

Vincenzo Lopilato

**MANUALE DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

- I -

Parte generale

Terza edizione



G. Giappichelli Editore

Vincenzo Lopilato

MANUALE DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO

- I -

Parte generale

Terza edizione



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-490-3 (*Due volumi indivisibili*)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Vincenzo Lopilato, Consigliere di Stato, già giudice ordinario e giudice del Tribunale amministrativo regionale.

È docente nei corsi di magistratura ordinaria organizzati da G. Giappichelli Editore s.r.l.

Parte Prima
Fonti del diritto
e situazioni giuridiche soggettive

11. Principio del contraddittorio, di trasparenza e dell'obbligo di motivazione: cenni e rinvio

Il procedimento amministrativo è retto, in particolare, dai principi del contraddittorio e di trasparenza.

Il principio del contraddittorio impone che la decisione finale si formi all'esito di un procedimento che assicuri il rispetto delle garanzie partecipative [cap. 11, par. 5]. Si tratta di un principio generale che, salvo alcuni settori, non ha rilevanza costituzionale [cap. 10, par. 12].

Il principio di trasparenza, che ha fondamento costituzionale (art. 97 Cost.), impone che si forniscano i documenti e le informazioni richieste secondo la disciplina relativa all'accesso ai documenti [cap. 10, par. 21-21.6] e all'accesso civico [cap. 10, par. 22-24].

Il provvedimento finale deve essere retto dal principio dell'obbligo di motivazione che assolve anche ad una funzione di trasparenza dell'azione amministrativa.

12. Principio di concorrenza

L'attività di impresa è retta dal principio di concorrenza nato nel diritto commerciale²⁵.

Esso non è espressamente contemplato a livello costituzionale anche se è strettamente correlato al principio di libera iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Prima di analizzare la portata di tale principio, è necessario fornire la nozione di attività di impresa.

L'art. 2082 cod. civ. prevede che è imprenditore colui che «*esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*». L'attività di impresa può essere svolta in forma individuale o collettiva. Anche la pubblica amministrazione può svolgere attività di impresa e, fino alla riforma del 2016, la svolgeva mediante le società a partecipazione pubblica [cap. 7, Parte Seconda, sulle società pubbliche].

L'art. 2195 cod. civ. dispone che l'imprenditore commerciale esercita tra l'altro: *i*) attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi; *ii*) attività intermedia nella circolazione dei beni (che identifica il settore del commercio).

Il principio di concorrenza ha ricevuto una ampia elaborazione a livello europeo.

Il diritto dell'Unione europea tende alla creazione, nell'ambito del mercato interno, di uno «*spazio senza frontiere*» (art. 26, par. 2, Tfu).

I principi fondamentali che devono essere assicurati, nell'ambito di tale mercato, sono quelli della «*libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*» (art. 26 cit.).

²⁵ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 50.

Le regole in grado di garantire il perseguimento di tali finalità sono molteplici e vengono indicate mediante espressioni sintetiche identificative dei fenomeni: *i*) regole di “concorrenza antitrust”; *ii*) “concorrenza nel mercato”; *iii*) “concorrenza per il mercato”. Esse si caratterizzano per la loro valenza macroeconomica di incidenza sul mercato.

12.1. Regole antitrust

Le regole antitrust, da un lato, impongono ai soggetti che svolgono attività di impresa di evitare di porre in essere comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno; dall'altro, vietano agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 Tfeue).

In relazione alle regole rivolte alle imprese, l'art. 101 Tfeue vieta le intese anticoncorrenziali e, dunque, tutte quelle forme di “accordi” o “comportamenti” di imprese finalizzati, mediante, ad esempio, la fissazione dei prezzi, ad alterare le regole del mercato, nonché gli abusi di posizione dominante, idonei a incidere anch'essi sul mercato [cap. 23, par. 8].

In relazione alle regole rivolte agli Stati membri, l'art. 107 Tfeue prevede che «sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza». La giurisprudenza amministrativa²⁶ ha chiarito che il divieto di aiuti di Stato presuppone che ricorrano le seguenti condizioni sulle quali si fonda la suddetta norma europea e, in particolare, che l'intervento: *i*) sia posto in essere dallo Stato ovvero effettuato mediante risorse statali; *ii*) sia idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri; *iii*) conceda un vantaggio al suo beneficiario; *iv*) falsi o minacci di falsare la concorrenza. Tali condizioni sono cumulative ed è, quindi, sufficiente che anche una sola di esse non sia soddisfatta per escludere la presenza di un aiuto di Stato.

Le descritte regole antitrust si applicano indifferentemente alle imprese pubbliche e private: l'art. 345 Tfeue impone, infatti, il rispetto del principio di equiordinazione²⁷.

L'art. 106 Tfeue dispone che «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati».

Specularmente, un eventuale trattamento di favore per le sole imprese private potrebbe comportare una altrettanto grave violazione delle regole della concorrenza.

Il diritto europeo prevede che la funzione di vigilanza del mercato sia attribuita

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

²⁷ Esso prevede che «i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

ad una Autorità amministrativa indipendente, la quale si caratterizza, tra l'altro, per la neutralità nell'esercizio delle funzioni di controllo. In Italia questi compiti sono attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 [cap. 23, par. 4.3].

