

UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PERSONA E MERCATO
XXXIV CICLO



TESI DI DOTTORATO

**SCORRETTEZZE NEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEI
CONTRATTI PUBBLICI: CARATTERI ED APORIE DI UN SISTEMA**

RELATORE:

CH.I. MO PROF. ROBERTO CARANTA

COORDINATRICE:

CH.I.MA PROF.SSA ELENA D'ALESSANDRO

CANDIDATA:

BENEDETTA BIANCARDI

INDICE

Capitolo I. Il contesto di riferimento: attività contrattuale della pubblica amministrazione e procedure di evidenza pubblica

I. *Considerazioni introduttive* II. *Attività amministrativa attraverso moduli negoziali: evoluzione, ragioni economiche e ideologie* - III. *Attività amministrativa attraverso moduli negoziali: stato dell'arte* - IV. *Vincolo di scopo e principi applicabili all'attività contrattuale della pubblica amministrazione* - V. *Le procedure di evidenza pubblica: molteplici significati, fonti e fini* - V.1. *Sull'identificazione dei soggetti tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica* - V.2. *Sui limiti dell'evidenza pubblica* - V.3. *Le fasi dell'evidenza pubblica e del rapporto contrattuale* - V.4. *Evidenza pubblica e regole in punto giurisdizione* - VI. *Sulle regole applicabili alla fase esecutiva dei contratti pubblici* - VI.1. *Il difficile rapporto con lo ius variandi dell'amministrazione* - VII. *Sull'inquadramento degli accordi amministrativi rispetto alla nozione di contratti ad evidenza pubblica*

Capitolo II. Inquadramento del fenomeno e delle sue varianti

I. *Introduzione* - II. *Panoramica giurisprudenziale introduttiva* - III. *Identificazione delle questioni controverse* - III.1. *Sulla sussistenza di una lesione giuridica rilevante* - III.2. *Sulla regola violata, sulla situazione soggettiva lesa e sul rapporto con il bene della vita* - III.3. *Sul tipo di vizio e sul rimedio previsto* - III.4. *Sul tipo di danno risarcibile* - III.5. *Sull'elemento soggettivo delle parti coinvolte* - III.6. *Sulla rilevanza del fattore tempo e sul rapporto con la disciplina del risarcimento del danno da ritardo* - III.7. *Sul giudice competente a conoscere delle scorrettezze lamentate* - IV. *Identificazione delle varianti e delle rationes prevalenti* - IV.1. *Precisazioni introduttive* - IV.2 *Le varianti del fenomeno* - IV.3 *Le varianti 'di confine'*

Capitolo III. Chiarimenti sulla nozione di buona fede e di affidamento nell'ambito dell'attività amministrativa

PARTE PRIMA: INQUADRAMENTO CIVILISTICO

I. *Premessa* - II. *Coordinate generali di diritto privato sulla buona fede* - II.1. *Sulla buona fede in senso soggettivo* - II.1.1. *Sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa* - II.2. *Sulle diverse nozioni e funzioni di buona fede in senso oggettivo* - II.2.1. *Sugli effetti della violazione del canone di buona fede oggettiva e sulla distinzione tra regole di validità e regole di condotta* - II.3. *Sul rapporto fra buona fede soggettiva ed oggettiva* - III. *Sull'affidamento nell'ambito del diritto privato* - III.1. *Il modello della responsabilità precontrattuale* - III.1.1 *L'ipotesi particolare dell'art. 1338 c.c.*

PARTE SECONDA: BUONA FEDE E AFFIDAMENTO NEI RAPPORTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

IV. *Sull'applicabilità della buona fede all'attività dell'amministrazione* - IV.1. *Le iniziali posizioni di chiusura* - IV.2. *L'affermazione del principio e le variegate posizioni emerse in dottrina* - IV.3. *Sul*

ruolo del principio di buona fede nei rapporti di diritto amministrativo e sugli effetti derivanti dalla sua violazione - IV.3.1. Sull'ambito di applicazione ed i principi costituzionali di riferimento - IV.3.2. Sugli effetti della violazione e sul rapporto con il vizio di eccesso di potere - IV.3.3. Considerazioni sul bene della vita - IV.3.4. Sul rapporto con i meccanismi di sanatoria e con l'annullamento con facoltà di riesercizio del potere amministrativo - IV.4. Buona fede, colpa e responsabilità - V. Sull'affidamento nell'ambito del diritto amministrativo - V.1. L'affidamento nell'ordinamento tedesco (Vertrauensschutz) - V.2. L'affidamento secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - V.3. La reinterpretazione nell'ordinamento italiano: l'ipotesi paradigmatica dei provvedimenti in autotutela - V.4. La nozione di affidamento 'incolpevole' sviluppata dalla giurisprudenza della Cassazione nell'ambito dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione... - V.5. ... e la risposta della giurisprudenza amministrativa: la presa di posizione dell'Adunanza plenaria nel 2021 - VI. Spunti di riflessione sulla controversa natura della responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi di correttezza comportamentale e di affidamento

Capitolo IV. La tutela delle scorrettezze nella fase di formazione dei contratti di evidenza pubblica fra coerenza generale ed aporie di sistema

I. Sulla sussistenza di una lesione giuridicamente rilevante: evoluzione storica e quadro attuale - II. Appalti pubblici e procedimento amministrativo: il problema dell'identificazione dell'interesse pubblico tutelato - III. Riflessioni sulla posizione soggettiva lesa e sul rapporto col bene della vita - IV. Un richiamo ai limiti della distinzione fra regole di validità e regole di condotta nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica - V. Riflessioni sull'elemento soggettivo delle parti coinvolte - VI. La perimetrazione e dimostrazione del danno risarcibile - VII. Danno da ritardo e scorrettezze precontrattuali: due sistemi di tutela a confronto - VIII. Il posterius della giurisdizione ed alcune osservazioni finali sul principio di effettività della tutela

CAPITOLO PRIMO

**Il contesto di riferimento: attività contrattuale della pubblica
amministrazione e procedure di evidenza pubblica**

I. Considerazioni introduttive

Il presente capitolo vuole fornire un inquadramento generale dei principi e delle regole che disciplinano il contesto all'interno del quale analizzare il fenomeno delle scorrettezze¹.

In *primis*, per poter meglio comprendere i meccanismi e le varianti con cui il fenomeno si manifesta². Chiarire le fasi e le regole della procedura di formazione contrattuale consentirà invero di cogliere meglio le possibili diverse modalità con cui il contraente può agire in maniera scorretta. E vale la pena anticipare come alcune scorrettezze siano originate o quantomeno favorite proprio da alcuni meccanismi e peculiarità che tuttora caratterizzano l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Inoltre, si impone uno sguardo di insieme – ancorché sintetico – all'evoluzione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e, più in generale, ai rapporti fra regole applicabili all'amministrazione e diritto privato.

Gli aspetti ideologici, storici ed economici che hanno forgiato le regole in materia di contratti pubblici e la loro interpretazione, nonché il relativo riparto di giurisdizione, hanno infatti avuto, a parere di chi scrive, un ruolo fondamentale anche rispetto alla parabola evolutiva del fenomeno qui oggetto di indagine.

L'attività dell'amministrazione tramite moduli negoziali ha infatti storicamente visto un inquadramento controverso e sfaccettato ed ha scontato, soprattutto in certe fasi, una duplice difficoltà o, se si vuole, un duplice pregiudizio dogmatico rispetto alla possibilità, da un lato, che l'amministrazione potesse fondare determinati rapporti con i propri amministrati sul consenso e, dall'altro, che la sua attività potesse essere regolamentata dal diritto civile in materia di contratti (e, prima ancora, che la stessa amministrazione fosse titolare di una piena capacità giuridica di diritto privato).

E proprio la consapevolezza di tale evoluzione storica, delle diverse soluzioni possibili e dei diversi equilibri nel tempo raggiunti sia a livello normativo che dogmatico e giurisprudenziale costituirà – si auspica – antidoto dal rischio di assumere nel corso del presente lavoro atteggiamenti aprioristici circa la natura dei rapporti e degli istituti interessati, così come delle sistemazioni prescelte. E allo stesso tempo mostrerà gli effetti, anche a lungo termine che una determinata impostazione ideologica, prima ancora che giuridica e normativa, può produrre rispetto all'evoluzione di un istituto o principio.

Come è stato acutamente osservato infatti: “qualificare giuridicamente in modo privatistico ovvero pubblicistico gli atti ed i “rapporti amministrativi” significa contribuire in maniera determinante a configurare il diritto delle amministrazioni come diritto privato comune,

¹ Peraltro, le scorrettezze, in sé considerate, si possono verificare *tendenzialmente* nell'ambito di qualsiasi tipo di attività e rapporto. Tuttavia, come anticipato (cfr. introduzione e metodo), il campo di indagine del presente lavoro è costituito dalla materia dei contratti pubblici; da qui la scelta di concentrare e circoscrivere l'inquadramento del contesto in tal senso.

² Cfr. cap. II, par. IV ss.

ovvero come diritto pubblico speciale”³. E, quindi, si può aggiungere, contribuisce anche al sottoporli a principi e regole proprie del primo sistema piuttosto che del secondo. Da questo punto di vista, anche l’evoluzione del riparto di competenze e funzioni tra il giudice amministrativo (*rectius* tra quello che diventerà il giudice amministrativo) ed il giudice ordinario ha inciso nel forgiare tanto la disciplina dei rapporti negoziali della pubblica amministrazione quanto quella della responsabilità⁴.

Si impone comunque una precisazione preliminare. Si vuole qui proporre un inquadramento, appunto, di contesto nei limiti ed in funzione della successiva analisi del fenomeno delle scorrettezze precontrattuali. E, quindi, non si intende ricostruire esaustivamente e dettagliatamente il complesso fenomeno della contrattualistica pubblica, che da solo potrebbe costituire un’impresa a sé stante; impresa assai ardua e sui cui già molti si sono validamente cimentati. Per le medesime ragioni non si propone di fornire, se non nei limiti in cui ciò costituisce una necessaria premessa logica alla successiva analisi, una soluzione – né una sistematizzazione esaustiva – di tutte le molteplici complessità che animano la materia.

II. Attività amministrativa attraverso moduli negoziali: evoluzione, ragioni economiche e ideologie

La circostanza che l’amministrazione avvenga *anche* secondo moduli d’azione di diritto privato è un dato riscontrato in qualsiasi fase storica del sistema del diritto amministrativo⁵. E questo perché, come osservato, “i soggetti pubblici, per operare, al di là della retorica del pubblico interesse dei poteri d’imperio, e della supremazia speciale, non possono fare a meno di quello strumento centrale del diritto dei privati che è il contratto”⁶.

Tuttavia, le convinzioni e le soluzioni rispetto alla possibilità per l’amministrazione di agire tramite moduli negoziali e di essere sottoposta a principi e regole del diritto comune sono cambiati profondamente nel corso del tempo, secondo una serie di corsi e ricorsi, le cui

³ M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981, 1.

⁴ Il tema verrà ripreso nel corso del presente lavoro; tuttavia per un’analisi generale, che esula dai confini della presente indagine, si rinvia ad A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in R. CARANTA (dir.), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Torino, 2011; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021, 13 ss.; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 4, 865. F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2022, 79 ss.; F. MERUSI, *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671.

⁵ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2019, 108.

⁶ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012, 1.

tracce risultano ancora visibili nel panorama attuale. Invero, a ciò si deve molta della persistente incertezza e complessità sistematica nella contrattualistica pubblica⁷.

I mutamenti in tal senso sono stati il frutto del susseguirsi di più ampie riforme normative ed istituzionali, così come dell'affermarsi di determinate costruzioni dogmatiche e giurisprudenziali, che hanno influenzato anche altri aspetti fondamentali connessi al rapporto fra Stato e privati, in *primis*, quello della responsabilità⁸.

Con uno sforzo di sintesi – ed approssimazione – si possono identificare tre macro-fasi evolutive.

I. La formazione originaria del diritto amministrativo lasciava ampio spazio al diritto privato e, laddove non era necessario l'esercizio dell'autorità, l'amministrazione si svolgeva ricorrendo ai tradizionali strumenti giuridici del diritto comune, pur con la tendenziale previsione di deroghe e privilegi date dalla natura pubblica del soggetto⁹. I caratteri propri dell'atto amministrativo quale atto imperativo, in grado di imporsi unilateralmente senza il consenso dei destinatari, sottoposto ad una disciplina speciale di diritto pubblico e sottratto al sindacato giurisdizionale erano inizialmente riservati solo agli atti di autorità e non a tutti gli atti dell'amministrazione¹⁰.

All'indomani della nascita dello Stato italiano si afferma infatti una costruzione privatistica dei rapporti giuridici fra privato e p.a. ed una qualificazione in termini contrattuali di alcuni fondamentali rapporti ed istituti, in *primis* le concessioni amministrative¹¹.

Si riconosce una specialità del soggetto pubblico ed un'autonomia del potere amministrativo nell'ambito delle prerogative speciali ad esso attribuite. Tuttavia, "la specialità del diritto amministrativo è ancora compressa dalla capacità del codice civile di porsi come modello di diritto comune, come regime unitario di attività di tutti i soggetti dell'ordinamento... contratto, proprietà, responsabilità civile sono considerati dalla cultura giuridica ottocentesca principi ed istituti universali e proprio per questo pretendono il loro ombrello normativo sin sopra la pubblica amministrazione. Amministrazione e cittadino devono, *per quanto possibile*, coesistere come persone tra loro "eguali" secondo le regole della "civile eguaglianza"¹².

⁷ Per una riflessione A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali di diritto amministrativo e loro evoluzione*, Jovene, Napoli, 2018.

⁸ Come si vedrà più avanti, anche l'evoluzione della disciplina generale della responsabilità della pubblica amministrazione, sul piano sostanziale e processuale, costituisce un punto di riferimento fondamentale per la presente analisi e sarà oggetto di puntuale approfondimento.

⁹ M. D'ALBERTI riconosce come tale impostazione unitaria del diritto traspaia dalle opere dei giuristi del tempo, pur impegnati nell'elaborazione della nozione di atto amministrativo e quindi di un diritto amministrativo basato su istituti e caratteri propri (*Le concessioni amministrative*, cit., 8).

¹⁰ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, 34 ss. Sulla nozione di atti autoritativi si veda anche l'analisi in F. TRIMARCHI BANFI, *Art.1 comma 1 bis della L. 241 del 1990*, in *Foro amm.* CDS, 2005, 3, 947; V. LO PILATO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili generali*, in V. LO PILATO, R. CHIEPPA (a cura di) *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, 490 ss.

¹¹ Su tutti, in generale, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 3, 8 ss.

¹² L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Edizioni Laterza, Milano, 2001, 348-349 ed i riferimenti ivi citati. Il corsivo è mio. Secondo gli Autori si trattava di "un diritto amministrativo collocato in modo equidistante tra pubblico e privato: quasi un diritto civile dello Stato che, coerentemente con

Peraltro, già prima dell'unificazione, i contratti con la pubblica amministrazione erano regolati, oltre che in generale dalle norme del codice civile, da una disciplina apposita¹³, basata sul principio fondamentale per cui "tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti"¹⁴ e che prevedeva una sequenza di atti (e fasi), sia preliminari che successivi alla stipula del contratto. Questo a sottolineare quanto risalente sia l'idea di fondo che il contraente pubblico, in quanto tale, goda di una disciplina particolare, basata su un sistema di trasparenza e controlli e pensata essenzialmente "nel suo interesse" o, *rectius*, come si riconoscerà più avanti, nell'interesse pubblico generale¹⁵. Questo nucleo di disciplina, si anticipa, è stato ripreso in una serie di norme successive ed infine trasfuso nel fondamentale sistema di contabilità pubblica del R.D. 8 novembre 1924, n. 2440 e relativo regolamento R.D. 23 maggio 1924, n. 827, tuttora vigente e su cui si tornerà ampiamente nel prosieguo (cfr. *infra* par. V).

Nella prima fase successiva all'unificazione, sugli assetti della contrattualità amministrativa incise in modo significativo la fondamentale L. 2248 del 1865 che segnò una svolta decisiva dal punto di vista della tutela giurisdizionale¹⁶ (all. E, art. 2) prevedendo a livello generale l'abolizione del contenzioso amministrativo e la devoluzione al giudice ordinario di "tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile... comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione". Il che includeva *in linea generale* – e salvo le già accennate deroghe speciali previste soprattutto, come si vedrà più avanti (cfr. par. IV), in riferimento al procedimento di formazione degli stessi – la materia dei contratti pubblici, con evidente attrazione degli stessi nell'alveo privatistico¹⁷.

