta imprenditoriale non esclude la possibilità di intervento dell'autorità *antitrust*, per reprimere eventuali violazioni del diritto della concorrenza derivanti dalla medesima

---

P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, Giappichelli, 2010, 753 – 761; P.L. PARCU, *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 321; F. TRIMARCHI BANFI *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1-2, 15.

<sup>813</sup> In questo senso si esprime, con particolare riferimento alla disciplina delle comunicazioni elettroniche, F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata"; c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, cit., 947 – 968.

<sup>814</sup> In altri ordinamenti, in particolare in quello statunitense, il rapporto tra discipline settoriali e diritto *antitrust* è stato considerato in modo diverso, escludendo, in taluni casi di sovrapposizione di interventi, la legittimità dell'intervento dell'autorità *antitrust*. Si veda *Judgement of the US Supreme Court Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis Trinko, (Trinko) LLP*, 13 January 2004 540 U.S.; *Credit Suisse Securities v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007); *Judgment of the US Supreme Court in Linkline* 555 US (2009). Sia consentito rinviare sul punto a L. LORENZONI, *The role of Competition Law in network industries subject to sector-specific regulation* in L. ORTIZ BLANCO, N. RUIZ GARCÍA, (edited by), *Derecho de la Competencia Europeo Y Español*, XI, Dykinson, Madrid, 2013, 243 – 287.

condotta<sup>815</sup>. Nei casi di sovrapposizione tra violazioni della regolazione economica e del diritto della concorrenza, la Corte di giustizia ha affermato che il comportamento abusivo di un'impresa, seppure verificatosi in un mercato regolamentato, e nonostante la presenza di un'autorità di regolazione settoriale preposta alla tutela dei medesimi interessi e dotata di specifiche competenze su tale mercato, rimane soggetto alla competenza dell'autorità *antitrust*, preposta all'accertamento delle infrazioni anticoncorrenziali. È stato infatti sancito che «le norme in materia di concorrenza previste dal Trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo *ex post*, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione *ex ante* dei mercati delle telecomunicazioni»<sup>816</sup>. Sebbene gli operatori sanzionati dall'autorità di concorrenza ne abbiano in molti casi contestato la competenza, affermando la prevalenza della regolazione settoriale e la conseguente competenza esclusiva della relativa autorità di vigilanza sulle condotte poste in essere in un determinato settore, incentrando l'argomentazione difensiva sul rischio di una doppia sanzione, alla luce del principio del *ne bis in idem*<sup>817</sup>, la Corte di Lussemburgo ed il giudice amministrativo italiano hanno rigettato tali doglianze negando che l'esistenza di una regolazione di settore e di un'autorità di vigilanza ad essa preposta escluda la competenza dell'autorità di concorrenza per la repressione di condotte abusive<sup>818</sup>.

L'orientamento maggioritario in Europa afferma, dunque, che, qualora la normativa di settore consenta margini di autonomia nei comportamenti delle imprese interessate, nulla osta all'applicazione del diritto *antitrust* ed all'intervento dell'autorità della concorrenza su comportamenti contrastanti con i divieti di intese anti competitive, di abuso di posizione dominante

---

<sup>815</sup> Si vedano, tra le molte, Cons. di Stato, Sez.VI, 10 marzo 2006, n. 1271; Corte Giust. CE, 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione, Causa C-280/08 P; Trib. CE, VIII sez., 29 marzo 2012 Telefónica, SA and Telefónica de España, SA vs Commissione Europea, Causa T-336/07; Corte Giust. UE, V sez., 10 luglio 2014, Telefónica SA, Telefónica de España SAU/ Commissione europea, France Telecom España, SA, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), European Competitive Telecommunications Association, causa C-295/12 P.

<sup>816</sup> Trib. CE, VIII sez., 29 marzo 2012 Telefónica, SA and Telefónica de España, SA vs Commissione Europea, causa T-336/07, punto 293.

<sup>817</sup> Ad esempio, nel noto caso Telecom, l'impresa sosteneva che si dovesse applicare il principio di specialità, in virtù del quale la disciplina settoriale in materia di telecomunicazioni prevarrebbe rispetto a quella generale in materia antitrust, essendo le due discipline finalizzate alla tutela del medesimo interesse. Cons. di Stato, Sez.VI del 10 marzo 2006 n. 1271

<sup>818</sup> Cons. di Stato, Sez.VI del 10 marzo 2006 n. 1271; Corte Giust. UE, 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione, causa C-280/08 P; Trib. CE, VIII sez., 29 marzo 2012 Telefónica, SA and Telefónica de España, SA vs Commissione Europea, causa T-336/07;

e di concentrazioni anticoncorrenziali<sup>819</sup>. Qualora, invece, la disciplina settoriale nazionale non lasci alcun margine di discrezionalità alle imprese, il primato del diritto comunitario sui diritti nazionali, affiancato dal principio di leale collaborazione tra Stati membri e dal principio un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, impone all'autorità, giudiziaria o amministrativa nazionale, la disapplicazione della normativa di settore anticoncorrenziale e l'applicazione della disciplina a tutela della concorrenza<sup>820</sup>.

Con la nota *sentenza C.I.F.*, la Corte di giustizia ha chiarito che «sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese»<sup>821</sup>.

L'obbligo per l'amministrazione di disapplicare la disciplina interna distorsiva della concorrenza è stato poi confermato in altre sentenze dal giudice amministrativo italiano<sup>822</sup> e più volte ribadito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella sua attività consultiva e di segnalazione<sup>823</sup>. Ciononostante, il giudice ordinario e quello amministrativo, nell'esaminare la conformità delle disposizioni legislative alle norme internazionali, e soprattutto a quelle

---

<sup>819</sup> Si veda per tutti Corte Giust. CE, causa C-280/08 P Deutsche Telekom AG contro Commissione Europea par. 80-84

<sup>820</sup> Corte Giust. Ce, Sez. riunite, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e Autorità garante della concorrenza e del mercato, in *Giornale Dir. Amm.* 2003, 11, 1129, con note di S. CASSESE, M. LIBERTINI e G. NAPOLITANO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*. Per i precedenti giurisprudenziali si veda D. DURANTE, *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir. I Agg.*, Milano, Giuffrè, 1997, 364.

<sup>821</sup> Corte Giust. Ce, Sez. riunite, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e Autorità garante della concorrenza e del mercato, cit. punto 45.

<sup>822</sup> Si veda, tra le sentenze più note, Cons. di Stato del 10 marzo 2006 n. 1271. Tra le più recenti si veda T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 07 febbraio 2014, n. 1525, punti 4 e ss., che ripercorre la giurisprudenza europea sull'obbligo per le amministrazioni di disapplicazione delle norme interne in violazione del diritto europeo di concorrenza.

<sup>823</sup> Tra le molte segnalazioni si veda Agcm, AS958 - Provincia di Rieti - Concessione di esercizio dell'impianto seggiovia biposto Monte Terminillo, Roma, 6 luglio 2012, reperibile dal sito: <http://www.agcm.it/segnalazioni/segnalazioni-e-pareri/open/C12563290035806C/6F778CEF37317C25C1257A3E003572B5.html>. Sull'attività consultiva dell'Agcm in rapporto con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea si veda A. LALLI, *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Dir. Amm.*, 2006, 3, 635.

comunitarie, tendono a interpretare queste ultime in modo restrittivo o, comunque, ad assumere in senso riduttivo i principi cui esse si ispirano, rischiando di minare l'attività di tutela e promozione della concorrenza e di rimozione degli ostacoli legali e amministrativi al libero funzionamento dei mercati<sup>824</sup>.

---

<sup>824</sup> F. G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda, 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, 3. Si veda, di recente, Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 marzo 2014, n. 1508, cit.

## 5.6 Il principio di trasparenza e i doveri di informazione nel diritto comune

La trasparenza è una nozione che assume una varietà di significati e di funzioni nei diversi contesti giuridici nei quali si inserisce<sup>825</sup>. L'esigenza di trasparenza è, infatti, avvertita in tutti i settori dell'ordinamento giuridico ed è suscettibile di essere ricondotta ad un vero e proprio principio generale di derivazione costituzionale<sup>826</sup>, ad un dovere di comportamento di un soggetto (imprenditore, professionista, pubblica amministrazione) di rendere nota alla controparte (ovvero al destinatario dell'atto) le informazioni necessarie, corollario degli obblighi di correttezza e di lealtà<sup>827</sup>, alla comprensibilità, adeguatezza e conoscibilità delle informazioni contenute in un atto (contrattuale o amministrativo) che detta un regolamento di interessi<sup>828</sup> soggetto a obblighi di pubblicità<sup>829</sup>, ovvero ad una direttiva ordinante, o carattere del mercato<sup>830</sup>, ovvero ancora a un

---

<sup>825</sup> L'affermazione è comune alla maggior parte dei contributi sulla trasparenza. Si vedano, per alcuni possibili significati della trasparenza nel diritto contrattuale: G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, Cacucci, 2003, 1 – 3; G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 595 – 627; S. PAGLIARINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 1280 – 1321.

<sup>826</sup> Sul principio di trasparenza come principio costituzionale implicito caratteristico degli Stati democratici, si veda D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 83 – 131. Sul diritto costituzionale di informazione si vedano inoltre: A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971; P. CARETTI, *Comunicazione e informazione*, in *Enc. Dir.* Annali I, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>827</sup> E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 4 – 5, 1142

<sup>828</sup> Per la definizione e le caratteristiche di questo tipo di atti si veda P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.* XII, 1964, 206.

<sup>829</sup> In generale, sul ruolo della conoscenza nel diritto e sui procedimenti diretti ad assicurare, con l'intervento di apparati pubblici, una conoscenza o conoscibilità "legale" della formula utilizzata nel diritto, si veda S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961. In particolare, sulla pubblicità come misura di conoscenza nel diritto pubblico si vedano M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960; A. MELONCELLI, *Pubblicazione (Dir. Pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XXXVII, 1988.

<sup>830</sup> Per l'accezione della trasparenza come «una delle caratteristiche "tipiche" del mercato efficiente», si veda A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, Treccani, 1994, 1. Per la definizione della trasparenza come «carattere del mercato» si veda M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 225.

valore cardine di alcune discipline speciali, caratterizzate da precisi obblighi di trasparenza da parte dei privati operatori economici<sup>831</sup> e delle autorità pubbliche dotate di poteri di vigilanza<sup>832</sup>.

Nell'ambito del diritto comune è stata evidenziata «l'ambivalenza del termine trasparenza, intesa ora come una regola di condotta per l'imprenditore o il professionista, ora come una "qualità" delle condizioni contrattuali»<sup>833</sup>. La dottrina civilistica si è, in particolare, soffermata sulla questione se la trasparenza contrattuale coincida con i doveri di informazione derivanti dal dovere di buona fede precontrattuale, ovvero costituisca un principio autonomo. Parte della dottrina, avallata dalla giurisprudenza maggioritaria, ha ricondotto la fonte del diritto all'informazione agli obblighi di buona fede, correttezza e solidarietà sociale. I doveri di informazione sono stati inseriti nel più ampio problema dell'asimmetria negoziale, che incide sull'efficienza del contratto limitando la consapevolezza delle scelte<sup>834</sup>.

Gli obblighi di protezione previsti nei settori caratterizzati da forti asimmetrie tra poteri negoziali privati, che mirano a tutelare il contraente in posizione di debolezza soprattutto nella fase precontrattuale, sono stati considerati «forme di concretizzazione della clausola generale di buona fede»<sup>835</sup>. In questa prospettiva, alla trasparenza è stato attribuito il valore di clausola generale che incide tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore (art. 1175 c.c.) quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti alla esecuzione del contratto<sup>836</sup>. In questa prospettiva, è stato evidenziato il diverso ambito operativo degli artt. 1337 e 1338 c.c., qualificando la prima norma come clausola generale, operante sul piano della responsabilità, e la seconda come «norma a struttura di fattispecie» incidente sul profilo della validità<sup>837</sup>.

---

<sup>831</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 225.

<sup>832</sup> Sull'importanza degli obblighi di trasparenza nel settore del governo pubblico dell'economia si veda A. POLICE *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 178 – 193.

<sup>833</sup> E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1997, 1, 94 – 97.

<sup>834</sup> Si veda in tal senso F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., 145 – 195.

<sup>835</sup> S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 11, 1040.

<sup>836</sup> Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001, n. 12093, in *Corr. Giur.*, 2002, 3, 328, con nota di A. DI MAJO, *La buona fede oltre il contratto*; Cass. Civ., Sez. III, 08 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro It.*, 2009, 1, 440, con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*.

<sup>837</sup> E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, cit., 440.



Altra dottrina ha invece affermato che l'unico dovere di informazione a carattere generale è quello espressamente previsto dall'art. 1338 c.c. sulle cause di invalidità del contratto. È stato in tal senso osservato che la tesi che riconduce all'art. 1337 c.c. un generale obbligo d'informazione gravante sulle parti nelle trattative, renderebbe sostanzialmente superflua la disposizione di cui all'art. 1338 c.c.<sup>838</sup>.

Un'ulteriore posizione ha distinto il principio di trasparenza dagli obblighi di informazione derivanti dalle clausole generali, osservando che, mentre la trasparenza è un dovere che incombe esclusivamente sul contraente forte (l'imprenditore o il professionista), essendo finalizzata ad ovviare a situazioni di asimmetria informativa, gli obblighi di informazione derivanti dal principio di correttezza gravano su entrambe le parti. Inoltre, gli obblighi di trasparenza contrattuale hanno un oggetto più limitato rispetto ai doveri di informazione, che ricomprendono anche circostanze esterne al contratto<sup>839</sup>.

Infine, alcuni Autori, pur propendendo per la riconduzione della trasparenza ad autonomo principio normativo, hanno evidenziato l'impossibilità di assumere una nozione unitaria di trasparenza in relazione ai doveri precontrattuali, essendo la nozione di trasparenza suscettibile di molteplici applicazioni a seconda delle varie categorie contrattuali sulle quali incide<sup>840</sup>.

I doveri di informazione possono essere desunti altresì dal principio di diligenza (art. 1176 c.c.), il diritto comune prevede, infatti, una serie di obblighi di informazione nell'ambito dei rapporti negoziali. Per alcuni professionisti l'obbligo informativo assume rilievo come obbligo di protezione fonte di responsabilità civile, come nel caso dei professionisti legali<sup>841</sup> o sanitari<sup>842</sup>,

---

<sup>838</sup> G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006, 5, 2, 1021.

<sup>839</sup> E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, 11, 977

<sup>840</sup> S. PAGLIARINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 1280 – 1321.

<sup>841</sup> M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e Resp.*, 2014, 11, 985. Su un caso di responsabilità per violazione dell'obbligo di informazione del notaio si veda Trib. Milano Sez. I, 29 aprile 2014, in *Contratti*, 2014, 12, 1098, con nota di E. BUDA, *Palese violazione dell'obbligo di informazione e di consulenza del notaio o difficile bilanciamento di interessi contrapposti?*

<sup>842</sup> Per una recente analisi dell'evoluzione giurisprudenziale avvenuta in tema di responsabilità medica, con particolare riferimento al rapporto tra paziente e medico dipendente di una struttura sanitaria, pubblica o privata, che ha condotto ad una sempre maggiore tutela del paziente, ritenuto parte debole di tale relazione si veda A. ROMANO, P. ROMBI, *Economia comportamentale e responsabilità medica*, in *Danno e Resp.*, 2014, 10, 885. Per una recente sentenza sul tema si veda Trib. Milano, 12 marzo 2014, in *Contratti*, 2014, 7, 692, con nota di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità per inadempimento del medico inserito nella struttura sanitaria pubblica nei confronti del paziente*.

dell'agente<sup>843</sup>, e così via. Accanto alle regole codicistiche sulla trasparenza contrattuale vi sono, poi, discipline settoriali, che prevedono norme dettagliate legate alla trasparenza e ai doveri di informazione, in particolare negli ambiti caratterizzati da uno squilibrio di potere privato, nei quali un soggetto riveste per ragioni economiche o sociali una posizione dominante, che gli permette di influenzare e condizionare gli altri soggetti<sup>844</sup>.

## 5.7 I doveri di informazione nel diritto societario

Nel diritto commerciale e, segnatamente, nel diritto societario la trasparenza è stata definita «il valore vitale che la circolazione delle informazioni riveste nell'ambito dei processi decisionali e della tutela dei vari interessi coinvolti nelle dinamiche aziendali»<sup>845</sup>. Fin dalle origini del fenomeno societario nell'Europa dell'Ottocento è emersa l'esigenza di coordinare i vari interessi, «fondando un modello di impresa capitalistica basata, anziché sull'autorità, sulla ricerca del consenso»<sup>846</sup> nella quale fosse garantito il più ampio dibattito tra i soci. Intorno alla metà dell'Ottocento, con l'abolizione, nei principali Stati europei, del sistema del controllo governativo sull'impresa e con l'affermazione della libertà di iniziativa e economica, sono state introdotte le prime discipline sulla pubblicità degli atti sociali<sup>847</sup>.

La nozione di informazione societaria può essere riferita, in primo luogo, all'informazione cosiddetta interna, che si realizza nell'ambito degli organi societari come obbligo per coloro che detengono informazioni, ovvero su iniziativa di coloro cui la legge attribuisce il diritto ad essere

---

<sup>843</sup> Art. 1746, cod. civ. Si veda in proposito V. FRANCESCHELLI, *Agenzia (contratto di)*, in *Enc. Dir.* Agg. III, Milano, Giuffrè, 1999, 86 – 112.

<sup>844</sup> Per un'analisi dei doveri di informazione incombenti sui poteri privati, con particolare riferimento al diritto societario e del lavoro, che muove dall'assunto di un'unitarietà giuridica delle situazioni soggettive nel diritto pubblico e privato, si veda C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto* in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 647 – 693.

<sup>845</sup> Sui profili di asimmetria informativa che caratterizzano le società e i diversi “statuti informativi” che incidono sulla disciplina legale, uno avente ad oggetto la struttura organizzativa della società, un secondo avente ad oggetto i processi decisionali e l'imputazione giuridica dell'attività comune all'organizzazione societaria nonché i relativi controlli interni, un terzo avente ad oggetto l'agire giuridico della società nei confronti del mercato si veda D. SCARPA, *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. Comm.*, 2010, 1, 73.

<sup>846</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 158.

<sup>847</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 159.

informati. In secondo luogo, può essere intesa come informazione esterna, in particolare per le società quotate e per gli strumenti finanziari diversi dalle azioni, che si realizza mediante l'organo di controllo (in Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa, Consob<sup>848</sup>), e riveste una funzione di garanzia per gli investitori, tutelando altresì «un più ordinato ed efficiente funzionamento del mercato attraverso il controllo dell'opinione pubblica»<sup>849</sup>.

L'informazione sociale cosiddetta interna si realizza essenzialmente con l'imposizione della tenuta delle scritture contabili, dei libri sociali e del bilancio di esercizio, degli altri bilanci straordinari e delle relative relazioni e pubblicità, nonché mediante il controllo contabile<sup>850</sup>. Essa riveste una funzione strumentale all'esercizio dei diritti dei soci, particolarmente rilevante nelle società di capitali caratterizzate dalla separazione di funzioni tra i soci amministratori e gli altri soci<sup>851</sup>. Allo stesso tempo la sua esteriorizzazione costituisce presupposto per un controllo esterno. Esempi dell'applicazione degli obblighi di informazione interna nel diritto societario si evincono, ad esempio, dagli artt. 2423 e 2423 bis c.c. in tema di obbligo di redazione del bilancio, che nella sua unitarietà deve rispondere ai criteri di chiarezza, verità e correttezza, fornendo anche le informazioni ulteriori rispetto a quelle richieste da specifiche disposizioni di legge, idonee a dare una rappresentazione veritiera e corretta<sup>852</sup>. Gli obblighi di informazione derivanti dalla redazione del bilancio sono finalizzati a rendere nota ai soci e ai terzi la situazione patrimoniale e/o economica della società.

---

<sup>848</sup> La Consob è stata istituita con D.L. 8 aprile 1974 n. 95, *Disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari*, convertito in legge con l'art. 1 della legge 7 giugno 1974, n. 216. Sulle funzioni della Consob si veda F. PIGA, A.M. SEGNI, *Società (ispezione giudiziaria), Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. Dir.* XLII, Milano, Giuffrè, 1990, 1130 – 1151.

<sup>849</sup> G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XII ed. a cura di C. ANGELICI, G. B. FERRI, Milano, Utet, 2007, 380.

<sup>850</sup> Per un approfondimento sull'informazione societaria interna si vedano G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 380 – 402; G. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, XVIII ed., Bologna, Zanichelli, 2013, 355 – 385.

