



**Riflessioni su giudizio di buona fede e tutela dell'affidamento:
tra regole di diritto privato e regole di diritto pubblico**

di

Francesco Rinaldi *

SOMMARIO: 1. Premessa: il difficile cammino della regola della buona fede, tra abuso del potere, tutela del soggetto debole e «norme senza fattispecie». – 2. Una significativa non applicazione del principio di buona fede da parte del Giudice Ordinario in materia di recesso ad nutum ed obbligo a contrarre in contratti di conto corrente bancari, anche alla luce della «Nuova PSD2» (Payment Service Directory). – 3. Una significativa applicazione della regola dell'affidamento da parte del Giudice Amministrativo in materia di lottizzazione abusiva e sanzioni amministrative: tra buona fede e diligenza, anche a proposito di Corte Cost. n. 49 del 2015. – 4. Concessioni demaniali marittime e tutela dell'affidamento: una questione di overruling «sostanziale»? – 5. Considerazioni conclusive: errore o buona fede?

1. Premessa: il difficile cammino della regola della buona fede, tra abuso del potere, tutela del soggetto debole e «norme senza fattispecie».

Giudizio di *buona fede*, tutela dell'*affidamento* e *diligenza* del comportamento, sembrano essere chiamati ad un nuovo e sempre più attivo ruolo nell'esperienza giuridica contemporanea, manifestando la tendenza ad espandersi in nuovi ed inesplorati – o soltanto parzialmente esplorati – spazi, sia quali regole di condotta nell'ambito del *diritto privato* che in quello del *diritto pubblico*, sia quali regole di validità degli atti e dei provvedimenti¹. Strumenti di interpretazione e di

* Dottore di ricerca in Diritto Comune Patrimoniale presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II".

¹ Sulla buona fede come valore etico, v. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 495; HUECK, *Der Treuegedanke in modernen Privatrecht*, München, 1947, 9. In materia, restano fondamentali SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Utet, 1949, 17; Id., *Il Contratto*, I e II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 1999, 91 e 413; GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 77; SALV. ROMANO, voce *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 689; GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, 242; RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; BRECCIA, *Diligenza e buona*

protezione degli interessi sempre più significativi, specialmente ove considerati nell'ambito di un fenomeno generalizzato di «tutela del soggetto debole» e di «abuso del potere», in ordine al quale manca un espresso divieto, a differenza che in altri ordinamenti², ed inteso quale limite generale all'esercizio del diritto soggettivo³.

fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milano, 1968, 17; MOSCATI, *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano*, in *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967, 255; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1968, 47; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 163. Con particolare riferimento alla tutela dell'affidamento nel diritto pubblico, cfr., per tutti, le significative riflessioni di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, spec. pp. 41, 60, 79, 120, 137, 199, 231, 245, 264, 273, 274, 279, 287, cui si rinvia anche per ogni opportuno ed ulteriore approfondimento di natura bibliografica; Id., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 7.

² Il riferimento è al progetto di un codice unico italo-fornese del 1927 e al codice civile svizzero del 1907, ZGB, che, all'art. 2, co. 1, prevede: «ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi»; prosegue, il co. 2, «il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge». Il successivo art. 3 prende in considerazione la buona fede in senso soggettivo ed il successivo art. 4 pone l'attenzione sul «giudizio di equità» al quale pure il Giudice è tenuto nel «decidere». Il progetto di codice unico italo-fornese, all'art. 7, prevedeva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto». Si aggiunga anche il riferimento all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato *divieto dell'abuso del diritto*, per il quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

³ Cfr. E. QUADRI, in BOCCHINI e QUADRI, *Diritto Privato*, Torino, 2018, 122. Per una ricostruzione degli orientamenti e delle tendenze giurisprudenziali in materia di correttezza e buona fede, con particolare attenzione al *diritto delle obbligazioni e dei contratti*, v. E. QUADRI, *Problemi di diritto privato*, Napoli, 2002, 155. In particolare, il «potere di disposizione» sembra poter essere configurato in termini di esercizio di un potere giuridico e non una semplice possibilità di fatto, pur non nascondendosi perplessità anche in ordine ad una simile conclusione. Perplessità o disagio ricostruttivo, questi, che derivano dal fatto che – osserva Pugliatti – il potere di disposizione è un tema «delicatissimo; espressione tra le più equivoche». Prosegue l'insigne Maestro: «sicché periodicamente si rinnova attorno ad esso, ed appare ora più ora meno vivo ed intenso, l'interesse degli studiosi, e si rinnovano pure le dispute e le discussioni (...) che (...) se hanno fatto nascere nuove questioni e suscitato nuovi problemi (...) non hanno contribuito a precisare il concetto, né sotto il profilo funzionale né sotto quello strutturale; e forse neppure sono riuscite a vincere lo scetticismo e la sfiducia che fanno dubitare circa la opportunità della sua adozione» (PUGLIATTI, *Saggi di diritto civile, Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, 7, che raccoglie i due saggi *L'atto di disposizione ed il trasferimento dei diritti del 1927* e *Considerazioni sul potere di disposizione del 1940*). In argomento, specificamente ed in maniera particolarmente significativa, F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, 200. L'a., dopo aver rilevato l'incerta configurazione di un simile potere, osserva che «non manca chi, a ragione, tende a ridimensionare la portata di questo problema generalmente riferito alla teoria generale, preferendo, invece, condurre l'indagine

intorno alla impostazione e alla soluzione dei concreti problemi positivi» (il riferimento è a R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 164). L'a. rileva ancora che: «crediamo che la perenne polemica, se il potere di disposizione stia dentro o fuori del diritto soggettivo, sia per molti aspetti frutto di una impostazione troppo angusta del problema che talvolta si è lasciata maggiormente suggestionare dal profilo *formale* del potere di disposizione, come potere di porre in essere l'atto di disposizione, piuttosto che sentirsi attrarre dal suo contenuto *materiale*, come possibilità di realizzazione di un interesse». Assume, dunque, rilevanza «l'interesse perseguito dagli stipulanti». In argomento, in maniera particolarmente efficace, R. TOMMASINI, *Limiti legali e convenzionali al potere di disporre*, in *Limiti convenzionali e legali al potere di disporre* a cura del Comitato Regionale Notarile della Sicilia, Palermo, 1994, 13, il quale osserva che «il riferimento al potere di disposizione è stato determinato dalla esigenza sistematica di fornire una adeguata spiegazione di alcuni istituti in cui il trasferimento del diritto viene attuato da un soggetto diverso dal suo titolare (sono classiche le ipotesi dell'acquisto dall'erede apparente ed *a non domino*) senza una preventiva analisi rivolta ad individuarne i suoi dati specifici. Successivamente è emersa la necessità di tentare una sua rielaborazione sistematica». In argomento, fondamentali le riflessioni di: D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, 550; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, 149; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica – I soggetti*, 1990, Milano, 43. Osserva, inoltre, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, spec. 8 e 47: «il titolare di un diritto soggettivo fu paragonato all'uomo che ha il potere di chiudere un interruttore della corrente elettrica e usufruire, in tal modo, di una forza che è al di fuori di lui. La forza giuridica per attuare il contenuto degli interessi umani c'è solo quando l'interesse è giuridicamente riconosciuto». La tematica del diritto soggettivo ha dimensioni tali da impedire ogni tentativo di approfondimento in questa sede, sia pure solo con riferimento ad inevitabili scelte presupposte ai fini della trattazione. Per ogni approfondimento in materia, anche di carattere storico, sociologico e comparatistico, basti rinviare a: A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, 5, cui si rinvia anche per approfondimenti di natura bibliografica; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 243-264; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1; Id., in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano 1953; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 351; particolarmente significativa, in proposito, la ricostruzione di L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, I, 1 e I, 2, Torino, 1987, spec. 340 e 570: l'interesse assume la funzione di controllo della situazione giuridica soggettiva che pur dar luogo a possibile conflitto, appunto, d'interessi. Fondamentali le riflessioni di: S. PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 305; F. CARRESI, *In tema di difetto e di abuso di rappresentanza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 209; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 589; in chiave critica, L. FRANCARIO, *Il conflitto d'interessi nella rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VI, Torino, 2000, 69 ss.; C. DONISI, *Il contratto con sé stesso*, Napoli, 1982; ancora, più di recente, A. GENTILI, *A proposito de il "diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 367. Particolarmente utili, poi, le riflessioni sulla «reificazione» del diritto soggettivo, ed in chiave critica, di K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, trad. it., Milano 1967, 70, annoverato tra gli esponenti del realismo giuridico scandinavo; in Italia, più di recente, S. CASTIGLIONE, *Realismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 143; sempre in chiave critica alla reificazione del diritto soggettivo, è la posizione di un altro celebre esponente del realismo giuridico, A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino, 1990, spec. 164: «bisogna ribadire che il concetto di diritto soggettivo è senza alcun riferimento semantico. Esso non designa qualche fenomeno che si inserisca tra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è un mezzo che consente di rappresentare (...) il contenuto di un insieme di norme

Muovendo dalla riflessione di un insigne Maestro, la buona fede o correttezza, concetti oramai coincidenti: «quale principio di solidarietà contrattuale si specifica in due fondamentali canoni di condotta. Il primo canone di buona fede, valevole principalmente nella formazione e nella interpretazione del contratto, impone la *lealtà* del comportamento. Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede si specifica anche come obbligo di *salvaguardia*. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*».

La buona fede, dunque, identificata nell'«obbligo di ciascuna parte di *salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio*». «Utilità dell'altra parte», come si accennava, «non specificamente tutelata dal rapporto contrattuale o obbligatorio né dal dovere del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c.», c. d. *utilità mediate*⁴.

giuridiche». Inoltre, sulla storicità del concetto di diritto soggettivo, P. BARCELLONA, *Il problema dei rapporti tra il soggetto e l'ordinamento*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano 1978, 56. Secondo F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, spec. 175 e 225, «dall'essenza del diritto soggettivo per il quale la tutela dell'interesse è rimessa alla volontà del titolare discende la conseguenza della necessità di una manifestazione di tale volontà, perché possa verificarsi un trasferimento del diritto». Ancora: E. ZIMMERMANN, *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum Gestio*, 138, che distingue capacità e potere di disposizione; VON THUR, *op. ult. cit.*; P. ÖRTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, I, Berlin, 1929, 319; ENNECCERUS, in L. ENNECCERUS - U. LUHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1954, Tübingen, § 136, 343, sostiene che «il potere di disposizione non può confondersi con la capacità negoziale, perché non è come questa, una proprietà della persona in sé, ma un rapporto con il diritto, oggetto della disposizione». In tal senso anche, G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1872, 106; Id., *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, § 51; Id., *System des gemeinen Civilrechts*, München, 1832, § 35; REGELSBERGER, *op. ult. cit.*, § 147; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929, 339; CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, 78.

⁴ Così, BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 1987, spec. 473 e 477; in giurisprudenza, v. CASS., 9.2.2004, n. 2422, n. 2422, in *Dir. e Giust.*, 2004, 119, per una concezione invasiva, più dinamica, dell'obbligo di buona fede, secondo cui «la condizione di inevitabilità» del danno da risarcire che il creditore ha concorso a cagionare per non aver usato l'ordinaria diligenza, stante la previsione dell'art. 1227, co. 2, cod. civ., deve essere intesa nel senso che «non si limita a richiedere a quest'ultimo la mera inerzia, di fronte all'altrui comportamento dannoso, o la semplice astensione dall'aggravare, con fatto proprio, il pregiudizio già verificatosi, ma, secondo i principi generali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175, c.c., gli impone altresì una condotta attiva o positiva diretta a limitare le conseguenze dannose di detto comportamento, intendendosi comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza, all'uopo richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici». Nel caso all'esame dei giudici, il creditore, danneggiato dal non corretto

In un simile conteso, la buona fede è da distinguere dalla *diligenza*, indicando quest'ultima, piuttosto «l'impiego normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore; cioè, l'adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l'interesse del creditore», sforzo dal quale il debitore non può esimersi.

Viene, quindi, in rilievo il ruolo svolto dalla diligenza nell'ambito del giudizio di responsabilità ed in riferimento all'elemento della *colpa*⁵, per intenderci: «debitore non diligente/debitore colpevole». Con effetti di qualificazione e «*valore di fattispecie*»⁶ nell'ambito della *relazione responsabile* tra privati e con la pubblica

funzionamento di una lavatrice appena acquistata che gli aveva allagato il negozio, aveva aggravato la situazione non asportando la merce dal locale, lasciandola deperire. Nella medesima prospettiva, tra le altre, CASS., 4.3.2003, n. 3185, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 444; CASS., 16.10.2002, n. 14726, in *Danno e Resp.*, 2003, 174; ed inoltre, CASS., 23.5.2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, 557. Quest'ultima, particolarmente significativa in quanto impone il dovere di comportarsi secondo buona fede anche alla Pubblica Amministrazione che agisce *iure privatorum*, ha affermato che: «in tema di appalti pubblici, il dovere di cooperazione dell'Amministrazione non ha carattere autonomo, ma va inteso quale mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, che costituisce lo scopo perseguito dalle parti, seppur da posizioni contrapposte. Ne consegue che il dovere di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'Amministrazione committente di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'Appaltatore, senza rappresentare per l'Amministrazione stessa un apprezzabile sacrificio». Sempre in materia di rilevanza della buona fede nei confronti della P. A., cfr., CASS., 4.1.1980, n. 1, in *Giur. it.*, I, 1, 426. Inoltre, CASS., 30.12.1997, n. 13131, in *Giur. it.*, 1998, 1644, in materia di applicazione dei doveri di correttezza e buona fede nell'ambito della fideiussione *omnibus*. Ed in materia di responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, cfr. Cons. St., 24.3.1987, n. 207, in *Foro amm.*, 1987, 506; e, con specifico riferimento alla c.d. responsabilità da «*contatto procedimentale*» della p. a., Cons. St., 6.8.2001, n. 4239, in *Danno e resp.*, 2002, 183, con nota di CARBONE.