Questa scelta in punto di tutela avrà un peso decisivo rispetto alla successiva qualificazione e sistematizzazione dei contratti della pubblica amministrazione. E segnerà un importante momento di discontinuità rispetto al modello francese, da sempre fondamentale punto di riferimento per l'ordinamento italiano, in cui invece i *contrats administratifs* si sono sempre

un'amministrazione che si concentra sui compiti di vigilanza e di ordine pubblico, si pone solo come parziale eccezione rispetto a quel codice civile che rimaneva pur sempre lo statuto fondamentale della vita sociale ed economica" (345-346).

¹³ Risalgono al Regno di Sardegna sia le regie patenti del 29 maggio 1817, sia la l. 23 marzo 1853, n. 1483. In particolare, esse prevedevano l'avviso d'asta, l'asta vera e propria, il deliberamento (che corrisponde all'attuale aggiudicazione), l'eventuale fase dell'aumento o diminuzione di sesto o di doppio sesto, l'approvazione del deliberato, la stipulazione del contratto e l'approvazione dello stesso.

¹⁴ Art. 24 della l. n. 1483/1953.

¹⁵ Con specifico riferimento ai contratti comportanti un'entrata per lo Stato, l'obiettivo di tale normativa era anche quello di prevedere sistemi di pubblici incanti per la "necessità di massimizzare le entrate per far fronte ai costi enormi dell'unificazione nazionale" R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 122; si veda anche G. NAPOLITANO, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2011, 105.

¹⁶ Prima di tale riforma normativa, invece, erano rimesse ai giudici del "contenzioso amministrativo" tutte le questioni relative alla validità, interpretazione ed esecuzione dei contratti di appalto e fornitura. Per una riflessione sul vero valore della riforma dell'all. E l. 1865 come strumento di tutela della p.a. piuttosto che del cittadino si veda F. BENVENUTI, *Studi per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, 807.

¹⁷ Mentre sino a quel momento le questioni riguardanti l'interpretazione e la validità dei contratti del soggetto pubblico erano sottratte alla cognizione del giudice ordinario. Cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999, 17 ss.

qualificati quali “actes de gestion publique” e sono rimasti sottoposti al sindacato del giudice amministrativo che ne definirà nel tempo un autonomo statuto giuridico¹⁸.

L'allegato F della l. 2248/1865 prevedeva poi, in sostanziale continuità con quanto già previsto dalla legge sarda sui lavori pubblici (l. 20 marzo 1859, n. 3754), una disciplina sostanziale speciale in materia di opere pubbliche (che a sua volta faceva rinvio alla disciplina originaria e generale di contabilità pubblica¹⁹); disciplina che, come osservato da taluna dottrina, di fatto costituiva uno *statuto di privilegio* per l'amministrazione contraente²⁰. Statuto poi ulteriormente rafforzato dalla previsione di capitoli generali e speciali, i.e. testi con clausole predisposte unilateralmente dall'amministrazione destinati a regolare tutti i procedimenti di gara o, nel secondo caso, il singolo rapporto contrattuale. Peraltro, come acutamente osservato, sia con riferimento alla disciplina preunitaria che a quella prevista dall'Allegato F, “la qualifica di tali attività pubbliche [i contratti, ed in specie gli appalti di lavori] come “eccezioni” al sistema consentiva di accettare la specialità del contraente pubblico pur se in ambito contrattuale, senza compromettere i principi. È importante sottolineare quindi la funzione che si attribuiva al privilegio dell'amministrazione in tale ambito: esso era configurato come garanzia per l'espletamento di un'attività *necessaria*, ovvero come naturale strumento di espressione di quella discrezionalità che competeva all'amministrazione nell'esercizio di una funzione ad essa spettante in modo esclusivo”²¹.

II. A partire dall'ultimo ventennio dell'Ottocento si va invece affermando la c.d. fase panpubblicistica, caratterizzata da un'estesa pubblicizzazione dei rapporti, favorita innanzitutto dalla scienza del diritto il cui preciso intento era quello di “liberare l'amministrazione dal dominio storico del diritto privato”²² attraverso la trasformazione degli istituti civilistici e l'affermazione generalizzata della specialità e disegualianza del potere pubblico rispetto al privato²³. E, così, consolidare il formarsi di uno Stato “a diritto amministrativo”.

¹⁸ In tema V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività negoziale*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 2, 217, a 220; A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel “sistema” della contrattualistica pubblica*, cit., 235 ss. Sui caratteri generali del sistema francese di giustizia amministrativa si rinvia all'efficace sintesi di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021, 7.

¹⁹ Cfr. art. 325 All. F., l. 2248/1865.

²⁰ Per un'analisi sui caratteri di specialità di tale normativa, cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit. 20 ss., la quale peraltro pone in risalto come tale “specialità” fosse un carattere proprio del sistema giuridico francese, poi ripreso dal sistema normativo dello Stato sardo (p. 19); per un *excursus* si veda anche H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto eurounitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, 2018, accessibile su giustizia-amministrativa.it;

²¹ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 20. Il corsivo è dell'Autrice.

²² La traduzione è di L. MANNORI, B. SORDI (*Storia del diritto amministrativo*, cit., 374-375) del pensiero di O. MAYER, in *Justiz und Verwaltung*, Strassburg, 1902, ora in Id. *Kleine Schriften, zum Öffentlichen Recht*, a cura di E.V. HEYEN, Berlino, 1981, vol. I, 3. Per una ricostruzione del pensiero di MAYER si veda anche M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 600 ss.

²³ In uno sforzo di sintesi: “La “trasformazione” degli istituti civilistici ha così il significato di liberazione (*Befreiung*) della specificità pubblicistica dai modelli paritari del diritto civile. Significa sostituzione sistematica della disegualianza e del plusvalore (*Mehrwert*) alla pari ordinazione (*Ausgleichung*) tipica invece degli interessi privati” (L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 380). Come acutamente osservato: “questo cambiamento non fu il prodotto di un mutamento normativo: le norme continuarono a prevedere casi di accordi tra pubbliche amministrazioni e privati. Fu, invece, il risultato di un cambiamento

In particolare, se nei rapporti privatistici, il diritto soggettivo presuppone la presenza di soggetti pariordinati, “sul terreno del diritto pubblico s’impone al posto del principio di generale pariordinazione, l’elemento del *plusvalore giuridico*, che interseca tutti i rapporti; s’impone il potere pubblico”²⁴.

La chiusura unilateralistica opera sia sul piano degli strumenti (contratto) che sul piano dei principi e regole applicabili (codice civile)²⁵.

Secondo questa nuova impostazione ideologica, la possibilità di svolgere attività amministrativa attraverso strumenti negoziali era ammessa solo ove espressamente prevista dalla legge; altrimenti, si riteneva che quella determinata attività potesse essere svolta solo tramite provvedimenti unilaterali. Emblematica – e molto nota – l’affermazione di uno dei maggiori giuristi del tempo secondo cui: “il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato” [i quali devono dunque] “presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v’è espressa e chiara ragione in contrario”²⁶. Ed in quest’ottica si affermava anche che gli enti di diritto pubblico godessero solo di una speciale, nel senso di limitata, capacità giuridica²⁷.

Si consolidava l’idea che l’amministrazione non potesse svolgere i propri compiti attraverso moduli consensuali. E ciò si motivava facendo leva sul diverso tipo di sindacato esercitabile; come visto, si era infatti stabilito che i contratti pubblici fossero soggetti al sindacato del giudice ordinario, mentre l’attività provvedimento era sottoposta a quello del giudice amministrativo. Questa regola di riparto finì col rinforzare l’assunto secondo cui i contratti non costituissero lo strumento ordinario per svolgere attività amministrativa²⁸.

In tale contesto, si riteneva che esulasse dall’*attività di diritto privato della p.a.* tutta l’azione svolta dallo Stato nell’ambito dei suoi fini pubblici, i quali postulavano necessariamente una posizione sovraordinata ed autoritaria dello stesso, inconciliabile con il diritto privato. In altre parole, l’esercizio di funzioni pubbliche imponeva lo strumento pubblicistico del provvedimento, che si contrapponeva agli strumenti negoziali previsti dal diritto privato. In quest’ottica, tutta volta a consentire la piena affermazione di un diritto amministrativo speciale, l’attività di diritto privato (spesso definita anche come attività *iure privatorum*, su cui vedi *infra*) veniva quindi relegata ad una funzione secondaria e meramente strumentale

nel modo di interpretare le norme, da parte della cosiddetta dottrina e della giurisprudenza, in coincidenza con l’affermarsi del modello francese, del giudice speciale dell’amministrazione e, più in generale, di una concezione, allo stesso tempo, illuministica ed autoritaria del potere pubblico” (S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Scientifica Einaudi, 1989, 280).

²⁴ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 374, che a sua volta riprende in generale un pensiero di O. MAYER (cfr. ivi riferimenti puntuali). Il corsivo è mio.

²⁵ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 382.

²⁶ F. CAMMEO, in *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, 1960, 51 ss.; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 219.

²⁷ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, XIII ed., Nel Diritto, 2019, 538.

²⁸ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit. 220, il quale osserva, anche in raffronto al citato diverso sistema francese basato sui *contrat administratifs*, che “l’idea del contratto come strumento di amministrazione, al pari del provvedimento, purché inteso alla cura di interessi generali (*service public*), da noi non ha potuto attecchire [...]; e per converso l’area del provvedimento si è estesa via via a settori di azione in principio ascrivibili all’attività negoziale”.

“svolta dallo Stato nella sua veste di persona civile ed intesa a soddisfare quelle ordinarie esigenze di gestione interna comuni a tutti i soggetti giuridici”²⁹.

Ed in ogni caso, nonostante venisse trascurato il ruolo potenziale di amministrazione attiva di tali attività contrattuali, le stesse venivano comunque sottoposte a regole speciali e derogatorie³⁰. Invero, ove il ricorso al modulo contrattuale fosse inevitabile – perché, come detto, l’amministrazione non ha mai potuto concretamente fare a meno di interessare rapporti contrattuali – si tentava comunque una riqualificazione in termini pubblicistici dell’istituto, con tutte le conseguenze che ciò comportava in punto di regime sostanziale e processuale, ovvero ancora si rafforzavano le deroghe di diritto pubblico cui sottoporre il rapporto contrattuale.

E così l’ambito della pubblicizzazione dei rapporti finiva con l’includere, per il fatto stesso e solo di coinvolgere un soggetto pubblico, anche rapporti essenzialmente privatistici, sia sotto il profilo della struttura che della *utilitas* conseguita³¹. Emblematico il riconoscimento di ORLANDO, per cui: “avviene non di rado che un singolo rapporto di diritto privato subisca delle modificazioni speciali pel fatto stesso che allo Stato si riferisce: l’insieme di questo diritto speciale che si crea, derogando al diritto comune, in conseguenza della qualità pubblica che lo Stato riveste, sarebbe diritto pubblico”³².

Questa impostazione panpubblicistica consentiva il raggiungimento di alcuni risultati fondamentali: da un lato garantiva all’amministrazione una facoltà di manovra – e per di più immune da responsabilità – impensabile nell’ambito dei rapporti paritetici; dall’altro, consentiva il rafforzamento del giudice amministrativo e l’ampliamento del suo sindacato rispetto a quello del giudice ordinario.

Sotto il primo profilo, si sosteneva così che non potesse sussistere responsabilità diretta dello Stato qualora esso agisse tramite strumenti pubblicistici, in quanto il perseguimento diretto o indiretto - di un interesse pubblico consentiva di escludere in radice la sussistenza di una colpa in capo al soggetto pubblico³³.

Inoltre, sempre sul piano sostanziale, la qualificazione in termini provvedimentali e pubblicistici consentiva all’amministrazione la facoltà di esperire lo *ius variandi* su di essi, mentre invece la possibilità di modificare unilateralmente i termini del rapporto con il privato risultava preclusa – o comunque molto limitata – in caso di ricorso a strumenti contrattuali di diritto privato. Questa è invero la ragione principale per cui, grazie

²⁹ S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *D. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1989, 534.

³⁰ *Ibidem*, 534.

³¹ Secondo alcuni giuristi del tempo il concetto di *utilitas* romanistica rappresentava il criterio discretivo fondamentale circa la natura pubblica di un dato rapporto giuridico fra amministrazione e privati: “è di diritto pubblico l’atto o il rapporto mediante il quale l’amministrazione persegue utilità pubbliche; è di diritto privato l’atto o il rapporto adottato per mera utilità patrimoniale” (Così osserva M. D’ALBERTI, nel ricostruire il pensiero in particolare di Vittorio Emanuele Orlando, cfr. *Le concessioni amministrative*, cit., 73).

³² V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 356 ss.; ripreso da M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 73.

³³ M. D’ALBERTI, citando il pensiero di ORLANDO, in *Le concessioni amministrative*, cit., 75. Per un’analisi critica di tali tradizionali posizioni si veda anche R. ALESSI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni*, III ed, Giuffrè, Milano, 1955, 25 ss. Cfr. analisi anche in cap. III, par. IV.1. e cap. IV, par. I.

soprattutto alla sistematizzazione e rivoluzione dogmatica compiuta da RANELLETTI, le concessioni sono state a lungo riqualificate in termini di provvedimento amministrativo e, pertanto, soggette al relativo regime pubblicistico³⁴.

La svolta panpubblicistica si è declinata e rafforzata anche sul piano processuale. Ciò avvenne in particolare attraverso il superamento della tesi dominante di ripartizione fra atti di imperio e atti di gestione³⁵, per accogliere il diverso criterio discrezionale della discrezionalità: di fronte al potere discrezionale non si può ricorrere al giudice ordinario. E così: “dall’identità fra la sfera del “pubblico” e quella dell’“impero” si passa all’identificazione pressoché totale fra il “pubblico ed il “discrezionale”. Il rafforzamento del giudice amministrativo che ne deriva comporta un potenziamento delle impostazioni pubblicistiche: una pubblicizzazione sorretta da un giudice apposito per le “cose pubbliche” è chiaramente fenomeno ben più completo e saldo di una pubblicizzazione ancora ruotante intorno in ambiti controllati dal giudice ordinario, tipico armonizzatore di interessi privati”³⁶.

Peraltro, pur all’interno di tale impostazione dominante, non mancarono voci che tentarono di riaffermare sia l’indispensabilità dello strumento contrattuale per gestire tutta una serie fondamentale di rapporti economici con i privati, sia la circostanza che il modello consensuale ben si potesse prestare alla cura di interessi pubblici³⁷. E questo in quanto l’impalcatura ideologica non reggeva di fronte al dato della realtà economica, delle esigenze della stessa amministrazione e soprattutto delle istanze pratiche con cui si doveva confrontare la giurisprudenza.

Al riguardo vale la pena di riportare la perfetta sintesi operata da D’ALBERTI, secondo cui:

“un fattore determinante della privatizzazione dell’attività amministrativa viene individuato nell’esigenza di tutelare adeguatamente, soprattutto nella fase dell’industrializzazione, quei capitalisti privati che, entrando in relazione giuridica con l’amministrazione poiché la loro iniziativa economica coinvolge materie di spettanza pubblica, assicurano lo svolgimento di attività necessarie per lo svolgimento economico e complessivo del paese e per il sostegno materiale di alcune scelte politiche dello Stato-apparato: attività che l’amministrazione il più delle volte sarebbe impotente a gestire in proprio. Se l’amministrazione adottasse nei confronti di questi suoi interlocutori atti pubblicistici e unilaterali e fortemente discrezionali, instaurando con essi rapporti precari, li costringerebbe in una situazione malferma e di estrema instabilità riguardo all’effettivo suo comportamento nello svolgimento del

³⁴ Doveroso il riferimento a O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV; c. 7 ss. Per un’analisi completa si veda in generale, su tutti, M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit.; più di recente R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 8 ss.

³⁵ Peraltro, già l’impostazione che distingueva fra atti di imperio e atti di gestione - di chiara derivazione francese - può dirsi figlia della stagione dogmatica pubblicistica. E questo dualismo si correlava con la previsione di una doppia personalità, di diritto pubblico e di diritto privato, dello Stato. Sulla necessità di mantenere la distinzione fra atti di imperio e di gestione, così come sulla problematica individuazione dei criteri per distinguere le due tipologie si vedano in particolare le riflessioni di O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 714 ss.

³⁶ M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 76.

³⁷ Così ad esempio il pensiero di G. GIORGI in *La dottrina delle persone giuridiche e morali*, II, Firenze, 1981.

rapporto e, in particolare, riguardo alla remuneratività degli investimenti: e dissuaderebbe in tal modo altri capitalisti dall'intraprendere attività analoghe, precludendosi la loro collaborazione"³⁸.

Tutto ciò spiega perché, nella prassi, anche in questa fase, non si è certo potuto fare a meno dello strumento contrattuale, pur mascherandolo ed "imbrigliandolo" in vario modo, e ciò costituisce la ragione fondamentale, unitamente alle successive spinte europee volte a favorire la concorrenza e l'apertura del mercato comune, del passaggio alla fase successiva di progressivo - ancorché lento, altalenante e talvolta tuttora incompleto - superamento degli *idola* panpubblicistici³⁹.