Una delle ragioni della istituzione di tale Autorità è stata proprio l'esigenza di assicurare il rispetto delle regole della concorrenza. Se questo compito venisse affidato ad autorità pubbliche "tradizionali", inserite nel circuito governativo, il rischio potrebbe essere quello che le stesse non applichino in modo effettivo e neutrale le norme europee perché spinte a tutelare, in modo "protezionistico", "interessi domestici" e, dunque, il mercato nazionale e non quello comune [cap. 6, par. 22].

12.2. "Concorrenza nel mercato"

La "concorrenza nel mercato" presuppone, invece, l'adozione di misure di liberalizzazione finalizzate ad eliminare o a ridurre barriere di accesso al mercato per assicurare, in una prospettiva di promozione della concorrenza stessa, l'esercizio delle libertà fondamentali.

Fermo restando che le tipologie di misure adottabili sono numerose e strettamente connesse alla particolarità del mercato di riferimento, il principale obbligo imposto agli Stati membri è quello di non consentire forme di monopolio od oligopolio legale, le quali si sostanziano nel riconoscimento normativo a talune imprese di "diritti esclusivi o speciali" nello svolgimento di determinate attività economiche e cioè nell'attribuzione di una vera e propria "riserva di attività" che preclude, in quanto tale, la libera esplicazione delle attività economiche.

Devono, poi, essere attuate politiche di semplificazione e liberalizzazione amministrativa, al fine di consentire, quando è richiesto il rilascio di un titolo abilitativo per l'esercizio di una determinata prestazione di servizi, che la relativa procedura si svolga in modo, appunto, semplificato. È evidente, infatti, che, se per poter erogare quella determinata prestazione, occorre seguire procedure complesse e attendere tempi lunghi, si ostacola l'accesso al mercato degli operatori economici e, dunque, la libera prestazione del servizio.

Gli strumenti principali che possono venire in rilievo sono la segnalazione certificata di inizio attività (Scia) [cap. 10, parr. 19-19.4] e il silenzio assenso [cap. 10, parr. 17-18.3]. La Scia, prescindendo dall'adozione dell'atto amministrativo, viene qualificata come mezzo di liberalizzazione amministrativa idoneo a contribuire ad attuare la liberalizzazione economica. Il silenzio assenso, invece, contempla l'atto amministrativo e ne prevede la sua possibile formazione in modo tacito quando scade il termine per l'adozione. Altra tecnica di liberalizzazione è rappresentata dalla segmentazione del mercato [cap. 13, par. 2].

L'art. 106 Tfu prefigura, nei casi in cui non si siano ancora completati i processi di liberalizzazione, anche lo scenario in cui si realizza il cd. "fallimento del mercato", e cioè quando lo stesso non sia in grado di assicurare l'erogazione di determinati servizi di rilevanza pubblica agli utenti. In questo caso viene in rilievo la nozione di servi-

zio pubblico e, in particolare, quella di servizio di interesse economico generale e di servizio universale. In particolare, lo Stato, derogando in modo giustificato all'applicazione dei principi di libera concorrenza, interviene imponendo alle imprese di assicurare l'adempimento di taluni obblighi di servizio che sono funzionali ad assicurare a tutti la fruizione di determinate prestazioni di servizio, qualunque sia la collocazione geografica dell'utente, a condizioni eque e non discriminatorie [cap. 13, par. 4].

12.3. “Concorrenza per il mercato”

La “concorrenza per il mercato” identifica l'insieme delle regole di diritto pubblico relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi. Nei casi in cui gli operatori che possono svolgere quella specifica attività siano soltanto alcuni, in ragione della natura del mercato (non completamente liberalizzato) ovvero della tipologia di prestazione (ad esempio, appalti pubblici), occorre assicurare il rispetto di procedure di garanzia di attuazione dei principi fondamentali del diritto europeo che sono contemplate, tra l'altro, in specifiche direttive europee relative ai settori dei contratti pubblici e delle concessioni (direttive 26 febbraio 2014, 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, attuate con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) [cap. 16].

Quando ricorrono queste specifiche finalità di tutela della concorrenza per il mercato, il diritto europeo deroga: *i*) al principio dell'autonomia procedimentale degli Stati membri, stabilendo come deve svolgersi il procedimento amministrativo di scelta del contraente allo scopo di assicurare il rispetto dei principi di libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali; *ii*) al principio dell'autonomia organizzativa degli Stati membri nella configurazione della nozione di pubblica amministrazione, fornendo una vincolante definizione sostanziale di “amministrazione aggiudicatrice”, che prescinde dalle qualificazioni interne relative alla natura giuridica del soggetto; ciò al fine di evitare che, mediante l'impiego di forme privatistiche, si possano aggirare le norme imperative di scelta del contraente poste a presidio delle libertà europee; *iii*) al principio dell'autonomia processuale, prescrivendo talune regole che si devono rispettare nei giudizi di impugnazione di atti della procedura di gara [cap. 4, par. 8 ss.].

[Per l'analisi della rilevanza della concorrenza nel diritto privato e delle modalità di tutela della parte debole con riflessi sulla tutela della concorrenza a livello macroeconomico si v. cap. 23].

13. Principio di buona fede

L'art. 12, comma 1, lett. a, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, in legge 11 settembre 2020, n. 120, ha inserito nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 il comma 2-*bis*, il quale dispone che «*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*» [si v. cap. 10, par. 10].