⁵ Argomentando *ex art.* 1218 del cod. civ.

⁶ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 679, spec. 686, in relazione alla complessa problematica della validità dei contratti di prodotti finanziari sottoscritti solo dal «cliente» e non dall'intermediario (a proposito delle ordinanze della Suprema Corte 10447 e 12390 del 2017), tra «nullità selettive» ed obblighi di buona fede. Osserva l'a.: «legalità del caso o forza del fatto (...): se è la concretezza del rapporto circostanziale dedotto in giudizio a misurare "la fondatezza o l'infondatezza di una pretesa"», sono consequenziali possibili letture normative – quali, con ogni prudenza, possono essere reputate le disposizioni dirette o indirette che si ricollegano alla buona fede ed affidamento, oggetto dei casi proposti nel testo – legittimanti «il giudice a riconoscere "valore di fattispecie" a situazioni che tale valore dovrebbero invece avere soltanto sulla scorta di una previa considerazione legislativa». Riflessione che sembra ben attagliarsi alla regola della buona fede, in quanto, come si approfondirà oltre, «principio non legislativo». Prosegue, in maniera

amministrazione⁷, sulla quale ci si soffermerà di seguito analizzando alcune ipotesi proposte.

Un'indagine, dunque, condotta attraverso la «legalità del caso» e la «forza del fatto».

Passi da gigante sono stati compiuti in materia⁸, se si considera che, non fino a molti anni addietro, come nel caso delle altre c. d. «clausole generali dell'ordinamento», quali l'ordine pubblico ed il buon costume, veniva negata, nell'ambito del *diritto privato*, alla buona fede una autonoma ed effettiva funzione di integrazione del rapporto obbligatorio, ritenendosi che potesse svolgere soltanto un mero ruolo di correzione del «giudizio formale di conformità del comportamento alla legge», anche contrattuale⁹. E nell'ambito del *diritto pubblico* (in particolare, in

significativa, l'a.: «un ragionamento parametrato su astratti modelli di diritto soggettivo trascura, e per questa dottrina è ciò che oggi davvero conta facendo la differenza, l'indiscussa "centralità [acquisita dall'] argomentazione nel processo applicativo del diritto"». Il riferimento è alle autorevoli riflessioni di due illustri Maestri: IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 59; LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 206. In argomento, significative le riflessioni di VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Principi fondamentali*, Atti del Convegno SISDIC, capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, 315; e di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 87.

⁷ In proposito, si ricordi una significativa decisione in materia di dovere di cooperazione in materia di appalti pubblici. Ci si riferisce a CASS., n. 7543 del 2002, per la quale: la «buona fede in esecuzione del contratto è dovere di solidarietà, a prescindere dagli obblighi contrattualmente previsti, in ossequio al principio del *neminem laedere*. La Buona fede è violata, non solo se la parte agisce in danno dell'altra (con il proposito, cioè, di recare pregiudizio), ma è sufficiente che il comportamento tenuto sia oggettivamente contrario a buona fede e correttezza». Il principio di comportamento secondo buona fede, dunque, applicabile anche alla P.A. che agisce *iure privatorum*, ed in particolare nell'ambito dei contratti pubblici, comunemente, contratti *ad evidenza pubblica*, nell'ambito dei quali sono imposti alla Pubblica Amministrazione. specifici doveri di comportamento. Si consideri anche la materia degli interessi legittimi procedimentali e partecipativi, qui denotandosi la *vis expansiva* della buona fede e correttezza. In proposito, si ricordi anche il recente orientamento del Consiglio di Stato in materia di responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, cui si faceva in parte cenno in precedenza.

⁸ Fondamentali in relazione all'evoluzione ed alla portata della buona fede, le riflessioni di RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 7; riprese nel celebre saggio sulla *Buona fede*, pubblicato in *I contratti dei consumatori*, *Materiale*, a cura di G. Alpa, Padova, 2000, 32. L'illustre a., ricordando il noto passo di riferimento della *Relazione al cod. civ.*, indicò l'importanza ed il significato delle «clausole generali», quale la buona fede, «clausole di salvaguardia del sistema e di adattamento del diritto positivo al concreto evolversi dei fatti». Valvole di sicurezza del sistema, dunque, capaci di adeguarlo all'evolversi della società, guardando, altresì, con favore all'intervento del giudice attraverso l'uso di simili clausole.

⁹ Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 27, per una portata riduttiva del principio di buona fede, alla quale è negata «autonomia», nel senso, cioè, che costituirebbe «solo un criterio di valutazione del comportamento esecutivo delle parti e non rientra nel comportamento dovuto», non essendo, dunque, in grado di imporre obblighi. All'illustre a. si

riferimento al *diritto amministrativo*) si affermava la non applicabilità, senza appelli, del principio di buona fede¹⁰.

La piccola riflessione, qui proposta, trae spunto da due differenti applicazioni giurisprudenziali delle regole della buona fede *oggettiva* e *soggettiva*, espressione di altrettanto differenti *sensibilità* verso la *regola*: la prima, del Giudice Ordinario in materia di recesso *ad nutum* da un contratto di conto corrente bancario; la seconda, del Giudice Amministrativo, destinata ad assumere particolare significato, traendo origine dai nuovi sviluppi che la regola di condotta della buona fede sembra manifestare in termini di *affidamento*. Ed in una più ampia prospettiva, di unificazione delle regole del *diritto privato* e del *diritto pubblico* in argomento¹¹, fortemente sentita ed in parte attuata.

deve la concezione c. d. «relazionale» dell'abuso del diritto, nel senso, cioè, che questa fattispecie concerne la valutazione ed il coordinamento di interessi tra di loro in conflitto nell'ambito di un determinato rapporto giuridico. Cfr. Id., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1961, I, 157.

¹⁰ La «bocciatura» del GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, p. 556, il quale riteneva la inutilità, nell'ambito del diritto pubblico, della regola della buona fede. In proposito, cfr. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 2.

¹¹ Non si nasconde la difficoltà ad utilizzare – in particolare, in tempi recenti, ma non solo – la distinzione, anche *terminologica*, tra *diritto privato* o *civile* e *diritto amministrativo* o *pubblico*, che, dunque, non può che ritenersi che «meramente orientativa», citando l'illustre Maestro, PUGLIATTI, *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto e Diritto Amministrativo*, a cura di M. Trimarchi, in *Storie dal Fondo* raccolte da P. Femia, Napoli, 2017, p. 23. L'insigne a. osserva, difatti, che, pur potendo apparire l'enunciazione «diritto civile e diritto amministrativo», «un po' ipocrita», tuttavia, essa ha «una sua giustificazione»; prosegue l'a., «potremmo, invece, seguire un'altra indicazione, cioè prospettare il tema dal punto di vista della struttura verbale in termini del tutto opposti: "Diritto amministrativo e diritto civile", se aderissimo ad una opinione diffusa, supportata anche dall'autorità di qualche grande giurista, secondo la quale il diritto pubblico è preminente nel campo del diritto generale. Ed essendo il diritto amministrativo un ramo del diritto pubblico, dovremmo attribuire la precedenza al diritto amministrativo ed enunciare il tema in questi termini: "Diritto amministrativo e diritto civile"». A sostegno di questa "prevalenza del diritto pubblico sul diritto privato e di conseguenza del diritto amministrativo rispetto al diritto civile", l'a. ricorda Bacone: «*Jus privatum sub tutela iuris publici latet*». In argomento, fondamentali le riflessioni di Irti, di Cerulli Irelli e di Guido Alpa. Il primo, IRTI, in *Prefazione a Amministrazione pubblica e diritto privato* di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2011, p. IX, osserva: «diritto privato e diritto pubblico si contendono territori, avanzano o indietreggiano, occupano nuovi spazi o ne vengono ricacciati»; e, rendendo omaggio alla tradizione romanistica, conclude: «che si dia, al di sopra o al di là di privato e pubblico, un diritto comune, un diritto che è diritto e basta». CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 1 ss., ricordando il pensiero di Ranelletti e Kelsen, pone in evidenza

Si ripropone, dunque, inalterata, la problematica relazione tra buona fede oggettiva e *tutela dell'affidamento*, sia nei confronti dell'esercizio del potere legislativo ed

l'ambiguità di una ripartizione per *interessi*: «un diritto proprio dell'amministrazione»? (l'interrogativo è di chi scrive); «un ritorno al diritto privato»? (p. 4 ss.); «verso un'amministrazione in senso oggettivo» (p. 8 ss.); «pubblico e privato», qui osserva l'a.: «pubblico è ciò che attiene allo Stato, diceva *Ranelletti*, Pubblico è ciò che ha di mira gli interessi della collettività e non dei singoli (...)». Nel «pubblico» la «gestione degli interessi» è eteronoma, cioè, «imposta dall'esterno (la “nozione eteronoma di norma secondaria”, evidenziata da *Kelsen*)» (p. 11). Dopo aver attribuito alla «distinzione pubblico-privato», un «valore meramente euristico, evocativo», l'a. conclude: «sulla base di questi principi (anche se ragionevolmente e correttamente intesi, al di là delle contraddizioni e delle reticenze delle leggi che si sono sovrapposti negli ultimi anni), lo spazio del diritto privato nell'amministrazione pubblica resta uno spazio stretto, sia per i suoi limiti esterni (ciò che può essere privatizzato), sia per i suoi limiti interni (ciò che, una volta “privatizzato”, può svolgersi immune da condizionamenti pubblicistici, dal subire l'ingresso di istituti pubblicistici)». ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, I, *La “grande dicotomia” e la revisione della concezione tradizionale*, in *Seminari Mutinensi, Piccole Conferenze* a cura di A. Vignudelli, Modena, 2017, 7; Id., *Dal diritto pubblico al diritto privato*, II, *Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, in *Seminari Mutinensi, Piccole Conferenze* a cura di A. Vignudelli, Modena, 2017, 7. L'a., nell'ambito della Parte I, ripercorre la «storia» delle due categorie del *diritto pubblico* e del *diritto privato*, muovendo dalla celebre e dibattuta (v. Betti, Fritz Schulz, A. Guarino) formula di Ulpiano: «*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*» (D. 1.1.1.2; Ist. 1.4), in uso «nei manuali istituzionali italiani della fine del secolo scorso» (p. 12). Conduce, inoltre, un'indagine di tipo comparativo, con riferimento alle esperienze continentali («basilare la trattazione di Karl Larenz», p. 17 ss.); al mondo del *common law* (p. 22 ss.); e, naturalmente, all'esperienza italiana (p. 23 ss.), nell'ambito della quale assume particolare importanza il pensiero di Gianturco, di Barassi (che preferisce distinguere «non il diritto pubblico e il diritto privato», bensì «le norme di diritto pubblico e di diritto privato»), di Venzi, De Ruggiero, nel noto manuale *Istituzioni di diritto civile*; di Barbero, Trabucchi e Torrente; sino alla «svolta degli anni sessanta», attraverso le riflessioni di Giorgianni, Nicolò, Pugliatti, Massimo Severo Giannini, Giuseppe Guarino, Giuseppe Ferri, Francesco Santoro Passarelli. L'a. non omette, in maniera particolarmente significativa, di soffermarsi sull'«uso giurisprudenziale delle categorie diritto pubblico/diritto privato» (p. 57), che, in un primo momento, appare del tutto indifferente alla «crisi» delle enunciate categorie. L'interesse della giurisprudenza si manifesta, successivamente, in relazione alle: «categorie di enti», «tipi di attività», «natura degli atti», «capacità giuridica e legittimazione» degli enti pubblici, «contratti pubblici» e «rapporti di lavoro», a titolo esemplificativo. Nella Parte II assumono rilievo i «fattori unificanti» delle due categorie del diritto pubblico e del diritto privato (ad es., la *bioetica*), con particolare attenzione: alla dottrina degli *status* (p. 35 ss.), nell'ambito della quale fondamentale punto di riferimento sono le riflessioni contenute nella *Relazione conclusiva del convegno linceo* di P. RESCIGNO, *I principi generali del diritto*, in *Atti dei convegni lincei*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1992, 331; alla «costituzionalizzazione del diritto privato» (p. 42), cui pare fare da contraltare la «privatizzazione del diritto pubblico» (p. 54), «percorso più impervio ed appena al suo inizio» (p. 54), con particolare attenzione al pensiero di Cerulli Irelli (*Amministrazione Pubblica e diritto privato*, cit.) e di Alfredo Moliterni (*Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016).

amministrativo, sia nei rapporti tra privati, venendo in discussione il fondamento stesso del principio di *certezza del diritto*¹².

2. Una significativa non applicazione del principio di buona fede da parte del Giudice Ordinario in materia di recesso ad nutum ed obbligo a contrarre in contratti di conto corrente bancari, anche alla luce della «Nuova PSD2» (Payment Service Directory).

Nella proposta prospettiva ermeneutica, la prima decisione del Giudice Ordinario si sofferma sul recesso *ad nutum* da un contratto di conto corrente bancario, concluso tra un noto Istituto di credito ed una piccola società per azioni di *money transfer*, soggetto debole del rapporto.

Oggetto di discussione è la legittimità, in assenza di giusta causa, dell'esercizio del potere di recesso *ad nutum* dal contratto di conto corrente da parte dell'Istituto di credito, in considerazione anche della c.d. «Nuova PSD2» (*Payment Service Directory*), direttiva UE 2015/2366, del 25.11.2015¹³, che – secondo la tesi della

¹² Cfr., in particolare, MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 8. Fondamentali, in argomento, le riflessioni di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), pubbl. nella collana *Civiltà del diritto*, Milano, 1968, spec. 38 ss. Il saggio del Lopez diede luogo ad un profondo dibattito in materia di certezza del diritto, sollecitando autorevoli ed opposte reazioni, tra le quali, in particolare: *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* di P. Calamandrei; *La certezza del diritto* di F. Carnelutti; *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* di P. Fedele; *Considerazioni conclusive* di G. Capograssi; *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950* di M. Corsale. Saggi, questi, tutti editi nell'opera della Giuffrè.