Così come non mancarono tentativi di codificare un *tertium genus* attraverso la cd. figura del 'contratto di diritto pubblico'⁴⁰. È stato acutamente osservato come questo tentativo si pose inizialmente, almeno nell'ordinamento italiano, come una sorta di tentativo di compromesso per ritagliarsi uno spazio impossibile tra la dominante impostazione ideologica panpubblicistica e la volontà, per non dire l'esigenza, di ricorrere a strumenti di tipo consensuale⁴¹.

Tale figura non ha mai ottenuto un pieno riconoscimento nel nostro ordinamento, nel senso che non ha mai trovato una compiuta, certa ed esaustiva qualificazione e regolamentazione. E tuttavia la nozione è sopravvissuta sino ai giorni nostri, in varie declinazioni più o meno generali, di cui la più significativa è certamente rappresentata dalla figura degli accordi amministrativi (su cui si rinvia in generale al par. VII). Ma non mancano anche ipotesi consensuali ulteriori che, non trovando esatta collocazione in alcun specifico regime, vengono genericamente ricondotte al *genus* del contratto di diritto pubblico (cfr. analisi sui contratti in materia espropriativa in par. IV).

III. Se il passaggio dalla fase iniziale alla fase panpubblicistica risulta scolpito soprattutto da un intervento nazionale a livello dogmatico, la terza ed attuale fase risulta piuttosto caratterizzata dalle due seguenti macro-tendenze.

In primo luogo, dall'intervento del diritto europeo e dall'ulteriore influsso che questo ha esercitato nell'ordinamento interno anche al di là degli specifici settori oggetto di competenza e disciplina UE (c.d. *spill over effect*)⁴².

In generale, il diritto comunitario (e poi europeo) è intervenuto proprio a riscrivere in parte la dialettica diritto pubblico - diritto privato, al fine di evitare che la natura pubblica/la

³⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit. 87.

³⁹ L'espressione, molto calzante, è di V. CERULLI IRELLI, in *L'amministrazione costituzionalizzata*, cit.

⁴⁰ Si vedano in questo senso le riflessioni di U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, coll 369 ss.; poi in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I. Per uno studio generale, anche storico, sulla tematica si rinvia a G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, 9 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984; S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, cit., 536 ss.

⁴¹ Per un'analisi generale del pensiero di U. FORTI si rinvia ancora a M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 125 ss.

⁴² In generale si rinvia, *ex multis*, a D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 41 ss.; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, vol. I, Torino, 2007.

qualificazione in termini pubblicistici di un determinato rapporto venisse impropriamente utilizzato come “scudo” o meccanismo elusivo ad un’efficace applicazione delle proprie regole⁴³. E così, in particolare, è stato acutamente osservato che, in una fase più recente, “il diritto europeo si sviluppa in un’altra direzione, che non è quella di dichiarare l’indifferenza della distinzione pubblico-privato, bensì quella di assoggettarla ai principi fondanti dell’Unione europea, quelli di libertà di circolazione e concorrenza. La distinzione è, quindi, funzionalizzata. Da assoluta diviene relativa. Per affermare la supremazia dei principi del diritto europeo diviene una distinzione ad assetto variabile. L’area pubblicistica è allargata - con la formula di organismo di diritto pubblico - ben oltre quella dei soggetti pubblici, quando si tratta di assicurare l’accesso agli appalti o di vietare privilegi ... Essa è invece ristretta fortemente quando si tratta di applicare l’art. 39 del Trattato CE [ora art. 45 TFUE] in modo da assicurare l’accesso al maggior numero di uffici pubblici alle persone di diversa nazionalità. La distinzione formale tra diritto pubblico e diritto privato viene superata perché deve adattarsi volta per volta alle esigenze sostanziali dettate dalla necessità di affermare la supremazia del diritto europeo”⁴⁴.

Così, il legislatore europeo è intervenuto in maniera sempre più pervasiva a disciplinare, almeno parzialmente, talune ipotesi fondamentali di contratti pubblici, e cioè i contratti di appalto di beni, lavori e servizi e, da ultimo, i rapporti di concessione di lavori e servizi⁴⁵. La stessa qualificazione della nozione di contratto di appalto e di concessione ai fini dell’applicazione della rilevante normativa è stata compiuta, in via autonoma e funzionale, dal legislatore europeo, trascendendo spesso dai particolarismi e maggior formalismi nazionali⁴⁶. Lo stesso dicasi per i limiti soggettivi di contraente pubblico, tramite la configurazione delle nozioni di organismo di diritto pubblico, impresa pubblica ed ente in-house⁴⁷.

In senso più ampio, è stato osservato come le riforme imposte dal diritto europeo in materia di contratti pubblici, specie a partire dagli anni ’90, abbiano scosso alcuni fondamenti generali del diritto amministrativo nazionale oltre che di quello speciale in materia di contratti, imponendo un ripensamento ed una revisione complessiva del sistema⁴⁸.

⁴³ Cfr art. 345 TFUE. Per un’indagine generale si rinvia a B. AKKERMANS, E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations in European Law Journal*, 2010, 292 ss; P. VAN CLEYNENBREUGEL *No privatisation in the Service of Fair Competition? Article 345 TFEU and the EU Market-State Balance after Essent’ in European Law review*, 2014, 39, 264 ss.

⁴⁴ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, 2010, 502.

⁴⁵ Su tutti, per un *excursus* generale e storico con i necessari riferimenti normativi, M.P. CHITI, *La disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni* in G. PIZZANELLI (a cura di) *Passato e Presente del Diritto Amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 209 ss.

⁴⁶ Per un commento autorevole sull’ambito di applicazione dell’ultima direttiva appalti si veda R. CARANTA, A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di) *European Public Procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU*, Elgar Commentaries, Londra, 2021, in particolare commenti ad artt. 1, 2.

⁴⁷ Su cui si rinvia *infra* par. V.1.

⁴⁸ Suggestiva è l’immagine offerta da certa dottrina che parla proprio di ‘santuari’ del diritto amministrativo trasfigurati dal diritto europeo in materia di appalti; cfr. G. MORBIDELLI, *L’appalto comunitario nel settore energia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1993, 743 ss. Con ottima capacità di sintesi si è fatto in particolare riferimento “alle figure di pubblica amministrazione ed ente pubblico, in forza dell’introduzione dell’organismo di diritto pubblico; a quella di impresa pubblica; alle società in house e miste; allo snaturamento della figura tradizionale di concessione; alla categoria dell’accordo amministrativo e in specie di quello organizzativo; alla distinzione tra provvedimento e contratto (che in parte si viene a rarefare, per un verso, e a rinforzare, per altro); all’

In secondo luogo - ed in maniera collegata al primo profilo - l'impostazione nazionale rispetto al "modulo consensuale" si è, almeno sul piano formale e programmatico, piuttosto invertita. Si è cioè andata sempre più affermando l'idea che l'amministrazione in senso sostanziale (c.d. amministrazione attiva) si possa svolgere attraverso moduli di tipo contrattuale di diritto privato e, più in generale, moduli consensuali, senza che questo mini irrimediabilmente le prerogative né le finalità pubbliche⁴⁹.

Invero, il legislatore ha da ultimo tentato - almeno sulla carta - di incoraggiare le pubbliche amministrazioni a svolgere le proprie attività ricorrendo a moduli di tipo contrattuale. Sulla base di questa impostazione, la l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha infatti introdotto all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, il comma 1-bis, il quale prevede che:

"La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"

Le implicazioni di tale affermazione di principio sono state oggetto di un intenso - e non ancora pienamente sopito - dibattito⁵⁰. Invero, quella che avrebbe dovuto rappresentare la base legale di una rivoluzione copernicana nel modo di agire della pubblica amministrazione si è di fatto risolta, in sede di formulazione finale e ancor più di interpretazione, in un'affermazione essenzialmente tautologica.

La norma è stata infatti prevalentemente interpretata nel senso che se le autorità non sono dotate di un potere pubblico rispetto a quella data attività, allora esse non possono esercitare poteri autoritativi né adottare atti unilaterali ma sono invece tenute a svolgere attività contrattuale privatistica. Ma è evidente che se l'amministrazione non è dotata di poteri autoritativi rispetto ad una data attività e/o fattispecie, non può esercitarli.

Il che, tuttavia, non significa di per sé che anche laddove agisca secondo moduli privatistici non sia sottoposta a vincoli ulteriori e deroghe di stampo pubblicistico. Anche in questo caso, infatti, il legislatore si è premurato di codificare il principio per cui le autorità pubbliche, quando entrano in un rapporto contrattuale, sono soggette alle regole previste dal codice civile "salvo che la legge disponga diversamente" e cioè ad eccezione di quanto espressamente previsto e/o derogato dalle norme di diritto pubblico.

Da questo punto di vista, tutta la disciplina dell'evidenza pubblica ed, in particolare, quella prevista dall'attuale codice dei contratti pubblici è da considerarsi come disciplina di settore

autotutela amministrativa, anche con riferimento alla questione della sorte del contratto; il tema della revoca e l'introduzione del diritto all'indennizzo; il passaggio dal principio di irresponsabilità dell'amministrazione (*the king can do no wrong*), a quello opposto di responsabilità per lesione degli interessi legittimi; alla pienezza di tutela voluta dalle direttive ricorsi" (A. BARTOLINI, *I contratti pubblici nel pensiero di Giuseppe Morbidelli*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 1, 149).

⁴⁹ Su cui subito *infra* par. III. Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit.; A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, cit.; G. NAPOLITANO, *Il principio di contrattualità*, in M. RENNA, F. SAIITA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 551 ss.

⁵⁰ Sulle diverse ricostruzioni della nozione di 'atti non autoritativi' si veda V. LO PILATO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili generali*, in V. LO PILATO, R. CHIEPPA (a cura di) *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, 490 ss.; in generale anche R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 1366; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit. 119 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Art.1 comma 1 bis della L. 241 del 1990*, cit.; id. *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica in Dir. amm.*, 2004, 663.

che interviene ad integrare un ambito in cui la p.a. non gode di per sé di poteri autoritativi (cfr. *infra* par. IV e V ss).

Nondimeno, l'art. 1, co.1-*bis* mantiene un certo valore sistematico. Sia perché costituisce un'ulteriore base normativa per il riconoscimento della generale capacità giuridica degli enti pubblici⁵¹. Sia perché, comunque, riconosce che, nei rapporti non autoritativi le amministrazioni siano – seppur entro certi limiti – soggette alle norme ed ai principi di diritto privato, tra cui in particolare, ai fini che qui rilevano, il principio di buona fede.

Da questo punto di vista, anzi, il nuovissimo comma 2 *bis* dell'art. 1 l. proc. amm., introdotto dal d.l. Semplificazioni n. 76/2020⁵², rinforza l'applicabilità trasversale di tale principio a tutti i rapporti dell'amministrazione, sia di tipo negoziale che autoritativo, affermando che:

“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”

La norma dimostra un'importante valenza programmatica e sistematica, posto che riconduce espressamente la buona fede nell'alveo dei principi che informano anche l'agire dell'amministrazione e si riferisce all'attività amministrativa nel suo complesso e non, invece, ai soli rapporti non autoritativi (cfr. *infra* par. IV). Peraltro, proprio come per l'art. 1 co. 1-*bis*, tutto dipende dall'interpretazione e dall'applicazione concreta che gli interpreti faranno di tale norma. In particolare, da un lato la formulazione non chiarisce quali siano le conseguenze derivanti da un'eventuale violazione della norma e, dall'altro, le prime applicazioni sembrano piuttosto leggere il principio ivi enucleato in un'ottica di responsabilizzazione unidirezionale e di complessiva riduzione della tutela del privato⁵³.

In conclusione, pur restando il nostro un sistema “di diritto amministrativo”, è stata ormai superata quell'impostazione panpubblicistica secondo cui le amministrazioni potevano agire tendenzialmente solo tramite moduli provvedimentali e che qualificava il diritto amministrativo come un diritto speciale in grado di derogare sempre ed integralmente sulle regole civilistiche anche laddove l'amministrazione agiva come contraente. È infatti ormai un dato acquisito il fatto che: “l'attività che le amministrazioni pongono in essere impiegando quelle forme negoziali che hanno la sede di elezione nel diritto privato è da intendersi come attività amministrativa, nel senso di attività rivolta alla cura di interessi pubblici (in particolare, quelli che l'ordinamento assegna alla cura di ciascuna amministrazione), e che quindi l'attività che le amministrazioni pongono in essere mediante atti autoritativi recede dall'essere considerata manifestazione necessaria della pubblicità degli enti e forma privilegiata (se non l'unica) per il raggiungimento degli scopi degli enti medesimi”⁵⁴.

Questa considerazione lascia già trasparire perfettamente un punto fondamentale: l'attività della p.a. può sì svolgersi tramite moduli negoziali ma non per questo perde il suo carattere

⁵¹ La giurisprudenza ha infatti tradizionalmente ritenuto che questa norma, insieme all'art. 11 c.c., costituisca la base legale di riferimento della generale capacità giuridica degli enti pubblici.

⁵² D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

⁵³ Su cui si rinvia all'analisi in cap. III, par. IV.6.

⁵⁴ A. MASSERA, *I contratti pubblici*, cit., 1553, a sua volta riprendendo il pensiero di S.A. ROMANO in *Attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *D. disc. pubbl.*, I, UTET, Torino, 1989, 534-536.

di cura degli interessi pubblici e, quindi, la sua funzionalizzazione (vedi *infra*, par. IV). Per questo numerosi interpreti, nel constatare la permanente specialità che caratterizza la contrattualistica pubblica, hanno tuttavia identificato tale specialità non più come un privilegio proprio del *soggetto* pubblico in quanto tale, ma piuttosto come il necessario strumento per il perseguimento di una *funzione* pubblica⁵⁵. Il passaggio dal soggetto alla funzione rappresenta – o almeno dovrebbe rappresentare – il principio guida, l'elemento qualificante di questa terza ed attuale fase evolutiva dei rapporti fra diritto privato e amministrazione.

III. Attività amministrativa attraverso moduli negoziali: stato dell'arte

L'idea che l'amministrazione⁵⁶ sia un soggetto di diritto privato e, ancor di più, che possa – o addirittura in taluni casi debba – svolgere parte della propria attività tramite moduli negoziali è oggi pienamente consolidata nel nostro ordinamento⁵⁷. E quindi il modello autoritativo, basato sull'esercizio di un potere unilateralmente imposto, pur rimanendo il modello tipico, non è più considerato quale unica possibile forma di manifestazione dell'attività amministrativa e, a ben vedere, non lo è mai stato concretamente.

Oggi, da un lato, si ritiene ormai pacificamente che le autorità pubbliche abbiano una generale capacità giuridica di diritto privato e che pertanto possano stipulare contratti ed essere titolari dei diritti e obbligazioni previsti dal codice civile⁵⁸. Dall'altro, si ammette che l'amministrazione possa svolgere la propria attività anche tramite moduli negoziali privatistici⁵⁹. Il che peraltro non significa che possa *sempre* liberamente scegliere quale tipo di modulo adottare per svolgere i propri compiti e funzioni. In particolare, si pone "il problema di sapere se e in che limiti la pubblica amministrazione possa sostituire, per il raggiungimento di una medesima finalità, un mezzo, o meglio, un procedimento di diritto

⁵⁵ Sul punto sempre valide le riflessioni A. BENEDETTI che parla della "funzione come chiave di lettura della specialità dell'attività amministrativa" (*I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 119 ss.; si vedano anche gli Autori ivi richiamati).

⁵⁶ Sulla latitudine e sull'evoluzione di tale nozione soggettiva cfr *infra* par. V.1.

⁵⁷ In generale V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività negoziale*, in *Diritto amm.*, 2003, 2, 217 e più recentemente Id., *L'amministrazione costituzionalizzata*, cit., 110 ss.

⁵⁸ La principale base legale è tuttora costituita dall'art. 11 del codice civile, che, come osservato: "vale a consentire discipline derogatorie per singoli enti o per gruppi di enti anche restrittive di specifiche legittimazioni negoziali, ma sulla base del comune riconoscimento della piena capacità giuridica" (A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1555). Per la distinzione fra la nozione di "capacità giuridica" e "capacità d'agire" dell'amministrazione si veda anche V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 110 ss. Inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata possono concludere non solo i contratti espressamente previsti e regolati dal codice civile, ma anche contratti atipici. E quindi godono di un margine di autonomia in relazione alla scelta e definizione del tipo contrattuale; *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571; Cons. Stato, Sez. V, 29 Maggio 2001, n. 4680.

⁵⁹ Peraltro, occorre ribadire la differenza concettuale che corre tra il riconoscere una *capacità* negoziale e l'attribuire una vera e propria *autonomia* negoziale all'amministrazione. Si rinvia sul punto al par. IV.

pubblico, che ad essa la legge regola e appresta proprio a quel fine, con un procedimento di diritto privato”⁶⁰.