<sup>851</sup> F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Tomo I, Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III ed. Padova, Cedam, 2006, 567 – 571. Sulle modifiche dei diritti dei soci nelle società di capitali derivanti dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, si veda C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>852</sup> Sui principi di redazione e pubblicità del bilancio si vedano M. VANNI, *La nullità del bilancio per violazione del principio di chiarezza: l'autonomia del precetto di chiarezza rispetto al principio di verità per la dichiarazione di nullità della delibera di approvazione del bilancio*, in *Fisco*, 2000, 19, 6446; A. TROISI, *L'informazione nel mercato finanziario: i bilanci delle banche e la comunicazione al pubblico*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 1, 46

La giurisprudenza ha, peraltro, interpretato in senso ampio il diritto del socio ad una piena ed esatta informazione sulle consistenze patrimoniali e sulle prospettive economiche della società, al di là dei casi nei quali i relativi vizi compromettano il valore economico della partecipazione sociale<sup>853</sup>. Il principio di trasparenza è stato, inoltre, utilizzato nell'ambito del principio di continuità dei valori contabili, il quale impone di fornire un'adeguata motivazione dell'eventuale utilizzo, nella redazione del bilancio, di un criterio di valutazione di un cespite patrimoniale diverso da quello utilizzato negli esercizi precedenti. La violazione di tale obbligo comporta la nullità del bilancio, «attesa l'inderogabilità dei criteri di valutazione dettati dall'art. 2426 c.c., la cui funzione consiste nell'assicurare la trasparenza e la leggibilità del bilancio da parte dei soci e dei terzi»<sup>854</sup>. Il regime di pubblicità previsto per il bilancio tutela, pertanto, interessi che trascendono i limiti della compagine sociale e riguardano anche i terzi, anch'essi destinatari delle informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società che il bilancio deve fornire con chiarezza ed in modo veritiero e corretto<sup>855</sup>. La Corte di Cassazione ha, inoltre, puntualizzato che il principio di verità del bilancio è posto a tutela «non soltanto dell'interesse dei soci ad essere correttamente informati sulla situazione economico-patrimoniale della società al termine di ciascun esercizio, ma anche dei terzi che hanno instaurato rapporti con la società (in particolare dei creditori, cui la legge assicura la possibilità di conoscere l'entità delle garanzie offerte dal patrimonio dell'ente), nonché dell'interesse generale dello Stato alla realizzazione di un più compiuto controllo sull'attività delle società per azioni ed alla regolarità della loro gestione in vista del conseguimento dello scopo economico-pratico del contratto sociale»<sup>856</sup>.

L'informazione societaria cosiddetta esterna assume particolare rilevanza per le società quotate in mercati regolamentati, e tende a tutelare da un lato i risparmiatori e gli azionisti e dall'altro il corretto funzionamento del mercato, atteso che le informazioni disponibili determinano

---

<sup>853</sup> Cass. Civ., Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 2758, in *Società*, 2012, 8, 941, con nota di G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'oggetto del giudizio di impugnazione del bilancio*. In senso conforme: Cass. Civ., Sez. I, 20 settembre 2012, n. 15944, in *Società*, 2012, 12, 1354.

<sup>854</sup> Cass. Civ., Sez. Trib, 07 maggio 2008, n. 11091.

<sup>855</sup> Il bilancio d'esercizio assume un ulteriore significato, in quanto la sua pubblicazione consente agli organi aziendali di instaurare "un momento di confronto" con soggetti esterni. Infatti, sia il management, sia il pubblico informato, benché titolari di interessi soggettivi differenti, tendono ad un obiettivo comune, vale a dire lo sviluppo dell'impresa e, più in generale, del sistema economico in cui essi agiscono. Si veda A. TROISI, *L'informazione nel mercato finanziario: i bilanci delle banche e la comunicazione al pubblico*, cit., 46.

<sup>856</sup> Cass. Civ., Sez. I, 23 marzo 1993, n. 3458

la quotazione delle azioni<sup>857</sup>. Il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.) prevede una serie di norme sull'«informazione societaria» che impongono agli emittenti di strumenti finanziari quotati (ma anche non quotati che siano diffusi tra il pubblico in misura rilevante, art. 116 T.U.F.) numerosi obblighi di comunicazione al pubblico ed alla Consob<sup>858</sup>, organo competente per a vigilare sulla trasparenza e la correttezza dei comportamenti in questo campo<sup>859</sup>.

I numerosi specifici obblighi informativi che gravano sulle società quotate accanto a quelli generali per le società di capitali rispondono a diverse esigenze<sup>860</sup>. La trasparenza compare tra i criteri generali di comportamento imposti ai soggetti abilitati nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, accanto alla diligenza ed alla correttezza, al duplice scopo di servire al meglio l'interesse dei clienti e di garantire l'integrità dei mercati. È, inoltre, imposto agli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento l'obbligo di «acquisire le

---

<sup>857</sup> G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 2007, 438; G. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, XVIII ed., Bologna, Zanichelli, 2013, 433 – 436.

<sup>858</sup> Artt. 113 – 165-septies, D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (T.U.F.). Per un commento alle norme in materia di informazione societaria nel T.U.F., si veda G. COTTINO, N. ABRIANI, T. CAVALIERE, M. SARALE, E. NTUK, A. BERLOTTI, V. FURFARO, M. SCALIA, *Corporate Governance. La nuova disciplina delle società quotate in mercati regolamentati* - D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, artt. 113 – 124, in *Giur. It.*, 1998, 7.

<sup>859</sup> Art. 5 T.U.F. Sulla trasparenza nei mercati finanziari e sulla relativa vigilanza si veda in generale: A. D. MAZZILLI, *Informazione e trasparenza sui mercati finanziari: struttura della vigilanza*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 767 – 788.

<sup>860</sup> Sono state evidenziate le diverse problematiche sottese alla disciplina delle informazioni relative agli obblighi di prospetto, destinate al mercato primario, da quella prevista dall'art. 114 T.U.F., rivolta al mercato secondario. «In merito al prospetto informativo e all'informazione contabile, poiché il legislatore ne definisce il timing e il “formato”, i problemi di enforcement non riguardano tanto l'adempimento in sé dell'obbligo di disclosure (giacché la mancata di diffusione di una determinata informazione ad un scadenza prefissata — es.: il bilancio d'esercizio — lancerebbe di per sé un segnale negativo immediatamente percepibile dal mercato), quanto la conformità dell'informazione fornita alle norme di legge. Diversamente, riguardo all'obbligo di disclosure in via continuativa delle informazioni price sensitive, a suscitare principali dubbi interpretativi è la nozione stessa di informazione privilegiata e conseguentemente la delimitazione dell'ambito delle informazioni che devono formare oggetto di comunicazione al mercato e l'individuazione del momento in cui tale comunicazione deve avvenire. In questo caso i problemi di enforcement sono più rilevanti, poiché — trattandosi, per definizione, di informazioni non pubbliche — il mercato non può attendersi in anticipo la comunicazione di una determinata informazione, non operando pertanto le sanzioni reputazionali che si attivano, ad esempio, in caso di mancata pubblicazione del bilancio d'esercizio o delle relazioni finanziarie infrannuali» (G. STRAMPELLI, *L'informazione societaria a quindici anni dal t.u.f.: profili evolutivi e problemi*, in *Riv. Società*, 5, 2014, 991).

informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati»<sup>861</sup>. È stato evidenziato, in proposito, come nell'intermediazione finanziaria gli obblighi di informazione precontrattuale abbiano carattere «bidirezionale», dovendo gli intermediari da un lato acquisire una serie di notizie sulle caratteristiche e sulla propensione al rischio del cliente, e dall'altro fornire una serie di informazioni al cliente tramite comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti<sup>862</sup>.

Gli obblighi di informazione in questo campo sono così pregnanti da indurre la dottrina ad affermare che nelle società quotate prevale il momento finanziario su quello imprenditoriale ed industriale<sup>863</sup>. Sono previsti una serie di obblighi di pubblicità del prospetto ai fini dell'ammissione degli emittenti alle negoziazioni di strumenti finanziari comunitari nei mercati regolamentati e per la relativa offerta al pubblico (artt. 113 e 94 T.U.F.). Per l'approvazione del prospetto è richiesta, oltre alla completezza, «la coerenza e la comprensibilità delle informazioni fornite»<sup>864</sup>. L'art. 114 T.U.F. impone poi molteplici obblighi di comunicazione al pubblico, secondo le modalità stabilite dalla Consob<sup>865</sup>. È, inoltre, previsto che la Consob possa chiedere ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti, ai soggetti che detengono una partecipazione rilevante o che partecipano a un patto parasociale la pubblicazione, con le modalità da essa stabilite, di notizie e documenti necessari per l'informazione del pubblico (art. 114, co.3 e 5 T.U.F.).

Deroghe agli obblighi di pubblicità previsti dalla norma possono essere richieste dai soggetti interessati con reclamo motivato, ma non possono essere concesse nei casi nei quali la mancata comunicazione «possa indurre in errore il pubblico su fatti e circostanze essenziali»<sup>866</sup>. Sono anche

---

<sup>861</sup> Art. 21, co. 1, D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52. (T.U.F.)

<sup>862</sup> Sugli obblighi di informazione attivi e passivi nell'intermediazione finanziaria si veda F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2010, 663 e ss.

<sup>863</sup> G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 2007, 439.

<sup>864</sup> Art. 94 bis, co.1, T.U.F.

<sup>865</sup> Ad esempio è imposta la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate che riguardano direttamente la società o le società controllate (art. 114, co.1 T.U.F.), delle operazioni aventi ad oggetto azioni o altri strumenti finanziari ad esse collegati, effettuate da soggetti dotati del potere di adottare decisioni di gestione che possono incidere sull'evoluzione e sulle prospettive future dell'emittente quotato (art. 114, co. 7 T.U.F.), dei piani di compensi basati su strumenti finanziari a favore di componenti di vari organi societari (art. 114-bis T.U.F.)

<sup>866</sup> Art. 114, co. 6, T.U. F.

fissate regole a garanzia della correttezza delle modalità di diffusione delle informazioni relative agli strumenti finanziari quotati, mediante l'obbligo per i soggetti che le producono o diffondono di comunicare l'esistenza di interessi o conflitti di interesse riguardo tali strumenti (art. 114, co. 8, T.U.F.). L'art. 130 del T.U.F. prevede, altresì, un diritto di informazione preassembleare per le società quotate più ampio di quello codicistico, estendendo la conoscibilità preventiva da parte dei soci a «tutti gli atti depositati presso la sede sociale per assemblee già convocate»<sup>867</sup>.

## 5.8 I doveri di informazione a tutela dei consumatori

Un altro campo di applicazione particolarmente rilevante del principio di trasparenza è il diritto dei consumatori, nel quale i doveri di informazione assumono una funzione fondamentale di riequilibrio tra i soggetti economici<sup>868</sup>. Il codice del consumo qualifica come diritti fondamentali dei consumatori e utenti il diritto a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, nonché alla correttezza, alla trasparenza e all'equità dei rapporti contrattuali<sup>869</sup>. La relativa tutela è finalizzata all'educazione al consumo «orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali»<sup>870</sup>.

I doveri di informazione nel diritto dei consumatori incidono in primo luogo nella predisposizione delle condizioni contrattuali. Il contenuto essenziale degli obblighi informativi comprende la sicurezza, la composizione e le qualità dei prodotti e dei servizi, e le informazioni al consumatore devono essere «adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore»<sup>871</sup>. Il codice del

---

<sup>867</sup> Art. 130, T.U. F.

<sup>868</sup> G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 595 – 627, in particolare sugli obblighi di informazione nella disciplina consumeristica di derivazione comunitaria 604 – 611.

<sup>869</sup> Art. 2, lett. c), c)-bis e), D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

<sup>870</sup> Art. 4, co. 1, Cod. Cons.

<sup>871</sup> Art. 5, co. 2 e 3, Cod. Cons.

consumo prevede, poi, una serie di specifici obblighi precontrattuali di informazione nella disciplina relativa ai contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali<sup>872</sup>.

Con un recente intervento normativo di derivazione comunitaria<sup>873</sup>, da un lato sono stati rafforzati gli obblighi informativi precontrattuali nei casi previsti, includendovi tutti gli elementi indispensabili per consentire al consumatore di assumere una decisione pienamente consapevole ed informata e di conoscere i diritti e le facoltà esercitabili nei confronti del professionista, dall'altro tali obblighi sono stati estesi anche ai contratti non qualificabili né come contratti a distanza né come contratti fuori dei locali commerciali.

Doveri d'informazione contrattuale a tutela dei consumatori e utenti ricorrono, inoltre, in molte disposizioni di settore come ad esempio in materia di turismo<sup>874</sup>, di comunicazioni elettroniche<sup>875</sup>, di energia<sup>876</sup>, oltre ai già menzionati settori della gestione del risparmio e dei servizi di investimento in generale, con particolare riferimento ai contratti d'intermediazione finanziaria e ai contratti di credito ai consumatori.

Nel settore delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari la disciplina della trasparenza contrattuale è particolarmente ampia e dettagliata, attesa l'esigenza di concorrenzialità sul mercato del credito, l'estrema tecnicità delle operazioni finanziarie e la peculiarità della contrattualistica

---

<sup>872</sup> Art. 49, Cod. Cons.

<sup>873</sup> D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. Sulle novità in materia di trasparenza nel diritto dei consumatori introdotte dalla norma si veda G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, 5, 917

<sup>874</sup> Art. 37, D.Lgs. 23 maggio 2011 n. 79, Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio.

<sup>875</sup> Artt. 70 e 71, D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche come modificati dal D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70. Si vedano inoltre le varie delibere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: Delibera n. 417/01/CONS sulle modalità di comunicazione delle offerte al pubblico; Delibera n. 179/03/CSP sui contenuti delle carte dei servizi; Delibera n. 96/07/CONS sulla trasparenza tariffaria; Delibera n. 126/07/CONS sulla confrontabilità delle offerte; Delibera n. 418/07/CONS sul controllo della spesa e la trasparenza della bolletta; Delibera n. 244/08/CSP sulle specifiche informazioni per la qualità Internet; Delibera n. 79/09/CSP sulle modalità di assistenza ai clienti; Delibera n. 326/10/CONS sulle informazioni per certe tipologie di offerte.

<sup>876</sup> Si veda, da ultimo, art. 13, D.Lgs. 4 luglio 2014 n. 102, Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.



bancaria basata in larga parte sui modelli *standard* non modificabili dalla clientela. A partire dagli anni Settanta è cresciuta l'attenzione all'esigenza di trasparenza nella disciplina italiana del credito, sfociata nell'adozione della nuova legge sulla trasparenza bancaria (legge 17 febbraio 1992, n. 154) e della legge sul credito al consumo (legge 19 febbraio 1992, n.142), entrambe confluite nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, approvato con il decreto legislativo n. 385 del 1993<sup>877</sup>, il quale ha subito numerose modifiche nel tempo, anche su impulso del diritto europeo, le quali hanno notevolmente inciso sulla trasparenza<sup>878</sup>.

Mentre originariamente la *ratio* delle norme sulla trasparenza dei contratti contenute nel T.U.B. era principalmente la stabilità complessiva del sistema, e le esigenze di tutela del cliente erano garantite «secondo la lente prospettiva dominante rappresentata dall'interesse generale all'efficienza dell'attività bancaria, efficienza da perseguire attraverso la concorrenzialità del mercato ma, tuttavia, senza abbandonare l'obiettivo della stabilità delle imprese bancarie»<sup>879</sup>, negli ultimi anni la Banca d'Italia con una serie di provvedimenti ha ampliato la tutela della clientela (sia dei consumatori che delle imprese) prevedendo misure di semplificazione della documentazione precontrattuale che gli intermediari bancari e finanziari mettono a disposizione, la garanzia di un'informazione più chiara e idonea a favorire la comparabilità delle informazioni, nonché la riduzione del numero di documenti cartacei e dell'analiticità delle informazioni fornite alla clientela, la diversificazione degli obblighi in relazione alle varie caratteristiche dei servizi offerti e delle differenti fasce di clientela alle quali l'intermediario si rivolge e l'innalzamento degli *standards* di trasparenza nelle relazioni tra intermediari e clienti<sup>880</sup>. Infine, il titolo VI del T.U.B., ora rubricato «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» (artt. 115 – 128 T.U.B.), è stato di recente modificato dal decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 recante la

---

<sup>877</sup> Art. 4 D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.). Sull'evoluzione normativa che ha portato all'adozione del T.U.B., si vedano E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, cit., 1142 e A. SCARPELLO, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contratto e Impr.*, 2012, 1, 227 – 273.

<sup>878</sup> Sulle modifiche del T.U.B. in materia di trasparenza si veda A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, Treccani, postilla di aggiornamento, Roma, Treccani, 1 – 7, 1999.

<sup>879</sup> A. SCARPELLO, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, cit., 247.

<sup>880</sup> Si veda in proposito: E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, cit.

disciplina dei contratti di credito ai consumatori<sup>881</sup>. Detta normativa ha introdotto una serie di novità nell'ambito dei contratti bancari, rafforzando il sistema delle sanzioni inibitorie e amministrative in caso di irregolarità emerse durante i controlli di Banca d'Italia e dettando una nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori, in sostituzione delle norme in precedenza vigenti nel codice del consumo<sup>882</sup>.

L'ambito applicativo del principio di trasparenza nel diritto dei consumatori, con l'adozione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, è stato esteso oltre la fase contrattuale a tutte le fasi del rapporto tra un professionista ed un consumatore anteriori e successive all'eventuale stipulazione di un contratto<sup>883</sup>. La slealtà delle pratiche commerciali si determina in base alla contrarietà alla diligenza professionale, nonché alla falsità o idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, in relazione al prodotto<sup>884</sup>. Le pratiche commerciali sleali si articolano poi in pratiche ingannevoli<sup>885</sup> e pratiche aggressive<sup>886</sup>, sulla base della loro valenza decettiva ovvero estorsiva. Nel diritto dei consumatori all'informazione è stato individuato un mutamento dell'oggetto della tutela, che non appare più orientata a supplire la debolezza del consumatore, bensì a garantire l'efficiente funzionamento del mercato<sup>887</sup>, secondo

---

<sup>881</sup> D.Lgs. 13 agosto 2010 n. 141 Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (D.Lgs. n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. Per un commento alla norma si veda G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 5, 509. Si veda inoltre il provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, reperibile al sito: [http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza\\_operazioni/](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/)

<sup>882</sup> Gli artt. 40 – 42, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 sono stati abrogati dall'art. 3, comma 1, lett. a), D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, rimanendo in vita solo l'art. 43 Cod. Cons. che rinvia al T.U.B.

<sup>883</sup> D.Lgs. 2 agosto 2007 n. 146, Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004. Per un'analisi dettagliata della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si veda G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 1079 – 1117.

<sup>884</sup> Art. 20, co.2, Cod. Cons.

<sup>885</sup> Artt. 21, 22, 23 Cod. Cons.

<sup>886</sup> Artt. 24, 25, 26, Cod. Cons.

<sup>887</sup> G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., 608.

l'idea che la concorrenza tra imprese presuppone l'esistenza di un consumatore correttamente informato, che sia in grado di compiere scelte razionali e consapevoli<sup>888</sup>.

Alcune normative settoriali nei mercati liberalizzati impongono, inoltre, obblighi di trasparenza alle imprese come strumento mediante il quale perseguire gli obiettivi generali di garanzia di accesso e di concorrenzialità<sup>889</sup> nonché di integrità del mercato<sup>890</sup>, obblighi che in numerosi casi vanno a rafforzare i divieti di condotte anticoncorrenziali legati all'abuso di posizione dominante<sup>891</sup>. Ad esempio, il codice delle comunicazioni elettroniche prevede che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) può imporre «obblighi di trasparenza in relazione all'interconnessione e all'accesso, prescrivendo agli operatori di rendere pubbliche determinate informazioni»<sup>892</sup> e che, qualora gli operatori siano soggetti ad obblighi di non discriminazione nell'accesso ed uso di determinate risorse di rete, essi debbano pubblicare l'offerta, comprensiva delle informazioni eventualmente indicate dall'Agcom, il grado di dettaglio richiesto e le modalità di pubblicazione delle medesime<sup>893</sup>.