¹³ La direttiva, entrata in vigore il 13.1.2016, era da recepita dagli Stati membri dell'Unione Europea entro il termine 13.1.2018, all'epoca del provvedimento che si annota, dunque, non ancora vincolante, ma utile criterio interpretativo di riferimento. In particolare, l'art. 36 dispone che: «gli istituti di pagamento abbiano accesso ai servizi relativi ai conti di pagamento degli enti creditizi in maniera obiettiva, proporzionata e non discriminatoria», imponendo agli Istituti di credito l'obbligo di fornire «all'autorità competente motivazioni debitamente circostanziate per eventuali rifiuti». Al riguardo, poteva essere oggetto di discussione la carenza di efficacia *self-executing* della direttiva, in attesa della sua attuazione nell'ordinamento interno, atteso che, in effetti, una direttiva inattuata sembra poter produrre effetti diretti solo nei rapporti «verticali» tra Stato e cittadini, e non in quelli «orizzontali» (cfr., in argomento, la nota decisione di CORTE GIUST. CE, C-149/78, agevolmente reperibili nel sito della Corte). Con riferimento al caso cui si fa riferimento nel testo, la decisione qui annotata di TRIB. NAPOLI, ordinanza 12.4.2017, esclude la natura *self-executing* della direttiva. Ad ogni modo, l'Italia ha recepito la «NUOVA PSD 2», Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, con il d.lgs. n. 218 del 15/12/2018, entrato in vigore in data 13/01/2018, introducendo nel TUB (d.lgs. 385 del 1993, *Testo Unico in materia bancaria e creditizia*) l'art. 114-octiesdecies, *Apertura e mantenimento di conti di pagamento presso una banca*, per il quale: co. 1, «le banche assicurano agli

società ricorrente –, sembrerebbe imporre agli Istituti di credito un *obbligo a contrarre*, con esclusione, dunque, del potere di *rifiutare* la conclusione del contratto ed ammettendo, pare, il recesso solo in presenza di una *giusta causa*. In tal senso, sembrerebbe deporre il nuovo art. 114-*octiesdecies* del *Testo unico bancario*, che, difatti, in caso di rifiuto, impone l'obbligo di motivazione.

Si ipotizza il configurarsi di *abuso del diritto*, in riferimento all'esercizio del potere di recesso *ad nutum*, anche in termini di *atto di concorrenza sleale atipico*, argomentando dall'art. 2598, n. 3, del cod. civ. e dall'art. 9 della l. n. 192 del 1998 in materia di *abuso di dipendenza economica* nell'ambito del contratto di *subfornitura*, ma con portata generale a tutela del *contraente debole*.

La vicenda interessa, dunque, l'applicabilità della regola della buona fede oggettiva, dipanandosi in tre decisioni rese dal Tribunale di Napoli, che accoglie un primo ricorso *ex art. 700 cod. proc. civ.*, dichiarando l'illegittimità del recesso *ad nutum*, ma soltanto sul rilievo di un non tempestivo esercizio dello stesso¹⁴, con un marginale, ma significativo, cenno al principio di buona fede, nella misura in cui si ritiene che l'indicazione di una giusta causa di recesso «solo *ex post* in sede di contestazione», dovrebbe considerarsi illegittima, «assumendo connotati del tutto impreveduti ed arbitrari, nonché contrari alla buona fede»¹⁵.

La decisione non sembra, quindi, ammettere la possibilità di una *successiva motivazione* del recesso esercitato *ad nutum*. In una simile prospettiva, utile potendo risultare, al di fuori del contesto «privatistico» della decisione, un passaggio dialogico in riferimento alla discussa e complessa ipotesi della c.d. *eteronitegrazione* della motivazione del provvedimento amministrativo, specialmente in sede di

istituti di pagamento l'apertura e il mantenimento di conti di pagamento che consentono a questi ultimi di fornire servizi di pagamento in modo agevole, efficiente e non discriminatorio. Le banche possono negare o revocare l'apertura di conti di pagamento in caso di contrasto con obiettivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza individuati ai sensi dell'articolo 126 o qualora ricorrano altri giustificati motivi ostativi in base alle disposizioni in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo»; co. 2, «le banche notificano immediatamente alla Banca d'Italia il rifiuto dell'apertura di un conto di pagamento o la sua revoca. La notifica contiene tutte le necessarie e adeguate motivazioni relative alla chiusura o revoca del conto di pagamento. La Banca d'Italia individua, con proprio provvedimento, le modalità della notifica».

¹⁴ Per il mancato rispetto del termine di preavviso previsto in quindici giorni.

¹⁵ Ci si riferisce a TRIB. NAPOLI, Sez. II, ordinanza dell'8.2.2017, annotata.

contestazione processuale¹⁶. Naturalmente, non omettendo neppure di considerare il diverso *humus* dal quale muove il provvedimento amministrativo (*perseguimento del pubblico interesse*), non senza, però, aver osservato che, anche in contesti mossi da logiche ispiratrici diverse, l'*opus* giurisprudenziale tende a pervenire a soluzioni non dissimili.

E, dunque, nella direzione di una *giurisdizionalizzazione* generale del diritto.

Il potere di recesso *ad nutum* viene riesercitato dall'Istituto di credito, questa volta tempestivamente, riportando la vicenda all'attenzione dell'autorità

¹⁶ In argomento, fondamentali le riflessioni di SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, I, 1989, 145; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 45; Id, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XXVII, 78; CASSESE, *Il Diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010, 7; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 111; ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 34; Id, voce *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 680; VIRGA, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 507. In giurisprudenza, si ricordi la nota decisione di CORTE COST., sent. n. 310 del 2010, secondo cui: «l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi (...) è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale»; significativa, inoltre, la decisione di T.A.R. CAMPANIA NAPOLI, sent. n. 4751 del 2009, in www.giustizia-amministrativa.it, per il quale: «è inammissibile l'integrazione postuma in giudizio della motivazione di un atto amministrativo realizzata attraverso gli atti difensivi predisposti dai legali della PA, fatti salvi naturalmente gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, con la conseguenza che, in sede di giudizio, l'atto va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno ed in esso esplicitate originariamente» (in senso conforme, v. anche T.A.R. CAMPANIA NAPOLI, sent. n. 16814 del 2010; C. di S., sez. IV, sent. n. 3376 del 2012); e, più di recente, cfr. C. di S., Sez. V, sent. n. 2457 del 25.5.2017: «sebbene si debba convenire che non può considerarsi ammessa la rivalutazione delle offerte da parte della commissione di gara una volta formata la graduatoria finale delle stesse, non può tuttavia negarsi che l'amministrazione appaltante (e per essa la commissione giudicatrice) abbia il potere (autotutela) di verificare la correttezza formale delle proprie operazioni ed in particolare di riscontrare che le offerte già esaminate siano effettivamente conformi alle prescrizioni del bando di gara: ciò in attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento che disciplinano l'azione amministrativa»; prosegue la decisione, «l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi è inteso dalla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo una concezione sostanziale/funzionale, nel senso che esso è da intendersi rispettato quando l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale, in conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione (da ultimo: Cons. Stato, III, 23 novembre 2015, nn. 5311 e 5312; IV, 21 aprile 2015, n. 2011; V, 24 novembre 2016, n. 4959, 23 settembre 2015, n. 4443, 28 luglio 2015, n. 3702, 14 aprile 2015, n. 1875, 24 marzo 2014, n. 1420; VI, 6 dicembre 2016, n. 5150)».

giurisdizionale¹⁷, che respinge la richiesta inhibitoria della facoltà di recesso sulla base della sussistenza – nei contratti di apertura di credito e per effetto dell’art. 1855, co. 3, cod. civ. – di un «diritto di recesso *ad nutum* ogni qual volta il contratto sia a tempo indeterminato». La norma viene considerata «espressione del più generale principio di non perpetuità dei rapporti obbligatori, per cui l’ordinamento ammette vincoli contrattuali senza termine solo ove accompagnati dalla facoltà delle parti di recedere liberamente. Ne deriva che il recesso di cui all’art. 1855 co. 3 è un recesso *ad nutum*, cioè un recesso che non ha bisogno di essere sorretto da una giusta causa, atteso che la volontà di sciogliersi da un vincolo obbligatorio senza termine è già di per sé un motivo sufficiente a giustificare tale scelta». La relazione «tra recesso per giusta causa e recesso *ad nutum*» potrebbe, secondo la decisione, «al più operare al contrario, nel senso che, laddove la giusta causa sia infondata, il recesso deve considerarsi *ad nutum*»¹⁸.

Insussistenti, dunque, vengono giudicati i presupposti dell’*abuso del diritto*, pur nella sua configurazione di «figura di derivazione giurisprudenziale oramai generalmente accettata, definita come ipotesi in cui il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri o facoltà furono attribuiti»¹⁹.

¹⁷ Ci si riferisce a TRIB. NAPOLI, Sez. II, ordinanza del 12.4.2017; confermata, con motivazione parzialmente diversa, in sede di reclamo, con ordinanza del 27.6.2017.

¹⁸ Cfr., CASS., 30.9.2016, n. 19579, in materia di contratto di agenzia, secondo cui: «in tema di rapporto di agenzia, il recesso dell’agente per giusta causa si converte, ove si accerti l’insussistenza di quest’ultima e salvo che non emerga una diversa volontà dell’agente medesimo, in un recesso senza preavviso, che determina la riespansione del diritto della controparte a percepire le previste indennità ed all’eventuale risarcimento del danno».

¹⁹ Così, l’Ordinanza del 12.4.2017 del Tribunale di Napoli. Si cfr., in proposito, la significativa decisione di CASS., 18.9.2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5 ss., con commento di G. D’AMICO, per la quale: «di fronte ad un recesso non qualificato il giudice non può esimersi dal valutare le circostanze allegare dai destinatari dell’atto di recesso, quali impeditive del suo esercizio, o quali fondanti un diritto al risarcimento per il suo abusivo esercizio. L’esercizio del potere contrattuale (di recesso) riconosciuto dall’autonomia privata deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza (alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di

Ciò che differenzierebbe l'*abuso del diritto* dalla *buona fede*, consisterebbe, dunque, in quel «risultato diverso e ulteriore» che, attraverso l'esercizio del diritto soggettivo, si intende, appunto, *abusivamente* realizzare²⁰.

Pur riconoscendo che il dovere di buona fede sia espressione del più «generale principio di solidarietà» (art. 2 Cost.), imponendo reciproci doveri di lealtà, anche «a prescindere dall'esistenza di obblighi specifici contrattuali o (..) di legge»²¹, tuttavia, si configurerebbero, nel caso esaminato, quegli «*apprezzabili sacrifici*» che rendono possibile l'esclusione dell'applicazione del principio di buona fede²². Legittimo è, dunque, considerato l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum*: «laddove questo possa essere giudicato non più conveniente, e il mantenimento del vincolo contrattuale costituisca un vero e proprio sacrificio», ciò travalicando «i limiti della buona fede» e determinando una «illegittima violazione della libertà contrattuale», con il rischio di imporre all'Istituto di credito «*per sempre*» il vincolo contrattuale²³.

Il successivo giudizio di reclamo, nel confermare la legittimità del recesso, in considerazione del principio di *libertà a contrarre* (art. 1855 cod. civ.), tuttavia, non manca di ritenere: «dubbia e meritevole di un approfondimento adeguato che solo

autonomia contrattuale. Il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto. L'irrilevanza, per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude - ma anzi prevede - un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza. In ipotesi di eventuale, provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica».

²⁰ Nell'ambito della fattispecie concreta, all'esame delle citate decisioni, la società di *money transfer*, pur nella complessità degli oneri probatori, si doleva dell'impossibilità di concludere altri contratti di conto corrente, indispensabili per l'esercizio della propria attività d'impresa, quale *Istituto di pagamento* regolarmente costituito ed autorizzato dall'Organo di Vigilanza, Banca d'Italia. L'effetto dannoso del *rifiuto* all'apertura del conto corrente o il *recesso unilaterale ad nutum* da esso sembra, in effetti, potersi configurare quale *impedimento* all'esercizio dell'attività d'impresa, con ovvie conseguenze.

²¹ Cfr., CASS., 29.8.2011, n. 17716, in *Mass. Giur. it.*, 2009.

²² Cfr., CASS., 18.10.2004, n. 20399, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

²³ L'annotata decisione, inoltre, in relazione all'obbligo a contrarre in funzione di tutela della concorrenza (art. 2597 cod. civ.), non ne ritiene sussistente il presupposto del «mercato monopolistico» *rilevante*.

la causa di merito può assicurare, la possibilità di configurare in questo settore, dei rapporti tra enti creditizi e istituti di pagamento, l'esistenza ed attualità di un vero e proprio *obbligo legale di contrarre* a carico della banca e della conseguente inammissibilità di un recesso che non sia sorretto da giusta causa». Si rivolge specifico riferimento alla «Nuova PSD2», ed in particolare, al *considerando n. 39* ed all'art. 36, che sembrerebbero affermare un'ipotesi di *obbligo a contrarre*²⁴.

Il richiamo delle disposizioni comunitarie, in una dimensione più generale, consente di porre la questione della possibilità di una limitazione della libertà di recesso (e, dunque, della *negozialità*), attraverso una *interpretazione adeguatrice* dell'art. 1855 cod. civ. allo *spirito* del T.F.U.E., in applicazione dell'art. 267, al fine di assicurare la conformità al diritto comunitario.