Al riguardo, si possono svolgere alcune osservazioni generali⁶¹.

La possibilità di amministrare attraverso moduli negoziali è esclusa laddove l'autorità pubblica eserciti le proprie prerogative pubblicistiche contro il volere del privato cittadino, attraverso poteri squisitamente autoritativi. Così, ad es. in caso di attività di polizia e di pubblica sicurezza⁶². Lo stesso dicasi nel caso in cui l'amministrazione svolga attività autorizzativa o di certificazione di status, facoltà, attività etc. dei privati. Queste attività, infatti, appaiono ontologicamente incompatibili con lo strumento contrattuale ed il relativo consenso. Questa circostanza costituisce un limite sia per i contratti di diritto privato conclusi dalle amministrazioni che per gli accordi amministrativi (subito *infra*)⁶³.

Ci sono poi funzioni che, secondo l'attuale impostazione, l'amministrazione può svolgere ricorrendo alternativamente sia al modulo autoritativo che a quello negoziale di diritto privato. Sul punto si è osservato come si tratti di un problema, o meglio di una scelta, “più di tipo politico o di buona amministrazione che non di diritto positivo”⁶⁴. E che sia questione di “politica del diritto” più che di compatibilità o incompatibilità ontologica emerge proprio dall'evoluzione storica - e dogmatica - presentata nel paragrafo precedente.

Così, ad esempio, laddove l'amministrazione debba acquisire un determinato terreno per realizzare un'infrastruttura pubblica può, in linea di principio, ricorrere tanto ad un contratto privato di compravendita del terreno⁶⁵, quanto ad un procedimento espropriativo,

⁶⁰ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivi di diritto pubblico*, III, Padova, 1938, 460. Di recente si veda A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 2, 335.

⁶¹ Così riprendendo una distinzione ben enucleata in particolare da V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit.

⁶² Alcuni autori ritengono che questi siano gli unici veri atti autoritativi, intesi quali “atti ad autoritatività necessaria”, che si distinguono dai casi in cui l'amministrazione agisce in maniera unilaterale, ma con il consenso sostanziale del privato coinvolto; si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Art.1 comma 1 bis della L. 241 del 1990*, cit., 947. In generale, la possibilità di (ed i limiti entro cui) esercitare poteri autoritativi tramite moduli consensuali è argomento dibattuto in dottrina; per una panoramica, *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività negoziale*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 217, a p.231 ss.

⁶³ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 110 ss. (che a sua volta fa riferimento al pensiero di AMORTH). L'Autore sottolinea che: “seppure in taluni campi dell'attività amministrativa è possibile giungere agli stessi risultati pratici, utilizzando il negozio giuridico privato in luogo del provvedimento amministrativo ..., in altri settori (si pensi all'attività di polizia e, più in generale, ai vasti settori di autorizzazioni, delle concessioni non traslative, dei provvedimenti sanzionatori ecc.) ciò non è possibile, per la saliente ragione che l'Amministrazione non ha situazioni giuridiche di diritto privato da poter far valere in tali campi”.

⁶⁴ S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2008, 57, riprendendo a sua volta un pensiero di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti*, cit.

⁶⁵ Sul punto si rinvia in generale a L. AZZENA, *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da) *Sistema di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, 49 ss. la quale rileva come, allo stato attuale, la mutata concezione dell'attività amministrativa e del suo rapporto con i moduli contrattuali consenta di affermare che “ove, nel caso concreto, l'esigenza primaria di realizzazione dell'interesse pubblico lo consenta, tenendo conto anche del minor sacrificio che eventualmente ne derivi per il privato proprietario, la P.A. possa senz'altro utilizzare gli strumenti di diritto privato, stipulando un ordinario contratto di compravendita o concludendo altro accordo” (*cit.*, 50). In termini si rinvia anche alla giurisprudenza ivi citata.

il quale, a sua volta, si può concludere con un provvedimento autoritativo (decreto di esproprio) o con una convenzione, i.e. la c.d. cessione volontaria⁶⁶.

Peraltro, proprio nella materia espropriativa⁶⁷, la giurisprudenza ha avuto recentemente modo di ribadire alcuni principi fondamentali, in linea con la più moderna impostazione in tema di rapporti tra il diritto privato e azione amministrativa e circa la possibilità di svolgere attività amministrativa tramite moduli consensuali. Recentemente l'Adunanza plenaria⁶⁸ ha in particolare affermato che:

“L'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11 l. n. 241/1990, in particolare

⁶⁶ Peraltro, la natura di tale cessione volontaria, prevista dall'art. 45, co. 1 del d.P.R. n. 327/2001 (T.U.E.) appare particolarmente dibattuta, a conferma della persistente difficoltà del sistema a superare vecchi schemi e trovare una sua coerenza interna (cfr. in generale L. AZZENA, *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit.). Così, premesso che tale accordo di cessione si distingue dall'ipotesi di acquisto tramite contratto di compravendita (su cui subito *infra*), alcuni ne hanno valorizzato la natura privatistica, soprattutto per affermare la giurisdizione ordinaria e l'applicabilità di rimedi negoziali privatistici (cfr. *ex multis* Cass. Sez. Un., 6 dicembre 2010, n. 24687), altri ne hanno invece sottolineato la rilevanza pubblicistica ed il suo inserimento nell'ambito di un procedimento spiccatamente autoritativo. Tra questi, alcuni hanno direttamente ricondotto la cessione volontaria nell'alveo degli accordi sostitutivi di provvedimento, disciplinati in generale dall'art. 11 della l. proc. amm., con tutte le relative ricadute sul piano di regime e di giurisdizione, salva comunque la precisazione ex art. 133, co.1, lett. G c.p.a. sulle controversie relative all'indennizzo (cfr. Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179; in questi termini G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit. 156). Secondo la giurisprudenza attualmente prevalente la cessione volontaria rientra nel *genus* dei contratti ad oggetto pubblico (da ultimo Cons. Stato, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 94, secondo cui “La controversia in merito alla esecuzione della cessione volontaria (ricondotta sotto il più duttile ombrello dell'accordo sostitutivo o integrativo di provvedimento, sia pure nei limiti della tipicità dei provvedimenti autoritativi che va a sostituire, in ragione del riconosciuto mantenimento della sua connotazione di atto autoritativo, caratterizzato semplicemente dalla confluenza in un unico testo di provvedimento e negozio) diverse da quelle in tema di indennità, devono essere conosciute dal giudice amministrativo.” e Cons. Stato, Sez. II, 28 gennaio 2020, n. 705). Questa impostazione finisce quindi con l'ammettere che la disciplina applicabile a tali contratti ad oggetto pubblico è essenzialmente quella prevista dall'art. 11 l. proc. amm., salve le regole specifiche previste dal T.U.E. e dal citato art. 133, co. 1, lett. G, c.p.a. Si segnala che invece in passato, alcuna giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità dell'art. 11 l. proc. amm. agli accordi di cessioni, ritenendo quest'ultimi regolati in maniera esclusiva dalla normativa in materia espropriativa (Cass. Sez. Un., 4 Novembre 1994, n. 9130; Cass. Sez. Un. 6 dicembre 2010, n. 24687).

⁶⁷ È curioso osservare come il più recente tentativo giurisprudenziale di sistemazione generale della materia provenga da un ambito, quello dell'espropriazione, storicamente sì molto dibattuto ma non direttamente ed immediatamente ricondotto a quello della contrattualistica pubblica.

⁶⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 18 febbraio 2020, n. 5 si è occupata di un caso in cui la p.a. aveva scelto di acquisire un terreno con un contratto di diritto privato in luogo della procedura di espropriazione, su cui poi aveva costruito un parcheggio ed un parco pubblici. In seguito, tuttavia, il contratto era stato dichiarato nullo e così la p.a. si era ritrovata priva di un valido titolo di proprietà rispetto al terreno su cui nel frattempo aveva costruito l'infrastruttura pubblica. La p.a. si era offerta di acquistare nuovamente il terreno con un nuovo contratto ma il privato si era rifiutato. Essendo priva di qualsiasi strumento/rimedio civilistico, la p.a. si era risolta ad emanare un provvedimento unilaterale di acquisizione del terreno ex art. 42-bis TUE (che prevede in generale tale facoltà di acquisizione *ex nunc* nell'ambito di una procedura di espropriazione nel caso in cui gli atti della procedura vengano annullati/dichiarati nulli). Tuttavia, la parte privata contestava che tale meccanismo fosse utilizzabile rispetto ad un contratto di diritto privato, concluso al di fuori di una procedura espropriativa (e perciò distinto dall'ipotesi dell'accordo di cessione, cfr *infra* nota precedente), ritenendo che invece, nel caso di specie il rapporto contrattuale dovesse essere regolato unicamente dagli strumenti previsti dal codice civile. In ossequio ai principi sopra esposti, la Plenaria conclude invece per la generale applicabilità del meccanismo e art. 42-bis T.U.E. anche rispetto a contratti privati di compravendita, stante la generale e immanente funzione pubblica sottesa comunque a tali moduli.

attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico. Con la precisazione che, mentre nelle prime due ipotesi le finalità di pubblico interesse sono implicite nello stesso ricorso ad atti "tipici", quali il provvedimento amministrativo o l'accordo (procedimentale o sostitutivo), nella terza ipotesi il ricorso ad atti di diritto privato (e, segnatamente, contratti tipici e nominati previsti dal codice civile) in tanto può essere ricondotta all'ambito di una azione amministrativa funzionalizzata, in quanto essa si iscriva, anche in ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, in un contesto di finalità di interesse pubblico, previamente definito mediante l'esercizio dei poteri all'uopo occorrenti e obiettivamente accertabile"⁶⁹.

Vi sono poi determinate attività della pubblica amministrazione che si svolgono *essenzialmente* tramite contratti di diritto privato, nel senso che, ad oggi, lo Stato non potrebbe ricorrere a meccanismi autoritativi per ottenere lo stesso risultato dai privati. Questo è invero l'ambito cui si fa piuttosto riferimento quando si parla di "contratti pubblici".

Anche questi contratti, tuttavia, sono sottoposti a regole particolari, soprattutto con riferimento alla fase di scelta del contraente privato. Questi sono proprio quei contratti oggetto storicamente di disciplina speciale (cfr. *infra* par. II) e rientra in questo ambito tutta l'attuale disciplina dei contratti ad evidenza pubblica⁷⁰ (cfr. par. V e per le eccezioni par. V.2.).

Discorso infine tuttora particolare vale per le concessioni, soprattutto a seguito dell'ultimo intervento armonizzatore del legislatore europeo⁷¹.

Per concludere il quadro dell'attività amministrativa attraverso moduli negoziali occorre porre in rilievo la distinzione fra la sfaccettata categoria dei contratti ad evidenza pubblica – spesso qualificati, quali "contratti pubblici" *toutcourt* e sulla cui analisi si rinvia ai successivi par. V ss ⁷² – da altri moduli consensuali, che possono genericamente essere ricondotti alla categoria di contratti di diritto pubblico, la cui ipotesi principale è

⁶⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 18 febbraio 2020, n. 5, cit., par. 10.1. Sulla base di tali coordinate generali, l'Adunanza plenaria ha concluso per l'applicabilità anche rispetto a rapporti di tipo privatistico fra la pubblica amministrazione ed il privato, dell'istituto speciale previsto dall'art. 42-bis T.U.E.

⁷⁰ In generale, è stato osservato come il ricorso a moduli contrattuali avvenga essenzialmente o qualora soggetti terzi debbano acquisire beni, servizi etc. dalla p.a. o, viceversa, qualora la p.a. abbia bisogno di procurarsi servizi, beni ed opere o di ricevere o trasferire beni o *utilitas* da terze parti (V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 231 ss.). Che il contratto sia lo strumento tipico per queste attività si ricava altresì dal - risalente ma tuttora vigente - art. 36 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, ai sensi del quale "Si provvede con contratti a tutte le forniture, trasporti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti le varie amministrazioni e i vari servizi dello Stato".

⁷¹ Senza pretese di esaustività sul punto si rinvia in generale a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 162 ss., V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it dir. pubbl. com.*, 2014, 3-4, 835; sulle perduranti incertezze e contraddizioni della materia si rinvia anche a A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 4, 567.

⁷² Anzi, a ben vedere il termine "contratti pubblici" finisce ormai, nel lessico comune, per identificare *una parte* – ancorché la più rilevante - dei contratti ad evidenza pubblica, ed in particolare quelli disciplinati dal d.lgs. 50/2016 (cfr. *infra* par. V).

rappresentata dall'attuale istituto dell'accordo amministrativo ex art. 11, l. proc. amm., sulla cui analisi si rinvia al par. VII⁷³. Al di là di alcune isolate ricostruzioni dottrinarie⁷⁴, i contratti ad evidenza pubblica non sono considerati quale ipotesi di contratto di diritto pubblico, ma vengono piuttosto qualificati come contratti di diritto privato preceduti da una "fase amministrativa", più o meno strutturata, e caratterizzati da alcune deroghe anche in fase esecutiva.

La presente analisi si concentrerà sulla prima categoria, posto che è soprattutto rispetto a questi che si è storicamente posto il problema del rapporto tra i principi di diritto comune e quelli "speciali" di diritto amministrativo. E quindi, ai fini che qui rilevano, sul problema di applicabilità del principio di buona fede all'azione amministrativa quale argine e contraltare alle scorrettezze del contraente pubblico (cfr. subito *infra*). Il che peraltro non esclude, come si vedrà nei capitoli successivi (cfr. cap III), che alcune delle considerazioni e conclusioni raggiunte nel corso dell'analisi possano trovare un'applicazione più generale e trasversale sia ad altri moduli consensuali della pubblica amministrazione, sia alla stessa attività autoritativa dello Stato.

IV. Vincolo di scopo e principi applicabili all'attività contrattuale della pubblica amministrazione

Chiarito che l'amministrazione può - e talvolta deve - svolgere la propria attività anche attraverso contratti di diritto privato, si tratta di capire quali siano i principi e le regole applicabili a tale attività contrattuale.

Sul vincolo di scopo. Nel corso dei paragrafi precedenti è già emersa la caratteristica fondamentale e, ad un tempo, il principio guida della materia per cui l'amministrazione è sempre e comunque tenuta al perseguimento del pubblico interesse (c.d. vincolo di scopo), tanto nell'attività negoziale, quanto nella sua attività provvedimentoale. Il tipo di strumento/modulo prescelto - pubblico o privato - è da questo punto di vista irrilevante⁷⁵. Sul punto, la citata Adunanza plenaria ha infatti da ultimo ribadito che:

⁷³ Taluna dottrina tende a sintetizzare tale distinzione focalizzandosi sul diverso rapporto tra procedimento/provvedimento e contratto che sussiste nelle due ipotesi: nel caso di contratti ad evidenza pubblica si tratterebbe di attività procedimentale (l'evidenza pubblica appunto) servente ad un contratto di diritto privato; nel secondo caso invece si tratterebbe di attività negoziale servente o sostitutiva di un provvedimento. Cfr sul punto A. MASSERA, *I contratti pubblici*, cit., 1567 ss.; in termini anche G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986; 46. Per una disamina e distinzione fra i due diversi moduli si rinvia altresì alle riflessioni della Ad. plen. n. 5/2020, cit., § 11.1.

⁷⁴ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999, 10.

⁷⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 18 Febbraio 2020, n. 5; id. 30 Marzo 2000, n. 1; id. 22 Aprile 1999, n. 4. Si veda, fra i tanti, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit. 238 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 39; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivi di diritto pubblico*, III, Padova, 1938, 455.

“L’attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell’interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti – e dei quali l’interesse pubblico costituisce, al tempo stesso, la causa dell’attribuzione e la giustificazione dell’esercizio in concreto – sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l’esercizio di potestà pubbliche. Tale affermazione, che può essere ritenuta ormai principio acquisito dall’ordinamento, trova il suo riscontro nell’art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, che, nell’enunciare i “principi generali dell’attività amministrativa”, prevede che la stessa si effettui sia mediante l’esercizio di poteri autoritativi, sia ricorrendo ad istituti di diritto privato (“salvo che la legge non disponga diversamente”)⁷⁶.

E ciò è vero per qualsiasi tipo di contratto di diritto privato concluso dall’amministrazione, che è sempre guidata dal perseguimento del pubblico interesse: *direttamente*, laddove il contratto sia concluso per svolgere attività amministrativa sostanziale; *indirettamente*, laddove il contratto riguardi aspetti organizzativi, gestionali o strumentali di un dato ente pubblico. Questo è quello che avviene quando l’amministrazione persegue esigenze strettamente organizzative e prive di una diretta finalità pubblicistica o, in altri termini, di un “oggetto pubblico”⁷⁷.