Dall'analisi normativa sembra, pertanto, emergere che la trasparenza e i doveri di informazione siano pervasivi nel diritto dei rapporti economici, a tutela nel contempo dell'interesse privato del singolo contraente ad operare scelte consapevoli e dell'interesse pubblico al funzionamento ottimale del mercato. Una parte della dottrina ha, tuttavia, evidenziato un aspetto, generalmente poco considerato nella letteratura giuridica in materia, ossia quello dei rilevanti costi per le imprese derivanti dagli obblighi di trasparenza. È stato osservato come, di regola, tali costi sono traslati dalle imprese interamente sulla clientela, con il rischio che «tali oneri gravino sui

---

<sup>888</sup> A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, cit., 1.

<sup>889</sup> Art. 4 D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche come modificato dall'art. 35, comma 2, D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

<sup>890</sup> Regolamento (Ue) n. 1227/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso.

<sup>891</sup> Sugli scambi di informazioni rilevanti per il diritto *antitrust* si veda F. DI PORTO, *Scambi di informazioni e abusi di posizione dominante: una rilettura degli "abusi informativi" e dei relativi rimedi*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 27 – 60.

<sup>892</sup> Art. 46 D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

<sup>893</sup> Art. 46 D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

clienti non in proporzione al beneficio che essi traggono (o potrebbero trarre) dalla trasparenza, ma in maniera inversamente proporzionale alla loro forza contrattuale»<sup>894</sup>.

## 5.9 Il principio di trasparenza nel diritto amministrativo europeo

Il collegamento tra il possesso delle informazioni ed il potere costituisce una tematica particolarmente rilevante nel diritto pubblico, nel quale, accanto ai problemi posti dalle asimmetrie informative in termini economici, si pongono esigenze legate al controllo democratico dell'azione pubblica<sup>895</sup>. La trasparenza è stata infatti annoverata tra i principi comuni dei procedimenti propri della democrazia partecipativa, nell'ambito del più ampio principio dell'«impegno delle istituzioni». Secondo questa tesi, le istituzioni amministrative sono chiamate ad assolvere compiti specifici nel processo partecipativo, tra i quali rientrano i «doveri di informazione, di trasparenza - che vanno considerati non tanto un principio in sé, quanto uno dei contenuti elementari dell'impegno in questione, un presupposto necessario ma da solo sicuramente non esauriente (come nella pratica istituzionale a volte si tende a credere) per rendere possibile la partecipazione)-; in particolare un dovere di comunicazione dei progetti e persino delle intenzioni di procedere a un certo provvedimento o situazione; un dovere di presenza anche fisica alle varie fasi del processo; e più in generale di lealtà nella collaborazione, di attivismo rispettoso dell'autonomia della società»<sup>896</sup>.

Il legame tra democrazia partecipativa e trasparenza è particolarmente evidente nel contesto istituzionale dell'Unione europea, nel quale, a partire alla prima metà degli anni Novanta, la trasparenza ha assunto un ruolo centrale in relazione alla costruzione di una cittadinanza europea e all'esigenza di colmare il *deficit* democratico delle istituzioni europee<sup>897</sup>. Tale circostanza è stata

---

<sup>894</sup> A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, cit., 2.

<sup>895</sup> Sul collegamento tra il principio di pubblicità e lo Stato democratico si vedano A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 1036 e ss; A. POLICE *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 178; M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 1 e ss.

<sup>896</sup> U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 328.

<sup>897</sup> Sul tema della trasparenza nel diritto europeo si vedano P. CRAIG, *EU administrative law*, cit., 350 – 360; D. CURTIN, *“Citizens” Fundamental Right of Access to EU Information: An evolving digital passepartout?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 37, 7; I. HARDEN, *Citizenship and Information*, in *European Public Law*, 2001, 7, 165; A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004; G. CONTE, *Principio di trasparenza e accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, Napoli, De Fredde, 2004.

favorita, tra l'altro, dall'adesione all'Unione europea di Stati nei quali la conoscibilità dei processi decisionali è da tempo concepita come un'essenziale garanzia per il cittadino a fronte del potere pubblico. Il principio di pubblicità dell'azione amministrativa è, infatti, riconosciuto in Svezia sin dal 1766 come principio costituzionale, sul quale, peraltro, vige una riserva di legge che impedisce al governo di intervenire nel settore. L'ordinamento svedese è stato il primo ad adottare una nozione di trasparenza intesa come pubblicità totale delle informazioni detenute dai soggetti pubblici, salve le ipotesi di deroga previste tassativamente dalla legge sui segreti<sup>898</sup>.

Nell'ordinamento europeo, la trasparenza è stata inizialmente menzionata in una dichiarazione allegata al Trattato di Maastricht del 1992 in relazione al processo decisionale delle istituzioni, al fine di rafforzarne la natura democratica ed aumentare la confidenza del pubblico nell'amministrazione europea<sup>899</sup>. Le prime misure adottate dalle istituzioni europee in materia sono state la decisione del Consiglio 93/731/CE<sup>900</sup>, la decisione della Commissione 94/90/CE sull'accesso ai relativi documenti<sup>901</sup>, e la decisione del Parlamento europeo 97/632/CE<sup>902</sup>. Su tali decisioni si è pronunciata in diversi casi la giurisprudenza europea, definendo i confini del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee<sup>903</sup>.

---

<sup>898</sup> Per una ricostruzione dei regimi di pubblicità delle informazioni pubbliche in Svezia, Stati Uniti, Regno Unito, Francia, Germania e Unione europea si veda A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, cit., 83 – 157.

<sup>899</sup> Dichiarazione sul diritto di accesso all'informazione, allegata al Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, 92/C 191/01, la quale disponeva: «la Conferenza ritiene che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione. La Conferenza raccomanda pertanto che la Commissione presenti al Consiglio, entro il 1993, una relazione su misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni».

<sup>900</sup> 93/731/CE, Decisione del Consiglio, del 20 dicembre 1993, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio.

<sup>901</sup> 94/90/CECA, CE, Euratom: Decisione della Commissione, dell'8 febbraio 1994, sull'accesso del pubblico ai documenti della Commissione.

<sup>902</sup> 97/632/CE, CECA, Euratom: Decisione del Parlamento Europeo del 10 luglio 1997 relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo.

<sup>903</sup> Sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul diritto di accesso nel diritto europeo si veda J. HELISKOSI; P. LEINO, *Darkness at the Break of Noon: The Case Law on Regulation No 1049/2001 on Access to Documents*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, 735 – 781. Si vedano anche le sentenze Corte Giust. CE, 30 aprile 1996, causa C-58/94, Regno dei Paesi Bassi vs. Consiglio dell'Unione Europea; Trib. primo grado (IV Sez. Ampl.), 17 giugno 1998, causa T-174/95 Svenska Journalistförbundet contro Consiglio dell'Unione europea; Trib. primo grado (I Sez.), 19 luglio

In seguito, il Trattato di Amsterdam ha previsto espressamente il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee da parte di qualsiasi cittadino dell'Unione e di qualsiasi persona fisica o giuridica residente o avente la sede sociale in uno Stato membro, affidando al Consiglio l'emanazione dei principi generali ed a ciascuna istituzione la disciplina specifica sull'accesso ai propri documenti<sup>904</sup>. È stato, quindi, adottato il Regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione<sup>905</sup>, che ha recepito in buona parte i principi affermati dalla giurisprudenza europea precedente, prevedendo una legittimazione ampia per l'esercizio dell'accesso, non subordinata ad alcuna motivazione specifica, ed estendendo l'ostensibilità a tutti i documenti detenuti dalle amministrazioni europee, salve alcune eccezioni da interpretarsi in senso restrittivo<sup>906</sup>. Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vi sono state una serie di proposte di riforma del regolamento da parte della Commissione europea, sulle quali non si è giunti, tuttavia, ad un accordo a livello istituzionale<sup>907</sup>. Un importante ruolo nella promozione del principio di trasparenza è stato, inoltre, svolto dal Mediatore europeo, il quale ha in numerose occasioni auspicato una maggiore apertura delle istituzioni europee<sup>908</sup>.

---

1999, Heidi Hautala vs. Consiglio dell'Unione europea, causa T-14/98; Corte Giust. CE, 6 dicembre 2001, Consiglio dell'Unione europea contro Heidi Hautala, Causa C-353/99P.

<sup>904</sup> Articolo 255 (ex articolo 191 A) del Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, 97/C 340/01.

<sup>905</sup> Regolamento (Ce) N. 1049/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

<sup>906</sup> Tra le eccezioni all'ostensibilità dei documenti è prevista, ad esempio, la tutela della consulenza legale. Sull'interpretazione di tale eccezione si veda: Corte Giust. (grande sezione) del 1 luglio 2008, Regno di Svezia e Maurizio Turco contro Consiglio dell'Unione europea, in Cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P.

<sup>907</sup> Sulle vicende istituzionali legate alla proposta di riforma del Regolamento sull'accesso ai documenti europei si veda: I. HARDEN, *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, in *European Public Law*, 2009, 15, 239.

<sup>908</sup> Sul ruolo del Mediatore europeo e sulle evoluzioni del principio di trasparenza nel diritto europeo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si veda: D. U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 2, 265 – 285.

Un ulteriore intervento normativo a livello europeo si è avuto con l'adozione della direttiva 2003/98/CE, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico<sup>909</sup>, finalizzata principalmente a sottoporre l'attività di cessione delle informazioni pubbliche ad una disciplina che impedisca comportamenti anticoncorrenziali da parte delle amministrazioni le quali rivestono una situazione di monopolio di fatto per la molteplicità di dati da esse detenuti<sup>910</sup>. È stato osservato in dottrina che il crescente sviluppo tecnologico ha portato a considerare l'informazione amministrativa come un bene economico essenziale per lo sviluppo del mercato e, di conseguenza, la divulgazione di tale bene è diventata un fattore determinante delle dinamiche concorrenziali. Pertanto, sono stati introdotti meccanismi di "privatizzazione e liberalizzazione" dei documenti amministrativi<sup>911</sup>. La direttiva, tuttavia, non ha imposto l'obbligo di consentire il riutilizzo di documenti, lasciando la decisione agli Stati membri o all'ente pubblico interessato. Essa ha, inoltre, confinato il proprio ambito oggettivo ai documenti resi accessibili mediante il rilascio di una licenza ed ha escluso la propria applicabilità ai casi in cui i cittadini o le imprese, in virtù del pertinente regime di accesso, possono ottenere un documento solo se sono in grado di dimostrare un particolare interesse in proposito<sup>912</sup>.

Il Trattato di Lisbona ha introdotto alcune novità di rilievo sul tema. Il Trattato sull'Unione europea attualmente in vigore si fonda infatti sul principio di massima trasparenza possibile dei processi decisionali ed impone alle istituzioni di mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile<sup>913</sup>. Il T.F.U.E. ha collegato la trasparenza ai principi di buon governo e di partecipazione della società civile; ha imposto la pubblicità delle sedute del Parlamento e quelle del Consiglio nelle quali si discuta di un atto legislativo; ha esteso il

---

<sup>909</sup> Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Per un commento alla direttiva, ed alla relativa implementazione in Italia, si veda D.U. GALETTA, *Transparency and access to public sector information in Italy: a proper revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014, 2, 212.

<sup>910</sup> Sulle finalità della direttiva si veda A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, cit., 137 – 140.

<sup>911</sup> A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, 206.

<sup>912</sup> Considerando 9, Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

<sup>913</sup> Artt. 1 e 11 del Trattato sull'Unione europea.

diritto di accesso ai documenti degli organi e organismi dell'Unione, oltre a quelli delle istituzioni, a prescindere dal loro supporto, demandando a ciascuna istituzione la definizione delle disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti. Il Trattato ha, inoltre, assoggettato alla disciplina sull'accesso la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti, per quanto attiene alle rispettive funzioni amministrative, ed ha infine previsto la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative<sup>914</sup>. Il principio di trasparenza rientra, peraltro, tra le questioni oggetto di dibattito nell'ambito del progetto per l'approvazione di una disciplina europea del procedimento amministrativo (progetto ReNUAL), che contiene un documento apposito sulla gestione delle informazioni amministrative<sup>915</sup>.

Con l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) sono stati riconosciuti i diritti fondamentali da essa garantiti (oltre che quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati) come principi generali del diritto europeo<sup>916</sup>. L'art. 10 della Cedu prevede un diritto alla libertà d'espressione inclusivo della «libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche». Tale norma è stata interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in senso ampio come espressiva di un diritto generalizzato di accesso ai documenti, tale da considerarne il rifiuto un'indebita ingerenza delle autorità. Ciò implicherebbe, secondo alcuni

---

<sup>914</sup> Articolo 15 (ex articolo 255 del TCE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>915</sup> Il documento è reperibile al seguente link: <http://www.renewal.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/Book%20VI%20-%20information%20management%20online%20publication%20individualized%20final%202014-09-03.pdf> Tra i numerosi contributi in dottrina si vedano J. ZILLER, *Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law* (Note to the European Parliament's Committee on Legal Affairs – Working Group on EU Administrative Law (October 2010), reperibile al seguente link: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=en&file=33011>; D. CURTIN, H. HOFMANN, J. MENDES, *Constitutionalising EU Executive Rule-Making Procedures: A Research Agenda*, in *European Law Journal*, 2013, 19, 1, 1–21. Sulla necessità di codificare le regole del procedimento amministrativo a livello europeo si vedano già, in senso critico: C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot?*, in *European Law Journal*, 1996, 2, 3; C. HARLOW, R. RAWLINGS, *National Administrative Procedures in a European Perspective: Pathways to a Slow Convergence*, in *Italian Journal of Public Law*, 2010, 2, 215

<sup>916</sup> Art. 6, co. 2 e 3, del Trattato sull'Unione europea.



Autori, la necessità di un adeguamento dei diritti degli Stati membri a quanto affermato dalla Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo<sup>917</sup>.

Infine, il Trattato di Lisbona ha attribuito valore giuridicamente vincolante Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000<sup>918</sup>, la quale, oltre a sancire la libertà di espressione e di informazione, ha inserito tra i contenuti del «diritto ad una buona amministrazione»<sup>919</sup> il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda ed ha previsto il diritto di ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro di accedere ai documenti delle istituzioni ed organizzazioni europee<sup>920</sup>. Nell'ambito del diritto di ogni individuo «a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione»<sup>921</sup> sono stati ricompresi, accanto al diritto di accesso sopra menzionato, il cosiddetto *right to be heard* (il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio) e l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni<sup>922</sup>. Tale previsione ha evidenziato l'intima connessione tra la trasparenza, la partecipazione e la motivazione.

L'obbligo di motivazione, sancito dall'art. 296, secondo comma, del T.F.U.E. in riferimento a tutti gli atti giuridici, è stato costruito nell'ordinamento europeo nella prospettiva di consentire al destinatario ed al giudice di comprendere le ragioni della decisione, al fine di garantirne il diritto di difesa<sup>923</sup>. La sufficienza della motivazione è valutata con riguardo alle modalità di svolgimento dell'istruttoria procedimentale, ed in particolare della rilevanza degli elementi prospettati dagli interessati per la decisione finale, convergendo in tal senso con il diritto dell'interessato di

---

<sup>917</sup> In questo senso si veda G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 89, 875 – 891.

<sup>918</sup> Art. 6, co. 1, del Trattato sull'Unione europea.

<sup>919</sup> Art. 41 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01). Sul tema si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, I, 49 – 86.

<sup>920</sup> Art. 11; art. 41, co. 2, lett. b) e art. 42 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01).

<sup>921</sup> Art. 41, co. 1, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01).

<sup>922</sup> Art. 41, co. 2, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01).

<sup>923</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, cit., 49 – 85.

partecipare ed essere ascoltato dall'amministrazione decidente<sup>924</sup>. Il legame tra la motivazione e il diritto ad essere ascoltati ha implicato che la sufficienza della motivazione nel diritto europeo sia stata considerata in modo diverso a seconda del modo con cui si configura la partecipazione nei vari procedimenti amministrativi previsti nel diritto europeo<sup>925</sup>. La giurisprudenza europea in materia di obbligo di motivazione ha, peraltro, messo in luce il nesso che esiste fra partecipazione e trasparenza, evidenziando come la partecipazione all'adozione dell'atto garantisce a sua volta la trasparenza del processo decisionale<sup>926</sup>.

È stato osservato come nel diritto amministrativo europeo vi sia stata una graduale emersione di tre generazioni di diritti, rispettivamente il diritto di difesa, legato ai principi del *due process*, quello di trasparenza e, infine, i diritti di partecipazione<sup>927</sup>. Tuttavia, negli ultimi anni, sono emerse norme che sembrano andare oltre la tutela "procedurale" della trasparenza e che intendono il diritto ad essere informati «come tassello indispensabile per il corretto funzionamento di un ordinamento democratico»<sup>928</sup>, assurgendo la trasparenza a diritto fondamentale, da garantire a chiunque, con il solo limite delle esigenze di riservatezza correlate a determinati interessi pubblici e privati.

In tale ottica, la trasparenza ha assunto un ruolo di garanzia del corretto funzionamento delle democrazie liberali, tutelando i singoli dalla soggezione al pubblico potere, mediante un controllo diffuso sull'operato del governo e delle sue amministrazioni, anche a fini di prevenzione della corruzione, una più consapevole partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche ed una rafforzata legittimazione delle stesse amministrazioni<sup>929</sup>. Tale mutamento di prospettiva ha avuto importanti ripercussioni sull'ordinamento italiano.

#### 5.10 Il principio di trasparenza in relazione alla motivazione, all'accesso agli atti, agli obblighi di pubblicità e all'accesso civico

---

<sup>924</sup> A. MASSERA, *I principi generali*, cit., 287.

<sup>925</sup> Si veda in proposito G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 497 - 537.

<sup>926</sup> Si veda in questo senso D. U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, cit., 283.

<sup>927</sup> Per questa ricostruzione si veda F. BIGNAMI, *Creating European Rights: National Values and Supranational Interests*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, 11, 241 – 355.

<sup>928</sup> M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 8 - 9, 795.

<sup>929</sup> M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 795.

Nel diritto amministrativo italiano, il principio di trasparenza nel rapporto tra P.A. e amministrati ha stentato ad affermarsi<sup>930</sup>, prevalendo, fino agli ultimi decenni, il principio della segretezza dell'azione amministrativa<sup>931</sup>. In Italia, tradizionalmente, si riteneva che il documento amministrativo fosse, in linea generale, un bene patrimoniale indisponibile di proprietà della P.A., destinato al pubblico servizio<sup>932</sup>.

In tale contesto, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza era incentrata principalmente sul diritto di accesso agli atti amministrativi, qualificato come diritto procedimentale volto a consentire la disponibilità dei documenti pubblici e contrapposto al segreto d'ufficio. L'accesso era considerato in dottrina come «il più efficace strumento di pubblicità, epperò di trasparenza dell'azione amministrativa»<sup>933</sup>. A partire dagli anni Ottanta, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo per l'amministrazione di lasciar prendere visione ed estrarre copia dei propri atti, come corollario del principio del giusto procedimento, ed ha affermato l'esistenza di un «diritto di accesso di qualsiasi cittadino agli atti della amministrazione dello Stato»<sup>934</sup>. Nondimeno, già in quegli anni si iniziava a percepire l'idea che la trasparenza avesse un contenuto più ampio e costituisse un risultato al cui raggiungimento contribuivano vari strumenti, tra i quali, oltre al diritto di accesso agli atti, la partecipazione al procedimento di formazione dell'atto amministrativo ed alle modalità di svolgimento delle sedute dell'organo collegiale, nonché la motivazione del provvedimento<sup>935</sup>.

---

<sup>930</sup> Per la distinzione tra una nozione di trasparenza “verticale”, funzionale ad un'amministrazione pubblica strutturata gerarchicamente, nella quale l'autorità superiore deve poter verificare l'attività dei sottoposti, e la trasparenza “orizzontale” attinente al rapporto tra amministrazione e amministrati, si veda P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III Agg., Torino, Utet, 2008, 887 – 888.

<sup>931</sup> Sull'evoluzione dei rapporti tra potere pubblico e segreto nel diritto amministrativo si veda G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 267 – 283.

<sup>932</sup> Sul regime di segretezza dei documenti amministrativi previgente alle due leggi del 1990 e, in particolare, sull'art. 15 del D.p.r. del 10 gennaio 1957, n.3, si veda G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, I - II, Padova, Cedam, 1983 – 1984. Si vedano altresì, tra i contributi più recenti, ID. *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 28 – 45; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, cit., 267 – 283.

<sup>933</sup> R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 4, 532.

<sup>934</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 10 giugno 1980, n. 22, in *Foro It.*, 1980, 3, 385.

<sup>935</sup> Si veda in questo senso R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, cit., 1987, 4, 532.