L'obbligo di motivazione imposto, ora, dall'art. 114-*octiesdecies* del *Testo unico bancario*, in caso di rifiuto di apertura del contratto di conto corrente all'Istituto di pagamento, ove letto in combinato disposto con l'art. 2597 del cod. civ., sembra, in effetti, poter deporre nella prospettiva di un principio generale di *obbligo a*

²⁴ Così, l'ordinanza del 27.6.2017, emessa in sede di reclamo dal Tribunale di Napoli, per il quale: «è opportuno che i prestatori di servizi di pagamento, quando prestano uno o più dei servizi di pagamento contemplati dalla presente direttiva, detengano sempre conti di pagamento utilizzati esclusivamente per le operazioni di pagamento. Per consentire ai prestatori di servizi di pagamento di prestare servizi di pagamento, è indispensabile che questi abbiano la possibilità di aprire e detenere conti presso gli enti creditizi. Gli Stati membri dovrebbero garantire che l'accesso a tali conti sia fornito in modo non discriminatorio e proporzionato al legittimo scopo che si intende perseguire. Può trattarsi di un accesso di base, che dovrebbe però essere sufficientemente ampio da consentire all'istituto di pagamento di prestare i propri servizi in modo agevole ed efficiente». L'annotata decisione precisa, in maniera significativa, che il recesso *ad nutum* di cui si discute, inerisce ad un «rapporto di conto corrente, e non da affidamenti bancari, che costituiscono, invece, la tematica elettiva delle liti che insorgono allorquando si discute di recesso operato da una banca (...) rapporto a tempo indeterminato». Precisazione, in effetti, opportuna, scaturendo dalle concrete modalità operative che caratterizzano l'attività d'impresa della società ricorrente, nell'ambito della quale – secondo la ricostruzione fornita dall'annotata ordinanza²⁴ – «per potere svolgere l'attività di esecuzione delle rimesse in denaro all'estero (ciò in cui, in estrema sintesi, consiste il cd. *money transfer*)», gli agenti della società «necessitano di riversare le somme che raccolgono dai clienti su conti necessariamente aperti presso enti creditizi dalla società che – come quella istante – rientra nella categoria degli istituti di pagamento». La conseguenza appare ovvia, in termini di riorganizzazione, la società di *money transfer* che subisce il recesso *ad nutum*, per poter continuare l'esercizio dell'attività d'impresa, ha la necessità di aprire un nuovo conto corrente con altro Istituto primario di credito.

*contrarre*²⁵ in funzione antidiscriminatoria ed in ipotesi di mercato in monopolio o oligopolio, assoggettato – come nel caso degli istituti di pagamento – a condizioni di ingresso: l'apertura del conto corrente, senza il quale la società di *money transfer* non può operare, a meno di costituirsi in istituto di credito.

La libertà di autodeterminazione²⁶ nella scelta del contraente sembra, pur sempre, dover essere assoggettata ad un giudizio di liceità del *rifiuto a contrarre*, quanto meno in relazione alla possibilità di soddisfare altrove quelle utilità e quei beni di cui si ha necessità²⁷. In una direzione, dunque, di tutela del *soggetto debole*²⁸.

In un simile contesto, si potrebbe essere tentati, in una più ampia prospettiva, di dover considerare quale regola generale la *libertà a contrarre* e quale eccezione il suo *rifiuto*, anche in considerazione del fatto che l'ordinamento sembra piuttosto destinato a proteggere *interessi positivi* anziché *negativi*.

3. Una significativa applicazione della regola dell'affidamento da parte del Giudice Amministrativo in materia di lottizzazione abusiva e sanzioni amministrative: tra buona fede e diligenza, anche a proposito di Corte Cost. n. 49 del 2015

²⁵ In argomento, fondamentali le riflessioni di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 55.

²⁶ In proposito, fondamentali le riflessioni di: P. BARCELLONA, *Obbligo a contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, 1970, 32; di R. SACCO, *Contratto imposto*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, Aggiornamento, Torino, 2011, 261; di A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 2.

²⁷ In argomento, significative le riflessioni di A. DI BIASE, *Monopolio di fatto dominio nel mercato ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2017, 15; e di C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, 52.

²⁸ Si ricordi la *Relazione al cod. civ.*, n. 1046: «in stretta connessione con la materia della concorrenza, si è voluto fissare un principio già contenuto in leggi speciali, e cioè l'obbligo da parte di tutte le imprese, che si trovino in condizioni di monopolio legale, di contrattare con chiunque lo richieda, osservando la parità di trattamento (art. 2597)»; prosegue la *Relazione*, «un tal principio s'impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale, per ragioni varie e non tutte contingenti, va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i trasporti ferroviari), nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno»; conclude, quindi, la *Relazione*, «la formula legislativa è perspicua e duttile. Essa non esclude una molteplicità di tariffe in relazione a diversità oggettiva di condizioni, ma afferma la parità di tutti gli utenti nell'applicazione di esse quando ne ricorra il caso».

Il caso esaminato dal Giudice Amministrativo risulta anch'esso di interesse, traendo origine dai nuovi sviluppi che la regola della *tutela del legittimo affidamento* sembra manifestare nell'ambito del *diritto pubblico*.

Fin dal primo grado di giudizio l'esito della complessa vicenda si rivela incerto.

Numerosi proprietari di diverse villette unifamiliari «a schiera», situate in territorio comunale, sono, loro malgrado, destinatari di gravi provvedimenti di repressione di fenomeni di *lottizzazione abusiva*²⁹. Loro malgrado, in quanto la presunta attività, materiale ed amministrativa che avrebbe dato luogo ad ipotesi di lottizzazione abusiva, è imputabile esclusivamente alla società concessionaria e costruttrice del complesso immobiliare, titolare del permesso di costruire. I singoli proprietari, non consapevoli, della sottostante situazione urbanistico edilizia, non emergente all'epoca dell'acquisto, si erano, difatti, limitati, in *buona fede*³⁰, ad acquistare le singole unità immobiliari.

Essi, pertanto, ricorrono al competente Tribunale Amministrativo Regionale che, tuttavia, ritenendo la sussistenza della lottizzazione abusiva – «formale o cartolare o negoziale» e «materiale» –, respinge i ricorsi, confermando le sanzioni a carico dei proprietari, anche se acquirenti in buona fede degli immobili, estranei alle opere e agli atti mediante i quali la lottizzazione è stata realizzata³¹.

²⁹ Secondo le previsioni di cui all'art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001 smi, *Testo Unico dell'edilizia*, e con conseguenti ordini di demolizione ed acquisizione al patrimonio indisponibile.

³⁰ Anche in ordine alla validità dei titoli edilizi ostentati dalla società di costruzioni.

³¹ Le sentenze intervenute nell'ambito della vicenda sono numerose, avendo diversi proprietari impugnato i relativi provvedimenti repressivi. Nel testo, ci si riferisce, in particolare, alla sentenza, di eguale contenuto delle altre, del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, sez. II, n. 5560 dell'2.12.2015, secondo cui: «la particella è stata cartolarmente suddivisa in subalterni, fisicamente frazionata, anche con opere edilizie abusive, ed alienata in parte, in modo da trasformare la prevista struttura turistico-ricettiva in unità immobiliari con categoria catastale A/7 (abitazione in villini) e C/6 (rimesse e autorimesse)»; invero, «in linea con la giurisprudenza di questa Sezione in materia di lottizzazione abusiva (cfr. sentenza n. 4762 del 24 ottobre 2013 e numerose altre), va osservato che l'art. 30 del d.P.R. 380/2001, su cui si fonda la predetta ordinanza, distingue due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva a scopo edificatorio. La prima, cd. lottizzazione materiale (o reale), ricorre quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione»; la seconda, lottizzazione cd. formale, negoziale ovvero cartolare, si delinea «quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua

Con riferimento al principio di buona fede, invocato dagli acquirenti, l'annotata decisione, richiamando un indirizzo giurisprudenziale in materia di lottizzazione abusiva³², afferma la non necessità della sussistenza dello «stato soggettivo di buona o mala fede dei lottizzanti», fondandosi la lottizzazione abusiva sul «dato oggettivo dell'intervenuta illegittima trasformazione urbanistica del territorio, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti in buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante».

Argomentando dal «carattere contravvenzionale del reato di lottizzazione abusiva», gli acquirenti dei singoli lotti risultanti dal frazionamento non potrebbero, dunque, «invocare sic et simpliciter una propria asserita buona fede, non potendo essi, solo per tale loro qualità, qualificarsi terzi estranei all'illecito, dovendo, invece, dimostrare di aver adoperato la necessaria diligenza

destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio». Ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 380/2001, la «lottizzazione abusiva materiale» ricorre, quindi, «nel caso di realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica e edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente da leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione, mentre la lottizzazione abusiva formale o cartolare si verifica quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne siano già realizzati i presupposti con il frazionamento e la vendita (o altri atti equipollenti) del terreno in lotti che, per le specifiche caratteristiche, quali la dimensione dei lotti stessi, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l'ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, e per gli altri elementi riferiti agli acquirenti, evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio, creando così una variazione in senso accrescitivo tanto del numero dei lotti quanto di quello dei soggetti titolari dei diritti sugli stessi, col risultato di stravolgere l'assetto del territorio preesistente e di realizzare un nuovo insediamento abitativo, determinando un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione del territorio (che viene posta di fronte al fatto compiuto) e un nuovo e non previsto carico urbanistico». Conclude, quindi, la decisione, «alla stregua di questi principi, il sopravvenuto accertamento della vendita come villini per civile abitazione, in contrasto con le previsioni di piano regolatore, delle unità originariamente assentite come residence nel rispetto della destinazione d'area a zona G3 turistico-alberghiera, non può non assumere autonomo rilievo per la configurazione nella specie di una lottizzatoria abusiva»; senza omettere di rilevare che, in relazione al reato di lottizzazione abusiva la giurisprudenza di legittimità, qualificandolo come reato di pericolo, ha chiarito che: «la sua lesività non può ritenersi confinata nella sola trasformazione effettiva del territorio ma deve, al contrario, essere riferita alla potenzialità di tale trasformazione intesa come il pericolo di una urbanizzazione non prevista o diversa da quella programmata» (così Cass. Pen., Sez. III, 12 settembre 2013 n. 37383)».

³² Cfr. TAR Toscana, Sez. III, 17.9.2013 n. 1278; TAR Campania Napoli, Sez. II, 9.9.2011 n. 4357 e 15.3.2010 n. 1452; TAR Lombardia Milano, Sez. II, 27.4.2011 n. 1067, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nell'adempimento dei doveri di informazione e conoscenza senza, tuttavia, rendersi conto, in buona fede, di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione»³³; dal punto di vista «amministrativo», sembrerebbe «irrilevante l'asserita buona fede degli acquirenti, i quali in ipotesi facciano risalire la responsabilità della lottizzazione abusiva esclusivamente ai loro danti causa, trattandosi di una situazione in cui rileva, dal punto di vista urbanistico, la sussistenza di un abuso oggettivo, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti di buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante»³⁴.

Alcun valore sembra essere conferito neppure a quell'indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁵, che ha affermato, invece, il contrasto

³³ Il riferimento è a CASS. pen., 13.2.2014, n. 2646; Id., 3.12.2013, n. 51710; Id., 27.4.2011, n. 21853.

³⁴ Il riferimento è a C. di S., Sez. IV, 3.4.2014 n. 1589, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁵ Note sono: la sentenza «Sud Fondi» del 20.1.2009; e la sentenza «Varvara» del 21.10.2013. In contrario, secondo l'annotata decisione del TAR Campania Napoli, n. 5560 del 2015, difatti: «la dimensione funzionale in cui si colloca il provvedimento previsto dall'art. 30 del d.P.R. n. 380/2001 non è quella tipicamente affittivo-retributiva della sanzione penale contemplata dall'art. 44, comma 2, dello stesso d.P.R.: la prima misura assolve, infatti, ad una funzione prettamente ripristinatoria dell'ordine giuridico violato e si pone a presidio dell'indefettibile esigenza di assicurare un ordinato sviluppo del territorio, attraverso la salvaguardia del potere di pianificazione urbanistica dell'ente a ciò preposto. Nella suddetta prospettiva, una volta integratasi la fattispecie illecita, il potere sanzionatorio dell'ente non può essere condizionato da successive vicende di trasferimento del bene, maturate per atti *inter vivos* o *iure successionis*, che potrebbero, altrimenti, comportare – ove invece ritenute idonee ad elidere la potestà sanzionatoria amministrativa – l'integrale vanificazione della tutela». Secondo l'annotata decisione, in questa prospettiva si collocherebbe l'orientamento della Corte Costituzionale che, dopo aver fornito le «coordinate per collocare le ricordate sentenze del 2009 e del 2013 nel flusso continuo della giurisprudenza della Corte EDU e per ricavarne un senso compatibile sia con quest'ultima sia con la nostra Carta fondamentale», ha avuto modo di chiarire, con la nota sentenza n. 49 del 26.3.2015, che: «le garanzie che l'art. 7 della CEDU offre rispetto alla confisca urbanistica sono certamente imposte, nell'ottica della Corte di Strasburgo, dall'eccedenza che tale misura può produrre rispetto al ripristino della legalità violata (sentenza 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri contro Italia), a propria volta frutto delle modalità con cui l'istituto è configurato nel nostro ordinamento»; prosegue la decisione, «esse però non pongono in ombra che la potestà sanzionatoria amministrativa, alla quale tale misura è affidata prima dell'eventuale intervento del giudice penale, ben si lega con l'interesse pubblico alla "programmazione edificatoria del territorio" (sentenza n. 148 del 1994), alla cui cura è preposta la pubblica amministrazione. Un interesse, vale la pena di aggiungere, che non è affatto estraneo agli orizzonti della CEDU (sentenza 8 novembre 2005, Saliba contro Malta)». Conclude, quindi, l'annotata decisione del Giudice Amministrativo: «legittima è la confisca urbanistica irrogata dall'autorità amministrativa a prescindere dall'elemento psicologico della buona fede: invero, tale misura interviene a tutela d'interessi che non sfuggono alla stessa CEDU ed è intrinsecamente evidente che non si giustificerebbe in alcun modo postulare per essa, sul

con l'art. 7 della CEDU (che proibisce ogni pena senza preventiva legge) e con l'art. 1 del suo primo Protocollo (che tutela la proprietà privata), traducendosi in una sanzione «arbitraria»³⁶, la misura della confisca penale, ove applicata ad imputati assolti per mancanza dell'elemento psicologico del reato.