In conclusione, ad oggi, si può dire che non esista alcun tipo di attività contrattuale pubblica che sia del tutto immune da aggiustamenti, deroghe ed ingerenze pubblicistiche, proprio perché non esiste attività contrattuale pubblica che non sia guidata, direttamente o indirettamente, dal perseguimento dell’interesse pubblico⁷⁸. E, pertanto, nessun rapporto contrattuale che coinvolge un soggetto pubblico è *interamente ed esclusivamente* regolato in tutte le sue fasi dalle regole poste dal codice civile⁷⁹.

Inoltre, si anticipa, il vincolo di scopo incide non solo sulla regolamentazione speciale della materia ma altresì in sede di sindacato dell’operato dell’amministrazione. Come si vedrà il parametro del perseguimento del pubblico interesse rappresenta uno degli argini – per non dire degli ostacoli – più impegnativi con cui rapportarsi in caso di sindacato sulla correttezza e/o legittimità di una determinata condotta precontrattuale dell’amministrazione (su cui *amplius* nei capitoli successivi).

⁷⁶ Cons. Stato, Ad. plen, 18 febbraio 2020, n. 5, cit., par. 10.1.

⁷⁷ Le attività aventi “oggetto pubblico” vengono talvolta definite anche in termini di “amministrazione attiva”; concetto cui si è già fatto riferimento nel corso della presente trattazione.

⁷⁸ Si veda di recente anche l’argomentazione del Consiglio di Stato in Ad. plen. 18 febbraio 2020, n. 5, che fa altresì espresso riferimento a Cons. Stato, Sez IV, 15 maggio 2017 n. 2236; il che non è casuale, posto che il relatore è il medesimo. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2019, 519 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 39. Inoltre, la stessa giurisprudenza ha da tempo affermato che “il fine dei contratti di diritto privato della P.A. è sempre il perseguimento di interessi pubblici” (Cass. Sez. I, 28 giugno 1972, n. 2218).

⁷⁹ V. CERULLI IRELLI chiarisce che “l’attività amministrativa secondo moduli negoziali (l’attività amministrativa di diritto privato) non può essere senz’altro accomunata all’azione giuridica dei soggetti privati (espressione dell’autonomia privata) e reca in sé sempre qualche elemento di funzionalizzazione” (in “*Note critiche*”, cit. 222).

A questo punto, peraltro, si impone una precisazione con riferimento alle nozioni di “attività di diritto privato della pubblica amministrazione”⁸⁰ (su cui già *supra* par. II), spesso denominata anche come attività *iure privatorum* della p.a. Tale era tradizionalmente considerata tutta l’attività in cui l’amministrazione non perseguisse direttamente un fine istituzionale, da svolgersi necessariamente con i peculiari moduli pubblicistici che si stavano sviluppando, ma gestisse esigenze organizzative, gestionali e più in generale facesse uso della propria capacità generale di diritto privato (in origine ben più ampia, posto che, come visto, il diritto privato veniva considerato come il diritto comune anche ai soggetti pubblici) e delle possibilità (via via sempre più limitate e comunque soggette a modifiche e deroghe) di ricorrere a strumenti e meccanismi privatistici.

Ed è significativo richiamare – rinviando al capitolo terzo e quarto per l’analisi compiuta – come i primi studiosi che si occuparono dell’ammissibilità del canone di buona fede all’attività amministrativa, la avessero inizialmente riconosciuta unicamente con riferimento proprio alla c.d. attività *iure privatorum*.

In quest’ottica, peraltro, già le procedure di evidenza pubblica definite dallo statuto di contabilità pubblica rappresentavano un tassello intermedio, in quanto è vero che si faceva, infine, ricorso ad uno strumento privatistico, ma vi era una – più o meno intensa – regolamentazione in chiave pubblicistica proprio della fase di esternalizzazione della decisione pubblica su una data commessa e di scelta del contraente. Discorso parzialmente diverso/più sfumato valeva nel caso di trattativa privata, in cui, fermo restando la necessaria previa individuazione a livello amministrativo di un dato bisogno, si consentiva allo Stato di interloquire in maniera più flessibile e diretta con gli operatori economici (cfr *infra* par. V.2).

Alcuni autori riconoscono tuttora un’autonoma rilevanza concettuale a tale nozione, in contrapposizione alla “attività amministrativa di diritto privato”, da intendersi quest’ultima proprio come l’esercizio di amministrazione sostanziale tramite moduli consensuali⁸¹.

Tuttavia, questa distinzione sembra – oggi più che mai – foriera di incertezze piuttosto che di una reale valenza descrittivo-identificativa.

In primis, come chiarito dalla più attenta dottrina, anche questi contratti, seppur indirettamente, sono comunque connessi – strumentali – allo svolgimento di attività

⁸⁰ S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.

⁸¹ R. CHIEPPA E R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, 2017 438-439. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela dell’affidamento*, Editoriale Scientifica, 2015, 16. Secondo tale ricostruzione: “l’attività privata dell’amministrazione è quella che i pubblici poteri pongono in essere per quegli scopi che sarebbero propri di un privato qualsiasi; essa consiste dunque, principalmente, nell’attività di amministrazione ordinaria dei patrimoni, di manutenzione ordinaria dei beni, di approvvigionamento dei beni di consumo corrente per lo svolgimento del lavoro degli uffici e dei servizi. Mentre ha carattere sostitutivo l’attività di diritto svolta da amministrazioni le quali, normalmente, agiscono usando di norme e di istituti amministrativistici, ma che possono in alcuni casi preferire lo strumento di diritto comune.” (R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, ult. op. cit., 439).

amministrativa e, pertanto, devono essere conclusi nel rispetto dei principi generali⁸². Per questo molti dubitano della stessa rilevanza teorica di tale distinzione e qualificazione⁸³.

Inoltre, si può osservare come il criterio di strumentalità – i.e. di rispondenza a mere esigenze gestionali – non risulti un *discrimen* così efficace, posto che a rigore vi rientrano anche gli stessi contratti di appalti di forniture, beni e servizi, che pure pacificamente non vengono (più) considerati quali attività amministrativa di diritto privato e che sono certamente, in maniera sempre più estesa, sottoposti anche a principi e regole pubblicistiche (vedi *infra*)⁸⁴.

Il presente studio non farà pertanto ricorso – se non per ripercorrere il pensiero di interpreti del passato⁸⁵ – alla nozione di attività *iure privatorum* come categoria concettuale autonoma perché essa, oltre ad esser priva di un effettivo valore descrittivo e discretivo rispetto ad altre attività negoziali della p.a., è altresì utilizzata spesso in maniera vaga, imprecisa ed eterogenea (tentazione alla quale, per il vero, non sfuggivano pienamente neppure gli

⁸² Come efficacemente sintetizzato: “L’attività negoziale delle organizzazioni pubbliche è soggetta invero a una serie di principi pubblicistici fortemente derogatori rispetto alla disciplina comune; che si applicano in ogni manifestazione della stessa, anche laddove si tratta di mera gestione patrimoniale (la c.d. attività privata dell’Amministrazione)” (V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 518; id. *L’amministrazione “costituzionalizzata”*, cit. 119 e 129 ss.). E quindi, in particolare, devono comunque rispettare il principio di buon andamento, imparzialità e del vincolo di spesa.

⁸³ Per un’analisi critica di tale distinzione dogmatica si veda A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel “sistema” della contrattualistica pubblica* in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali di diritto amministrativo e loro evoluzione*, Jovene, Napoli 2018, 225 -269 a 234 e gli Autori ivi citati. In termini si è validamente espressa anche A. BENEDETTI (*I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 121), secondo cui “la distinzione tra “attività privata” dell’amministrazione e “attività amministrativa di diritto privato” mantiene una valenza meramente descrittiva ma non riesce a cogliere una separazione concettuale che sia giuridicamente rilevante. Raggiunto infatti lo scopo di evidenziare che anche il contratto può essere strumento di amministrazione attiva, permane la difficoltà di individuare quali conseguenze siano riconducibili alla utilizzazione dello strumento contrattuale per finalità solo strumentali all’amministrazione o per soddisfare gli interessi finali della stessa. La distinzione è infatti troppo labile per essere assunta a fondamento di una categorizzazione dell’attività contrattuale apprezzabile da un punto di vista giuridico”.

Sotto altro profilo è stato giustamente osservato che “la nozione di attività privata dell’amministrazione era rilevante quando le esigenze di controllo e di tutela erano sentite solo con riferimento ad alcuni settori dell’attività amministrativa e, quindi, una parte notevole dell’attività strumentale non era funzionalizzata. Con l’estendersi della disciplina e dei controlli a tutta l’attività delle pubbliche amministrazioni, essa ha perduto importanza” (B. MATTARELLA, *Attività amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 527; a sua volta citando il pensiero di M.S. GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, 451 ss. e 779).

Sulla difficoltà ed inopportunità di ricorrere alla categoria di attività della p.a. *iure privatorum* si vedano anche le riflessioni di S. E. A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova, 2008, 3 ed., 3 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, 187.

⁸⁴ La stessa dottrina che riconosce tuttora rilevanza alla distinzione finisce con l’includere l’evidenza pubblica nella categoria dell’attività amministrativa di diritto privato (R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, ult. op. cit., 439). In un’ottica di più ampio respiro, poi, si può svolgere un’ulteriore duplice considerazione. La prima è che l’amministrazione quando spende, spende denaro pubblico dei contribuenti e, quindi, l’interesse pubblico è comunque quello di assicurare una spesa efficiente, ragionevole e coerente con le esigenze dei contribuenti. La seconda considerazione, oggetto di intenso studio già a livello di normativa europea in materia di *procurement*, è che proprio nell’acquistare un determinato prodotto, servizio etc. che la p.a. può scegliere di perseguire ulteriori e rilevanti finalità “di stampo pubblicistico”, quali quelle in materia di sviluppo sostenibile. Cfr. anche sul punto la formulazione dell’art. 30, comma 1, c.c.p.

⁸⁵ Cfr. in particolare cap. III, par. IV.1.

interpreti del passato). Così mentre a volte viene usata per far riferimento all'evanescente nozione di contratti privatistici conclusi dalla p.a. per meri fini gestionali ed organizzativi, altre volte la si usa, con notevole approssimazione, per fare riferimento a tutti i contratti di diritto privato conclusi dall'amministrazione, in opposizione ai contratti di diritto pubblico.

Sul rapporto tra discrezionalità amministrativa ed autonomia contrattuale. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa, inclusa quella contrattuale, significa che, a differenza di un soggetto privato, l'amministrazione non è libera di porre ed individuare i propri fini ma solo, nel rispetto dei parametri e limiti fissati dalla legge, di scegliere le modalità più adeguate al conseguimento delle finalità pubbliche prefissate. Questa circostanza richiama il complesso rapporto fra discrezionalità amministrativa ed autonomia contrattuale⁸⁶.

Vi è di certo che la discrezionalità – salve le ipotesi di attività vincolata – è il canone proprio dell'attività amministrativa, mentre l'autonomia è quello proprio dell'attività fra privati. Vi è altresì di certo che la discrezionalità sussiste pure nell'attività contrattuale della p.a. Il punto storicamente più controverso è se si possa parlare di autonomia privata dell'amministrazione quando questa agisce tramite moduli di diritto privato⁸⁷.

La questione, oggetto di storico dibattito e di un certo antagonismo ideologico, merita di essere affrontata ma non eccessivamente enfatizzata, posto che a seconda dell'accezione prescelta per entrambe le nozioni si può giungere a risultati sostanzialmente opposti.

E così, in estrema sintesi, se per autonomia negoziale si intende libertà nei fini si deve concludere che l'amministrazione, anche quando agisce tramite moduli contrattuali, ne è priva, posto che tutta la sua attività è funzionalizzata e sottoposta al principio di legalità in senso sostanziale (oltre che formale)⁸⁸.

L'autonomia negoziale può tuttavia essere altresì intesa in un senso diverso, ed in particolare come "il potere di autoregolamentare la propria sfera giuridica attraverso l'utilizzo dei mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico"⁸⁹. Ed, in quanto tale,

⁸⁶ Si veda per un'analisi G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, 4, 863. S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 55 ss.; V. LO PILATO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 472 ss; G.F. LICATA, *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, in G. PIZZANELLI (a cura di) *Passato e Presente del Diritto Amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 234 ss.

⁸⁷ E la considerazione vale sia nel caso di cd. amministrazione sostanziale di diritto privato, sia nell'ipotesi di contratti di evidenza pubblica (sulla distinzione cfr. par. III).

⁸⁸ Peraltro, è soprattutto in questa accezione che l'autonomia contrattuale è stata storicamente contrapposta al concetto di discrezionalità. Si rinvia in generale alle riflessioni di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

⁸⁹ La nozione è ripresa dal pensiero di M.S. GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, II, cit., 60-61. L'Autore dopo aver esposto le diverse correnti dottrinali sulla questione conclude ritenendo che la nozione di autonomia privata non deve essere intesa quale libertà di iniziativa economica, ma come autonormazione per la regolazione dei propri interessi e, quindi, come situazione giuridica soggettiva. L'Autore, in altro scritto, elabora ulteriormente il tema affermando che "autonomia privata e discrezionalità amministrativa stanno su due piani diversi e indipendenti: tra esse non corrono relazioni giuridiche, poiché la prima è una posizione giuridica del soggetto privato, la seconda una caratteristica giuridica dei poteri di un soggetto. Quando l'amministrazione pubblica agisce come soggetto di diritto privato, ha autonomia privata come il soggetto di

l'autoregolamentazione può quindi avvenire tanto con strumenti di diritto pubblico, quanto con strumenti di diritto privato, senza che questo intacchi la finalità perseguita. In questa seconda ottica, l'autonomia non si pone quindi in ontologico contrasto con la discrezionalità posto che "l'autoregolamentazione non si identifica con la libertà di regolazione dei propri interessi, quanto piuttosto con il potere di regolazione di questi mediante strumenti giuridici, che si configurano dunque come mezzi"⁹⁰.

Tradizionalmente, poi, anche i poteri discrezionali previsti all'interno dei moduli contrattuali tendono ad essere limitati e vincolati all'interno di procedure formalizzate⁹¹. E quindi anche la stessa nozione di discrezionalità amministrativa non deve essere eccessivamente enfatizzata. Da un certo punto di vista infatti, tutta la procedimentalizzazione dell'evidenza pubblica non fa altro che ridurre i margini di discrezionalità (pura) della stazione appaltante che, eg. una volta fissati i criteri e le regole nella *lex specialis*, non può più procedere ad una scelta della controparte privata basata su valutazioni discrezionali diverse o a parametri non presi in considerazione dal bando⁹².

In questo senso, quindi, nell'ambito dell'evidenza pubblica permane una discrezionalità tecnica, mentre la discrezionalità pura, intesa quale individuazione e temperamento di interessi, interviene piuttosto nell'identificazione del bisogno (di cui è espressione essenzialmente la delibera a contrarre, cfr. *infra* par. V.3) e nella fissazione dei caratteri con cui la p.a. vuole svolta una determinata prestazione (che risultano dai criteri e specifiche fissati nella *lex specialis*). La discrezionalità permane altresì nella possibilità di non procedere

puro diritto privato; peraltro pure la discrezionalità è propria delle amministrazioni pubbliche e di altri soggetti, anche privati, allorché sono titolari di poteri vincolati ad uno scopo" (in *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 25-26; si veda anche dello stesso *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939). Questa impostazione costituisce la premessa teorica fondamentale all'elaborazione di GIANNINI dell'evidenza pubblica quale procedimento bifasico, su cui si rinvia a par. V.

⁹⁰ S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 62. Si rinvia anche agli Autori ivi citati.

⁹¹ H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici*, cit.

⁹² Che le procedure di evidenza pubblica siano espressione di una diversa e "più irregimentata" discrezionalità risulta altresì dalle più recenti riflessioni in materia di concessioni di servizi, storicamente qualificate come provvedimenti amministrativi discrezionali e da ultimo, dietro la spinta del legislatore europeo, riqualificate in termini contrattuali. Sul punto, è stato acutamente osservato che la qualificazione della concessione di servizi quale "contratto" da parte sia del legislatore europeo che nazionale, "ha contribuito in maniera decisiva a far venir meno quella che è sempre stata la caratteristica principale del provvedimento concessorio, e cioè l'essere espressione di un potere amministrativo discrezionale. L'esigenza di massima apertura dei servizi pubblici al libero gioco concorrenziale ha invece contribuito a ridurre gli spazi per una valutazione discrezionale nella scelta del contraente: laddove è in gioco l'attribuzione di un vantaggio competitivo potenzialmente lesivo del libero gioco concorrenziale non vi può essere spazio per scelte discrezionali. In questa prospettiva, quindi, l'estensione del principio dell'evidenza pubblica per l'individuazione del contraente-concessionario — accentuando la separazione tra la fase pubblicistica e quella di regolazione contrattuale — contribuisce a far cadere una delle principali ragioni d'essere della distinzione tra il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio e quello dei contratti di appalto: e cioè il fatto che la prima, in quanto connessa ad un'idea di trasferimento di pubblici poteri o di sostituzione agli stessi da parte dei privati, si dovesse necessariamente fondare sull'elemento fiduciario. Oggi, diversamente, in maniera non dissimile da quanto si verifica con i contratti di appalto, la fase pubblicistica che precede la stipulazione del contratto, avendo la funzione di «evidenza pubblica», viene ad assottigliare, se non a ridurre del tutto, gli spazi di discrezionalità della p.a." (A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio*, cit., 582-583).

all'aggiudicazione ed alla stipula⁹³ laddove la stessa si dimostrasse *ex nunc* o *ex tunc* contraria al pubblico interesse. Questa seconda declinazione della discrezionalità amministrativa, tuttavia, è particolarmente problematica proprio in rapporto al fenomeno delle scorrettezze e sarà oggetto di specifico approfondimento nei prossimi capitoli.