La dottrina evidenziava il fondamento costituzionale della trasparenza in numerose disposizioni espressive dei principi di libertà ed uguaglianza<sup>936</sup>. Sono emersi i primi studi specifici sulla nozione di pubblicità nel diritto pubblico, nei quali si sottolineava come la categoria della pubblicità sia più vasta rispetto a quella delle misure di conoscenza e risponda a finalità ulteriori rispetto agli strumenti di certezza pubblica<sup>937</sup>, comprendendo «tutti quei comportamenti che sono idonei a creare, anche in forma indiretta, secondaria o specifica, una situazione all'interno della quale è possibile la diffusione della conoscenza»<sup>938</sup>. Nell'ambito della nozione di pubblicità sono stati inclusi gli strumenti di “evidenziazione atipica” delle ragioni che inducono l'autorità ad agire, ossia la motivazione dell'atto e la partecipazione o la procedimentalizzazione dell'attività.

Nel 1990, come noto, sono state adottate la legge di riforma delle autonomie locali e quella sul procedimento amministrativo, che hanno introdotto importanti novità in materia. La legge sugli enti locali ha previsto la generale pubblicità degli atti dell'amministrazione comunale e provinciale ed ha attribuito ai cittadini il diritto di accesso ad essi<sup>939</sup>. La legge sul procedimento amministrativo, dopo aver introdotto la pubblicità tra i principi che reggono l'attività amministrativa nel perseguimento dei fini determinati dalla legge<sup>940</sup>, ha, per la prima volta, disciplinato in via generale il diritto di accesso ai documenti amministrativi, qualificandolo come principio generale dell'attività

---

<sup>936</sup> Per il fondamento costituzionale del principio di pubblicità ed il necessario superamento del principio di segretezza: G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, cit., 174 e ss. Sul riconoscimento del principio di trasparenza da parte della giurisprudenza della Corte Costituzionale si veda P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, cit., 888 – 889. Sul fondamento costituzionale della nozione di comunicazione pubblica si veda M. DE BENEDETTO, *Comunicazione pubblica*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, Treccani, 2001, 5 – 9. In generale sulle norme costituzionali a fondamento del principio di trasparenza, si veda D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 83 – 131. In particolare, sul diritto costituzionale di informazione desumibile dall'art. 21 Cost. si vedano inoltre: A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971; P. CARETTI, *Comunicazione e informazione*, cit.

<sup>937</sup> Sulla concezione della pubblicità quale strumento di certezza pubblica si veda M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 769.

<sup>938</sup> A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 1036.

<sup>939</sup> Si veda in particolare l'art. 7, co.3, della legge 8 giugno 1990, n.142, Ordinamento delle autonomie locali, ora art. 10 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

<sup>940</sup> Art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

amministrativa a garanzia della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza<sup>941</sup>. Queste disposizioni hanno offerto l'impianto normativo «per ristrutturare in senso più paritario l'assetto relazionale e comunicativo tra amministrazione e cittadini»<sup>942</sup>. Sotto il profilo organizzativo, è stato adottato il decreto legislativo n. 29 del 1993, con il quale è stata prevista l'istituzione di appositi uffici per le relazioni con il pubblico, preposti a svolgere il ruolo di interlocutori competenti a fornire informazioni ai cittadini<sup>943</sup>.

La legge n. 241 del 1990 ha, in primo luogo, espressamente riconosciuto il collegamento tra la trasparenza e il principio di partecipazione, attribuendo ai soggetti legittimati a partecipare al procedimento il diritto di prendere visione degli atti del procedimento, oltre a quello di presentare memorie scritte e documenti<sup>944</sup>. È stata così riconosciuta la necessaria priorità del momento conoscitivo a quello partecipativo, atteso che «dal punto di vista logico, la 'visione' dei documenti, cioè l'accesso alle informazioni, costituisce il presupposto necessario per poter esprimere compiutamente la 'voce', affinché, in altri termini, abbia luogo un pieno contraddittorio, in senso lato, fra l'amministrato e gli uffici»<sup>945</sup>.

La legge ha, inoltre, attribuito a «chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti»<sup>946</sup> il diritto di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi. Mentre la strumentalità dell'accesso cosiddetto «endoprocedimentale» rispetto all'attività partecipatoria del privato costituisce, a oggi, un dato acquisito, maggiori difficoltà interpretative hanno riguardato l'accesso cosiddetto «informativo» o «esoprocedimentale». Infatti,

---

<sup>941</sup> Artt. 22 – 28, legge 7 agosto 1990, n. 241. Sulla disciplina italiana in materia di diritto di accesso e quella delle rispettive eccezioni, nella versione anteriore alla legge n. 15 del 2005, si veda, per tutti, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, Treccani, 1995, 1 – 13.

<sup>942</sup> M. DE BENEDETTO, *Comunicazione pubblica*, cit., 3.

<sup>943</sup> D. Lgs. 3 febbraio, 1993, n. 29, Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, poi abrogato e sostituito dal D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Si veda altresì la legge 7 giugno 2000, n. 150, disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni. Sull'istituzione degli uffici per le relazioni con il pubblico e la loro evoluzione si veda M. DE BENEDETTO, *Comunicazione pubblica*, cit., 1 – 14.

<sup>944</sup> Art. 10, legge 241 del 7 agosto 1990.

<sup>945</sup> M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1, 5.

<sup>946</sup> Art. 22, co. 1, legge 7 agosto 1990 n. 241, nella versione antecedente alla riforma avutasi con la legge 11 febbraio 2005, n.15. Come noto, la norma attualmente in vigore fa riferimento alla titolarità di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».

nel primo caso la condizione legittimante è data dalla partecipazione al procedimento, nel secondo caso, invece, l'accesso è riconosciuto indipendentemente dalla pendenza di un procedimento ed è collegato alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale più ampia, ma di difficile individuazione<sup>947</sup>.

Il diritto di accesso è stato introdotto con l'espressa finalità «di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale»<sup>948</sup> ed ha costituito un'importante novità nel contesto istituzionale italiano, contribuendo a far «fuoriuscire la nostra amministrazione da quello stato di “semi-clandestinità” che andava sotto il nome di segretezza amministrativa»<sup>949</sup>. Un successivo intervento normativo ha precisato che l'interesse che legittima la richiesta di accesso, oltre ad essere finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, deve essere «personale» e «concreto»<sup>950</sup>, ed è stata esclusa, prima dalla giurisprudenza, poi dal legislatore, l'ammissibilità di «istanze di accesso preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»<sup>951</sup>.

Muovendo dall'analisi di tali disposizioni, la dottrina ha evidenziato la sostanziale differenza tra la finalità dell'accesso rispetto a quella della pubblicità degli atti amministrativi. È stato osservato che la funzione generalizzata di trasparenza è svolta dalla pubblicità la quale, essendo rivolta a «tutti» gli amministrati, consente una verifica a posteriori sull'attività dei pubblici poteri che si esplica da un lato come controllo politico da parte della popolazione e, dall'altro, come limite per la pubblica amministrazione, favorendone l'imparzialità e il buon andamento. Diversamente, l'accesso agli atti e ai documenti della P.A., essendo limitato ad alcuni soggetti dotati di una posizione legittimante, che vi abbiano interesse per la tutela di quest'ultima, «costituisce in primo luogo una forma di garanzia riconosciuta a titolo particolare a tali soggetti, al fine di porli in grado, attraverso una più completa rappresentazione della situazione di fatto e di diritto che più direttamente loro interessa, di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela di tale posizione, favorendo solo, di riflesso, anche e

---

<sup>947</sup> M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit., 5.

<sup>948</sup> Artt. 22, co. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>949</sup> A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, 200 – 250.

<sup>950</sup> Art. 2, co. 1, del Decreto del Presidente della Repubblica del 27 giugno 1992, n.352.

<sup>951</sup> Art. 24 della legge 7 agosto 1990 n. 241, come sostituito dall'art. 16, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

soprattutto attraverso il loro intervento, l'imparzialità dell'azione amministrativa»<sup>952</sup>. Una parte della dottrina ha tentato di individuare le problematiche concernenti l'accesso ai documenti amministrativi sulla base delle categorie degli usi dei beni pubblici: uso collettivo (pubblicità degli atti); uso autorizzato (diritto di accesso); riserva di amministrazione sui documenti (documenti riservati o segreti)<sup>953</sup>.

Sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, il diritto di accesso agli atti è stato considerato uno strumento di per sé insufficiente ad assicurare la verificabilità della chiarezza e dell'esaustività della ponderazione effettuata, essendo necessari, altresì, la possibilità di partecipare al compimento dell'atto, la partecipazione al procedimento ed alle modalità di svolgimento dell'organo collegiale, un'adeguata motivazione, come già evidenziato da tempo in dottrina<sup>954</sup>. In seguito alle riforme degli anni Novanta, parte della dottrina ha osservato che l'elemento che ha davvero "squarciato il velo di mistero" che ha sempre circondato l'esercizio del potere amministrativo, inaugurando una «nuova cultura di visibilità» e consentendo un controllo sulla legalità sostanziale delle scelte amministrative è stato quello della partecipazione del cittadino all'attività preparatoria della decisione amministrativa, più che il diritto di accesso<sup>955</sup>. Al generale principio di trasparenza sono stati ricondotti altri istituti procedimentali, come l'individuazione del responsabile del procedimento, l'obbligo di comunicazione di avvio e l'obbligo di conclusione entro un certo termine<sup>956</sup>. Inoltre, gli strumenti di comunicazione pubblica sono stati considerati come strumenti per instaurare una dinamica virtuosa di coinvolgimento dei cittadini nello svolgimento dell'azione pubblica<sup>957</sup>.

Un ulteriore strumento di conoscenza, al quale l'elaborazione dottrina ha attribuito la funzione fondamentale di garantire la trasparenza e la correttezza dell'azione dei pubblici poteri è la motivazione del provvedimento, intesa come esplicazione dell'*iter* logico-giuridico seguito dall'Autorità decidente nel corso del procedimento<sup>958</sup>. Parte della dottrina ha sottolineato il carattere

---

<sup>952</sup> M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit., 4.

<sup>953</sup> Per un'illustrazione di tali dottrine si veda A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, cit., 200 – 250.

<sup>954</sup> Si veda in questo senso R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, cit., 1987, 4, 532.

<sup>955</sup> A. POLICE *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 35 e ss.

<sup>956</sup> G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 2.

<sup>957</sup> M. DE BENEDETTO, *Comunicazione pubblica*, cit., 6 – 7.

<sup>958</sup> C. IACCARINO, *Motivazione degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig.It.*, Torino, Utet, X, 1964, 959.

polifunzionale della motivazione e l'ha qualificata come discorso giustificativo delle scelte dei pubblici poteri, volto a conferire legittimazione democratica all'atto. In questa prospettiva, la motivazione non è diretta al destinatario del provvedimento, potenziale ricorrente, bensì alla comunità dei cittadini, a giustificazione della non arbitrarietà e adeguatezza delle decisioni amministrative<sup>959</sup>.

La natura e i limiti dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi sono stati ampiamente dibattuti in dottrina e in giurisprudenza<sup>960</sup>. Alcuni Autori hanno sostenuto che la motivazione rientra nel fenomeno della pubblicità nel diritto pubblico, piuttosto che in quello dell'informazione<sup>961</sup>, distinguendo la motivazione dalle misure di conoscenza dell'atto ed affermando che la motivazione costituisce una figura di pubblicità in quanto dichiarazione delle ragioni per cui l'autorità agisce, ovvero in quanto dichiarazione qualificata dal suo oggetto<sup>962</sup>. Tale osservazione sembra prendere le mosse dalla distinzione tra la motivazione in senso ampio, intesa come «tutta la parte della dichiarazione che non sia dichiarazione di volontà», inclusiva dell'indicazione dei fini dell'atto, del ragionamento seguito, dei motivi, del fatto e dei presupposti, ovvero in senso stretto come «esposizione dei motivi»<sup>963</sup>. La motivazione è stata così definita come espressione di giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto, ed è stata distinta dalla giustificazione, la quale costituisce, secondo questa tesi, una «dichiarazione di scienza che consegue ad un mero giudizio di esistenza (considerato che il domandante è cittadino italiano, che il contratto è stato regolarmente registrato in data...)»<sup>964</sup>.

---

<sup>959</sup> A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 7 e ss.

<sup>960</sup> Sulla motivazione degli atti amministrativi la letteratura è molto ampia. Per l'evoluzione storica precedente all'adozione della legge sul procedimento, si vedano, senza pretese di esaustività, F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione*, in *Giur. It.*, 1908, 3, 258; G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1941, 1, 1, 126, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 329; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, 3, 2, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, 1080; R. JUSO, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1963; C. IACCARINO, *Motivazione degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, Utet, 1964, 958; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, 1595; M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, XXVII, 1977, 257; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990.

<sup>961</sup> A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1983, 62.

<sup>962</sup> A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 1036.

<sup>963</sup> M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, XXVII, 1977, 257.

<sup>964</sup> M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 259.



La rilevanza centrale della motivazione dell'atto amministrativo come garanzia degli amministrati ha trovato, come noto, riconoscimento normativo nell'ordinamento italiano con l'art. 3, della legge n. 241 del 1990, che ha codificato l'obbligo generale di motivazione<sup>965</sup>, limitatamente ai provvedimenti individuali, identificandolo con l'indicazione dei «presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»<sup>966</sup>. La norma sembra aver accolto una nozione di motivazione come “strumento di conoscenza soggettivamente delimitata”, analogamente alla partecipazione e al diritto di accesso<sup>967</sup>.

La dottrina ha evidenziato la coerenza della previsione sulla motivazione rispetto all'impianto complessivo della legge sul procedimento, fondato sulla correlazione tra le misure di garanzia e il pregiudizio che destinatari o i terzi possono subire dal provvedimento<sup>968</sup>. È stato tuttavia osservato che la motivazione potrebbe costituire uno strumento essenziale per accrescere la trasparenza e la visibilità del percorso decisionale compiuto dall'amministrazione, e che ciò sarebbe particolarmente rilevante proprio nell'attività amministrativa generale, esclusa dall'obbligo imposto dalla norma<sup>969</sup>.

Il legislatore ha, in seguito, espressamente indicato la trasparenza tra i principi generali dell'attività amministrativa, accanto al già previsto principio di pubblicità, riconoscendo implicitamente la diversità tra i due principi<sup>970</sup>, ed ha definito, nel codice dell'amministrazione digitale, il contenuto obbligatorio dei siti delle pubbliche amministrazioni<sup>971</sup>. In dottrina è stato affermato che tali interventi normativi hanno avuto il merito di spostare il fulcro della trasparenza amministrativa dal diritto di accesso alla pubblicità, imposta attraverso obblighi previsti in via

---

<sup>965</sup> Sulla codificazione del obbligo generalizzato di motivazione, di derivazione giurisprudenziale, ed il suo ancoraggio alle risultanze dell'istruttoria si veda M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit.,

<sup>966</sup> Per la letteratura successiva alla legge sul procedimento amministrativo si vedano, per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, 1997, appendice, 683; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 774.

<sup>967</sup> F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 9 – 10.

<sup>968</sup> G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 778.

<sup>969</sup> Si veda in tal senso M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. Trim Dir. Pubbl.* 2009, 3, 707.

<sup>970</sup> Art. 1, co. 1 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, introdotto con la legge n. 15 dell'11 febbraio 2005. Per un commento alla norma si veda A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, cit., 44 – 46.

<sup>971</sup> Art. 54 del D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82, Codice dell'amministrazione digitale. Si veda in proposito G. DUNI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 13 – 49.

legislativa, che si pone quindi come corollario del principio di legalità<sup>972</sup>. In questa fase è emersa una visione del diritto di accesso come «strumento alternativo alla pubblicità: proprio laddove la conoscenza di un atto non rientra nel patrimonio informativo potenziale di un qualsiasi soggetto privato è necessario predisporre strumenti che consentano di valutare la sussistenza di un interesse alla conoscenza, personale ed idoneo a superare il segreto amministrativo»<sup>973</sup>. Il diritto di accesso consente di superare, in virtù di una speciale legittimazione, gli strumenti di protezione apprestati dal legislatore. Sulla base di questa considerazione parte della dottrina ha affermato che il diritto di accesso si pone sul piano del segreto amministrativo più che su quello di trasparenza<sup>974</sup>.

Più di recente, la trasparenza è stata qualificata come «livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione» ed è stata definita «come accessibilità totale», da attuarsi anche mediante la pubblicazione sui siti *internet* delle pubbliche amministrazioni, «delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e di valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità»<sup>975</sup>. Il mutamento di prospettiva del legislatore sembra aver introdotto una diversa nozione di trasparenza, finalizzata più che alla tutela dell'interesse individuale all'informazione, alla prestazione di un servizio pubblico che deve essere garantito da parte dell'amministrazione in modo uniforme sull'intero territorio nazionale<sup>976</sup>.

---

<sup>972</sup> M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 797.

<sup>973</sup> C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto*, cit. 647 – 692.

<sup>974</sup> C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto*, cit., 649 – 650.

<sup>975</sup> Art. 4, co. 6 e 7, della legge 4 marzo 2009, n. 15, delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti. Si veda altresì l'art. 11, co.1, D. Lgs. 27 ottobre 2009, n.150 attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Si veda in proposito F. TENTONI, *La «riforma» della trasparenza amministrativa*, in *Azienditalia*, 2010, 5, 373.

<sup>976</sup> G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 884.

È stata imposta alle amministrazioni pubbliche l'adozione di «ogni iniziativa utile a promuovere la massima trasparenza nella propria organizzazione e nella propria attività»<sup>977</sup>. In particolare, è stata prevista la predisposizione da parte delle amministrazioni di un programma triennale, da aggiornare annualmente, che indica le iniziative previste per garantire un adeguato livello di trasparenza, di legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità. Tali disposizioni, imponendo numerosi obblighi di pubblicazione, accompagnati da «enfatiche enunciazioni di principio (su tutte, l'affermazione della trasparenza come “accessibilità totale”))» e da inadeguati meccanismi sanzionatori e incentivanti (individuati principalmente nell'attivazione della responsabilità dirigenziale e, più tardi, nel ricorso per l'efficienza) si sono rivelate poco incisive, introducendo una disciplina sulla pubblicità frammentata e ridondante ed un alto tasso di inosservanza degli obblighi<sup>978</sup>.

Il legame tra la trasparenza, la legalità e l'integrità dell'azione pubblica ha assunto una rilevanza centrale nella recente normativa italiana per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nel settore pubblico. Il decreto legislativo del 14 marzo 2013 n. 33, in attuazione della legge anti corruzione<sup>979</sup>, ha introdotto obblighi di informazione, pubblicità e accesso civico. Il decreto ha recepito la nozione di trasparenza come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni. Al principio di trasparenza è stata attribuita la funzione di favorire forme diffuse di controllo «sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»<sup>980</sup>.

È stato espressamente riconosciuto il ruolo della trasparenza nell'attuazione del principio democratico e dei principi costituzionali di «eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione»<sup>981</sup>, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali. Infine, la trasparenza è stata qualificata come «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e

---

<sup>977</sup> Art. 4, co. 8, della legge 4 marzo 2009 n. 15.

<sup>978</sup> M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 798.

<sup>979</sup> Art. 1, c. 35, della l. 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

<sup>980</sup> Art. 1, co. 1, del D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33 Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

<sup>981</sup> Art. 1, co. 2, del D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33.

sociali», integrando «il diritto ad una buona amministrazione», e concorrendo alla realizzazione «di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino»<sup>982</sup>.

Alcuni Autori hanno ritenuto che la norma abbia segnato «una svolta nella direzione della tendenziale coincidenza fra trasparenza e pubblicità, nonostante le singole disposizioni che compongono l'articolato dimostrino che in realtà l'obbligo di trasparenza/pubblicità opera concretamente in ambiti determinati»<sup>983</sup>. Sono state riordinate e codificate le discipline contenenti gli obblighi di pubblicazione, delle quali alcune mirano ad un controllo diffuso sul personale e sull'azione amministrativa, altre ad aumentare la trasparenza della gestione finanziaria ed altre ancora a semplificare i rapporti tra privati e amministrazioni<sup>984</sup> e sono stati specificati i doveri di trasparenza in alcuni settori considerati ad alto rischio di corruzione (appalti, governo del territorio, sanità)<sup>985</sup>. Al contempo è stato previsto un complesso meccanismo di vigilanza sull'attuazione delle disposizioni e l'incremento e la generalizzazione dei meccanismi sanzionatori per i dirigenti e le amministrazioni che non adempiano agli obblighi<sup>986</sup>.