Secondo l'annotata decisione del Giudice amministrativo vi sarebbe differenza tra: la confisca penale, nell'ambito della quale «il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca»³⁷; e la c.d. «confisca urbanistica in via amministrativa».

In quest'ultimo caso, gravando «sul potenziale acquirente l'onere di verificare, al momento dell'acquisto ed usando la normale diligenza, la regolarità urbanistica ed edilizia dell'immobile oggetto dell'atto di alienazione»³⁸. Neppure l'intervento del notaio potendo garantire, secondo la decisione, «una sorta di "ripulitura giuridica" della originaria illegalità dell'immobile abusivo», in quanto l'onere di diligenza che

piano ermeneutico, condizioni applicative parificabili a quelle rinvenibili per la comminatoria della corrispondente, ma al contempo diversa, sanzione penale di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001».

³⁶ In argomento, si cfr. la significativa decisione della Suprema Corte in materia di danni punitivi, CASS., sez. un., 5.7.2017, n. 16601, in *www.dirittifondamentali.it*. Secondo la Corte – che muove da una complessa ipotesi di *delibazione* di una decisione di una Corte americana –, la risarcibilità dei *danni punitivi* è compatibile con il nostro ordine sistemico della responsabilità civile e del danno alla persona, in rottura con il passato (la clausola generale dell'*ordine pubblico*, secondo un contrario orientamento, avrebbe impedito detta compatibilità; v. CASS., n. 1183 del 2007). Nel senso dell'ammissibilità, già la nota decisione di Cass., sez. un., n. 9100 del 2015), rispondendo, specialmente, a ragioni di *effettività* della funzione della tutela risarcitoria (si ricordino, in tal senso, anche le decisioni di Corte Cost., n. 303 del 2011 e n. 238 del 2014).

³⁷ Così CORTE COST., sent. n. 49 del 2015, cit.

³⁸ Prosegue, l'annotata decisione del Tar Campania n. 5560 del 2015: «deve (...) ritenersi un dovere, per chi intende acquistare un immobile, accertare la regolarità urbanistica ed edilizia dello stesso (e in tale attività l'acquirente ha il diritto di chiedere aiuto ai soggetti che hanno maggiore competenza tecnica in materia e che lo assistono nell'acquisto, come i notai e le agenzie immobiliari che hanno a loro volta il dovere di portare a conoscenza degli interessati gli eventuali elementi ostativi alla conclusione dell'acquisto (o che ne sconsigliano la conclusione)); orientamento, questo, che è volto a censurare specificamente il fatto che non sia stata spesa «alcuna particolare cautela (...) per verificare la concreta compatibilità dell'opera e della sua destinazione residenziale con l'assetto urbanistico dell'area (...), pur immediatamente ricostruibile sulla base di un semplice certificato di destinazione urbanistica», osservando al riguardo che: «se poi si ritiene, in simili frangenti, di poter procedere egualmente all'acquisto si rischia, (...), di incorrere nelle sanzioni che l'ordinamento prevede per le attività abusive e di queste l'acquirente non può lamentarsi (così sentenza n. 26 del 7 gennaio 2011)».

incombe sull'acquirente del bene non potrebbe dirsi assolto per il solo fatto che l'acquisto sia avvenuto con l'assistenza di un notaio³⁹.

Il Consiglio di Stato, dinanzi al quale gli acquirenti ricorrevano avverso la decisione, ribalta l'esito del giudizio⁴⁰, affermando la *diligenza*, quale «declinazione della nozione di *colpa*» – non la *buona fede soggettiva*⁴¹ –, del terzo acquirente degli immobili abusivamente lottizzati⁴²; ed escludendo, di conseguenza, che, in simili

³⁹ «La ragione di ciò», secondo la decisione, «è efficacemente chiarita dalla consolidata giurisprudenza penale, qui condivisa, che ugualmente afferma il principio per cui i soggetti che acquistano devono essere cauti e diligenti nell'acquisire conoscenza delle previsioni urbanistiche e della pianificazione di zona, avvertendo che il compratore che omette di acquisire ogni prudente informazione circa la legittimità dell'acquisto si pone colposamente in una situazione di inconsapevolezza che fornisce, comunque, un determinante contributo causale all'attività illecita del venditore (cfr. Cass. Pen., Sez. III, 8 aprile 2013 n. 15981 e 2 ottobre 2008, n. 37472). In questo senso, non è sufficiente il mero affidamento nelle informazioni fornite dal notaio rogante o dal venditore, dovendosi rispondere compiutamente alla presunzione legale di conoscenza delle prescrizioni del piano regolatore generale (facilmente verificabili, come già detto, con un certificato di destinazione urbanistica)». La giurisprudenza, per queste ragioni, ha ritenuto che vada «enunciato con chiarezza (...) il principio secondo il quale, nell'illecita lottizzazione non può ritenersi assiomaticamente sussistente la buona fede dell'acquirente per il solo fatto che quegli si sia rivolto ad un notaio quale pubblico ufficiale rogante. Le parti stipulanti infatti – proprio al fine specifico di non fare emergere elementi indiziari di uno scopo lottizzatorio dell'attività negoziale – potrebbero rendere dichiarazioni non veritiere, surrettiziamente incomplete o nebulose, oppure produrre documentazione parziale e non corrispondente alla realtà. Lo stesso notaio, infine, potrebbe concorrere alla lottizzazione abusiva, sia contribuendo con la propria condotta alla realizzazione dell'evento illecito (facendo proprio il fine degli autori del reato, magari anche con attiva induzione propiziatoria) sia per violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile» (art. 1176, co. 2, cod. civ.).

⁴⁰ Ci si riferisce a C. di S., sez. VI, 20.9.2017, n. 4400, Pres. De Francisco, Est. Lopilato.

⁴¹ Citando dall'annotata decisione: «in via preliminare, deve chiarirsi che, per quanto si faccia normalmente riferimento al "terzo acquirente di buona fede", la regola di condotta che viene in rilievo non è quella della buona fede soggettiva in senso stretto ma quella della diligenza, quale declinazione della nozione di colpa. Si tratta, infatti, di nozioni che possono, in alcuni casi, sovrapporsi ma in altre rimangono distinte in ragione del fatto che l'esistenza di una situazione di buona fede non esclude di per sé la colpa. Vale richiamare, infatti, il principio generale, ex art. 1147, cod. civ., per cui "la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave"».

⁴² La decisione ritiene che, «nell'ambito della lottizzazione reale, che per verificare se il divieto è stato violato si deve avere riguardo non solo e non tanto alle singole opere realizzate, le quali isolatamente considerate ben potrebbero essere assistite ciascuna dal necessario titolo edilizio, ma "alla complessiva trasformazione edilizia che di quelle opere costituisce il frutto". In questa prospettiva, può costituire lottizzazione abusiva reale anche il cambio di destinazione d'uso di un complesso immobiliare formato da singoli elementi legittimamente edificati, se in tal modo si è imposto al territorio un carico urbanistico diverso da quello in origine previsto, e tale quindi da richiedere un adeguamento degli standard». Si giunge a questa conclusione dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento ed i relativi orientamenti giurisprudenziali: «sul piano strettamente edilizio, l'art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) disciplina la

“lottizzazione abusiva”, distinguendo due modalità alternative con le quale essa può esse attuata. La prima modalità è la cd. lottizzazione reale o materiale, che si verifica “quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione” (comma 1, primo inciso). La seconda modalità è la cd. lottizzazione formale ovvero negoziale o cartolare, che si verifica “quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l’ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio” (comma 1, secondo inciso)». In ordine, poi, alle «conseguenze amministrative», la norma in esame dispone che: «i) “nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l’effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione”, con ordinanza da notificare ai proprietari delle aree, al titolare del permesso di costruire, al committente e al costruttore, “ne dispone la sospensione” (comma 7, primo inciso); ii) “il provvedimento comporta l’immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari” (comma 7, secondo inciso); iii) trascorsi novanta giorni, ove non intervenga la revoca del suddetto provvedimento, “le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere” (comma 8)». In merito alle «conseguenze penali», l’art. 44, co. 2, dispone che: «i) “la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”; ii) “per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione”; iii) “la sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari”. Inoltre, sotto il profilo «civilistico», l’art. 46, co. 1, del d.lgs. n. 381 del 2001 (*Testo Unico dell’Edilizia*) dispone che: «gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell’alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria». Si tratta di una «nullità formale testuale per omessa indicazione degli estremi del titolo edilizio. L’art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull’ordinamento del notariato e degli archivi notarili) dispone che il notaio non può ricevere o autenticare, tra l’altro, atti “se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all’ordine pubblico”. In merito alla giurisprudenza, questa appare “costante nel ritenere che l’interesse protetto dall’art. 30 del d.p.r. n. 380 del 2001 è quello di garantire un ordinato sviluppo urbanistico del tessuto urbano, in coerenza con le scelte pianificatorie dell’amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3115; Id. 7 giugno 2012, n. 3381; si v. anche Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 51710)»; prosegue l’annotata decisione, «in particolare, si muove dal presupposto di fatto per cui le scelte espresse nel piano urbanistico generale di un Comune di regola non possano essere attuate mediante il diretto rilascio di permessi di costruire agli interessati, ma richiedano l’intermediazione di uno strumento ulteriore, rappresentato dai piani di attuazione. Tali piani hanno la funzione di “precisare zona per zona”, con i dettagli necessari, “le indicazioni di assetto e sviluppo urbanistico complessivo contenute nel piano regolatore”, e quindi di attuarle “gradatamente e razionalmente” e di garantire che ogni zona disponga di “assetto ed attrezzature rispondenti agli insediamenti”, ovvero delle opere di urbanizzazione, e tutto ciò, all’evidenza, trascende il possibile contenuto di un singolo permesso di costruire (così Cass. pen. n. 51710 del 2013, cit., richiamata dalla sentenza n. 3750 del 2017 della Sezione)». In un simile contesto, la lottizzazione abusiva, «sottrae all’amministrazione il proprio potere di pianificazione attuativa e la mette di fronte al fatto compiuto di insediamenti in potenza privi dei servizi e delle infrastrutture necessari al vivere

ipotesi, il terzo possa subire la sanzione della «confisca»⁴³, in applicazione anche dei principi comunitari sovraordinati⁴⁴ e della relativa attività ermeneutica della Corte EDU⁴⁵.

civile; ciò che, com'è notorio, è fra le principali cause del degrado urbano e dei gravi problemi sociali che ne derivano (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).».

⁴³ In ordine alle sanzioni applicabili, l'annotata decisione non manca di ricostruirne effetti e portata, «valorizzando il profilo funzionale si distinguono le sanzioni in senso lato e le sanzioni in senso stretto: le prime hanno una finalità ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente, dell'interesse pubblico leso dal comportamento antigiuridico; le seconde hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale».

⁴⁴ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione alle sanzioni penali, prevede, tra l'altro: al comma 1 dell'art. 6 quali sono le condizioni che devono essere rispettate perché si abbia un «equo processo» («ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge»); al comma dello stesso articolo che: «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»; al comma 1 dell'art. 7 che «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato» (ultimo inciso primo comma); al comma 2 dello stesso articolo che esso «non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili».

⁴⁵ La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, rileva l'annotata decisione, «sono stati individuati tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza «intrinsecamente penale» della misura; ii) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata. In relazione alla confisca urbanistica, per lungo tempo la giurisprudenza nazionale ha ritenuto che si trattasse di una sanzione amministrativa che potesse essere disposta sulla base del solo fatto obbiettivo costituito dal carattere abusivo dell'opera e dunque senza che fosse necessario muovere un addebito di responsabilità nei confronti di chi subiva la misura. La Corte europea dei diritti dell'uomo 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. e altri contro Italia, cui si è adeguata la giurisprudenza costituzionale, ha affermato, invece, che «la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti» (così Corte cost. n. 49 del 2015, che richiama la citata sentenza della Corte EDU). Tale accertamento può essere fatto dal giudice penale anche «senza condanna». In particolare, si è rilevato che «il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca»; e si è aggiunto che «va poi da sé che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una «pena», ai sensi dell'art. 7 della CEDU, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, comma 2, della CEDU» (Corte cost. n. 49 del 2015, cit). L'annotata decisione del Consiglio di Stato, di cui nel testo, chiarisce che: «questi principi trovano applicazione anche nel caso in cui la

Un'indagine condotta attraverso la verifica di numerose fattispecie concrete, secondo la decisione, è in grado di escludere argomentazioni «estreme»⁴⁶ in merito alla verifica della sussistenza o meno di una condotta colposa dell'acquirente, utile risultando anche il rilievo dell'essere l'acquisto avvenuto attraverso il notaio⁴⁷: «in questo contesto occorre analizzare la posizione soggettiva del terzo acquirente che

sanzione è applicata da una pubblica amministrazione ed è sindacata dal giudice amministrativo. L'art. 30 del d.lgs. n. 380 del 2001, nel prevedere l'acquisizione del bene al patrimonio pubblico, contempla una misura sanzionatoria sostanzialmente equiparata alla confisca. Ne consegue che valgono le medesime regole, elaborate in ambito europeo, con applicazione del regime delle "sanzioni penali" anche in punto di sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa. E', pertanto, "l'amministrazione, nell'emanare l'ordinanza di cui all'art. 30 T.U., a dover provare la mala fede del terzo acquirente, che in mancanza di ciò non potrebbe essere sanzionato" (sentenza n. 3750 del 2017, cit.). Questa Sezione ha già avuto modo di puntualizzare, inoltre, che queste regole non operano per "per gli altri effetti previsti dall'art. 30 T.U., ovvero per il divieto di proseguire le opere e di disporre del bene dopo la trascrizione, trattandosi di effetti obiettivamente dipendenti dal carattere abusivo del bene e volti non a sanzionare, ma a impedire ulteriori conseguenze dell'abuso stesso" (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).»