Sui principi amministrativi applicabili all'attività contrattuale. In forza del vincolo di scopo, quando l'amministrazione agisce attraverso strumenti contrattuali è comunque soggetta e limitata da un importante sistema di regole e principi di stampo pubblicistico. La circostanza è ribadita sia a livello di normativa generale che di disciplina speciale sui contratti pubblici.

Con riferimento all'azione amministrativa nel suo complesso, l'art. 1, comma 1, l. proc. amm. esordisce chiarendo che:

“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”.

Questo aspetto viene altresì ribadito dalla normativa speciale. In primis, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del codice dei contratti pubblici (su cui in generale si rinvia a par. V):

“L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”⁹⁴

Inoltre, da ultimo, l'art. 4 c.c.p. significativamente enuclea una serie di principi generali “relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi”; in particolare:

“L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”.

La versione originale (2016) dell'art. 4 estendeva questi principi “soltanto” a contratti passivi speciali o esclusi dalla disciplina del codice, in accordo a quanto già affermato dal

⁹³ Circostanza confermata a più riprese dal giudice europeo che, anzi, proprio su questo fonda la teorica dell'interesse strumentale degli altri concorrenti della gara. Emblematica di questo aspetto è la saga tra il giudice amministrativo e la Corte di giustizia in materia di ricorsi principale ed incidentale escludenti.

⁹⁴ La norma aggiunge che “Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”.

giudice comunitario, a partire dalla fondamentale pronuncia in *Teleaustria*⁹⁵. Successivamente il Consiglio di Stato ha sostenuto l'opportunità di estendere la portata applicativa dell'art. 4 anche ai contratti attivi (su cui *infra*, par. V) e di renderli così soggetti ai medesimi principi generali⁹⁶. Il legislatore, nel correttivo del 2017, ha accolto tale suggerimento⁹⁷.

Questo ha certamente rappresentato un tentativo di consolidare una sistematizzazione più coerente ed esaustiva quantomeno dei principi in materia di contratti pubblici. Il non nascosto obiettivo era di trasformare il codice dei contratti pubblici in quello statuto generale della contrattualistica pubblica di cui da più parti si continua ad avvertire il bisogno.⁹⁸ Il risultato può dirsi in qualche modo raggiunto con riferimento ai principi generali, mentre resta ferma la complessità sistematica con riferimento alle regole più puntuali.

Il primo fondamentale principio cui sono sottoposte tutte le attività contrattuali della pubblica amministrazione è quello di buon andamento, che copre altresì i principi di efficacia ed efficienza⁹⁹. L'amministrazione può concludere un contratto solo qualora esso si dimostri un modo efficace ed efficiente di perseguire una determinata finalità pubblica e solo laddove abbia le necessarie coperture finanziarie¹⁰⁰. Questa rappresenta la c.d. finalità/*ratio* contabilistica (su cui *infra* par. V). Ed è proprio per questo che i contratti pubblici sono tradizionalmente e generalmente soggetti ad un sistema di regole di contabilità pubblica, così come ad uno stringente sistema di controlli.

Come già osservato, i poteri discrezionali sono disciplinati da regole e procedure prestabilite e ciò rappresenta una delle differenze fondamentali rispetto al regime generalmente applicabile tra parti private. Invero, il diritto privato è di regola indifferente alla fase di formazione del contratto (salvo alcune regole in materia di vizi del consenso e di violazione

⁹⁵ Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, causa C-324/1998 *Teleaustria*. In generale, per un'analisi R. CARANTA, *Le regole applicabili ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici"*, in *Giur.it.* 2010, 12, 2659. Sui confini dell'ambito di applicazione del codice appalti nella vecchia configurazione si veda anche la ricostruzione offerta da Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16.

⁹⁶ Cons. Stato, Commissione Speciale, Opinione n. 855/2016. Da ultimo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha altresì sostenuto la necessità di estendere il rispetto dei principi enucleati dalla giurisprudenza della CGUE anche rispetto alla disciplina delle concessioni di beni demaniali, ritenendo in particolare che "le ragioni di fondo alla base di tale giurisprudenza giustifichino - come del resto chiaramente confermato dalla sentenza *Promoimpresa* del 2016 - la loro applicazione ad ogni fattispecie (anche non avente carattere puramente negoziale per il diritto interno) che dia luogo a prestazione di attività economiche" (Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, par. 15).

⁹⁷ D. lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Si veda Cons. Stato, Commissione speciale, Opinione 30 marzo 2017, n. 782 e 11 aprile 2018, n. 1241 e l'analisi a cura di C. CONTESSA *Rassegna Monotematica, I principi generali del d. lgs. N. 50 del 2016 e i principi di cui alle parti I e II che risultano applicabili: I) ai contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice, II) ai contratti sottosoglia comunitaria e III) ai contratti nei settori speciali*, (31 dicembre 2018, accessibile su giustizia-amministrativa.it).

⁹⁸ Ciò in linea con le indicazioni fornite dal Legislatore nella legge delega (art. 1, l. n. 11/2016).

⁹⁹ M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento* in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 117 ss.

¹⁰⁰ Cfr. art. 21 c.c.p.

del principio di buona fede) e per questo non si preoccupa di regolamentarla puntualmente, né di istituire forme di controllo e limitazione¹⁰¹.

L'idea di fondo è che il contraente pubblico sia tendenzialmente meno in grado rispetto ad un contraente privato di perseguire il proprio interesse e, allo stesso tempo, di assicurare un atteggiamento imparziale fra le parti coinvolte. Si è quindi storicamente ritenuto necessario intervenire con una regolamentazione pubblica per prevenire, da un lato, scelte antieconomiche ed inefficienti per il bilancio pubblico e, dall'altro, fenomeni corruttivi¹⁰². L'obiettivo ultimo è assicurare la migliore qualità ed il miglior rapporto qualità-prezzo rispetto alla singola operazione e/o attività svolta dal contraente pubblico¹⁰³.

I contratti pubblici sono altresì generalmente sottoposti al rispetto del principio della parità di accesso per tutti i soggetti interessati; che rientra nel più generale principio di trasparenza¹⁰⁴ e che risulta strettamente correlato con quelli di imparzialità e di tutela della concorrenza.

La trasparenza rappresenta invero - come già il nome suggerisce - uno degli obiettivi essenziali di tutta la normativa di evidenza pubblica e della relativa disciplina europea¹⁰⁵ (su cui vedi par. V), le cui regole sono essenzialmente strutturate al fine di (i) informare qualsiasi soggetto interessato a contrattare con l'amministrazione per la prestazione di un determinato servizio, fornitura, opera etc.; (ii) stabilire *ex ante* le regole e le caratteristiche della prestazione richiesta dal contraente pubblico, sì da permettere a tutti i partecipanti di competere in modo equo ed omogeneo; (iii) verificare che l'aggiudicazione in favore di un determinato concorrente rispetti le regole e condizioni fissate *ex ante* ed infine (iv) verificare che l'esecuzione del rapporto contrattuale rispetti quanto previsto sia in sede di gara che in sede di regolamento contrattuale¹⁰⁶.

¹⁰¹ Peraltro, è bene sottolineare che questo non significa che la fase di formazione non sia regolata affatto: il codice civile prevede alcune regole e rimedi specifici per la fase di formazione del contratto, in particolare laddove intervengano violazioni e alterazioni nella formazione del consenso fra le parti (eg. art. 1337-1338 c.c.).

¹⁰² H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici*, cit.

¹⁰³ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 17 ss; G. NAPOLITANO, afferma che: "Il diritto speciale dei contratti pubblici muove proprio dalla considerazione della peculiare natura dell'amministrazione pubblica quale soggetto contraente e mira a risolvere le disfunzioni che possono da ciò derivare" (in *Il principio di contrattualità*, cit., 555).

¹⁰⁴ Il principio di trasparenza si declina attraverso diverse modalità e sotto-principi, tra cui in particolare il principio/diritto di accesso alla documentazione detenuta dalla stazione appaltante. È peraltro bene considerare che anche le regole in materia di accesso documentale si applicano a prescindere dalla tipologia contrattuale e dal fatto che l'ente cui viene rivolta la richiesta sia di diritto pubblico o privato. Invero, attualmente, l'art. 22, co. 1, lett. D della l. proc. amm. fornisce una definizione molto ampia di pubblica amministrazione, i.e. di soggetto tenuto alla *disclosure* documentale. Chiarisce infatti che per "pubblica amministrazione" si devono intendere "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". L'art. 22 ha codificato principi già affermati a livello pretorio, a partire dalle fondamentali Cons. St., Ad. plen. 22 aprile 1999, n. 4 e 5.

¹⁰⁵ In generale sull'applicazione del principio di trasparenza in materia di contratti pubblici si veda K.M. HALONEN, R. CARANTA, A. SANCHEZ-GRAELLS (eds), *Transparency in EU Procurements, disclosure within public procurement and during contract execution*, Edward Elgar Publishing, Londra, 2019.

¹⁰⁶ Sull'applicazione del principio di trasparenza nella fase di esecuzione dei contratti si veda da ultimo l'importante ricostruzione operata da Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

È importante sottolineare che questi principi trovano applicazione anche rispetto ad enti privati incaricati dello svolgimento di pubblici servizi. Da questo punto di vista, l'art. 1, comma 1-*ter*, della l. proc. amm. chiarisce infatti che:

“I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”.¹⁰⁷

Conseguentemente, società a partecipazione pubblica, imprese controllate dallo Stato, così come imprese private destinatarie di diritti esclusivi o speciali sono vincolate – nello svolgimento degli incarichi pubblici loro assegnati – al rispetto dei principi fondamentali dell'attività amministrativa (cfr. *infra* par. V.1.).

Un aspetto fondamentale da chiarire attiene agli effetti dell'eventuale violazione dei principi ex art. 1 l. proc. amm. rispetto agli atti della sequenza procedimentale di formazione contrattuale (e rispetto all'eventuale stipulato contratto). In altre parole, se la violazione di tali principi possa tradursi in un vizio di legittimità dell'attività precontrattuale; ed, in caso, in che tipo di vizio (violazione di legge/eccesso di potere)¹⁰⁸.

Si tratta di questione di ampio respiro e su cui si tornerà nei capitoli successivi, soprattutto con riferimento agli effetti della violazione del principio di buona fede. Tuttavia, in questa sede, si può sinteticamente anticipare che la risposta non è univoca rispetto a tutti i principi ivi enunciati.

Così, la violazione del principio di buon andamento (e/o dei suoi sotto-principi di economicità e convenienza) non rende di per sé il contratto invalido. E, a ben vedere, di per sé non è neanche in grado di rendere direttamente ed automaticamente invalidi per violazione di legge neanche gli atti della sequenza procedimentale (a meno che non si traduca altresì nella violazione di un'ulteriore regola specifica che del principio può essere considerata espressione.

La violazione del canone di buon andamento può, nondimeno, essere ricondotta ad un sintomo di irragionevolezza ed eccesso di potere. Ed, in ogni caso, può far sorgere una responsabilità del dipendente pubblico che ha concluso il contratto per danno erariale e può altresì rendere il contratto inefficace, in caso di esito negativo dei controlli integrativi dell'efficacia¹⁰⁹ (su cui *infra* par. V.3.).

Discorso diverso vale invece ad es. per la trasparenza, posto che la violazione degli obblighi di trasparenza e di pubblicità nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica è senza

¹⁰⁷ La regola è stata introdotta dalla riforma della l. n. 15/2005 (ulteriormente modificata da l. n. 190/2012). Sull'obbligo di garantire il diritto di accesso anche per i privati esercenti compiti di pubblico servizio si veda Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, n. 13.

¹⁰⁸ Sul punto resta comunque da valutare se la violazione di tali principi possa rientrare nell'ipotesi prevista dall'art 21 *octies* l. 241/1990.

¹⁰⁹ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 245; id. *Lineamenti*, cit., 520

dubbio in grado di incidere sia sulla validità degli atti dell'evidenza pubblica sotto forma di violazione di legge, che sull'efficacia del contratto stipulato¹¹⁰.

Il ruolo dei principi di diritto comune. Rinvio. Questi, in sintesi, i principi applicabili ai contratti pubblici dal punto di vista del diritto amministrativo. Spesso le trattazioni sulla contrattualistica pubblica nell'occuparsi della questione si arrestano all'analisi dei summenzionati principi, in linea con quell'impostazione dogmatica per cui l'attività dell'amministrazione, compresa l'attività contrattuale, debba essere retta da principi autonomi e speciali rispetto a quelli previsti dal diritto comune.

Tuttavia, una delle questioni storicamente più controverse – e qui oggetto di indagine – è se ed in che misura siano compatibili ed applicabili *anche* i principi generali del diritto privato¹¹¹. Viene in rilievo soprattutto il principio di buona fede, che costituisce, assieme alla disciplina sui vizi del consenso, il fulcro della scarsa disciplina privatistica relativamente alla fase di formazione del contratto e la cui applicazione in via generale è sancita dagli artt. 1337 e 1338 c.c. La possibilità, i limiti e le conseguenze dell'applicabilità del principio di buona fede costituiscono uno degli aspetti centrali della presente indagine e saranno oggetto di approfondita analisi nei capitoli successivi.

Si può infatti sostenere che il principio di buona fede si applichi *proprio perché* i contratti pubblici sono essenzialmente contratti privatistici, seppur derogatori e caratterizzati in fase di formazione da una procedura particolare quale è quella di evidenza pubblica.

Si può viceversa sostenere che il principio di buona fede si applichi *nonostante* la formazione dei contratti pubblici *non sia* retta – o quantomeno non lo sia in via principale – da regole privatistiche, ma bensì da un regime speciale pubblicistico (ancorché variabile). E questo perché si tratta di un principio generale e trasversale applicabile quindi anche alla contrattualistica pubblica senza che si possa rinvenire sul punto alcuna incompatibilità ontologica¹¹². Sul punto, si anticipa, la questione può peraltro essere declinata anche in una diversa ottica, arrivando a sostenere che più che di buona fede si debba parlare di

¹¹⁰ Cfr. art. 121 c.p.a. Anzi, a ben vedere, la violazione degli obblighi di pubblicità costituisce una delle ipotesi di “gravi violazioni” che *impongono* la dichiarazione di inefficacia al giudice amministrativo.

¹¹¹ In generale, L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018.

¹¹² Vale la pena riportare le sintetiche ma illuminanti riflessioni di F.G. COCA secondo cui “la “natura” privata o pubblica delle disposizioni legislative non sia una loro qualità intrinseca, ma dipenda esclusivamente dalla platea di coloro cui esse si riferiscono, ossia dai loro destinatari (soggetti privati o soggetti pubblici o entrambi). Pertanto, ove disposizioni, topograficamente collocate in un contesto normativo di preminente destinazione privata, com'è il codice civile, si applicano anche a soggetti pubblici, esse perdono la “natura” (esclusivamente) privata per acquisire la “natura” di regole di applicazione generale, non più private, ma appunto regole generali. Le clausole generali, e tra esse quella relativa alla buona fede, pur inserita nel codice civile, applicandosi anche ai comportamenti dei soggetti pubblici, non possono essere considerate regole di diritto privato. Anche ove lo fossero [...] non sarebbe comunque concepibile che la disciplina giuridica concernente lo svolgimento dell'attività amministrativa fosse divisa in due corpi diversi, le regole di diritto pubblico e quelle di diritto privato, le prime attinenti agli atti (precettivi), le seconde ai comportamenti, ovvero, in modo ancor meno condivisibile, le prime all'attività di esercizio del potere, le seconde ai comportamenti (ritenuti) estranei all'esercizio del potere. E ciò anche se la violazione delle prime determina la invalidità (degli atti) e la violazione delle seconde dà luogo a responsabilità” (Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in *Il processo*, 2021, 1, 7).

affidamento e che questo rientri tra i principi propri dell'attività amministrativa *tout court*¹¹³. O, ancora, che lo stesso principio di buona fede sia un principio dell'agire amministrativo ed, in quanto tale, sia applicabile a tutta l'attività amministrativa, autoritativa e consensuale.