Una delle novità di maggior rilievo introdotta dal decreto è indubbiamente l'introduzione dell'istituto dell'accesso "civico", volto ad attribuire a chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'azione amministrativa, il diritto di richiedere i documenti, le informazioni o i dati dei quali sia stata omessa la pubblicazione obbligatoria ai sensi dal decreto. Il diritto di accesso civico non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva e non è richiesta alcuna motivazione né costi per il richiedente. La richiesta impone all'amministrazione la pubblicazione sul sito, entro trenta giorni, del documento, dell'informazione o del dato richiesto e la sua contestuale trasmissione o comunicazione al richiedente<sup>987</sup>.

Sebbene la nozione di trasparenza sia stata dotata nella legislazione attuale di contenuti più ampi del diritto di accesso, non sembra ancora essersi compiuto nel nostro ordinamento il percorso verso una concezione della trasparenza come controllo diffuso sulla correttezza dell'azione

---

<sup>982</sup> Art. 1, co. 2, del D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33.

<sup>983</sup> A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. Amm.*, 2013, 4, 758.

<sup>984</sup> Per una disamina dei diversi obblighi di pubblicazione previsti si veda M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 798 - 799.

<sup>985</sup> Art. 37 - 42 del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

<sup>986</sup> Artt. 43 - 47 del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

<sup>987</sup> Art. 5 del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

pubblica. A differenza del modello adottato in altri ordinamenti giuridici, anche europei, che negli ultimi decenni si sono dotati di *freedom of information acts*, nei quali le informazioni pubbliche sono considerate patrimonio del pubblico<sup>988</sup> e l'accesso generalizzato si estende a qualsiasi informazione detenuta dalle amministrazioni, il decreto legislativo n. 33 del 2013 ha limitato l'accessibilità totale ai soli documenti, informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, lasciando in vigore, per il resto, le norme della legge n. 241 del 1990<sup>989</sup>.

Emerge dalla disposizione in esame che l'istituto è stato introdotto prevalentemente in funzione di controllo sul corretto adempimento da parte della P.A. degli obblighi di pubblicazione previsti dal decreto, piuttosto che come una vera forma di accessibilità totale alla generalità delle informazioni detenute dai soggetti pubblici. L'informazione, nel modello di trasparenza adottato dal legislatore italiano, «non è considerata come bene della vita in sé, meritevole di tutela in quanto tale, ma è funzionale al controllo sull'uso del potere e delle risorse pubbliche. In altri termini il diritto all'informazione amministrativa non è da noi riconosciuto nell'interesse del singolo (*uti singuli*), per la soddisfazione di un diritto fondamentale o per la protezione di un bene della vita dell'individuo, ma è strumentale solo ad un interesse generale (*uti cives*)»<sup>990</sup>.

Il confronto con le disposizioni della legge generale sul procedimento, le quali escludono istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni, hanno indotto la dottrina a parlare di una sorta di “schizofrenia” o di “entropia” del modello normativo che da un lato garantisce una finalità di controllo agli strumenti di trasparenza-pubblicità e dall'altro la stessa finalità è espressamente esclusa per il caso della trasparenza-accesso<sup>991</sup>.

Parte della dottrina ha evidenziato la differenza della nozione di trasparenza emergente dalle previsioni della legge sul procedimento, nella quale ha assunto la dignità di principio, rispetto a quella adottata dal decreto n. 33 del 2013. Dalla trasparenza intesa come principio consegue la sua

---

<sup>988</sup> Su questa particolarità dei sistemi basati sui *freedom of information acts* si veda G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 8 – 9, 883.

<sup>989</sup> Per un confronto tra il modello adottato nell'ordinamento italiano e le discipline europee si vedano M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 795 – 805. G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 881 – 891.

<sup>990</sup> G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 884.

<sup>991</sup> Per tali osservazioni si vedano E. CARLONI, *I principi del Codice della trasparenza*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33*, Rimini, Maggioli, 2013, 37; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. Amm.*, 2013, 4, 749.

vincolatività “qualificata”, nel senso che essa funge «da parametro interpretativo applicabile alle disposizioni inerenti al funzionamento della P.A. ove il loro significato sia controverso e da chiave di lettura sistematica per colmare, ove ve ne siano, le lacune del diritto positivo»<sup>992</sup>. Secondo questa prospettiva, la nozione di trasparenza accolta nel decreto appare meno ampia di quella “tradizionale”, imponendo la pubblicità solo entro i limiti dei vincoli positivi.

A prescindere dalle diverse accezioni di trasparenza accolte nel tempo dal legislatore e dai diversi strumenti attuativi adottati, l'emersione del principio di trasparenza nella disciplina dell'attività amministrativa ha avuto ripercussioni sul piano giuridico e organizzativo, incidendo sul complessivo modo di essere dell'amministrazione<sup>993</sup>. È stata evidenziata la valenza assiologica della trasparenza, intesa come espressione di qualità specifiche, identificate nella chiarezza, nella comprensibilità e nella non equivocità dell'azione amministrativa, rispondenti a principi costituzionali che si identificano in valori da riferire all'azione amministrativa, «anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini e di altre strutture pubbliche e private in ordine al rispetto dei principi della imparzialità, del buon andamento e della stessa legalità, intesa in senso sostanziale e cioè come legalità-giustizia e non solo come legalità-legittimità»<sup>994</sup>.

Il senso vero della trasparenza, come osservato in dottrina, non è limitato all'atto, ma si estende alla trasparenza dell'agire, del comportamento complessivo dell'amministrazione al fine di consentire agli interessati di prevedere gli esiti dell'azione, «di vedere la decisione nel suo farsi»<sup>995</sup>. La trasparenza, oltre ad essere stata considerata un “carattere del mercato”, ha costituito «un principio informatore della contemporanea disciplina generale del procedimento amministrativo nonché valore cardine di alcune discipline speciali»<sup>996</sup>, nelle quali si impone all'autorità di vigilanza pubblica un controllo, a sua volta trasparente, del rispetto della trasparenza da parte dei privati operatori economici.

---

<sup>992</sup> A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, cit., 780.

<sup>993</sup> Si veda in tal senso M. DE BENEDETTO, *Comunicazione pubblica*, cit., 6 – 7 e la dottrina ivi citata.

<sup>994</sup> Per tale affermazione si veda R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 3, 419. L'Autore cita altresì alcune ipotesi giurisprudenziali di quel periodo dalle quali sembrava emergere tale accezione della trasparenza.

<sup>995</sup> A. POLICE *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 40. Si veda anche ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, cit., 229.

<sup>996</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 225 – 226.

Nell'ambito del procedimento amministrativo, inteso come la sede dove «sviluppandosi secondo criteri di economicità, efficacia e pubblicità una serie di rapporti intersoggettivi fra le posizioni di più soggetti, pubblici e privati, l'amministrazione procedente contribuisce a definirne per approssimazioni successive il fine pubblico soggettivo»<sup>997</sup>, la pubblicità, intesa come visibilità del processo decisionale, è stata intesa come criterio essenziale, che è poi sviluppato e precisato nei suoi contenuti da molte disposizioni della legge n.241 del 1990.

La dottrina ha messo in luce come «l'esigenza alla base del principio di trasparenza così inteso costituisce un'esigenza tipica di tutti i rapporti giuridici che si instaurano su basi paritarie», costituendo una specificazione del «principio dell'*onus clare loquendi*, il valore dell'affidamento, l'onere della correttezza, dalla fase delle trattative a quella dell'adempimento»<sup>998</sup>, finalizzato a prevenire le controversie e, soprattutto, assicurare la produttività e la speditezza degli scambi. L'assenza di trasparenza è, inoltre, un fattore che agevola comportamenti illeciti e scorretti<sup>999</sup>.

In sostanza, se si ammette l'applicabilità ai pubblici poteri dei doveri di correttezza e buona fede, quali regole di comportamento vincolanti l'amministrazione anche nell'esercizio delle funzioni autoritative, l'esternazione della volontà in via preventiva rispetto all'adozione del provvedimento finale «costituisce l'unica vera garanzia di trasparenza della volontà delle parti, di visibilità immediata delle intenzioni dei soggetti del rapporto, di certezza dei rapporti giuridici»<sup>1000</sup>.

Anche in giurisprudenza sono emerse posizioni hanno ricondotto al principio di correttezza, che si impone all'amministrazione anche nell'attività pubblicistica, obblighi di informazione ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti per legge (ad esempio, nel caso sopra citato in cui il Consiglio di Stato ha sancito l'obbligo in capo all'amministrazione di notificare gli atti ablativi al vero proprietario del fondo da espropriare, una volta conosciuto, anche nel caso in cui esso non corrisponda al proprietario catastale, pur essendo l'obbligo di notifica previsto per legge esclusivamente nei confronti di quest'ultimo)<sup>1001</sup>.

---

<sup>997</sup> G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 1995, 1.

<sup>998</sup> A. POLICE *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 35.

<sup>999</sup> G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 1995, 2.

<sup>1000</sup> A. POLICE *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 80.

<sup>1001</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4541, in *Foro Amm.*, 2001, 1951.

Il principio di trasparenza nei rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati ha così acquisito un ruolo di primaria importanza nell'ambito del generale dovere di correttezza che si impone anche alla condotta dell'Amministrazione pubblica, esprimendo un parametro sul quale commisurare lo svolgimento dell'attività amministrativa, alla stregua della tutela dell'affidamento del privato reso partecipe del procedimento<sup>1002</sup>.

---

<sup>1002</sup> P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, cit., 888.



## Conclusioni

Il tema dell'applicabilità ai pubblici poteri dei principi di diritto comune è stato affrontato prendendo in esame due tipi di principi, entrambi riconducibili a parametri elastici di valutazione con funzione integrativa e correttiva delle norme puntuali di diritto positivo. Da un lato si è osservata la graduale espansione nel diritto amministrativo dei principi generali di buona fede, correttezza e diligenza, elaborati e sviluppati nel diritto comune, che si sono nel tempo imposti all'attività amministrativa, prima solo privatistica, poi anche autoritativa. Dall'altro è parso utile un riferimento, sia pure sintetico, a due principi di diritto comune di più recente diffusione nell'ordinamento italiano: la concorrenza e la trasparenza. Anche tali principi hanno trovato la loro iniziale attuazione nei rapporti tra privati e sono stati successivamente applicati all'attività amministrativa, contrattuale ed autoritativa, pur assumendo caratteristiche in parte divergenti nell'ambito privatistico ed in quello pubblicistico.

Per quanto attiene alla prima categoria di principi, la progressiva espansione di buona fede, correttezza e diligenza, come limiti all'autonomia privata, ne ha dimostrato la naturale forza espansiva e l'applicabilità a rapporti di diversa natura. Il ruolo di tali principi si è rivelato particolarmente incisivo, in primo luogo, nei settori del diritto del lavoro e societario, nei quali essi hanno svolto una funzione che è stata assimilata in dottrina a quella dei principi pubblicistici sulla discrezionalità. Le clausole generali, in tali settori, hanno consentito al giudice ordinario di elaborare un modello di sindacato sulla legittimità dell'uso del potere privato mediante i concetti di interesse legittimo di diritto privato e di eccesso di potere dei soci di maggioranza.

La focalizzazione dell'analisi sui settori del diritto del lavoro e societario è apparsa, tuttavia, riduttiva rispetto all'obiettivo di cogliere il significato e le evoluzioni delle clausole generali come tecniche di controllo sull'autonomia privata, al fine ultimo di poterne comprendere la funzione nell'attività amministrativa. Si è ritenuto, pertanto, utile osservare la tendenza espansiva di tali principi anche al di fuori di tali settori. Lo sviluppo, nel diritto privato, di normative settoriali volte a riequilibrare le asimmetrie tra poteri negoziali (ad esempio, il diritto dei consumatori, la legge sulla subfornitura, o le norme sui contratti finanziari), hanno ampliato notevolmente i doveri di comportamento riconducibili al generale principio di correttezza, in alcuni casi prevedendo per la loro violazione conseguenze sulla validità del regolamento contrattuale. Alla stregua delle logiche introdotte dalle leggi speciali, alcune posizioni si sono spinte ad attribuire ai principi di buona fede e correttezza una valenza di controllo della libertà negoziale e di criterio di valutazione della legittimità e della validità degli atti giuridici ad esso assoggettati, mettendo in discussione il principio civilistico di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento. La recente

giurisprudenza ordinaria ha fatto ricorso alla figura dell'abuso del diritto, inteso come esercizio dello stesso in violazione dei canoni di buona fede e correttezza, per sindacare la proporzionalità del sacrificio imposto alla controparte contrattuale, attribuendo rilevanza al momento funzionale del contratto e introducendo un sindacato di legittimità sulla modalità di esercizio di potestà private. Tale tendenza normativa e giurisprudenziale ha ridotto notevolmente la portata del principio dell'intangibilità dell'autonomia privata e della neutralità delle categorie civilistiche rispetto agli interessi coinvolti nel rapporto, ampliando le forme di eterointegrazione dello statuto negoziale. Di conseguenza, sono sorte preoccupazioni in sede dottrina sui rischi di una "funzionalizzazione" dell'autonomia privata. La dottrina civilistica maggioritaria ha mostrato forti perplessità rispetto all'ipotesi di un utilizzo delle clausole generali ai fini delle invalidità contrattuali e la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha riaffermato la netta distinzione tra le regole di validità, incidenti esclusivamente sul piano dell'efficacia giuridica, e quelle sul comportamento delle parti, rilevanti sul piano della responsabilità e del risarcimento del danno.

L'uso da parte del giudice ordinario di categorie che richiamano quelle usate nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa, in particolare nel diritto societario e del lavoro, ha indotto la dottrina a porsi la questione se, specularmente, siano utilizzabili nel sindacato sul potere pubblico i principi di correttezza, buona fede e diligenza. Sul punto le opinioni si dividono tra chi ha sostenuto un'intrinseca diversità tra il potere pubblico e il potere privato, motivata dall'interesse pubblico che solo l'attività pubblicistica è tenuta a perseguire, e chi, al contrario, ha ritenuto opportuno superare la nozione tradizionale di potere pubblico e ripensare le categorie pubblicistiche in un'ottica relazionale e paritetica.

La duttilità del principio di correttezza, inteso in senso ampio, ne ha consentito una graduale affermazione nei rapporti di diritto amministrativo, fino a permeare l'attività amministrativa nel suo complesso. In un primo momento, la giurisprudenza confinava l'ambito di operatività dei principi civilistici riconducibili alla correttezza all'attività *iure privatorum* dell'amministrazione. I suddetti principi erano intesi in senso del tutto restrittivo, essendo identificati esclusivamente con il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative precedenti alla stipulazione di contratti. Si riteneva, infatti, che la buona fede rilevasse esclusivamente ai fini della responsabilità precontrattuale della P.A., ipotizzabile, al tempo, solo nei rapporti paritari conoscibili dal giudice ordinario. Anche nell'ambito contrattuale, il dovere di buona fede era confinato ai soli casi nei quali si escludeva fossero esercitati poteri pubblici, ossia solo nella procedura di appalto a trattativa privata e nella fase esecutiva successiva alla stipula.

Diversamente, la dottrina aveva da tempo mostrato aperture rispetto alla soggezione dell'attività amministrativa discrezionale al principio di buona fede. Nelle prime elaborazioni, la

buona fede era considerata un corollario dei principi pubblicistici sull'esercizio del potere, in particolare dell'imparzialità e del buon andamento. In seguito, l'approfondimento dottrinario a tutela dell'affidamento e sulla buona fede nel diritto pubblico, ponendo particolare attenzione alle elaborazioni civilistiche e di teoria generale sul principio, l'ha qualificato come principio generale del diritto, con funzione integrativa e autonomo rispetto ai principi costituzionali e normativi che regolano l'attività amministrativa. Con il definitivo spostamento dell'attenzione sulle garanzie procedurali del privato a fronte dell'esercizio del potere pubblico e con l'adozione della legge generale sul procedimento, si è andata consolidando l'idea che i principi di correttezza costituiscono un vincolo per l'amministrazione anche nell'esercizio delle proprie potestà pubblicistiche discrezionali.

Le numerose e variegata opinioni sullo specifico tema del ruolo delle clausole generali di correttezza nell'attività autoritativa dell'amministrazione appaiono influenzate dalle diverse concezioni del ruolo del diritto comune nell'azione pubblica emerse in dottrina alla luce delle recenti riforme ordinamentali. Le tesi più estreme hanno attribuito alle clausole generali la valenza di limite interno alla discrezionalità. È stato, in tal senso, auspicato un utilizzo dei principi civilistici come alternativa rispetto ai principi pubblicistici sui quali è stato elaborato l'eccesso di potere, questi ultimi considerati obsoleti rispetto all'esigenza di un sindacato pieno del rapporto tra amministrazione e cittadino. Altri hanno ritenuto che le norme sul procedimento abbiano codificato ipotesi applicative specifiche dei principi di correttezza, riconducendone l'inosservanza all'illegittimità per violazione di legge. Altri ancora hanno sposato la tesi civilistica che fa discendere dal principio di buona fede obblighi di protezione derivanti dai doveri di solidarietà sociale, ulteriori rispetto a quelli pattuiti e al generale dovere di *neminem laedere* e consistenti nel preservare gli interessi della controparte. La violazione di tali doveri è stata ricondotta alla responsabilità per inadempimento. In contrapposizione a tali tesi è stata attribuita alla buona fede una funzione di canone aperto integrativo, che lascia immutate le specifiche caratteristiche funzionali del procedimento. Infine, il principio di buona fede è stato inserito nel più ampio principio di legalità sostanziale, interpretato come dovere di esplicitare e progressivamente predeterminare la condotta da parte dell'amministrazione, mediante un'anticipata individuazione dei parametri sulla base dei quali effettuare la ponderazione dei diversi interessi, per consentire la prevedibilità delle scelte ed un controllo da parte dei cittadini.

Nelle diverse posizioni dogmatiche sul tema, illustrate più ampiamente nella trattazione, sembra potersi cogliere pienamente l'idea di una trasmigrazione nell'azione amministrativa dei principi di correttezza, buona fede e diligenza, nella loro funzione garantistica elaborata nel diritto comune.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha iniziato ad applicare il generale canone di correttezza all'attività provvedimentale autoritativa, prevalentemente in senso integrativo rispetto ai principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento e ai doveri procedimentali dell'amministrazione previsti per legge. Con il pieno riconoscimento della responsabilità civile dell'amministrazione, e con l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa, la problematica del ruolo dei principi di correttezza nell'attività pubblicistica ha assunto una nuova dimensione. Nell'applicazione delle norme codicistiche sulla responsabilità per danno, la giurisprudenza amministrativa sembra aver interpretato il principio di correttezza quale elemento ulteriore, la cui violazione deve essere dimostrata dal privato ai fini risarcitori, in aggiunta rispetto all'inosservanza dei principi di diritto pubblico. D'altra parte, il giudice amministrativo ha usato il principio di buona fede e il parametro della diligenza a discapito del privato, ad esempio, considerandolo fonte dell'obbligo per il danneggiato di impugnare il provvedimento lesivo al fine di poter ottenere il risarcimento, restringendo, in definitiva, il campo delle ipotesi risarcibili.

Le molteplici e discordanti posizioni dottrinarie sul ruolo della correttezza nel campo della responsabilità civile hanno mostrato le criticità delle tecniche di adattamento da parte del giudice amministrativo delle caratteristiche della responsabilità aquiliana al comportamento amministrativo. In relazione alla tendenza della giurisprudenza di usare i principi di buona fede in senso restrittivo nel campo della responsabilità civile della P.A., la dottrina ha tentato di individuare meccanismi per assicurare una tutela piena ed effettiva al cittadino, tra i quali l'attribuzione di un ruolo autonomo al principio di correttezza nell'ambito del comportamento illecito dell'amministrazione, da valutare distintamente rispetto ai profili pubblicistici di legittimità. L'ampliamento degli strumenti di tutela consentito dall'introduzione dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo sembra, infatti, costituire un'importante fattore di potenziale sviluppo del profilo di correttezza della condotta pubblicistica. Alla luce dell'analisi dell'evoluzione dei principi di buona fede nel diritto comune, sembra potersi ipotizzare un uso maggiormente garantistico dei principi in esame nella responsabilità civile dell'amministrazione, anche senza passare per una sua qualificazione come responsabilità per inadempimento contrattuale, che implicherebbe una complessa ricostruzione degli obblighi di protezione imposti dal principio di buona fede all'amministrazione. L'ipotesi di attribuire una rilevanza autonoma ai principi civilistici nel campo del comportamento illecito, non esclusivamente precontrattuale, nel quale, secondo un'intuizione della dottrina degli anni Sessanta, l'amministrazione si presenta non più come autorità bensì come soggetto di diritto comune, sottoposto alle regole di buona fede e correttezza, appare maggiormente coerente con le finalità garantistiche dei principi elaborati nel diritto comune e con la distinzione tra questi e le discipline inerenti alla fattispecie che incidono sulla validità dell'atto.