⁴⁶ E', difatti, da osservare, secondo l'annotata decisione che: il «comune cittadino», «non disponendo "di regola delle cognizioni necessarie ad eseguire in proprio" le verifiche necessaria al momento dell'acquisto di beni, quali quelle in esame, si rivolge ad un notaio che è tenuto ad osservare le regole sopra esposte (sentenza n. 3750 del 2017, cit.). Da un lato, deve escludersi che egli possa considerarsi "sempre in colpa" per violazione di norme imperative che impongono obblighi di condotta. Nella fattispecie in esame, non trova, infatti, applicazione l'art. 46 del d.lgs. n. 380 del 2001, il quale contempla, come esposto, una nullità formale testuale. Questa Sezione ha già avuto modo di affermare che "è senz'altro vero che l'immobile parte di una lottizzazione abusiva potrebbe in concreto essere stato costruito senza alcun titolo edilizio, ma ciò non rappresenta, ancora una volta, la regola assoluta". Nel caso di specie, infatti, "un permesso di costruire, quello relativo all'originario residence, esisteva, e averlo citato nell'atto notarile salva lo stesso dalla nullità; ancorché, come subito si vedrà, non significa che esso non possa essere irregolare sotto altri profili" (sentenza n. 3750 del 2017, cit.). Dall'altro lato, deve escludersi che il terzo non sia "mai in colpa" per il fatto di essersi affidato ad un notaio, in quanto "l'intervento del notaio non garantisce una sorta di "ripulitura giuridica" della originaria illegalità dell'immobile abusivo" (così Cass. pen. n. 51710 del 2013, cit). In alcuni casi peculiari, l'acquirente potrebbe, infatti, essere a conoscenza dei fatti (materiali e giuridici) "per esempio per aver esercitato il diritto di accesso alla relativa pratica edilizia, atto che presuppone una certa competenza tecnica in materia" (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).»

⁴⁷ Osserva la decisione: «la legge prevede che il notaio non può rogare atti nulli e nella specie quelli per i quali l'art. 46 del d.lgs. n. 380 del 2001 dispone che deve essere allegato il permesso di costruire, con applicazione di sanzioni disciplinari in caso di violazione di tali regole. Inoltre, i "protocolli dell'attività notarile", elaborati dal Consiglio nazionale notarile, contengono altre regole deontologiche da osservare, la cui violazione ha anch'essa rilevanza disciplinare. In particolare, il protocollo n. 13 dispone che il notaio non può rogare un atto che integra gli estremi di una lottizzazione cartolare. Il protocollo n. 12, nei "considerando" iniziali, dispone che "la circolazione dei medesimi si fonda sull'attività assertiva delle parti e non su verifiche dirette, di carattere tecnico, da parte del notaio", ma poi aggiunge che questi deve "colmare asimmetrie d'informazione nelle parti in materie complesse come quella urbanistica ed edilizia e rendere quindi le parti stesse consapevoli degli effetti prodotti dalle fattispecie negoziali, anche in rapporto agli scopi pratici perseguiti" ».

si rivolge al notaio per l'acquisto di un bene immobile inserito nell'ambito di una lottizzazione materiale».

La *diligenza* del terzo acquirente nella fattispecie concreta è, dunque da apprezzare, pur non costituendo l'intervento del notaio una «ripulitura giuridica» dell'originaria illegalità dell'immobile abusivo, in considerazione dell'estraneità del terzo acquirente agli atti della lottizzazione abusiva, determinata dall'esclusivo contributo della società costruttrice⁴⁸.

Pur potendo destare legittime perplessità in relazione al rapporto tra *diligenza* ed *affidamento*, le conclusioni del Consiglio di Stato appaiono conformi all'interpretazione dell'istituto della «confisca urbanistica» indicata dalla Corte Costituzionale, con la significativa decisione n. 49 del 2015⁴⁹.

La Corte, muovendo dalle note sentenze della Corte EDU «Sud Fondi» e «Varvara»⁵⁰, dopo aver considerato la natura di «sanzione penale» della confisca urbanistica⁵¹; e dopo aver ammesso la possibilità della confisca urbanistica anche «senza condanna penale», tuttavia, non esita ad escludere l'applicazione della sanzione nei confronti del «terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica».

⁴⁸ Risulta, peraltro, che l'originaria ordinanza di demolizione non fosse stata neppure trascritta, ai fini della sua non conoscibilità ed inopponibilità ai terzi acquirenti, ai quali neppure era stata consentita la partecipazione al procedimento amministrativo, attraverso, ad esempio, la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990 s.m.i.

⁴⁹ Si tratta di CORTE COST., 1.4.2015, n. 49, Criscuolo Presidente, Lattanzi Redattore, in www.cortecostituzionale.it, che muove da una questione di costituzionalità (sollevata sia dalla Corte di Cassazione, Sezione Penale; sia dal Tribunale di Teramo) relativa all'art. 44, co. 2, del *Testo unico dell'edilizia*, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui: «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite». Nel caso specifico non si faceva a luogo alla condanna, per intervenuta prescrizione del reato, sorgendo, così, la questione della possibilità della confisca urbanistica anche in assenza di condanna, con estensione alla posizione del terzo acquirente di buona fede.

⁵⁰ Citate anche dall'annotata decisione del C. di S., n. 4400 del 2017.

⁵¹ In riferimento, in particolare, alla citata decisione della Corte EDU nel caso «Sud Fondi», argomentando dall'art. 7 della CEDU.

L'argomentazione della Corte, nel chiarire il «carattere sub-costituzionale della CEDU»⁵², appare particolarmente significativa, in relazione alla necessità di assicurare valori di certezza ed affidamento nel «diritto», attraverso uno «stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali». La questione è destinata ad assumere rilievo, oggetto di discussione – sia in generale, sia nell'ambito del giudizio di rimessione – essendo, com'è noto, la natura di diritto fondamentale ed inviolabile della *proprietà*, sacrificabile, entro circoscritti limiti, nel bilanciamento con altri valori «sovraordinati», quali ambiente, territorio, salute (art. 42 Cost.), senza neppure omettere di considerare la problematica dei *controlimiti*.

Il riferimento sia alla decisione della Corte Costituzionale n. 49 del 2015, sia alle suindicate decisioni delle Corti Comunitarie è apparso particolarmente significativo, ove si osservi che la buona fede, «creazione del diritto romano»⁵³, è considerata «anche principio costituzionale»⁵⁴.

⁵² Nel respingere la questione di costituzionalità dell'art. 44, co. 2, del d.P.R. n. 38° del 2001, la Corte, argomentando dal «carattere sub-costituzionale» della CEDU, ritiene non corretto il ragionamento del rimettente, in particolare per due ragioni: «in primo luogo, esso presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU. E' pertanto quest'ultima, e non la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato»; in secondo luogo, «sfugge al rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)». Osserva, in proposito, ancora la Corte: «certamente, il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (...). Quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, resta fermo che "l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenza n. 349/2007)"; con l'avvertimento, però, che «ciò non vuol dire che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione».

⁵³ Il riferimento è tratto da MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 8, nel riferirsi, in nt. 18, al pensiero di FREZZA, *Fides bona*, in Aa. Vv., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 3; Id., in *Scritti*, Roma, 2000, 661 ss.; nonché a LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961. Si aggiunga anche il riferimento agli autori citati, in argomento, nelle note che precedono.

⁵⁴ Cfr. MERUSI, *op. ult. cit.*, 7, il quale sottolinea che «la buona fede non è un principio costituzionale, è anche un principio costituzionale».

In effetti, la buona fede, in quanto «principio non legislativo»⁵⁵, sembra continuare a manifestare la sua *vis* di «integrazione del diritto scritto», proprio attraverso l'espansione della tutela dell'affidamento legittimo. Né, appare casuale, che un simile virtuoso circuito sia sostenuto proprio nell'ambito della giurisprudenza costituzionale e comunitaria, quest'ultima, come significativamente osservato⁵⁶: «ad un tempo (...), corte costituzionale, perché si occupa della legittimità costituzionale di leggi nazionali, e (...) giudice amministrativo, perché si occupa della legittimità comunitaria di provvedimenti amministrativi comunitari e nazionali», sulla scia delle «corti tedesche».

Insomma, si potrebbe, poeticamente, concludere: alla ricerca della «certezza perduta»⁵⁷.

4. Concessioni demaniali marittime e tutela dell'affidamento: una questione di *overruling* «sostanziale»?

Le ultime Legislature sono state, ripetutamente, chiamate ad affrontare il tema della compatibilità del nostro regime giuridico delle concessioni demaniali marittime – con particolare attenzione all'assegnazione in favore dell'affidatario – con i principi di concorrenza, affermati a livello comunitario, per quanto, l'A.G.C.M., già dal 2008⁵⁸, avesse sollevato perplessità in merito sia al c.d. *diritto di insistenza*⁵⁹ sia alla durata delle concessioni⁶⁰.

⁵⁵ Cfr. MERUSI, *op. ult. cit.*, spec. 8, 9, 10.

⁵⁶ Cfr. MERUSI, *op. ult. cit.*, 8.

⁵⁷ Sulla complessa problematica della certezza del diritto, in aggiunta alle fondamentali riflessioni di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), cit., ed i saggi di riferimento, citati nella precedente nt. 10, cfr., altresì: E. CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune»*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1998, 1194 ss.; nonché A. PIZZORISSO e P. PASSAGLIA, *Constitution et sécurité juridique, Relazione a XV' Table ronde internationale*, Aix-en Provence, 10 e 11 settembre 1999. Più in generale, sul valore della *certezza del diritto* in termini di *sicurezza*, cfr. V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello stato costituzionale di diritto?*, in aa. Vv., *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. Baldini, Cassino, 2005, 7.

⁵⁸ Ci si riferisce alla segnalazione dell'A.G.C.M. AS481 del 20.10.2008, edita sul sito dell'Autorità.

⁵⁹ Previsto dall'art. 37, co. 2, del Codice della Navigazione, abrogato a seguito alla procedura di infrazione comunitaria (n. 2008/4908, per contrarietà alla normativa U.E., ed in particolare, all'art. 12 della c.d. *direttiva Bolkenstein*, 2006/123/CE). L'art. 37, co. 2, prevedeva (prima delle

Il «demanio marittimo»⁶¹ rappresenta oggi, più che in passato, un fertile terreno di ricerca e confronto scientifico in materia di proprietà e beni pubblici, ponendo all'interprete diverse e significative problematiche, che si dipanano dal suo oggetto sino al suo utilizzo, anche in considerazione della nota ed ovvia vocazione *balneare* della nostra penisola⁶².

Quanto all'utilizzazione (attraverso lo strumento concessorio) dei beni del demanio marittimo – alcuni dei quali, come la «spiaggia» particolarmente ambiti per ovvie e comprensibili ragioni –, per effetto di noti interventi comunitari⁶³ e di comparazione con altri ordinamenti⁶⁴, si manifestano nuove, complesse e delicate questioni, specialmente in riferimento alla *tutela dell'affidamento del concessionario*.

modifiche apportate dal d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 2010) che, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative, venisse data preferenza anche «alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze».

⁶⁰ Con particolare attenzione al regime della proroga e del rinnovo automatico.

⁶¹ Cfr., in particolare, QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, cit., 92.

⁶² Per avere contezza del patrimonio costiero della nostra Nazione è possibile consultare uno dei tanti significativi saggi di provenienza dai professionisti, associazioni e sindacati del settore, tra questi, cfr. Aa.Vv., *L'impresa turistico-balneare* a cura di N. Carnimeo e S. Prete, Bari, 2011, 1.

⁶³ Ci si riferisce, specialmente, alla nota *Direttiva Servizi c.d. Bolkestein* (Direttiva 2006/123/CE) ed alla procedura di infrazione nei confronti dell'Italia chiusa con l'approvazione del d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 2010, aventi ad oggetto, tra l'altro, il principio della gara pubblica circa l'assegnazione della concessione demaniale di uso del bene demaniale ad impresa turistico balneare, nonché la durata ed il rinnovo delle concessioni preesistenti. In argomento, cfr., in particolare: C. di S., sez. VI, 27.12.2012, n. 6682; e la più recente decisione del C. di S., sez. VI, 22.4.2014, n. 2022, particolarmente significativa in ordine alla disciplina della durata e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime, anche in sotto il profilo del principio del *legittimo affidamento*.

⁶⁴ Il riferimento è, in particolare, alle esperienze di Francia, Spagna e Portogallo. «In Francia innanzitutto l'accesso alla spiaggia è libero e gratuito, la spiaggia è infatti un bene pubblico ad uso generale, nel pieno spirito dei principi della rivoluzione francese e in particolare del principio di "égalité"». Più problematica è la vicenda spagnola della *Ley de Costas*, oggetto di riforma e che si differenzia in maniera significativa dal caso italiano, in quanto «sono considerate libere e non si rilasciano concessioni su di esse, ma lo svolgimento di attività "ricreativo-turistica" va esercitata fuori dall'area della spiaggia». In argomento, cfr. A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 437, cui si rinvia per una approfondita ed aggiornata ricostruzione delle vicende riferite nel testo, nonché per un'attenta analisi comparatistica dei citati ordinamenti e per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica. In Portogallo, il rilascio dei titoli abilitativi in materia di demanio marittimo è disciplinata, in via generale, dall'art. 10 del *decreto-lei* n. 226-A del 31.5.2007 e l'obbligo di gara è obbligatorio «per alcuni tipi di licenze e per tutte le concessioni» (v. C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, 28.12.2016, in *www.federalismi.it*).

Ci si riferisce, in particolare, alla permanente attualità ed efficacia del *diritto di insistenza*⁶⁵ (definibile anche in termini di diritto di *preferenza*, v. art. 37 cod. nav.)⁶⁶, in relazione al rin vigorirsi di sovraordinati principi di concorrenza e trasparenza, a tutela sia degli *utilizzatori finali* (che potremmo definire, *i consumatori dei lidi*), ed in termini di *eguaglianza*; sia degli imprenditori del settore, che intendano accedere al mercato di riferimento (un mercato che può essere considerato sensibilmente protetto) in condizioni di parità e di libertà di stabilimento. Si tratta, di tematiche di particolare interesse, che meriterebbero ben altro approfondimento⁶⁷.