Si può infine sostenere che il principio di buona fede si applichi negli appalti pubblici perché nella fase di formazione contrattuale, parallelamente al regime pubblicistico ed all'interesse all'aggiudicazione, viene in gioco la lesione di un *distinto* diritto all'autodeterminazione negoziale¹¹⁴. Come si vedrà questa lettura risente di un certo sdoppiamento dogmatico operato rispetto ai caratteri della procedura di evidenza pubblica (cfr *infra* par. V). Anche in questa ottica un ruolo cruciale è riconosciuto al principio dell'affidamento.

Rinviando la trattazione del tema ai capitoli successivi, si può anticipare come secondo l'impostazione prevalente l'applicabilità dei principi civilistici di correttezza e buona fede alla fase di formazione dei contratti pubblici non sia vista in termini derogatori, ma piuttosto di integrazione. In altre parole, la disciplina dell'evidenza pubblica sarebbe speciale rispetto a quella prevista dal c.c. ma non propriamente derogatoria, non sussistendo un conflitto fra le regole speciali pubblicistiche ed i principi di diritto privato¹¹⁵. Viceversa, un'incompatibilità è piuttosto ravvisabile in fase esecutiva, posto che il principio fondamentale civilistico di *pacta sunt servanda* risulta incompatibile con la possibilità di *ius variandi* garantita in via derogatoria dalle regole in materia di contratti pubblici (cfr *infra* par. VI)¹¹⁶.

V. Le procedure di evidenza pubblica: molteplici significati, fonti e fini

Inquadramento generale. Il termine procedura di evidenza pubblica è stato coniato da una fortunata dottrina¹¹⁷, entrando ormai nel lessico giuridico e normativo¹¹⁸, per

¹¹³ Cfr in particolare riflessioni di G. MORBIDELLI, *Art. 2 - Principi*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (diretto da), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2013.

¹¹⁴ Quest'ultima, come si avrà ampio modo di approfondire nei capitoli successivi, sembra l'impostazione seguita dalla più recente giurisprudenza, come ben delineato da ultimo dall'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018, n.5.

¹¹⁵ Cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit. 140 ss.

¹¹⁶ Sul punto appaiono altresì interessanti le osservazioni di MELE relative al rapporto tra regole speciali di diritto pubblico e regole privatistiche. Secondo l'Autore, "Le due serie di eccezioni, sebbene simmetriche, hanno però una profonda differenza: quelle che si inseriscono a titolo pubblicistico nella fase privatistica sono eccezioni (o deroghe) di natura legale, individuate dal legislatore parecchi anni fa [a partire dall'all. F, l. 2248/1865] e tese a garantire alla p.a. un potere regolamentare rispetto a quello proprio caratteristico di un qualsiasi contraente; invece quelle che si inseriscono a titolo privatistico in un ambito pubblicistico sono eccezioni o deroghe di rango giurisprudenziale, venute fuori in questi ultimi o ultimissimi tempi e come tali danno il senso di quale è oggi la tendenza attuale dell'ordinamento nell'ambito della contrattualistica pubblica" (E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, III ed., Giuffrè, Milano, 2002, 19).

¹¹⁷ Il termine è stato coniato da M.S. GIANNINI (*L'attività amministrativa, lezioni 1961-62*, Roma, 1962; *Diritto amministrativo*, Milano, 1970).

¹¹⁸ In particolare, si fa riferimento ai "procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale" nella norma che stabilisce le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: cfr. art. 133(1)(e)(1) c.p.a.; si veda *infra* par. V.4.

identificare quel procedimento amministrativo che si inserisce – e rappresenta il fulcro – della fase di formazione dei contratti pubblici e che consente di esternalizzare il processo decisionale relativo al contratto e ad individuare il contraente della parte pubblica¹¹⁹.

L'evidenza pubblica è tuttavia un concetto complesso e sfaccettato, privo di una esatta definizione positiva. Ed essendo centrale per la presente analisi vi è la necessità di chiarirne il significato, i confini, le fonti e le diverse funzioni.

Si è visto nel paragrafo precedente come l'amministrazione, anche nella propria attività contrattuale di diritto privato, è comunque tenuta al perseguimento del pubblico interesse ed al rispetto dei fondamentali principi che reggono, in generale, l'attività amministrativa.

L'evidenza pubblica è tradizionalmente considerata come lo strumento fondamentale attraverso cui superare la tendenziale indifferenza dei contratti di diritto privato rispetto al fine perseguito e garantire invece il perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto dei principi che governano l'agire amministrativo¹²⁰. E tale strumento si sostanzia in un procedimento amministrativo che si inserisce nella fase di formazione contrattuale e che si conclude, di regola, con un *provvedimento amministrativo di aggiudicazione*¹²¹, impugnabile avanti il giudice amministrativo, sulla cui base verrà successivamente stipulato il relativo contratto. In particolare, riprendendo una citata impostazione dottrinale, si tratta di un procedimento "servente" o "strumentale" al successivo contratto¹²².

Peraltro, come subito si vedrà, l'evidenza pubblica è stata via via incaricata di svolgere molteplici funzioni, non necessariamente omogenee fra loro e talvolta, persino in potenziale contrasto. Il che, inutile dirlo, contribuisce alla complessità generale del sistema e non facilita il ruolo dell'interprete anche nell'applicazione di principi generali.

In linea generale, se l'evidenza pubblica configura, nella sua essenza, un sistema di atti regolati dal diritto pubblico e sottoposti al giudice amministrativo, il contratto stipulato fra il contraente pubblico ed il privato, così come la successiva fase di esecuzione del contratto sono invece regolati, seppur con alcune importanti deroghe, dal diritto civile e sono sottoposte al sindacato del giudice ordinario (cfr *infra* par. VI). In questo sta la natura ibrida spesso attribuita alla nozione di contratto pubblico¹²³.

¹¹⁹ Ancora A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 133 ss.

¹²⁰ V. LO PILATO, *L'attività contrattuale della p.a.*, cit., 471.

¹²¹ Nel provvedimento di aggiudicazione le due diverse anime che connotano la procedura di evidenza pubblica – quella negoziale e quella pubblicistica – si fondono dando vita ad un atto di difficile inquadramento dogmatico, in quanto sicuramente rilevante sia all'interno della 'serie negoziale', che in quella amministrativa. E proprio in ragione di questo difficile connubio che gli interpreti hanno nel tempo tentato di coniare una categoria "autonoma" di atti amministrativi negoziali (cfr anche A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 136 ss; V. LO PILATO *L'attività contrattuale della p.a.*, cit.). E lo stesso GIANNINI, che come visto si è occupato *funditus* della tematica in questione, riconosce proprio nel provvedimento di aggiudicazione il punto di incontro fra la fase negoziale e quella servente amministrativa (cfr *infra* in questo paragrafo).

¹²² A. MASSERA, *I contratti pubblici*, cit., 1567 ss.

¹²³ Su tutti, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 4. Ed altresì la sua peculiarità rispetto alle configurazioni di altri paesi europei (cfr. in particolare il modello francese e tedesco; per una disamina comparata si veda in generale R. NOGUELLOU, U. STELKENS (a cura di), *Droit Comparé des Contrats Publics, Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010.

L'evidenza pubblica intesa quale sequenza più o meno strutturata di atti che precedono (salvo quanto si dirà *infra* sugli atti della fase integrativi dell'efficacia, cfr. par. V.3) è tipica della maggior parte dei contratti pubblici ed è disciplinata in via generale dallo statuto di contabilità pubblica e per alcune tipologie di contratti da singole discipline speciali. Tra queste spicca senza dubbio la disciplina prevista dal d.lgs. 50/2016, sia per la rilevanza delle tipologie contrattuali ivi regolate, sia soprattutto per i recenti tentativi legislativi (cfr. *infra* par. IV) di farne lo statuto generale di tutti i contratti pubblici; ed infatti, nel lessico comune, viene già genericamente qualificato come 'codice dei contratti pubblici (cfr. *infra* su *fonti dell'evidenza pubblica*).

Sussistono peraltro ipotesi che, per svariate ragioni, sono sottratte all'evidenza pubblica intesa in particolare come sistema di regole previsto dal codice di contratti pubblici o dalle norme di contabilità (cfr. analisi par. V.3)¹²⁴.

Sul punto, si può osservare come nel lessico corrente si tenda ormai essenzialmente ad equiparare l'evidenza pubblica con la disciplina attualmente prevista dal d.lgs. n. 50/2016, obliterando la considerazione che la stessa nozione di evidenza pubblica è stata invece storicamente elaborata avendo in mente la disciplina di contabilità pubblica e che si può pertanto riferire a tutte le più ampie ipotesi ivi previste¹²⁵.

Da questo punto di vista vi è dottrina che riconosce e accoglie un'operatività estremamente ampia all'evidenza pubblica, affermando che "tutti i contratti pubblici (sia quelli passivi, che producono una spendita di denaro a fronte di prestazioni o di servizi, particolarmente gli appalti; sia quelli c.d. attivi, che producono un'entrata in termini finanziari, come le vendite e le locazioni) possono essere stipulati solo a seguito di un procedimento amministrativo (c.d. procedimento di evidenza pubblica) ... questo procedimento... è esteso ormai, sia pure con diversa intensità, a tutte le tipologie contrattuali e a tutti i modi di contrattazione, talchè uno spazio all'esercizio di autonomia negoziale delle organizzazioni pubbliche si può dire ormai insussistente"¹²⁶. Questo sempre sul presupposto che se vi è una procedimentalizzazione vi è attività discrezionale piuttosto che autonomia negoziale¹²⁷.

¹²⁴ Si può qui osservare come la scelta di ampliare o restringere queste ipotesi - lasciando così un più o meno ampio margine di azione all'amministrazione procedente - è anch'essa di tipo "politico" (cfr. *infra* S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit.) e tende a mutare col mutare delle sensibilità del momento storico. Prova ne sono i continui rimaneggiamenti con specifico riferimento alle eccezioni previste dal c.c.p., cfr. *infra* par. V.3. E, da questo punto di vista, alcuni Autori hanno invece messo in rilievo il fenomeno di "fuga dalla procedura di evidenza pubblica" viste come gabbie formalistiche e inefficienti, a favore di strumenti operativi più snelli e svincolati (cfr. A. BUSCEMA E S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 118-119).

¹²⁵ Il legislatore, invero, sembra dare atto di questa diversa ampiezza proprio nello stabilire i confini della giurisdizione esclusiva laddove afferma che sono rimesse al giudice amministrativo "le controversie... relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria *ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale...*" (art. 133(1)(e)(1) c.p.a.). Sul punto si vedano le riflessioni di M. LIPARI, *Giurisdizione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, 628 ss. Cfr. *infra* para V.4.

¹²⁶ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione costituzionalizzata*, cit.; per una riflessione in tal senso si veda anche M. BALDI, *Principio generale della gara e scelta del socio privato* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 889) in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1135.

¹²⁷ Sul quale si rinvia però a par. IV.

Vi è infine la sensazione che il concetto di evidenza pubblica venga talvolta utilizzato in senso ancora più lato ed "atecnico" per affermare il principio per cui, comunque, stante la sussistenza del vincolo di scopo e la necessità di rispettare i vincoli di imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa, per qualsiasi tipo di contratto si avrà una qualche forma, da un lato, di deroga e, dall'altro, di preventiva valutazione provvedimentale e/o di procedimentalizzazione, ancorché più o meno informale. In quest'ottica l'evidenza pubblica viene vista come un meccanismo di garanzia tanto per l'amministrazione quanto per i suoi interlocutori e definisce i confini della discrezionalità amministrativa e, da questo punto di vista, si può arrivare ad affermare che tutti i contratti pubblici di diritto privato siano "ad evidenza pubblica"¹²⁸.

Quest'ultimo inquadramento tuttavia, se può esser utile a ribadire un principio di carattere generale, risulta troppo incerto sul piano normativo e, quindi, non appare idoneo ad identificare i confini della presente indagine, che, nel fare riferimento ai contratti ad evidenza pubblica, farà riferimento soprattutto alle ipotesi previste dal codice dei contratti pubblici ed, in via residuale, dalla disciplina di contabilità pubblica.

Sotto altro punto di vista, è importante sottolineare che nelle procedure di evidenza pubblica, la p.a. non esercita propriamente un potere autoritativo nel senso che non potrebbe, nell'attuale configurazione ordinamentale, costringere l'operatore economico a negoziare e concludere il contratto, a differenza di quanto invece possibile ad es. nel caso di acquisto del terreno in luogo di decreto di esproprio¹²⁹.

Il che peraltro non significa che se il soggetto pubblico è insignito di poteri autoritativi unilaterali (sul punto si rinvia al par. V.1.) esso non possa esercitarli, nei limiti previsti dalla legge, sia nella fase precontrattuale che in quella esecutiva. Ma questi poteri attengono piuttosto alle modalità di disciplina del rapporto - e si giustificano nel fatto che la p.a., conserva la propria discrezionalità se la possiede *ab origine*, su cui vedi *infra* - e consentono al soggetto pubblico *in primis* di aggiudicare (escludendo così tutti gli altri operatori) ed altresì di non aggiudicare, di non concludere il contratto, di modificarlo, di sciogliersi etc., ma non di forzare il soggetto privato a fornirgli determinate prestazioni che questo offre, in generale, sul mercato.

Inoltre, si suole tradizionalmente ripetere che l'evidenza pubblica non sia caratterizzata da poteri autoritativi in quanto nell'ambito di tali procedimenti - che non a caso storicamente

¹²⁸ In quest'ottica si può infatti sostenere che persino tutte le procedure concorsuali che precedono e caratterizzano la contrattazione del pubblico impiego costituiscano in senso lato una forma di procedura di evidenza pubblica; cfr. *infra* analisi in par. V.2.

¹²⁹ L'attribuzione di rilevanza funzionale alla formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione comporta la qualificazione dei relativi atti come atti amministrativi nel sopra visto significato di sottoposizione al vincolo all'interesse e di rilevanza esterna, e non anche in quello tradizionale di autoritatività ed imperatività. Cfr. C. MARZUOLI, *Consenso e attività amministrativa in due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 1998,2, 595.

Alcuni hanno sottolineato come anche questa corrisponda ad una scelta 'politica' che traspare dall'attuale dato positivo posto che "l'amministrazione ben potrebbe trasportare beni e risorse sul piano pubblicistico e dunque imporre ai privati una disciplina sottoposta al regime pubblicistico; e di scelta che acquista una precisa connotazione giuridica allorché il legislatore sottomette l'amministrazione agli strumenti di diritto privato imponendogliene - nei contratti ad evidenza pubblica - l'impiego, con una scelta che appare, quanto meno oggi, improntata ai principi fondanti dell'economia di mercato" (S.S. COCA *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 58).

venivano comunque ricondotti all'attività gestionale di diritto privato della p.a. - il perseguimento dell'interesse pubblico avviene indirettamente.

In particolare, da un lato, le procedure di evidenza pubblica costituiscono il luogo di *esternalizzazione* del processo decisionale relativo al contratto¹³⁰, ma si pongono tendenzialmente già a valle di una serie di scelte discrezionali circa l'interesse pubblico sotteso alla conclusione di quel determinato contratto (eg. circa l'opportunità di acquisire un determinato servizio, la scelta delle caratteristiche che lo stesso deve avere etc.); valutazioni che tipicamente emergono in quell'atto prodromico che è la deliberazione a contrattare (cfr *infra* par. V.3). Dall'altro, come opportunamente osservato, mentre il provvedimento in generale dispone direttamente del regolamento di interessi nella fattispecie concreta, gli atti dell'evidenza pubblica, invece, non producono autonomamente tali effetti per i quali è necessaria la conclusione del contratto¹³¹.

In questo senso, dunque, le procedure di evidenza pubblica non possono dirsi espressione di amministrazione attiva¹³² né propriamente sede di quel classico temperamento di interessi primari e secondari che è tipico del procedimento amministrativo per come in generale disciplinato dalla l. 241/1990. Ma, è bene precisare, sono comunque funzionali al perseguimento di un interesse pubblico e proprio per questo i poteri autoritativi di intervento riconosciuti in tale ambito, devono comunque essere coerenti e conformi con il perseguimento di tale fine. Queste considerazioni si rivelano, in particolare, molto significative rispetto alla possibilità di identificare correttamente l'interesse pubblico perseguito nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica (cfr *infra* cap IV, par. II).