Gli altri due principi di diritto comune presi in esame, la concorrenza e la trasparenza, hanno trovato pieno riconoscimento nell'ordinamento italiano in tempi recenti. L'esigenza, imposta dal diritto europeo, di integrazione del mercato concorrenziale ha comportato l'emersione di principi mirati non più esclusivamente ad obiettivi di giustizia sociale, bensì orientati anche ad un incremento di efficienza del mercato e di libertà di circolazione. Tali obiettivi sono stati affiancati alla necessità di tutelare posizioni di debolezza contrattuale e di limitare le possibilità di abusi derivanti dalle disparità tra poteri privati. Lo studio dell'espansione dei principi di concorrenza e di trasparenza ha mostrato come le diverse origini e finalità di tali principi rispetto a quelli classici sopra esaminati si ripercuotono anche sulla loro rilevanza nell'attività amministrativa.

Il principio europeo di concorrenza risponde ad una molteplicità di obiettivi di difficile individuazione, ed ha prodotto un rilevante impatto nell'ordinamento italiano sotto vari profili. In primo luogo, il principio ha influito sulla disciplina privatistica dei contratti. L'applicazione concreta più immediata del principio è, infatti, quella di imporre alle imprese il divieto di porre in essere una serie di condotte, con rilevanti conseguenze sul piano della validità negoziale e della responsabilità civile per gli operatori economici privati. L'applicazione dei divieti *antitrust* nel diritto europeo ha prodotto l'effetto di ridimensionare la libertà d'impresa, riducendo lo spettro di operazioni commerciali lecite. Emblematico è l'esempio della speciale responsabilità di non porre in essere condotte che possano risultare distorsive della concorrenza sul mercato, attribuita alle imprese in posizione dominante. La concorrenza è stata assunta a criterio ordinante della disciplina dei rapporti economici tra privati, tanto da essere considerata da alcuni una clausola generale dotata di un ruolo conformativo sull'autonomia contrattuale. Al principio di concorrenza di derivazione europea sono attribuite finalità ulteriori rispetto all'imposizione di puntuali divieti agli operatori economici.

La concorrenza, intesa in senso dinamico ed inserita nei più ampi obiettivi di libera circolazione e di integrazione del mercato unico, si è affermata come principio generale anche per quanto concerne i poteri amministrativi, non solo attribuendo ad autorità amministrative funzioni di vigilanza sul rispetto delle regole e di promozione attiva della concorrenza, ma anche incidendo direttamente sull'attività di tutte le amministrazioni pubbliche. In tale seconda accezione il principio ha, in primo luogo, conformato la disciplina dei contratti pubblici, nella quale le regole volte a consentire la più ampia partecipazione alle gare sono finalizzate alla massima concorrenza "per" il mercato. In tale ambito il principio svolge la funzione di creare le condizioni affinché l'amministrazione orienti la propria scelta del contraente secondo parametri di efficienza e di massimizzazione dell'utilità, che guiderebbero un privato in un mercato concorrenziale. Per quanto concerne l'attività autoritativa, il primato del diritto europeo sui diritti degli Stati membri ha

imposto a tutti gli organi pubblici la disapplicazione delle norme interne contrarie al principio di concorrenza, sancendone la prevalenza rispetto alle discipline amministrative di regolazione delle attività economiche. Il principio di concorrenza, in sostanza, impedisce all'amministrazione di adottare misure distorsive o che costituiscano barriere all'ingresso per gli operatori economici. Di conseguenza, il principio ha fondato l'adozione di misure di liberalizzazione, amministrativa ed economica, che hanno fortemente ridimensionato il potere di intervento autoritativo e discrezionale sul mercato da parte delle pubbliche autorità.

Appare, dunque, immediatamente percepibile la diversa connotazione che assume il principio in relazione alle attività imprenditoriali private, rispetto a quelle pubblicistiche. Già nel settore dei contratti pubblici il principio di concorrenza è teso a consentire condizioni di parità nella fase di accesso al mercato degli operatori (concorrenza "per" il mercato), più che durante il corso dello svolgimento dell'attività (concorrenza "nel" mercato). Nell'attività autoritativa la concorrenza acquisisce una rilevanza ancora diversa, conformando i pubblici poteri nell'applicazione della legge nazionale e nell'attività di intervento nell'economia. Sembra pertanto che, a differenza dei principi di correttezza, la concorrenza non sia semplicemente trasmigrata dal diritto privato al diritto amministrativo. Pur applicandosi, in quanto principio generale, tanto all'attività privata che a quella pubblica, essa assume finalità divergenti nelle diverse discipline sulle quali incide.

Anche il principio di trasparenza risponde tanto all'esigenza di corretto funzionamento del mercato, quanto all'esigenza di tutela dei soggetti in posizione di debolezza. In un primo momento il campo di applicazione prevalente della trasparenza era il diritto societario, nel quale appare chiara la duplice *ratio* della trasparenza. Gli obblighi di trasparenza nel diritto societario si pongono da un lato in funzione di garanzia per i soci rispetto agli organi sociali e dall'altro di efficienza del mercato azionario. Il principio di trasparenza ha in seguito trovato attuazione in un numero sempre crescente di discipline privatistiche di settore, che impongono obblighi di informazione, in molti casi precontrattuali, la cui violazione può incidere sulla validità degli atti o sulla responsabilità dei soggetti tenuti all'adempimento. L'obiettivo di tali discipline è quello di assicurare la correttezza negli scambi e di rendere conoscibile il processo decisionale del soggetto dotato di maggiori informazioni per colmare le disparità di potere contrattuale derivanti dalle asimmetrie informative. Le finalità garantistiche di questo tipo di obblighi di trasparenza hanno indotto parte della dottrina a interpretarli come ipotesi applicative del generale dovere di buona fede precontrattuale.

La trasparenza ha, parallelamente, assunto connotati sempre più pregnanti anche nell'attività amministrativa autoritativa. Come per la concorrenza, il principio di trasparenza rileva per le amministrazioni, da un lato per la loro funzione di vigilanza sui settori privati, dall'altro come principio dell'azione delle amministrazioni stesse. Il discorso sulla trasparenza

dell'amministrazione ha assunto un rilievo centrale negli ultimi decenni, come dimostrato dal suo accoglimento tra i principi generali dell'attività con la riforma della legge generale sul procedimento amministrativo. Gli istituti del diritto di accesso, della motivazione e della partecipazione rispondono ad un generale principio di trasparenza in funzione di garanzia e di controllo sui pubblici poteri da parte degli amministrati. Con il recente ampliamento degli obblighi di pubblicità e l'introduzione dell'accesso civico sono stati imposti numerosi doveri di informazione in capo all'amministrazione, anche se esclusivamente nei casi tipizzati dalla legge. L'affermazione piena del principio, come corollario del dovere di correttezza dell'azione pubblica, risponde all'esigenza di conoscibilità e di esplicitazione del procedimento di formazione della decisione provvedimentale. In questo senso, il principio sembra rispondere alle finalità di tutela presenti anche nel diritto comune, legandosi al più ampio principio di correttezza che, come si è tentato di dimostrare, si applica a tutta l'attività amministrativa.

Sembra potersi concludere nel senso che l'attività amministrativa è, nel complesso, governata oltre che da principi tipicamente pubblicistici, anche da principi di origine privatistica, non solo per quanto concerne l'attività contrattuale, ma anche per quanto riguarda quella prettamente pubblicistica. Tuttavia, la progressiva affermazione dei principi di diritto comune all'attività amministrativa discrezionale autoritativa, ha seguito percorsi diversi. Nel caso della buona fede, correttezza e diligenza, la riflessione si è concentrata sulla possibilità di accoglimento nel campo dell'attività amministrativa autoritativa dei principi privatistici per le finalità garantistiche che questi assumono nei rapporti tra privati. I suddetti principi, in quanto principi generali dell'ordinamento, sono trasmigrati dal diritto privato al diritto amministrativo. Le limitazioni e le divergenze nei diversi campi di applicazione sembrano essere in gran parte legate alla tradizionale chiusura del diritto amministrativo rispetto all'ingresso di principi diversi da quelli pubblicistici nell'attività autoritativa.

Nel caso della concorrenza e della trasparenza il discorso sembra parzialmente diverso.

Tali principi, a differenza delle clausole di buona fede, correttezza e diligenza, si sono sviluppati in funzione di efficienza e di corretto funzionamento del mercato, oltre che per esigenze di giustizia e solidarietà sociale. La concorrenza ha assunto connotati peculiari con riferimento ai comportamenti dei pubblici poteri, rispetto a quelli degli operatori economici privati. Pur accedendo alle tesi privatistiche che fanno assurgere la concorrenza a clausola generale, il principio cui devono attenersi le imprese private rimane legato agli specifici divieti ad esse imposti dalla disciplina *antitrust*. Le amministrazioni, invece, sono vincolate al principio di concorrenza inteso in un'accezione diversa. Da un lato, nell'ambito dei contratti pubblici, la concorrenza assume un ruolo legato al principio di massima partecipazione alle gare. Dall'altro, l'attività autoritativa delle

amministrazioni è vincolata al principio per il primato che questo assume rispetto alle regolazioni amministrative dell'economia. Tale primato, imposto dal diritto europeo, ha indotto una forte spinta di liberalizzazione delle attività imprenditoriali, riducendo notevolmente i poteri dell'amministrazione di intervento autoritativo e discrezionale nell'economia.

Infine, per quanto concerne la trasparenza, essa è riferita a molteplici istanze conoscitive e persegue diverse finalità nei vari settori ai quali si applica. Nel diritto comune essa assume un valore correttivo delle asimmetrie informative, legato a esigenze di tutela delle posizioni di debolezza contrattuale, in un'ottica di corretto svolgimento delle transazioni sul mercato. Diversamente, nel diritto amministrativo la trasparenza si concreta in numerose garanzie procedurali che ne indicano un più ampio ruolo di controllo sull'attività pubblicistica. Pertanto, si può parlare di un recepimento nell'attività autoritativa del principio di diritto comune, accogliendone un'accezione prettamente garantistica, come corollario del generale principio di lealtà e correttezza nei rapporti.



## Bibliografia

- AA.VV., *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987;
- AA. VV. *Convegno sul tema: I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1992;
- AA. VV. *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965;
- G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 31;
- A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, 305;
- R. ALESSI, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, II ed., Milano, Giuffrè, 1951;
- R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1941, 413;
- R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (trad. di M. LA TORRE), Milano, Giuffrè, 1998;
- U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965;
- U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Tomo II, Rimini, Maggioli, 1987;
- U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 131;
- U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 328;
- G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA; P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2006, 87 – 103;
- G. ALPA, *I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 4-5, 825;
- G. ALPA, *Divagazioni sull'attività negoziale della P.A. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Contratti*, 2006, 2, 175;

- G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO, a cura di, *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, Cedam, 2003, 155 – 172;
- G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, Cacucci, 2003, 1 – 3;
- G. AMATO, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998;
- G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 1998;
- G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 3, 645;
- G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo, le autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Milano, Giuffrè, 1997, 3;
- V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità per inadempimento del medico inserito nella struttura sanitaria pubblica nei confronti del paziente*, in *Contratti*, 2014, 7, 692;
- C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1993;
- G. ANAGNOSTARAS, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of EC Law*, in *European Public Law*, 2001, 7, 281;
- G. ANDREASSI, *L'imposizione dei contributi di urbanizzazione secondo buona fede*, in *Azienditalia, Fin. e Trib.*, 2004, 10, 564;
- C. ANGELICI, *Intervento in V convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, "orizzonti del diritto commerciale" "l'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi" tavola rotonda su "l'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo"*, Roma, 21-22 febbraio 2014 in [http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/32335/carlo\\_angelici\\_-\\_def..pdf](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/32335/carlo_angelici_-_def..pdf)
- C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003;
- G. ANTHONY (a cura di) *Values in global administrative law*, Oxford, Portland, Hart, 2011;
- G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 28 – 45;
- G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, Cedam, II, 1983 – 1984;
- G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, Treccani, 1995, 1 – 13 ;

- M. ARMSTRONG, M. COWAN, J. VICKERS, *Regulatory Reform – Regulation of Economic Activity*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1994;
- T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. Dir. Comm.*, parte 1, 10, 11, 1930;
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, III ed, Milano, Giuffrè, 1960, 3 – 13
- M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, Il Mulino, 2004;
- M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ancora sugli illeciti atipici. Replica alle critiche italiane*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 1, 203 – 222;
- J.B. AUBY, *I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?*, in G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei paesi europei, tra omogenizzazione e diversità culturali*, Padova, Cedam 2005, 636;
- G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 981;
- N. W. AVERITT; R.H. LANDE, *Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law*, in *Antitrust Law Journal*, 1997, 2;
- A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.* XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582;
- R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998;
- R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1999;
- E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale* in *Giur. Comm.*, 2011, 2, 295;
- M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 121;
- M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000, 2, 401 – 501;
- A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 383 – 408;
- A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1966;
- P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, Padova, Cedam, 1956;

- S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 494 – 533;
- A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 79 – 91;
- A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 939;
- A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, 200 – 250;
- N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001;
- F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, 749;
- S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 2, 327;
- A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 2007, 1167;
- G. BATTAGLINI, *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova, Cedam, 1999;
- P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I – II, Torino, Giappichelli, 2010;
- A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011;
- M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1993;
- A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631 – 653;
- G. A. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in L. GAROFALO, a cura di, *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, Cedam, 2003, 189 – 200;
- F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro Pad.*, 1962, 1, 1359;
- A. M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 370 – 392;
- F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 1987;

- F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975;
- F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, 208;
- F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, 118 – 145;
- F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Dir. Pubbl.*, Napoli, Jovene, 1950, 5, 1, 1 – 47;
- G. BERSANI, *Brevi note in tema di violazioni da parte delle banche delle prescrizioni del Tuf nella vendita di obbligazioni. La previsione di nullità ex art. 1418 del codice civile alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Impresa*, 2007, 5, 698;
- M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, Treccani, 1988, 1 – 8;
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), II ed. riveduta e ampliata a cura di G. CRIFÒ, Milano, Giuffrè, 1971;
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), ristampa corretta della seconda edizione a cura di G. CRIFÒ, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002;
- E. BETTI, *Iurisdictio praetoris e potere normativo* (1967), ora in G. CRIFÒ (a cura di), *Diritto Metodo Ermeneutica, Scritti scelti*, Milano, Giuffrè, 1991;
- B. BEUTLER, *State liability for breaches of Community law by national courts: Is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?*, in *Common Market Law Review*, 3, 46, 2009, 773–804;
- M. BIANCA, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2002;
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, ristampa emendata, Milano, Giuffrè, 1993;
- C. M. BIANCA, *Buona fede e diritto privato europeo*, in L. GAROFALO, a cura di, *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, Cedam, 2003, 201 – 205;
- C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 209;
- R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, 771;

- L. BIGLIAZZI GERI, *Sulla responsabilità per alienazione di un bene demaniale*, in *Foro It.*, 1962, 1, 96, e 1165;
- L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967;
- L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 51 – 56;
- L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile* in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, II, Torino, Utet, 1988, 154;
- L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, IX, Torino, Utet, 1993, 554;
- L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994;
- F. BIGNAMI, *Creating European Rights: National Values and Supranational Interests*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, 11, 241 – 355;
- T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010;
- J. BLACK, *Forms and paradoxes of principles-based regulation*, in *Capital Markets Law Journal*, 2008, 3, 4, 425 – 457;
- R. D. BLAIR, D. D. SOKOL, *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, in *Fordham Law Review*, 2013, 81, 2497 – 2541;
- N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, Utet, 1966, 866 – 896;
- N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 1976, 518;
- N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993;
- P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986;
- A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, Cacucci, 2012;
- R. BORK, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York, Simon & Schuster, 1978, 299 – 309;
- B. L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 2, 27;

- U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010, Milano, Giuffrè, 394 – 423;
- M. BREUER, *State Liability for judicial wrongs and Community law: the case of Gerhard Köbler v Austria*, in *European Law Review*, 2004, 29, 243;
- E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, Giuffrè, 1996;
- E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010;
- P. BUCCIROSSI, A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI, (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commercial e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2012, 3 – 48;
- E. BUDA, *Palese violazione dell'obbligo di informazione e di consulenza del notaio o difficile bilanciamento di interessi contrapposti?*, in *Contratti*, 2014, 12, 1098;
- L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, 345 – 387;
- P.A. BUIGUES, *Competition policy versus sector-specific regulation in network industries, the EU experience*, in *UNCTAD's Seventh Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy*, Geneva, 30 October to 2 November 2006, [http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2clp\\_ige7p14\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2clp_ige7p14_en.pdf);
- F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. dopo la sentenza n. 500/99*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 1249
- S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, 2° ed, Padova, Cedam, 1994, 37 – 62;
- F.D. BUSNELLI, «*Illeciti atipici*» e il dibattito su regole e principi in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1035 – 1049;
- M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5 - 6, 2013, 991;
- G. CAIA, *I servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI; G. PERICOU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 2005, 131;
- C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e Dir. Priv.*, 4, 2008, 831;
- F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione*, in *Giur. It.*, 1908, 3, 258;

- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (1911 – 1914), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, Cedam, 1960;
- E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro It.* 1955, 4, 201 – 206;
- E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972;
- E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980;
- E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 4 – 5, 1142;
- M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 159 – 195;
- R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, 566;
- R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3201;
- R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, 566;
- R. CARANTA, *Diritto Uee diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 10, 969;
- B. CARAVITA, *Tutela della concorrenza e Regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 229 – 239.
- L. CARBONE, R. VICARIO, *Applicazione della disciplina civilistica del contratto alle convenzioni di concessione, ex art. 11 della legge n. 241 del 1990*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 3, 280;
- V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 1999, 9, 1061;
- V. CARBONE *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 2, 165;
- P. CARETTI, *Comunicazione e informazione*, in *Enc. Dir. Annali I*, Milano, Giuffrè, 2007;
- F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P. A. tra schemi privatistici e moduli procedimentali*, in *Corriere Giur.*, 1996, 294;



- E. CARLONI, *I principi del Codice della trasparenza*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33*, Rimini, Maggioli, 2013, 37;
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, *Biblioteca del Foro Italiano*, 1951, XX, 87;
- F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, 176;
- M. CARPAGNANO, *Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, Utet, 2012, 846 – 865;
- M. CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, in *The Competition Law Review*, 2006, 3, 1, 47 – 72;
- G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 5, 509;
- F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1962, 709 – 715;
- D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 1995, 1;
- E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese: Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, I, Padova, Cedam, 2003, 371 – 387;
- S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano Giuffrè, 2000, 1 – 88;
- S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, il Mulino, 2013, 25;
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1997;
- S. CASSESE, *Un nuovo corso del diritto amministrativo?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 25 – 29;
- S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano Giuffrè, 2000;
- S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973;
- S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 1988, 32 – 44;
- S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 4, 419

- S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 2-3, 291
- S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2004, 5, 1135
- S. CASSESE, *Governare gli italiani: storia dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 2014
- S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma – Bari, Laterza, 2001
- S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari, Laterza, 2003
- S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009
- S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 2, 389;
- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato Concorrenza e regole*, 2, 2002, 265;
- S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma - Bari, 2007;
- S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giornale Dir. Amm.* 2003, 11, 1129;
- S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996;
- M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, Giuffrè, 1990;
- C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 21 – 30 e in AA.VV., *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987;
- C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2010, 2, 493;
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123;
- C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979,
- C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, Le ragioni del diritto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995, 147
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647;
- C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 3, 679;

- C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 55;
- C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268;
- C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 3, 637;
- C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, Le ragioni del diritto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995, 147;
- C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5, 469;
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e Resp.*, 2004, 12, 1165;
- C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5, 469;
- C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust, nota a sentenza Cass. 2207/2005*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, 2, 446;
- C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2007;
- A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010, 53 – 57;
- B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000;
- B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, 130;
- B. CELANO, *Principi, regole, autorità* in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1060 – 1086;
- L. CERASO, *La recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3448;
- V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006;
- V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni di diritto amministrativo italiano e il “Corso” di Federico Cammeo*, in *Quaderni Fiorentini*, 22, Milano, Giuffrè, 1993, 329 – 367;
- V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007;