Lontani, dunque, i tempi nei quali la concessione si fondava «sull'*intuitus*, cioè sulla personale considerazione del concessionario»⁶⁸, assumendo, tuttavia, rilevanza il profilo della tutela dell'affidamento legittimo ed incolpevole del concessionario, in conseguenza di continui e diversificati interventi, sia legislativi (comunitari ed interni⁶⁹), sia interpretativi (ad opera della giurisprudenza interna e comunitaria) in materia di concessioni demaniali marittime.

⁶⁵ Che può essere definito in termini di situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il concessionario del bene pubblico e, sembra potersi ritenere, si concretizza nell'attribuzione a questi di un diritto di *preferenza* circa l'utilizzabilità del bene, rispetto ad altri concorrenti, nel caso in cui, venuta a scadenza la concessione demaniale, l'amministrazione proceda alla «riassegnazione» del bene demaniale.

⁶⁶ Pare il caso di ricordare che il comma 2 dell'art. 37 cod. nav. È stato abrogato ad opera del d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 26.2.2010). Sulla portata dell'art. 37, *ante e post* riforma, v.: C. di S., sez., V, 21.11.2011, n. 6132; TAR Liguria, sez. I, 24.4.2013, n. 718, in *www.lexitalia.it*.

⁶⁷ Sia, in argomento, consentito rinviare a F. RINALDI, *Proprietà privata beni pubblici e «beni comuni»*. *Note minime*, in *Contributi critici di diritto civile* a cura di A. Lepre e G. Di Martino, Napoli, 2017, 213.

⁶⁸ Il rilievo è tratto da A. LEFEBURE D'OVIDIO-G. PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1969, 115.

⁶⁹ Ci si riferisce, in particolare, oltre agli interventi normativi comunitari e nazionali citati nelle precedenti note (direttiva *Bolkenstein* e d.l. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 2010), al d.l. 179 del 2012, che, modificando il comma 18 dell'art. 1 del d.l. n. 194 del 2009, ha, com'è noto, disposto la proroga delle concessioni sino al 31 dicembre 2020; alla legge di stabilità per il 2013 (l. n. 228 del 2012, art. 1, co. 547), che ha esteso le previsioni del citato art. 1, co. 18, d.l. n. 194 del 2009: alle concessioni demaniali marittime con finalità sportive; alle concessioni con finalità turistico ricreative e sportive; alle concessioni aventi ad oggetto i beni destinati ai porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto. In quest'ultimo caso, pur non mancando difformi orientamenti del Giudice Amministrativo, ci si riferisce, in particolare, a: C. di S., sez. VI, n. 2839 del 3.6.2014, in materia di c.d. *canoni demaniali marittimi ricognitori*; nonché a C. di S., sez. VI, n. 6137 del 28.12.2017, in materia di ormeggi destinati a nautica da diporto; e la nota decisione della CORTE GIUSTIZIA CE del 14.7.2016, C458/14 e C67/15, sul rinnovo automatico delle concessioni con valenza transfrontaliera. Inoltre, si considerino, nella prospettiva di cui nel testo, anche i numerosi interventi legislativi regionali in materia di assegnazione e durata delle

La problematica della tutela della buona fede soggettiva o *affidamento legittimo* ed *incolpevole* viene in rilievo, configurando una possibile ipotesi di *overruling* «sostanziale». Con ciò, volendo rilevare il susseguirsi di continui mutamenti, sia a livello legislativo (anche regionale) sia a livello giurisprudenziale (interna e comunitaria), intorno all'interpretazione delle norme sostanziali in materia di criteri di assegnazione e di durata delle concessioni demaniali, determinando, così, una imprevedibilità di reazione da parte dell'Ordinamento e, con essa, uno stato di incertezza in ordine al «giusto» comportamento, ove, in particolare, si sia confidato in pregresse disposizioni normative e in pregressi orientamenti interpretativi⁷⁰.

La problematica di un affidamento legittimo a tutela dell'cessionario ed affidatario del bene pubblico in assegnazione può, dunque, assumere diretta rilevanza ove si consideri lo stato di incertezza scaturito dagli arresti delle Corti e dalle decisioni legislative, cui si è dianzi fatto cenno, ed in particolare in conseguenza della perdita dell'assetto normativo ed interpretativo, in pregiudizio della certezza.

L'incertezza in merito alla proroga ed al rinnovo automatico ed alla sua estensione alle accennate categorie di beni pubblici quali, ad esempio, le concessioni per

concessioni, spesso oggetto di declaratorie di illegittimità ad opera della Corte Costituzionale, ad esempio: la legge regionale dell'Emilia Romagna n. 8 del 2009, oggetto di declaratoria di incostituzionalità (*in parte qua*) ad opera di Corte Cost., n. 180 del 2010; la legge regionale del Friuli Venezia Giulia n. 13 del 2009, oggetto di attenzione da parte di Corte Cost. n. 233 del 2010; la legge regionale della Toscana n. 77 del 2009, oggetto di vaglio costituzionale ad opera di Corte Cost. n. 340 del 2010; le leggi regionali delle Marche n. 7 del 2010, della regione Veneto n. 13 del 2010 e dell'Abruzzo n. 3 del 2010, oggetto di declaratoria di incostituzionalità (*in parte qua*) ad opera di Corte Cost., n. 213 del 2011, nonché, in materia di canoni demaniali, la decisione della Corte Cost. n. 157 del 2017, in riferimento alla legge regionale della Toscana n. 31 del 2016.

⁷⁰ Si è utilizzato, esplicitamente, il riferimento a «norma sostanziale», atteso che, con maggiore precisione, il fenomeno dell'*overruling* muove, specificamente, da sopravvenuti mutamenti di giurisprudenza intorno all'interpretazione di una «norma processuale», determinando imprevedibilità ed inaspettate preclusioni processuali, ove si sia confidato nel progresso orientamento interpretativo. In simili ipotesi, tuttavia, la giurisprudenza è intervenuta in «soccorsi», affermando la non operatività della preclusione Cfr. Cass., sez. un., 11.7.2011, n. 15144, in *Foro It.*, 2011, I, 3343. In dottrina, per tutti, basti rinviare a QUADRI-BOCCHINI, *Diritto privato*, 2018, 211 ss.

l'ormeggio per nautica da diporto⁷¹; l'aumento unilaterale ed autoritativo dei canoni concessori, considerevole ed in assenza di un congruo preavviso⁷²; le previsioni, a livello legislativo regionale, di meccanismi «compensativi» di valorizzazione degli investimenti ed avviamento in favore del concessionario uscente, spesso travolte dalle citate sentenze della Corte Costituzionale, in quanto lesive della concorrenza; da ultimo, la nota suindicata decisione della Corte di Giustizia del 14.7.2016 che, seppur con riferimento alle «concessioni che presentino un interesse trasfrontaliero», ha dubitato della legittimità della proroga automatica al 2020 delle concessioni, stabilita dalla suindicata legge n. 194 del 2009 e smi⁷³.

Senza neppure doversi omettere di ricordare il lungo ed incerto cammino che, nell'ambito dell'elaborazione della disciplina dei *contratti pubblici*, ha visto, solo di recente, l'inclusione di questa peculiare categoria delle concessioni di servizi e beni demaniali marittimi («*contratti attivi*»⁷⁴) nell'orbita di applicazione dei principi dell'*evidenza pubblica*⁷⁵.

5. Considerazioni conclusive: errore o buona fede?

La buona fede, dunque, strumento di interpretazione della volontà e del contenuto degli atti e dei provvedimenti; strumento di valutazione dei comportamenti, non solo regola di condotta, bensì regola di validità degli atti e dei provvedimenti.

⁷¹ In aggiunta alla citata decisione del C. di S., Sez. VI, n. 637 del 28.12.2018, si cfr., in argomento, anche la significativa decisione del Tar Friuli Venezia Giulia n. 235 del 2017, in materia di banchine, ormeggi, servizi portuali accessori, in considerazione della intervenuta modifica dell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, *correttivo al codice dei contratti pubblici*.

⁷² In argomento, v. CORTE COST. n. 157 del 2017, anche in relazione al potere della pubblica amministrazione di modificare unilateralmente i canoni demaniali.

⁷³ La «pregiudiziale comunitaria» è stata sollevata da due decisioni del Tar Lombardia e del Tar Sardegna, in relazione alla possibile violazione dell'art. 12 della direttiva *Bolkenstein*.

⁷⁴ La questione è, oggi, definitivamente risolta, in seguito alla introduzione del riferimento ai «contratti attivi» con la modifica dell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 ad opera del d.gs. n. 56 del 19.4.2017.

⁷⁵ Il riferimento è alla nota decisione della CORTE DI GIUST. CE, 7.12.2000, C-324/98, caso *Teleaustria*, in *Urb. e app.*, 2001, 487 ss., con commento di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*.

Le ipotesi proposte – di applicazione e non applicazione dei principi di buona fede oggettiva, di tutela dell'*affidamento* ed in materia di *diligenza* –, pur nella loro diversità di esiti e presupposti, sembrano riproporre, con rinnovato vigore, il valore di centralità delle clausole generali della buona fede e dell'*affidamento* legittimo o incolpevole.

Strumenti di orientamento per l'operatore e l'interprete, nel senso che si è tentato dianzi di indicare, al fine di poter determinare l'applicazione, anche a livello legislativo, di regole di condotta e di validità degli atti e dei provvedimenti, al fine ultimo di assicurare effettiva protezione a *volontà* ed *interessi*. Senza neppure nascondere di poter dubitare, forse, della «intoccabilità» della fattispecie precettiva, dunque, «sacrificabile» entro limiti circoscritti⁷⁶.

In tal senso, si consideri il riferimento alle differenti possibilità della *buona fede precettiva integrativa*, comunemente classificata in diversi *idealtipi*: *integrativa strumentale*, *integrativa autonoma* e *precettiva autonoma*.

Con ogni dovuta cautela, sembra, in effetti, di assistere ad una tendenziale convergenza, se non, addirittura, unificazione delle regole di buona fede soggettiva (*affidamento*)⁷⁷ ed oggettiva, testimonianza della elasticità e fluidità⁷⁸ della regola; e nella direzione di una loro *oggettivizzazione*, in funzione della *responsabilità* dei comportamenti (*diligenza*)⁷⁹ e della *validità* degli atti e dei provvedimenti posti in

⁷⁶ In argomento, fondamentali le riflessioni di F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 8, 14, 16, 18, 21, 25, 29, 32, 37, 104 ss., 247 ss. nel senso della "non sacrificabilità del precetto giuridico", v., però, CASS., 16.1.2007, n. 845, in *Comm. cod. civ.* a cura di E. Grabrielli, *Della tutela dei diritti* a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2015, 566.

⁷⁷ In proposito, ipotesi particolarmente significativa è quella del c.d. *overruling*, cui si è fatto cenno nel paragrafo che precede con riferimento alla problematica dell'*affidamento* nell'ambito delle concessioni demaniali marittime (v. Cass., sez. un., 11.7.2011, n. 15144, cit.).

⁷⁸ L'aggettivo è tratto da E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999, p. 7, dal quale è utilizzato nel diverso ambito familiare.

⁷⁹ Un significativo esempio lo si ha in materia di «insidie» e «trabocchetti» e, dunque, di *culpa in vigilando* dell'amministrazione e responsabilità conseguenti ex art. 2043 c.c.: «l'ipotizzata concretizzazione dell'insidia appena prima del fatto ne avrebbe prima ancora che escluso la prevedibilità da parte del danneggiato, la tempestiva eliminazione da parte del Comune, così escludendo i profili di colpa su cui si basa la responsabilità ex art. 2043 c.c.». Inoltre, «l'insidia stradale non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto, che per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto. Tale situazione, pur assumendo grande importanza probatoria, in quanto può essere considerata dal giudice idonea a integrare una presunzione di sussistenza del nesso eziologico

essere, rispettivamente tra privati e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione: nel primo caso proposto, l'invalidità/inefficacia del recesso *ad nutum* o, comunque, «variabile», cioè, prima *ad nutum*, poi, con integrazione postuma della motivazione; nel secondo caso, la invalidità (annullamento) dell'ordine di demolizione e della conseguenziale confisca urbanistica ai danni del terzo acquirente di buona fede.

L'annotata decisione del giudice amministrativo, in un simile contesto, si manifesta particolarmente significativa, laddove, nel ricorrere alla *diligenza* piuttosto che alla buona fede soggettiva o *affidamento*, evoca quell'autorevole ricostruzione⁸⁰ che sembra porre alla base dell'*abuso del diritto* e, dunque, del *potere*, non propriamente la *buona fede*, bensì il comportamento *diligente*, utilizzando, con ogni dovuta precisazione, la regola della *buona fede* quale criterio fondante il giudizio di responsabilità e di *esigibilità della prestazione*⁸¹.

con il sinistro e della colpa del soggetto tenuto a vigilare sulla sicurezza del luogo, non esime il giudice dall'accertare in concreto la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. Pertanto, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza l'anomalia, vale altresì ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica» (così, Cass., 18.6.2013, n. 15196, in *Guida al diritto*, 2013, 65 ss.; e già Cass., 13.7.2011, n. 15375).

⁸⁰ Di derivazione dalla giurisprudenza tedesca.

⁸¹ Con particolare riferimento alla previsione normativa di cui all'art. 1218 del cod. civ. In argomento, si cfr., in particolare, MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss., ma spec p. 10 ss., in riferimento allo sforzo eccessivo, ossia «l'adozione di mezzi anomali, anormali» per adempiere: «l'impedimento non è, cioè, superabile attraverso il diligente impegno del debitore». Mancherebbe, cioè, *congruità* tra lo sforzo richiesto per l'adempimento ed il fine della soddisfazione (adempimento) dell'interesse del creditore (cui è necessariamente rivolto l'adempimento). In questa prospettiva, cfr. anche M. BESSONE, *Impossibilità «economica» della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, V, 1979, c. 49. In chiave critica e ricostruttiva, con particolare riferimento al rischio di confondere buona fede e diligenza della prestazione, per tutti, cfr. BIANCA, *op. cit.*, 473, il quale pone l'attenzione sul valore della diligenza quale misura dell'adempimento, nel senso, cioè, che indicherebbe, piuttosto, ciò che il debitore deve normalmente fare per soddisfare il creditore. La diligenza indicherebbe, secondo l'illustre a., l'impiego di mezzi ed energie, normali e necessari, utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore, ossia l'adeguato sforzo volitivo per realizzare l'interesse di quest'ultimo. La buona fede, invece, costituirebbe, più propriamente, il dovere di cooperazione (dovere di solidarietà) gravante sul debitore ed il creditore. Insomma, la buona fede sembrerebbe indicarci che «dobbiamo» (dovere di comportamento, attivo o positivo); la diligenza, invece, «cosa dobbiamo fare» per soddisfare in concreto l'interesse creditorio. In argomento, fondamentali le riflessioni di F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, spec. 57 ss. e 801 ss., il quale pone l'attenzione sulla buona fede, quale «criterio di controllo dell'attività di relazione tra i contraenti, specie alla luce del principio costituzionale di solidarietà, distinguendosi così dalla diligenza che è criterio per valutare il comportamento del solo debitore in sede di adempimento». L'illustre a. rileva, difatti, che la diligenza sembrerebbe

La complessa ed incerta *relazione* tra *diligenza, abuso del potere e del diritto*, buona fede e *affidamento*, sembra, dunque, in continua evoluzione, caratterizzandosi sempre di profili innovativi, benché immutato appaia l'interrogativo sul quando la violazione della buona fede o della diligenza del *buon padre di famiglia* diventi «abuso» o «eccesso del potere» e, dunque, «abuso del diritto», quale «*uso anormale del diritto*»⁸².

acquistare un «preciso senso solo in chiave soggettiva, se si sottolinea cioè che il contenuto dell'obbligo consiste appunto nel comportamento cui il debitore è tenuto. L'art. 1176, modificando l'orientamento vigente sotto il codice del 1865, ha fissato un criterio di valutazione da un lato *obiettivo*, proprio cioè dell'uomo medio n (il c.d. *buon padre di famiglia*) e, dall'altro, *relativo* perché l'indagine del giudice, in caso di contrasto, dovrà essere condotta con riferimento al singolo caso di specie variando la portata della diligenza a seconda delle diverse situazioni: si tratta in sostanza di una *clausola generale*» (così, spec. p. 577). La diligenza, dunque, «in termini oggettivi, con riguardo al concreto contenuto del rapporto in questione e va riferita, secondo la giurisprudenza, allo sforzo che può essere richiesto in sede di comportamento esecutivo ad un uomo medio (c.d. *buon padre di famiglia*)» (v. spec. p. 636).

⁸² Al fine di poter tentare di fornire una risposta soddisfacente al quesito, nei termini posti, è necessario approfondire il complesso fenomeno dell'abuso del diritto, partendo dal celebre pronunciato giurisprudenziale al quale – parafrasando Pietro Rescigno – viene legata la nascita della «meditazione» di tale innovativa fattispecie. Ci si riferisce alla storica decisione di CASS., 15.11.1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256, con commento di A. SCIALOJA. Altri due datati, ma significativi, precedenti in materia di proprietà, sono CASS., 16.2.1956, n. 450, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 193, circa l'anormale uso di una concessione di deviazione delle acque in ordine alla manutenzione e spurghi di cavi e canali; e, di particolare interesse per il caso in esame, APP. Catania, 19.3.1955, in *Rep. giur. it.*, 1955, voce «*proprietà*», 1, 2515, circa l'inerzia del proprietario di un appartamento di un edificio distrutto che impedisce anche la ricostruzione degli appartamenti sovrastanti. Significativa, in argomento, è anche la più recente CASS., 16.10.2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, 1845, con commento di G. COLANGELO. Circa il dibattito relativo all'autonomia ed originalità del fenomeno dell'abuso del diritto rispetto alla buona fede, cfr., in particolare, il celebre saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, 205; Id., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 7. Secondo l'insigne a., il ricorso al fenomeno dell'abuso del diritto costituirebbe «un mezzo sicuro ed originale per ottenere un criterio di giudizio più appagante, per la nostra coscienza, di quanto non sia il criterio della legittimità formale degli atti umani» (si cita da *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 205). L'a., inoltre, nel descrivere il saggio di JOSSERAND, indica i diversi orientamenti costruiti sui criteri utilizzati per individuare un fenomeno di abuso del diritto: «intenzionale (l'intenzione di nuocere), tecnico (la colpa nell'esecuzione), economico (il difetto di interesse legittimo), e infine teleologico o finalista (la deviazione del diritto dalla sua funzione sociale), che è il criterio seguito dallo stesso Josserand». In materia di «abuso del diritto», fondamentali restano le riflessioni di: JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905; Id., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 6. In contrario, secondo R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, Padova, 1997, 217, invece, il fenomeno dell'abuso del diritto costituirebbe un «*inutile doppione*» della buona fede. Nega rilevanza giuridica al fenomeno dell'abuso del diritto, anche ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, spec. 105, 116, 209, 417, secondo il quale si tratterebbe soltanto di «un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono

Ciò che colpisce, attraverso l'indagine qui proposta, è la possibilità di intravedervi una nuova, peculiare, concezione dell'esercizio del potere, sia nella relazione tra privati sia in quella con la pubblica amministrazione, che si potrebbe essere tentati di definire «superetica». Nel senso, cioè, che l'interesse – che si fa *legittimo* o *diritto soggettivo* –, attesa la dinamicità dei valori di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Cost. e la complessità della moderna società politica, non sembra più poter essere considerato libero nella funzione, rinvigorendosi uno dei vizi sintomatici dell'atto amministrativo rappresentato dall'eccesso di potere per sviamento, che molte analogie sembra manifestare con la vicina figura dell'abuso del diritto. Quasi a voler significare che nell'ambito della concezione del potere entri, come costituente, il corretto uso sociale dello stesso. Ove tale caratteristica manchi o venga meno, quindi, alcun potere – legittimo – potrebbe dirsi attribuito al singolo o ai preposti organi pubblici⁸³.

imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica e ciò "per la *contraddizione che nol consente*". Significative in ordine alla distinzione tra buona fede e abuso del diritto appaiono le osservazioni di G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva ed abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 613, secondo il quale le questioni di «abuso del diritto» non sembrano poter essere inquadrate nell'ambito della buona fede *sic et simpliciter*, avendo «in realtà natura diversa, perché implicano l'intervento diretto di principi – in questo caso di natura costituzionale – differenti dalla semplice lealtà fra contraenti». Si ricordi, in proposito, l'analogo dibattito in materia di danno biologico, morale soggettivo ed esistenziale. Prosegue, l'a. «è stata in effetti rilevata, a questo proposito, l'opportunità di distinguere il principio dell'abuso di diritto, o più esattamente «dei confini sociali dei diritti soggettivi privati», dal «problema intersoggettivo dei confini della pretesa in rapporto alla controparte», il quale rientra più propriamente nell'ambito del principio *Treu und Glauben* (...)il problema dell'abuso va infatti ben oltre i confini dell'esecuzione di rapporti, per estendersi a tutto il campo delle libertà, delle facoltà, delle "prerogative"». L'a. non manca di rilevare, inoltre, come l'uso della terminologia «abuso del diritto» appaia «improprio per il suo contenuto contraddittorio», atteso che – scrive F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del diritto civile*, Napoli, rist. 1997, 76 – «il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto, e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali». In senso critico, v. anche RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, in *Rev. crit. de légis. Et de jurispr.*, 1929; Id., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935; Id., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948.

⁸³ Circa il dibattito molto sinteticamente e sommariamente accennato nel testo ed oggetto di riflessione, in materia di relazione tra il *diritto soggettivo* ed il *diritto oggettivo*, laddove si è adoperata, senza alcuna pretesa descrittiva, l'espressione «concezione superetica del diritto», cfr., TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 49; Id., *Significato e valore del principio*

Per intenderci, si potrebbe essere tentati di affermare che il potere esiste ed è tale soltanto se utilmente esercitato, secondo il consenso sociale. Sicché, ove il potere non venga esercitato o venga esercitato in maniera «scorretta» o «anormale», non vi sarebbe più alcuna esigenza o situazione giuridica soggettiva di interesse meritevole di protezione, con le proposte conseguenze in termini di responsabilità e invalidità degli atti⁸⁴. In una simile prospettiva, anche in estensione del principio di parità tra le «parti», a valere in particolare nell'ambito della relazione tra il privato e la «parte pubblica»⁸⁵.

di legalità nel moderno diritto civile, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 3. L' a., propone una raccolta di casi di abuso del diritto, mutuati dalla giurisprudenza straniera, «atti compiuti con intenzione di nuocere, uso anormale del diritto, esercizio del diritto in forma analoga a quella che i pubblicisti chiamano sviamento di potere». Nonché, RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., spec. 220, il quale esamina ed interpreta le due concezioni più significative in materia di sistema giuridico, l'ideologia cattolica e quella socialista. In materia, fondamentali le riflessioni di R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, 1891, trad. it. a cura di R. RACINARO, Milano, 1989, spec. 102 e 125 ss., il quale, tra i primi, ha proposto l'idea di una concezione dell'esercizio del diritto «strumentale» rispetto alla «attuazione dell'ordine giuridico», essendo il diritto oggettivo presupposto del diritto soggettivo. In proposito, JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, cit., spec. 201, 265, 320, 415 ss., il quale, nell'ambito di una ideologia socialista e «superlegale» del diritto, pone l'accento sulla funzione e sul consenso sociale nel fenomeno giuridico, osservando che «le nostre prerogative individuali presuppongono un consenso della comunità sociale». Inoltre, fondamentali le riflessioni di KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, rist. 2000, Milano, spec. 78 ss. L'a., dopo aver distinto due concezioni in materia di diritto soggettivo, «come volontà riconosciuta o interesse protetto» e «come possibilità giuridica di mettere in moto la sanzione», osserva, in parziale critica alla prima concezione, che «ci si può valere o meno dei propri diritti a piacimento. Si ha un diritto anche senza valersene. E' persino possibile avere un diritto anche senza conoscerlo. In tal caso, non può esistere alcun interesse (...) Pertanto, si può avere un diritto a un dato comportamento di un altro individuo senza essere interessati a questo comportamento, e si può avervi l'interesse senza averne il diritto». Conclude, quindi, l'a. «il diritto soggettivo, pertanto, deve consistere non già nell'interesse presunto, ma nella protezione giuridica»; nonché, E. H. DERNBURG, *System des römischen Rechts*, I, Berlin, 1911, spec. 65, il quale osserva che «l'ordinamento giuridico garantisce e modella i diritti soggettivi, ma non li crea».

⁸⁴ In argomento, si considerino, nell'ambito del diritto tributario, le c.d. *condotte elusive* (cfr., in particolare, G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario, L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 7 ss., cui si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica).

⁸⁵ Si consideri un utile esempio in materia di *contratti pubblici*, e con riferimento alla fase di scelta del contraente privato. Dalle regole di cui ai citati artt. 1337 e 1338 cod. civ. (c.d. *buona fede precontrattuale*) muove l'obbligo per le imprese concorrenti «dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura predisposta (...), in linea, inoltre, con la *ratio* ispiratrice dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici che richiede l'informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale» (v. C. di S., Ad. Plen., 22.4.2013, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it), dunque, in termini di lealtà e trasparenza dell'azione amministrativa. Più di recente, in argomento v. CASS., 12.7.2016, 14188,

Nell'ambito di una concezione «superetica» del diritto – che si è dianzi tentato di porre in evidenza –, comune ed unitario appare il fondamento, appunto, «etico» delle regole della buona fede e dell'affidamento, più attuale che mai tornando quell'autorevole insegnamento che pone in relazione buona fede e teoria dell'errore⁸⁶.

La buona fede, dunque, regola «(super)etica»⁸⁷ e di «civiltà europea»⁸⁸, integrativa sia dell'attività legislativa che dell'attività amministrativa.

Come spesso accade, difatti, la realtà tende a superare l'ordine giuridico costituito, con la conseguenza che l'uso di clausole generali, quali la buona fede, è destinato a svolgere un ruolo di particolare rilievo di interpretazione adeguatrice, conducendo il diritto stesso oltre l'«etica» ed il dato formale giuspositivistico, oltre a favorirne una tendenziale e generale giurisdizionalizzazione.

In una simile prospettiva, è parso significativo soffermarsi sul legame, con ben diversa autorevolezza, suggerito e che si è tentato di manifestare, tra creatività dell'interprete, legalità del caso, forza del fatto e postpositivismo⁸⁹.

in Foro it., 2016, I, c. 2695, con commento di A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qua-lificato e culpa in contrahendo: verso la tesi contrat-tualistica*. Inoltre, ed in maniera particolarmente significativa, cfr. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 120, in materia di buona fede e responsabilità precontrattuale.

⁸⁶ Fondamentali le riflessioni di BONFANTE, *Essenza della «bona fides» e suo rapporto colla teoria dell'errore* (1893), in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926, 717. In argomento, cfr.: P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 147 e 163; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 503; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 121; sia, altresì, consentito rinviare a F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, spec. 222 ss., in ordine alla relazione tra la teoria dell'errore e la presupposizione.

⁸⁷ L'espressione «superetica» viene adoperata senza alcuna pretesa descrittiva, come precisato nelle pagine che precedono, laddove si è utilizzata – anche in tal caso, senza alcuna pretesa descrittiva – l'espressione «concezione superetica del diritto».

⁸⁸ Cfr. MERUSI, *op. ult. cit.*, 8, il quale, in nt. 20, pone riferimento a L. LORELLO, *la tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; e a G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, II, 1993, 272 ss.

⁸⁹ Cfr., LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 15 ss.; PAGLIANTINI, *usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, cit., 679 ss., ma spec. 692 ss.