- V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 17 – 32
- V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.* 2, 2003, 217 – 277;
- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002;
- V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 2, 472;
- V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. di Dir. Pubbl. comunit.*, 2006, 5, 747;
- W. CESARINI SFORZA, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1913;
- W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 694;
- W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929, Milano, Giuffrè, 1963;
- R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 683;
- D. CHINELLO, *Il dovere di correttezza della P.A. e le sanzioni per il ritardato pagamento dei contributi concessori*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 6, 696;
- M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004;
- F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta»?», in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 4, 933;*
- F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, in *Quaderni della rivista, Il diritto dell'Unione europea*, 2010, 52 – 55;
- F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it), 29 dicembre 2009;
- G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, Cedam, 2001;
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.* 2009, 3, 739 – 778;
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 99 – 122;

- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 405;
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa. Atti dell'incontro di studio. "L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge 241/1990"*, Bologna, Bononia University Press, 2004;
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La funzione amministrativa e il diritto privato* in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa, atti dell'incontro di studio, L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge 241/1990*, Bologna, Bononia University Press, 2004, 35 – 52;
- M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 519;
- M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995;
- M. CLARICH; I. MARRONE, *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, Concorrenza*, in *Enc. Giur. IV*, Roma, Treccani, 1998;
- M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91;
- M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 3, 557;
- M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Tratt. Dir. Amm. europeo, Parte generale, II*, Milano, Giuffrè, 2007, 589;
- M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2005;
- M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. Trim Dir. Pubbl.* 2009, 3, 707;
- G. COGLIANDRO, *Legittimità: variazioni su tema tra sinonimia e polisemia, Comunicazione al LIII Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007), Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *www.GiustAmm.it*, 24 aprile 2008;
- S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata*, Tip. Perugia, Perugia, 1988;
- S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1197 – 1213;
- G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004;
- M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement da Courage al Libro bianco*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 3, 661;

- W. S. COMANOR, *Competition policy in Europe and North America: economic issues and institutions*, New York, Harwood academic, 1990;
- G. CONTE, *Principio di trasparenza e accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, Napoli, De Fredde, 2004;
- R. CONTI, *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 7, 805;
- G. CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1087 – 1093;
- G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, 774;
- G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.* Milano, Giuffrè, 2006, 3496;
- G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 267 – 283;
- F. CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 9, 962,
- F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la "nuova" responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 3, 968;
- P. COSMAI, *Incarico dirigenziale: quale tutela dopo il "decreto brunetta" e la l. n. 122/10*, in *Lavoro nella Giur.*, 2010, 12, 1195;
- G. COTTINO, N. ABRIANI, T. CAVALIERE, M. SARALE, E. NTUK, A. BERTOLOTTI, V. FURFARO, M. SCALIA, *Corporate Governance. La nuova disciplina delle società quotate in mercati regolamentati*, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, artt. 113 – 124, in *Giur. It.*, 1998, 7;
- D. COVUCCI, *L'adunanza Plenaria boccia il risarcimento del danno da ritardo*, in *Danno e Resp.*, 2006, 8 - 9, 903;
- P. CRAIG, *EU administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2012;
- P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 1, 1, 35 – 55;
- P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law. An Analytical Framework*, in *Public Law*, 1997, 3, 467 – 487;
- D. A. CRANE, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, in *Washington and Lee Law Review*, 64, 1, 2006, 49 – 110;
- V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939;

- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952;
- K.J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, London, Kluwer Law International, 2005;
- C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008;
- C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto* in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 647 – 693;
- D. CURTIN, “Citizens” *Fundamental Right of Access to EU Information: An evolving digital passepartout?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 37, 7;
- D. CURTIN, H. HOFMANN, J. MENDES, *Constitutionalising EU Executive Rule-Making Procedures: A Research Agenda*, in *European Law Journal*, 2013, 19, 1, 1–21;
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981;
- M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Tomo II, Rimini, Maggioli, 1987, 433 – 443;
- M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, 300 – 307;
- M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, Treccani, 1988;
- M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino 1992;
- M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, IV Roma, Treccani, 1995;
- M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1, 5;
- M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 4, 1315;
- M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 2, 400;
- M. D'ALBERTI; M. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 705;

- M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2004, 2, 348 – 363;
- M. D'ALBERTI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. VESPERINI (a cura di), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 2005, 95;
- M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario Dir. Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1140;
- M. D'ALBERTI, *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumatori nel decreto legge 223/2006*, in *Giornale Dir. Amm.* 2006, 11, 1173.
- M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 301;
- M. D'ALBERTI, *Competition Law and Regulatory Reform*, in P. PAVLOPOULOS; S. FLOGAITIS (edited by), *Multilevel Governance and Administrative Reform in the 21st Century*, London, Esperia, 2008, 273;
- M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008;
- M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'ALBERTI, (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010;
- M. D'ALBERTI, (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010;
- M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, Giappichelli, 2010, 753 – 761;
- G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, Clua, 1993;
- G. D'ALESSIO, *Il rapporto tra pubblico e privato: la convenzione nella gestione dei servizi*, Milano, Angeli, 1994;
- G. D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Roma, Philos, 1999;
- G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2001, 3-4, 631;
- G. D'ALESSIO, *La legge di riforma della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2002, 2, 213;
- G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2006, 3-4, 549;
- G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2007, 2, 349;



- G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2012, 1, 1;
- G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006, 5, 2, 1021;
- G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 732;
- G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 1, 5;
- G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 7;
- G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977;
- T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle Sezioni Unite*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 3, 345;
- R. DALOISO, *Potere di autotutela e contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 4, 410
- M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino 2000;
- M. DE BENEDETTO, *Comunicazione pubblica*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, Treccani, 2001, 1 – 14;
- M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 588;
- M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008;
- M. DE BENEDETTO, *L'economia sociale di mercato*, in *Sociologia*, 2009, 2, 125 – 130;
- M. DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 12, 2004, 103;
- M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 3, 335;
- G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 1079 – 1117;
- G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, 5, 917;
- L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, 1, 65 – 94;

- L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 4, 2002, 717;
- L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002;
- L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 87 – 178;
- L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo: saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2009;
- L. DE LUCIA, *Per una scienza nuova del diritto amministrativo*, in E. M. MARENGHI (a cura di), *Il ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, 59 – 71;
- L. DE LUCIA, *A proposito di «Verwaltungsrechtlichedogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann. Il diritto amministrativo tedesco e il rinnovamento della dogmatica giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 2 – 9;
- M. DE PALMA, *Risarcimento del danno e giudizio amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 11, 1329;
- D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 40 – 115;
- D. DE PRETIS, *Una dogmatica «riformata» del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 9 – 17;
- A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution* (1856) in *Oevres Complètes*, tome II, Paris, Gallimard, 1952;
- A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. a cura di G. CANDELORO, Milano, Fabbri, 1996;
- G. DELLA CANANEA (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2007;
- G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 497 – 537;
- G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confine statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009;
- G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010;
- A. A. DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel “secondo regionalismo”: le sentenze nn.303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, 2008, 4 – 5, 771;

- F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. Comm.*, 2009, 36, 6, 1057 – 1086;
- F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema “contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici”*, in *Giur. Comm.* 2013, 1, 480;
- F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2006, 3, 563 – 579;
- F. DI LASCIO, *Dall'esercizio privato delle funzioni pubbliche all'esternalizzazione*, Ancona, Consiglio regionale delle Marche, 2004;
- A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 539 – 571;
- A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1176*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1988, 4;
- A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi “non più solo legittimi”*, in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376;
- A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere Giur.*, 1999, 4, 441 – 451;
- A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Il corriere giuridico*, 11, 2000, 1479 – 1488;
- A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2009;
- A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo stato inadempiente*, in *Corriere Giur.*, 2011, 10, 1411;
- F. DI PORTO, *La regolazione “geneticamente modificata”; c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 6, 947;
- F. DI PORTO, *Scambi di informazioni e abusi di posizione dominante: una rilettura degli “abusi informativi” e dei relativi rimedi*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 27 – 60;
- A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan and Co., 1887;
- M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 1 – 28;
- A. A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, 1, 80;
- A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 347;

- D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 83 – 131;
- P. DORIA, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2007, 12;
- L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté. Lecones faites à l'Université Columbia (New York) 1920 – 1921*, in *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, Alcan, 1922;
- G. DUNI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 13 – 49;
- D. DURANTE, *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir. I Agg.*, Milano, Giuffrè, 1997, 364;
- R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977;
- M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003;
- D. C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *The Yale Law Journal* 2006, 1490;
- PH. FABBIO, *Gli obiettivi del diritto antitrust comunitario nel dibattito recente*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini. Tomo II, Concorrenza e mercati*, Milano, Giuffrè, 2015
- E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 183 – 253;
- N. FACCHIN, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela dell'investitore*; in *Giur. Comm.*, 2006, 2, 626;
- G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241
- G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei paesi europei, tra omogenizzazione e diversità culturali*, Padova, Cedam 2005;
- A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 432 – 509;
- A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, 1, 1 – 20;
- A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Atti dei Convegni Lincei, I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1992, 11 – 25;
- P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004;
- T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. Civ.*, 2008, 2775;
- F. FELICE, *L' economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008;

- M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e Resp.*, 2014, 11, 985;
- L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003;
- L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 – 673;
- R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, Cedam, 1998;
- G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto. (Dal c.c. del 1865 al c.c. del 1942)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, 367 – 393
- G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, II ed., Padova, Cedam, 2004;
- G. B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XII ed., a cura di C. ANGELICI G. B. FERRI, Milano, Utet 2007;
- F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996;
- A. FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 4, 461;
- L. FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, Giappichelli, 2010, 819 – 842;
- S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 – 703;
- S. FOIS, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2010;
- E. FOLLIERI *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, Solfanelli, 1984;
- E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2006, 18;
- J. FOREMAN-PECK, R. MILLWARD, *Public and Private Ownership of British Industry 1820 – 1990*, Oxford, Clarendon Press, 1994;
- U. FORTI, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1906;
- B. E. FOX, E. M. FOX, *Corporate acquisitions and mergers*, New York, Bender, 1971;
- E. FOX, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, in *World Competition*, 26, 2, 2003, 149 – 165;

- F. FRACCHIA, “Specialità” dell’amministrazione e del diritto amministrativo nelle riflessioni di V. E. Orlando, S. Romano, O. Ranelletti e F. Cammeo, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministratori e costituzionalisti a confronto*, Padova, Cedam, 1998;
- F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all’affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3212;
- F. FRACCHIA, *L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 2, 445;
- F. FRACCHIA, *Colpa dell’amministrazione e «autoprotezione» da parte del privato-vittima*, in *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005;
- F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *Corriere Merito*, 2005, 4, 467;
- V. FRANCESCHELLI, *Agenzia (contratto di)*, in *Enc. Dir. Agg. III*, Milano, Giuffrè, 1999, 86 – 112;
- C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, II ed., Padova, Cedam, 1993;
- I. FRANCO, *La responsabilità precontrattuale della P.A. nei «lavori in corso» per l’assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 69;
- A. E. FRANSWORTH, *The concept of Good Faith in American Law*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1993;
- R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2005, 4, 753;
- E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2007, 215 – 264;
- A. FRIGNANI, S. BARIATTI, (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, Cedam, 2012;
- A. GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2012, 10, 933;
- D. U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2006, 2, 265 – 285;
- D.U. GALETTA, *Transparency and access to public sector information in Italy: a proper revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014, 2, 212;
- F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 1996, 1;

- F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Tomo I, Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III ed. Padova, Cedam, 2006;
- F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e Impr.*, 2008, 1, 1;
- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, V ed., 2010;
- G. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, XVIII ed., Bologna, Zanichelli, 2013;
- C.E. GALLO, *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2008, 339;
- C. E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 6, 694;
- D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010;
- C. GALLUCCI, *Tutela aquiliana degli interessi legittimi*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, Treccani, 2001, 1 – 19;
- A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni: abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, Giuffrè, 1987;
- F. GAMBINO, *L'obbligazione nel conflitto tra principi generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 1, 51 – 68;
- J. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contract and Discretion*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2003;
- G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 2934 – 2943;
- G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 89, 875 – 891;
- L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, Cedam, 2003;
- L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1;
- G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*, in *Corr. Giur.*, 2006, 669;
- A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. Civ. e Prev.* 2010, 2, 354;

- A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, 2003, 2, 204;
- A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 77;
- A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013;
- D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, 42, 25 – 84;
- G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.* XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 793;
- G. GHIDINI, E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 217 – 229;
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, in *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000;
- M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Estratto da *Studi Sassaesi XVIII Fascicolo II-III*, Sassari, 1940, ora in *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002;
- M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, estratto da *Stato e Diritto*, Anno II, n. 6, 1941, ora in *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002;
- M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 – 996;
- M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 157 – 196;
- M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960;
- M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, estratto da *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, 1963, ora in *Scritti*, V, 1963 – 1969, Milano, Giuffrè, 2004;
- M. S. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 384 – 393;
- M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 1, ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2004, V, 231 – 239;
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970;
- M. S. GIANNINI, *Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, ECIG, Ed. culturali internazionali, 1972, 305 – 316;



- M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, XXVII, 1977, 257;
- M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981;
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1988;
- M. S. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, in *Quaderni Fiorentini, Per Federico Cammeo*, XXII, Milano, Giuffrè, 1993, 11;
- G. GINA, *La responsabilità precontrattuale della P.A. è "da comportamento"*, in *Danno e Resp.*, 2014, 5, 552;
- V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano Giuffrè, 1963;
- G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese* Bologna, Il Mulino, 2008;
- A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 4, 435;
- G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 2008, 344;
- R. GOODE, *The concept of "Good Faith" in English Law*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1992;
- J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5 ed., Oxford, Oxford University Press, 2009;
- M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 5, 1437;
- M. P. GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune'*, in *European Law Review*, 2007, 32, 157;
- G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986;
- G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1999, 1108;
- G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006;

- G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario*, in *Tratt. Dir. Amm. eur.*, Parte generale, II, Milano, Giuffrè, 2007, 827;
- G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, IV ed., I, Bologna, Monduzzi, 2005;
- F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità dell'intermediazione finanziaria*, in *Resp. Civ.*, 2006, 1080,
- F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 547;
- G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 595 – 627;
- P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro It.* 2002, 5, 155;
- J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT, R. STENBACKA, *Report by the EAGCP “An economic approach to Article 82”*, July 2005, in [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf);
- G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Riv. Scienze Pol.*, 1989, 1 – 2, 11 – 58
- G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1983
- R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., XIV, Torino, Utet, 1996, 341 – 355;
- R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 4, 3, 641 – 660;
- R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, Utet, 1994, 84 – 97;
- E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, XX, 1942, ristampa del 1994
- E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556;
- G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'oggetto del giudizio di impugnazione del bilancio*, in *Società*, 2012, 8, 941;
- I. HARDEN, *Citizenship and Information*, in *European Public Law*, 2001, 7, 165;
- I. HARDEN, *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, in *European Public Law*, 2009, 15, 239;
- C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot?*, in *European Law Journal*, 1996, 2, 3;

- C. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *The European Journal of International Law*, 2006, 17, 1;
- C. HARLOW, R. RAWLINGS, *National Administrative Procedures in a European Perspective: Pathways to a Slow Convergence*, in *Italian Journal of Public Law*, 2010, 2, 215
- H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961;
- M. HAURIOU, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, 1933, in *Bibliothèque de Philosophie politique et juridique Université de Caen*, 1986;
- M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Recueil Sirey, Paris, 1911;
- J. HELISKOSI; P. LEINO, *Darkness at the Break of Noon: The Case Law on Regulation No 1049/2001 on Access to Documents*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, 735 – 781;
- D. HELM, T. JENKINSON, *Competition in Regulated Industries*, Oxford, Oxford University Press, 1998;
- H. HOFMANN, G. ROWE, A. TURK, *Administrative Law and Policy of The European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2010;
- C. IACCARINO, *Motivazione degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, Utet, 1964, 958;
- D. IARIA, *La Cassazione e gli interessi legittimi nel rapporto di lavoro pubblico*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2001, 8, 805;
- P. IBÁÑEZ COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 2010, 261;
- M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004;
- B. INZITARI, *Antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e Resp.*, 2005, 5, 495;
- N. IRTI, *L'età della decodificazione*, II ed., Milano, Giuffrè, 1986;
- N. IRTI, *Decodificazione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, V, Torino, Utet, 1989, 142 – 148;
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, Laterza, 2004;
- P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1963;
- P. G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. Comm.*, 2000, 6, 795;
- R. JUSO, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1963;
- H. KELSEN, *General Theory of Law and the State*, (1945) (translated by A. WEDBERG), *The lawbook exchange Union*, New Jersey, 1999;

- B. KINGSBURY, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, in *The European Journal of International Law*, 2009, 20, 1;
- J.B. KIRKWOOD, *The essence of antitrust: protecting consumers and small suppliers from anticompetitive conduct*, in *Fordham Law Review*, 2013, 81, 2425;
- W. KOLASKY, *What is Competition?, A Comparison of US and European Perspectives*, in *Antitrust Bulletin*, 2004, 49, 1 - 2, 29 – 53;
- T. G. KRATTENMAKER; S. C. SALOP, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, in *Yale Law Journal*, 1986, 96, 2, 209–293;
- N. KRISCH; B. KINGSBURY, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in *The European Journal of International Law*, 2006, 17, 1;
- E. LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, Giuffrè 2004;
- E. LA MARCA, *Alla ricerca dell'interesse della società al suo scioglimento tra conflitto di interessi e abuso di potere*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, 5, 590.
- A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- K.H. LADEUR, (a cura di), *The europeanisation of administrative law*, Aldershot, Ashgate, 2002;
- K. H. LADEUR, *The emergence of global administrative law and transnational regulation*, in *Transnational legal theory*, 2012, 3, 243 – 267;
- A. LALLI, *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Dir. Amm.*, 2006, 3, 635;
- S. LANDINI, *Obblighi di documentazione informativa e responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2008, 11, 1073
- A. LAZARI, *Il giudice complesso e la responsabilità dello stato*, in *Danno e Resp.*, 2012, 12, 1225
- F. LEDDA, *Agonia e morte dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, 2713;
- F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Tomo II, Rimini, Maggioli, 1987, 787.
- Y. H. A. LEE, D. J. BROWN, *Competition, Consumer Welfare, and the Social Cost of Monopoly*, in *Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, 2008, 1, 409
- F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 130 – 131
- I. LIANOS, D. GERADIN (ed. by), *Handbook of European competition law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013;

- M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in materia di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 385;
- M. LIBERTINI, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2003, 11, 1129;
- M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2004, 10, 933;
- M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e Resp.*, 2005, 3, 237;
- M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 2, 1429;
- M. LIBERTINI, *L'azione pubblica e i mercati*, in S. MAZZAMUTO, C. CASTRONOVO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007;
- M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, 195;
- M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 1, 1;
- M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. Comm.*, 2014, 4, 672 – 673;
- M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014
- B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, IV, *Diritto privato*, III, *Impresa, società e lavoro*, Milano, Giuffrè, 1998, 307.
- B. LIBONATI, *Antitrust e risarcimento del danno* in *Danno e Resp.*, 2005, 5, 495;
- M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 15/2005: che cosa cambia*, in *Corriere Merito*, 2005, 11, 1203;
- N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, 3, 711;
- A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971;
- L. LORENZONI, *The Role of Competition Law in Network Industries subject to Sector-Specific Regulation*, in *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, XI, Madrid, Editorial Dykinson 2013, 243 – 287.
- L. LORENZONI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione diretta del diritto europeo della concorrenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, 1076;

- M. LOUGHLIN, *The development of public law in the United Kingdom* in *Dir. Pubbl.* 1998, 624;
- F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2009, 978;
- P. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la corte costituzionale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 12, 1005;
- A. MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1968;
- G. MAJONE, *The rise of the regulatory state in Europe*, in *West European Politics* 17, 3, 1994;
- G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996;
- G. MAJONE, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, 1997, 17, 2, 139 – 167;
- M. MALVASI, *L'eccesso di potere nelle delibere assembleari come violazione della buona fede*, in *Società*, 2004, 2, 188;
- F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995;
- L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma – Bari, Laterza, 2001;
- G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, Firenze, Barbèra, 1880 – 1882
- A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979;
- V. MARICONDA, “*Si fa questione d'un diritto civile...*”, in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1381;
- V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 223;
- R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 3, 419;
- C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982;
- C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 127 – 164;
- C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393 – 433;

- A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006;
- A. MASSERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2007;
- A. MASSERA, *Il diritto amministrativo e l'opera di Gian Domenico Romagnosi, a 250 anni dalla sua nascita*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 4, 1029 – 1055;
- G. MASTROPASQUA, *art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 1, 49;
- B. MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2012, 12, 1498;
- A. MASTRORILLI, *Illecito antitrust e tutela civilistica*, in *Danno e Resp.*, 2010, 8 - 9, 815;
- A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e Resp.*, 2010, 4, 347;
- A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1988;
- A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993;
- G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000;
- G.B. MATTARELLA, *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, in *Annuario Aipda*, 2011, *L'atto autoritativo, convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Atti del convegno annuale, Napoli, Ed. Scientifica, 2012;
- G.B. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 1 – 39;
- O. MAYER, *Le droit administratif allemand par Otto Mayer*, 1, Partie Gènèrale, Paris, Giard & BrierePartie générale, 1903, 1, XXIII, 318;
- M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2012, 46;
- M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA; F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 3 – 39;
- V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990;
- L. MAZZAROLLI; G. PERICOU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005;

- A. D. MAZZILLI, *Informazione e trasparenza sui mercati finanziari: struttura della vigilanza*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 767 – 788;
- G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861 – 1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996;
- G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano Giuffrè, 2000, 89 – 158;
- A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1983, 62;
- A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 1036;
- D. MEMMO, *L'attività contrattuale della P.A. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 4 – 5, 1175;
- L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 5 – 19
- L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1072;
- L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, Mucchi, 1996, 1141 – 1159;
- L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1997, 1, 7;
- F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 7;
- F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008;
- F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970;
- F. MERUSI, *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 261;
- F. MERUSI, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro.*, II, Milano, Giuffrè, 1991;
- F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001;
- F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003;
- F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 652;



- F. MERUSI, *Crisi finanziaria, tutela dell'affidamento e concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 155 – 162;
- F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 4, 1222;
- F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2011, 4, 747;
- F. MERUSI, *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012;
- F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1195 – 1197;
- F. MERUSI, *Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 17 – 25;
- D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, Agg. II, 1998, 1;
- L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, 1 – 178;
- G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, Cedam, 1953;
- G. MIELE, *Introduzione al tema*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963)*, Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 3 – 27;
- G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1941, 1, 1, 126, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 329;
- E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1997, 1, 94 – 97;
- E. MINERVINI, *Il "terzo contratto"*, in *Contratti*, 2009, 5, 493;
- E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, 11, 977;
- F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento, (dir. cost.), I*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 1 – 24;
- F. MODUGNO, *I principi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008;
- A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, 4, 567;
- A. MONTEL, *Buona fede*, in *Noviss. Dig. It.*, II, III ed. Torino, Utet, 1957, 602;

- L. MONTESANO, *I giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione (dopo la sentenza delle sezioni unite della cassazione n. 500 del 22 luglio 1999)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 3, 583;
- G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law in The Competition Law Rev.*, 2008, 2, 123-145;
- G. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato, costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, Monduzzi, 2000;
- C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, 3, 2, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, 1080;
- L. V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*, in *Contratti*, 1999, 10, 869;
- L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. It.*, 2000, 1;
- M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005;
- A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), 2010, 6;
- A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)* in *Dig. It., Disc. Priv.*, IV ed., XVI, Torino, Utet, 1997;
- G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001;
- G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003;
- G. NAPOLITANO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giornale Dir. Amm.* 2003, 11, 1129;
- G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. Amm.*, 4, 2003, 801;
- G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005;
- G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, 6.
- G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici* in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2007, 135;
- G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, Giappichelli, 2010, 761 – 775;

G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. Civ.*, 2008, 1175;

U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 18 – 37;

U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza* (1961), in *Diritti fondamentali e categorie generali*, *Scritti di Ugo Natoli*, Milano, Giuffrè, 1993, 669 – 691;

D. NEWBERRY, *Privatisation, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2000;

A. NICODEMO, *È risarcibile il danno da ritardo anche in caso di non spettanza del "bene della vita"?*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 11, 1363;

R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XII, 1964, 908;

R. NICOLÒ, S. RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963), Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, Giuffrè, 1965, 264;

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976;

M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.* 1980, 252;

M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.* 1987, 5, 469;

M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, tomo II, Rimini, Maggioli, 1987, 967;

L. NIVARRA, *La concorrenza: le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, 2, 469;

L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici in Europa e Dir. Priv.*, 2006, 3, 1019 – 1034;

A. NUZZO, *L'abuso della minoranza: potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, Giappichelli, 2003;

A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press 1994;

G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di) *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008, 71;

- G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008;
- G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 4, 509 – 533;
- V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze “storiche”*, in *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, 771
- V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *AIC*, 2013, 1;
- G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, 1, 543;
- V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, 1891 (ristampa a cura di S. LESSONA), Firenze, Barbera, 1952;
- V.E. ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del Diritto. “La norma e il fatto”*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, 617;
- A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 895;
- A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.* 1999, 487 – 504;
- A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005;
- C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008, 26 – 42;
- C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 1 – 52;
- L. F. PACE, *La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE e il Reg. 17/1962*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.
- S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007;
- S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 11, 1040;
- S. PAGLIARINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, 1280 – 1321;

- I. PAGNI, M. NEGRI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza. Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corriere Giur.*, 2005, 3, 333;
- A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nota a Cass. Sez.un. n. 500/1999*, in *Foro It.*, 1999, I, 2487;
- A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro It.*, 2005, 1, 1014;
- A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, in *Foro It.*, 2007, 1, 1097;
- A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85;
- F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106* in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 6, 653;
- N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005;
- D. PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giur. It.*, 2012, 2, 442;
- P.L. PARCU, *On the convercence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 321;
- R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, XII;
- R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2007, 1, 119 – 129;
- R. PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione. Atti del convegno del 23 luglio 2007*, Bologna, Il Mulino, 2008, 199;
- R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 123 – 137;
- C. PASQUINELLI, *Gli orientamenti delle corti dopo la sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 1, 21;

- E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 1, 897;
- G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Annuario Aipda 2004, Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 11 – 23;
- S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., I*, Torino, Utet, 1987, 1 – 8;
- S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 2, 263 – 296.
- F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, intervento al seminario *Il Linguaggio del Diritto Costituzionale*, Bologna, 13 novembre 2009, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2009;
- S. PELTZMAN, *Aaron Director's Influence on Antitrust Policy*, in *Journal of Law and Economics*, 2005, 48, 2, 313 – 330;
- G. PEPE, *Principi Generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, in *Studi e dialoghi giuridici*, Roma, 2012;
- L. R. PERFETTI (a cura di), *La riforma della L. 7 agosto n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008;
- L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1213 – 1223;
- L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 3, 2012, 850 – 875;
- L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, 3, 309;
- E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2003;
- V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1963;
- F. PIGA, A.M. SEGNI, *Società (ispezione giudiziaria), Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. Dir. XLII*, Milano, Giuffrè, 1990, 1130 – 1151;
- G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2009, 131 – 158;
- A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa: giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004;
- A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 59;

- F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 1, 75;
- F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 4, 1019;
- A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, 423;
- A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 70;
- F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*, in *Giur. It.*, 2000, 7;
- G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 81 – 167;
- G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012;
- F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione* in *Contratti*, 2006, 446;
- A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 1996, 2, 229;
- A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997;
- A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. 1. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000;
- A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. 2. Il Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001;
- A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 56 – 61;
- A. POLICE, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 157 – 159;
- A. POLICE, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 447 – 472;

- A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007;
- A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir. Annali I*, Milano, Giuffrè, 2007, 49 – 74;
- A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 135 – 167.
- A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, L. R. PERFETTI (a cura di), *La riforma della L. 7 agosto n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 15 – 25;
- A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 369;
- A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA; F. SAIITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 194 – 225;
- M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2007, 1, 129 – 136;
- P. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali, Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998;
- R. A. POSNER, *The Federal Trade Commission*, in *The University of Chicago Law Review*, 1969, 37, 1, 47 - 89;
- R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 127, 4, 925 – 948;
- R. A. POSNER, *Antitrust Law*, II ed., Chicago, Chicago University Press, 2001;
- U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964;
- R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, in *American Bar Association Journal*, 1919, 44, 12;
- D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1992;
- G. PRIEST, F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2002, 1, 151 – 173;
- T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, Oxford University Press, 1997;
- A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro It.*, 2001, 5, 2;



- M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213;
- M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008;
- A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996;
- S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961;
- S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, XII, 1969, 701 – 702;
- G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000;
- G. M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 2, 199;
- G. M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 4 – 95;
- G. M. RACCA, *Correttezza (Dir. Amm.)*, in *Diz. di Dir. Pubbl.*, II a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 – 1536;
- G. M. RACCA, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 99 – 129;
- E. RAGANELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. nei «lavori in corso» per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 69
- M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 2, 347 – 389;
- O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.* 1894, 4, 7 – 83, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, 39
- O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. It.*, vol I, Torino, Utet, 1937, 1901 – 1100, in collaborazione con A. AMORTH, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, III, 713 – 722
- O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'imperio e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905, I, 703-736, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, III, 39

- O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. It. Sc. Giur.* XXXIX (1905), 337 - 354, ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, I, 251 – 280.
- O. RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1906, II, 249 - 258 ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di) *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, 1992, I, 269– 280;
- N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999;
- N. RANGONE, *Servizi universali*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, Treccani, 1999, 1 – 9.
- N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 5057;
- J. RAWLS, *A theory of justice*, Carendon press, Oxford, 1972;
- J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *The Yale Law Journal*, 1972, 81, 5, 823 – 854
- J. RAZ, *Law and Value in Adjudication*, 1973, ora in *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University press, 2009
- J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, in *The Law Quarterly Review*, 1977, ora in *The authority of law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 210 – 233;
- L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, 370.
- M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 3, 557;
- M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012;
- G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 2, 247 – 311;
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, 1, 252;
- P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, Giuffrè, 1979;
- P. RESCIGNO, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 631;
- P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *Atti dei Convegni Lincei, I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992;
- P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.* 1998, 1 – 8;
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corriere Giur.*, 2008, 6, 745;

- P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. It.*, 2011, 4;
- C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007;
- C. RESTIVO, *Recensione a Manuel Atienza - Juan Ruiz Manero, Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, 2, 571 – 584;
- S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.* XII, Milano, Giuffrè, 1964, 539 – 547;
- S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro Pad.*, 1964, I, 1284;
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964;
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, ristampa integrata 2004;
- S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 709 – 733;
- S. RODOTÀ, *Conclusione: Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, Milano, Giuffrè, III, 1987, 261;
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2007;
- G. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III ed., Prato, Guasti, 1835;
- A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3222 – 3225;
- A. ROMANO, P. ROMBI, *Economia comportamentale e responsabilità medica*, in *Danno e Resp.*, 2014, 10, 885;
- SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1906;
- SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), ora in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 1, 100 – 103;
- SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946;
- S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953;
- S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 677 – 699;
- S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 168;
- A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987;

- A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, 1997, appendice, 683;
- A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir. Agg.* II, Milano, Giuffrè, 1998, 966;
- A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. Amm.*, 2004, 2, 209;
- A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in *Annuario Aipda 2004, Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 209 – 223
- A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *www.GiustAmm.it*, 23 gennaio 2006;
- A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 2, 273;
- F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2010, 663;
- A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. It.*, 2008, 4;
- V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale* in *Danno e Resp.*, 2006, 25;
- V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) - la nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525 – 551;
- V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, III ed., Torino, Giappichelli, 2013;
- G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione, alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 661 – 695;
- G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010;
- G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011;
- G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo, considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 1 – 47;
- L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, in E. MINERVINI; L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè 2007;
- L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2010, 3, 703;

- D. RUBINO, *Le fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939;
- A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 4, 1, 1 – 33;
- R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 661;
- R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, Utet, 2012;
- G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993;
- G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1194;
- G. SALA, F. MERUSI, S. COGNETTI, LUCA R. PERFETTI, A. ANGELETTI in *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1191 – 1230;
- U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 9, 1005;
- F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Giur. It.*, 2010, 4, 809;
- F. SALERNO, *Diritto internazionale: principi e norme*, 3. ed, Padova, Cedam, 2013;
- C. E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Impresa*, 2006, 1140;
- C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.* XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1185 – 1265;
- A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, Giuffrè, 2009, 40 – 43;
- A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940;
- M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 1;
- V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *I Contratti*, 2006, 12, 1133;
- V. SANGIOVANNI, *L'inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*, in *Contratti*, 2008, 3, 229;
- M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1985;

- A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004;
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, (1966), IX ed., rist., Napoli, Jovene, 2002;
- F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969;
- F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1369 – 1379
- F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.* XV, Roma, Treccani, 1989;
- F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova 1997;
- F. SATTA, *Indirizzo politico, autorità di regolazione e autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio della libera concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 247;
- M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 8 - 9, 797;
- F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2010;
- V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, 489
- V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 1, 464
- V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 478.
- D. SCARPA, *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. Comm.*, 2010, 1, 73;
- A. SCARPELLO, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contratto e Impr.*, 2012, 1, 227 – 273;
- K. M. SCHERR *Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches in ERA Forum* 2012, 12, 565–588;
- P. SCHLECHTRIEM, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1997;
- P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.* XII, 1964, 206;

- R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in *The American Journal of International Law*, 1957, 51, 4, 734 – 753;
- C. SCHMITT, *Legitimität und Legalität.*, Berlin, Duncker and Humblot, 1932;
- E. SCHMIDT-ABMANN, *Principes de base d'une réforme du droit administratif (Partie 1)*, in *Droit administratif et justice administrative: permanence et renouveau*, *Revue française de droit administratif* (RFDA) (Revue ), 2008, 427 – 448;
- E. SCHMIDT-ABMANN, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, in J. BARNES (a cura di) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, II ed., Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012;
- J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European administrative law*, in *Riv. It. Dir Pubbl. Com.*, 2004, 3 – 4, 1219;
- J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea*, (trad. di D.U. GALLETTA), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 6, 1279 – 1307;
- H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, in D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds), *European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2008, 119 – 164;
- H. SCHWEITZER, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2009, 2, 384 – 388;
- G. SCIULLO, *Buona fede e inadempimento negli accordi amministrativi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, 2, 195;
- F. G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990;
- F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1, 1995, 1;
- F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 4, 1046;
- F. G. COCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda*, 2004, Milano, Giuffrè, 2005, 3;
- F. G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere Giur.*, 2011, 7, 979;
- F. G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 379;
- F. G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale* in *Dir. Amm.*, 2012, 1 – 2, 31;

- S. S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, 1397;
- E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3226;
- E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore* in *Foro It.*, 2005, 1, 1014;
- E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 1, 120 – 121;
- E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro It.*, 2008, 3, 1, 784;
- E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro It.*, 2009, 1, 440;
- C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e disciplina del mercato*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2000, 349;
- C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, 1, 5 – 14;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, Utet, 1962, 164;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, Utet, 1968, 628;
- V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Società*, 2008, 4, 449;
- E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova 2003;
- P. M. SHANE, *The Rule of Law and the inevitability of discretion*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2013, 36;
- H. SHELANSKI, *Is There Life After Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in Regulated Industries*, Prepared Statement of The Federal Trade Commission Before the United State House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts and Competition Policy Washington, D.C. June 15, 2010;
- G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del supremo collegio sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Giur. It.*, 2006, 1599;
- G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. Pubbl.*, 2003;
- G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012;



- H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, (trad. di S. CIMMINO, sulla seconda ed. americana, 1957), III ed., Bologna, Il Mulino, 1979;
- A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. Amm.*, 2013, 4, 749;
- A. SOMEK, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury*, in *The European Journal of International Law*, 2009, 20, 4, 985–995
- A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Ed. di Arte e Scienza, 1998
- D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 371;
- D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 46 – 103;
- D. SORACE, *Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2010, 1, 1;
- B. SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni Fiorentini, Per Federico Cammeo*, XXII, Milano, Giuffrè, 1993, 205 – 278;
- F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, Padova, Cedam, 2004;
- F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte da E. RINALDI, II ed., Torino, Giappichelli, 2007;
- S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1, 223 – 255;
- G. STRAMPELLI, *L'informazione societaria a quindici anni dal t.u.f.: profili evolutivi e problemi*, in *Riv. Società*, 5, 2014, 991;
- P. L. STRAUSS, *Administrative justice in the United States*, II ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2002;
- J. TALLBERG, *Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability*, in *Journal of European Public Policy*, 2000, 7, 104 – 121;
- D. TALLON, *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, Roma, Centro Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1994;
- P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III Agg., Torino, Utet, 2008, 887 – 888;
- S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 452;

- S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205/2000*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1235;
- F. TENTONI, *La «riforma» della trasparenza amministrativa*, in *Azienditalia*, 2010, 5, 373;
- G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir. Agg.* VI, 2002, Milano, Giuffrè, 2002;
- M THATCHER, *Internationalisation and Economic Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2007;
- A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, Treccani, 1994, 1;
- A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, Treccani, postilla di aggiornamento, Roma, Treccani, 1999, 1 – 7;
- V. TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contratto e Impr.*, 2005, 3, 579;
- R. TOMMASINI, *Invalità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 575;
- L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 9, 832;
- L. TORCHIA, *La responsabilità*, in *Tratt. Dir. Amm.*, Parte generale, II, Milano, Giuffrè, 2000, 1481 – 1482;
- L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 4, 385;
- A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 1, 91 – 123;
- A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro It.*, 1997, 5, 168;
- A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 371 – 388;
- A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e Giudice Amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 1, 7;
- A. TRAVI, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2003, 661;
- A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corriere Giur.*, 2005, 4, 449;
- A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 1, 91 – 110;

- A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1 – 2, 1 – 15;
- G. TREVES, *Gli istituti ed i principi fondamentali del diritto amministrativo italiano. Con cenni diritto comparato*, Bologna, Zanichelli, 1956;
- T. TRIDIMAS, *Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 38, 301;
- T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2006;
- P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, 90;
- F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 36 – 71;
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2001, 632;
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, I, 49 – 86;
- F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, Giappichelli, 2009;
- F. TRIMARCHI BANFI *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1-2, 15;
- S. TROIANO, *Ragionevolezza (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, 763 – 808;
- A. TROISI, *L'informazione nel mercato finanziario: i bilanci delle banche e la comunicazione al pubblico*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 1, 46;
- F. TRUBIANI, *Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 4, 263;
- M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2008;
- S. VALENTINI (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005;
- L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, 1595;
- M. VANNI, *La nullità del bilancio per violazione del principio di chiarezza: l'autonomia del precetto di chiarezza rispetto al principio di verità per la dichiarazione di nullità della delibera di approvazione del bilancio*, in *Fisco*, 2000, 19, 6446;

- V. VELLUZZI, *Le clausole generali, semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010;
- S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Giur. It.*, 1998, I, 570;
- J. VICKERS, *Competition Law and Economics: a mid-Atlantic viewpoint*, *The Burrell Lecture of the Competition Law Association, London, 19 March 2007*, in *European Competition Journal* 2007, 1;
- R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 4, 532.
- R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2007, 271;
- S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008;
- F. VIOLA, *Approccio analitico e approccio ermeneutico alla scienza del diritto*, in S. CASSESE (a cura di) *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, 369 – 398;
- P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968;
- A. VON BOGDANDY, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in *German Law Journal*, 2008, 9, 11, 1916;
- A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, (trad. di A. ZEID), Napoli, Ed. Scientifica, 2011;
- P. C. WARD, *Federal Trade Commission: Law, Practice and Procedure*, in *New York, Law Journal Press*, 1986;
- J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, 2477;
- B. R. WEINGAST; M. J. MORAN, *Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission*, in *Journal of Political Economy*, 1983, 91, 5, 765 – 800;
- R. WHISH, *Competition Law*, VI ed., Oxford, Oxford University Press, 2009;
- A. L. YOUNG *The Rule of Law in the United Kingdom: Formal or Substantive?*, [www.icl-journal.com](http://www.icl-journal.com), 2012, 6, 2, 259 – 280;
- A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del “ contatto sociale ”)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, 77;
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite . Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992;

G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, Giuffrè, 2002, Tomo I, 31, 865 – 897;

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, VI ed., Milano, Giuffrè, 1950;

G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, Cedam, 1950, 185 – 189;

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Vol I, Principi generali*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 1958;

J. ZILLER, *Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law* (Note to the European Parliament's Committee on Legal Affairs – Working Group on EU Administrative Law (October 2010), reperibile al seguente link: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=en&file=33011>);

A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996 :

A. ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005;

C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole strumentali*, Milano, Giuffrè, 1988;

A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma – Bari, Laterza, 2008, 21;

A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 3, 520;

L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2013, 5, 713;

A. ZULIANI, G. AURISICCHIO, M. DE BENEDETTO, A. CANZONETTI, G. GUAGNANO, A. LIVERANI, P. MENICHINO, L. RISPOLI, S. SALVI, *La responsabilità per danno erariale alla prova del contenzioso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2013, 489.