Inquadramento dogmatico. Secondo l'impostazione tradizionale elaborata da GIANNINI, la procedura di evidenza pubblica si caratterizza per la presenza di due procedimenti (o "serie") paralleli ma distinti: un primo procedimento *negoziale* volto alla formazione della volontà contrattuale, disciplinato salvo deroghe, dal diritto privato; un secondo procedimento *amministrativo*, disciplinato da regole di diritto pubblico e costituito da una sequenza di atti amministrativi, per mezzo del quale la p.a. estrinseca le ragioni di pubblico interesse per concludere quel determinato contratto, nonché le ragioni per cui sceglie una determinata controparte privata¹³³. Gli atti amministrativi che compongono questo secondo

¹³⁰ Cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 133 ss.

¹³¹ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986, 98.

¹³² Sebbene si sia pienamente consapevoli dell'ampio e ormai stratificato dibattito sulle molteplici possibilità di perseguire obiettivi di *public goals* e *policies specifici* e ulteriori proprio tramite le procedure di evidenza pubblica (Ad esempio per la possibilità di inserire clausole e modalità attente ad uno sviluppo sostenibile etc.); il tema tuttavia fuoriesce dall'attuale campo di indagine. Per un'analisi generale: S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹³³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 363 ss. Cfr. anche riflessioni di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 455 ss; cfr. anche F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., 846 ss et in partic. 850.

procedimento assicurano in generale il perseguimento del pubblico interesse ed il rispetto del principio di legalità¹³⁴.

Gli atti dei due procedimenti sono considerati indipendenti fra loro quanto alla validità; tuttavia esiste necessariamente un raccordo fra gli stessi: “esso ha come cerniera l’efficacia degli atti della serie negoziale: alcuni atti della serie procedimentale condizionano gli atti della serie negoziale, agendo come fatti permissivi o impeditivi, e pertanto attribuendo efficacia ad atti dell’altra serie, o impedendo che l’acquistino, o creando presupposti che legittimano l’esercizio di situazioni soggettive della parti del rapporto negoziale”¹³⁵.

Questa elegante e complessa soluzione dogmatica ha storicamente consentito di coniugare, almeno formalmente, l’autonomia contrattuale e la discrezionalità amministrativa (qui intesa come finalizzazione pubblicistica)¹³⁶: nella serie procedimentale la p.a. spenderebbe infatti discrezionalità amministrativa, mentre in quella negoziale essa farebbe uso della propria autonomia contrattuale. Ed aveva altresì il pregio di coniugare ad un tempo sia la neutralità del contratto che il pubblico interesse: il mancato perseguimento dello stesso infatti si traduce in un vizio dell’atto e della serie amministrativa che solo indirettamente e solo a certe condizioni si ripercuote sulla serie negoziale.

Questa impostazione ha avuto enorme fortuna e rilevanza nel pensiero dottrinale e nell’argomentare giurisprudenziale. E mantiene una sua risonanza anche oggi, nonostante i principali problemi relativi agli effetti dei vizi della sequenza procedimentale sul contratto siano ormai stati risolti sul piano normativo – con un importante intervento della normativa europea – e nonostante si siano nel tempo succedute ricostruzioni diverse, tutte accomunate dalla qualificazione dell’evidenza pubblica come un *procedimento unico*¹³⁷.

Invero, la principale ragione per cui ci si sofferma su tale inquadramento dogmatico è che esso costituisce tuttora l’impalcatura argomentativa di molte sentenze relative al sindacato sulle scorrettezze della p.a. nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica (cfr. cap. II).

Rispetto a questa ricostruzione si impone tuttavia una precisazione di carattere terminologico. Quando si parla di evidenza pubblica si fa spesso riferimento al concetto di “struttura duale” e “struttura bifasica”. Le due nozioni, tuttavia, rinviano ad aspetti differenti che, sebbene talvolta gli interpreti ne facciano un uso incerto e/o sovrapposto, non vanno confusi. Con struttura duale o doppia si fa riferimento proprio alla ricostruzione sopra delineata di “serie amministrativa” che doppia e corre parallela alla “serie negoziale”. Con struttura bifasica si fa invece riferimento al susseguirsi di una fase precontrattuale retta, in senso ampio, dalle regole pubblicistiche dell’evidenza pubblica e della successiva fase “privatistica” che interviene dopo la stipula del contratto e che è retta, salvo deroghe, dal

¹³⁴ Secondo GIANNINI la “serie procedimentale” vede protagonisti soprattutto l’amministrazione procedente e l’organo di controllo, che è incaricato di verificare il rispetto degli atti posti in essere nella procedura amministrativa con il principio di legalità.

¹³⁵ A. E. S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 116, riprendendo ovviamente il pensiero di GIANNINI.

¹³⁶ Cfr. *amplius* le riflessioni dell’Autore presentate in par. IV.

¹³⁷ Sulle altre ricostruzioni dottrinali si rinvia alla valida sintesi di V. LO PILATO, *L’attività contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 472 ss.

diritto privato (e l'art. 30, comma 8, c.c.p., per cui si rinvia al par. VI, ricalca questa seconda nozione).

La struttura bifasica, come appena chiarita, rappresenta una delle caratteristiche fondamentali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione ed è intesa a garantire il perseguimento sia del pubblico interesse che della trasparenza e parità di accesso fra gli operatori economici.

Le fonti di riferimento e l'evoluzione dei fini. La nozione di evidenza pubblica è, come detto, una nozione dottrinale, elaborata avendo come punto di riferimento la disciplina di contabilità pubblica e le normative speciali che da sempre regolano alcune fondamentali tipologie contrattuali (cfr. *infra* par. II). È quindi agevole subito constatare come la nozione di procedura ad evidenza pubblica non corrisponda ad un unico regime, ma vari in funzione del tipo e dell'oggetto contrattuale. Inoltre, alcuni contratti sono estensivamente regolati, mentre altri sono sottoposti unicamente ai principi generali.

In questa sede non si vuole ricostruire – non essendo decisivo ai fini della successiva analisi – un'evoluzione dettagliata di tutti gli interventi normativi che hanno coinvolto la materia né di tutte le singole tipologie contrattuali rispettivamente disciplinate. L'obiettivo è piuttosto quello di mostrare come la previsione di una procedimentalizzazione – si ripete, più o meno intensa – della fase di scelta del contraente sia principio risalente e generalizzato. Principio che viene declinato in due testi normativi fondamentali che, tuttavia, differiscono sia per provenienza che per finalità (primaria).

Le leggi di contabilità pubblica fornivano una cornice generale di regole di evidenza pubblica, costituendone ad un tempo la principale base legale. Peraltro, già in origine esse dovevano coordinarsi con le regole speciali previste per alcune tipologie contrattuali; tra cui in particolare si rammenta la risalente disciplina speciale in materia di opere pubbliche¹³⁸.

Le leggi di contabilità pubblica hanno da tempo stabilito il principio generale per cui:

“I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata. I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione”¹³⁹

¹³⁸ È bene rammentare che la disciplina di aggiudicazione dei lavori pubblici era già stata disciplinata in via speciale dall'All. F della l. n. 2248/1865 e successive modifiche; cfr. par. II. Peraltro, le due normative erano interdipendenti posto che in seguito all'entrata in vigore dello statuto di contabilità pubblica, l'art. 325 della l. 2248/1865 sancì che: “Alla esecuzione dei lavori e alle somministrazioni si provvede per mezzo di contratti stipulati dal Ministero dei lavori pubblici o suoi delegati, o per economia, nei limiti e secondo le norme prescritte dalla legge sulla contabilità generale dello Stato.”

¹³⁹ Art. 3, commi 1 e 2, R.D. n. 2440/1923. In linea di principio, i contratti attivi includono le vendite di *assets* dello Stato, le locazioni, i prestiti, le concessioni di beni demaniali etc.; i contratti passivi invece includono i contratti di appalto, quelli di concessione di lavori e servizi, i design contest, le rendite passive etc.

Si è così tradizionalmente configurata una *summa divisio* tra i c.d. contratti attivi, produttivi di un'entrata per lo Stato e quelli passivi, dai quali derivi invece una spesa¹⁴⁰, individuando per entrambi un principio comune di *favor* per la pubblica gara nella scelta del contraente¹⁴¹. La gara/incanto rappresentava quindi la regola, mentre il ricorso alla trattativa privata era visto, in linea di principio, come un'eccezione cui ricorrere in caso di "speciali ed eccezionali circostanze" o che comunque doveva essere espressamente prevista da leggi speciali o dalle stesse regole di contabilità pubblica¹⁴². Peraltro, proprio tali regole prevedevano una serie di esclusioni importanti soprattutto con riferimento alle privatizzazioni ed alle dismissioni di beni immobiliari pubblici (sul punto si rinvia all'analisi al par. V.3¹⁴³).

L'approccio seguito dalla regolamentazione contabilistica muoveva dalla convinzione che la p.a. fosse incapace - se lasciata libera ed incontrollata - di compiere le scelte più adeguate ed efficienti al perseguimento dell'interesse pubblico. Si trattava di un soggetto in qualche modo da tutelare, anche da se stesso. Ed in quest'ottica, la procedura amministrativa di evidenza pubblica veniva essenzialmente concepita come un complesso sistema di verifiche e controlli dell'attività dell'amministrazione. Lo scopo era, in un certo senso, tutelare la cosa pubblica sia dai privati, ma anche - se non soprattutto - dall'incapacità e possibile corruzione dei propri funzionari¹⁴⁴. In ogni caso, in origine, il perseguimento del principio di concorrenza era percepito come qualcosa di ancillare, quando non proprio talvolta in contrasto con l'interesse del contraente pubblico¹⁴⁵.

Il tendenziale monopolio normativo - e finalistico - delle leggi di contabilità pubblica è durato sino alla fine degli anni '70; momento in cui sono entrate in scena le regole europee in materia di *procurement*.

¹⁴⁰ Si veda in generale R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 121 ss; A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1601 ss.; sulla nozione e regolamentazione dei contratti attivi si rinvia anche a G. MANFREDI, *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 29, n. 89 (1-2016), 41.

¹⁴¹ In termini ancora più netti si esprime l'art. 37 del Regolamento R.D. n. 827/1924, affermando che "Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato devono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli".

¹⁴² Cfr. Art. 6, comma 1, R.D. n. 2440/1923; e art. 41 del Regolamento R.D. n. 827/1924. Peraltro, in pratica, le autorità amministrative spesso derogavano al principio della gara anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle espressamente previste, adducendo soprattutto motivazioni di urgenza. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione costituzionalizzata*, cit., 133. Sulla disciplina generale della contabilità pubblica ed, in particolare, sulle problematiche storiche attinenti all'ipotesi di trattativa privata si veda A. e S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 488 ss.

¹⁴³ Esclusioni che, peraltro, ai fini che qui rilevano, non implicavano necessariamente un'assenza di regole, ma piuttosto la previsione di normative speciali "ad hoc"; così in materia di privatizzazioni e dismissioni.

¹⁴⁴ Più in generale, attenta dottrina, ha chiarito come il sistema italiano sia stato tradizionalmente caratterizzato, anche rispetto ad altri ordinamenti, per una mancanza di fiducia rispetto ai propri funzionari. E quindi teso sempre a limitarne ed irreggimentarne l'operato. Cosa che, peraltro, è spesso vista dal funzionario con favore, posto che la riduzione della discrezionalità nella singola scelta riduce altresì il rischio di una responsabilità erariale. Bisogna ammettere che tale tendenza è, nel complesso, tutto fuorché superata. E molti autori, attenti al canone dell'efficacia ed effettività ed ai risultati dell'azione amministrativa continuano a denunciare questo come uno dei principali mali che tuttora affliggono la contrattualistica pubblica (e non solo). Per una critica si veda *ex multis* G.D. COMPORTELLI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2017, 2, 177.

¹⁴⁵ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 17 ss.

L'avvento della normativa europea ha innanzitutto comportato un generale slittamento di *ratio* delle regole di formazione dei contratti pubblici¹⁴⁶. Se l'obiettivo tradizionale delle regole di contabilità pubblica era quello di assicurare il buon andamento e l'imparzialità (e così prevenire anche fenomeni corruttivi), l'avvento del diritto europeo, ha posto al centro il principio di concorrenza e trasparenza. Col tempo, infatti, la regolamentazione e procedimentalizzazione della fase di formazione contrattuale è stata vista come uno strumento per assicurare la tutela di terze parti e, soprattutto, degli operatori economici coinvolti. Ed assicurare un'ampia ed effettiva concorrenza non era più percepito come un obiettivo secondario, alternativo, se non confliggente, con l'interesse pubblico, ma al contrario come uno dei modi/strumenti migliori per assicurarlo.

Per effetto della legislazione comunitaria, si andava poi ampliando la sfera di contratti pubblici disciplinati in via speciale e derogatoria rispetto alle norme sulla contabilità pubblica, coinvolgendo sia i contratti pubblici concernenti l'appalto di opere e successivamente anche quelli di forniture e servizi¹⁴⁷.

Allo stato attuale, la maggior parte dei contratti passivi sono regolati dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016, c.c.p.), il quale essenzialmente ha trasposto le ultime direttive europee in materia di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture, sia nei settori ordinari che speciali¹⁴⁸. Regola altresì, seppur "incidentalmente" talune ipotesi di contratti attivi, quali le sponsorizzazioni, ed alcuni contratti "associativi" quali i partenariati pubblico privati e le società miste. Fornisce altresì la disciplina di inquadramento di alcune tipologie di contratti non rientranti nell'ambito di applicazione del codice, quali l'*in-house providing* e le cooperazioni tra pubbliche amministrazioni¹⁴⁹. È bene considerare come rispetto alle ipotesi *in house* e a quelle che vedono la costituzione di una società mista a partecipazione pubblico-privata parte importante della disciplina è oggi contenuta anche nel d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSPP).

¹⁴⁶ Per un'analisi, tra i tanti, G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici* in G. GRECO (ed) *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario ed italiano*, Giuffrè, Milano, 1990, 12 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 17 ss.; più di recente: R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *giustamm.it*, aprile 2020. Per l'analisi più ampia dell'impatto del diritto comunitario sui rapporti tra amministrazione e diritto privato si rinvia anche a par. II.

¹⁴⁷ H. SIMONETTI, ult. op. cit., 8 ss.

¹⁴⁸ L'attuale Codice, così come i suoi predecessori, è stato – ed è – soggetto ad un infinito processo di modifica e integrazione; le cui ultime due tappe sono costituite dal d.lgs. n. 32/2019 (che è ancora in buona parte da implementarsi) e dal d.l. Semplificazioni 2020 (n...), nato nell'ambito della normativa emergenziale ma portatore di ulteriori modifiche al testo normativo del codice. Si veda in generale per un'analisi sulle ultime riforme M.P. CHITI, "Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti", in *Gior. dir. amm.*, 2019, 6, 719; nello stesso numero della rivista si veda, con riferimento a singoli aspetti della regolamentazione nazionale: C. GUCCIONE, (724); M. DUGATO (737); L. FIORENTINO, (741); D. GALLI (746). Questa non è la sede per discutere le ragioni e le conseguenze di questa ricorrente modalità di agire del legislatore italiano. Tuttavia, non v'è dubbio che questo incessante ed incerto lavoro è alla base di molti problemi di coordinazione ed interpretazione di numerose previsioni legislative del codice. Così come pure, ciò contribuisce a minare la stabilità e affidabilità del sistema della contrattualistica nel suo complesso.

¹⁴⁹ Per una chiara ed esaustiva panoramica delle 'tipologie contrattuali' al di là della divisione concettuale tradizionale attivi/passivi si rinvia in generale a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 117 ss.

Le regole di contabilità pubblica disciplinano ancora in linea generale i contratti attivi e gli altri contratti esclusi o estranei dal codice dei contratti pubblici (e in generale contratti non altrimenti disciplinati da normativa di settore)¹⁵⁰.

Peraltro, come anticipato (cfr. par. IV) i due sistemi normativi trovano ora un punto di incontro nell'attuale formulazione dell'art. 4 c.c.p. che – in un tentativo di uniformazione della materia - individua alcuni principi generali applicabili a tutti i contratti esclusi dal codice ed anche ai contratti attivi. Tale ultimo riferimento ai contratti attivi deve ritenersi “nostrano” posto che il diritto europeo del *public procurement*, si è tradizionalmente mostrato meno interessato agli stessi ed, in ogni caso, non riconosce nella propria nomenclatura il binomio attivi/passivi.

Peraltro, ancorché essi siano tradizionalmente esclusi dall'ambito di applicazione delle Direttive¹⁵¹ (e delle relative trasposizioni nazionali), essi sono comunque soggetti al fondamentale sistema di regole europee in materia di aiuti di stato¹⁵². Lo stesso dicasi anche per altri contratti e rapporti parimenti esclusi dall'obbligo di svolgere una gara pubblica (su tutti l'ipotesi *in-house*). Ed un regime particolare è altresì previsto per una particolare ipotesi di contratti attivi, i.e. le concessioni demaniali¹⁵³.

Il quadro normativo di riferimento per i contratti pubblici deve poi essere completato con riferimento alle regole, sempre di derivazione europea, previste dalla Direttiva Rimedi ed attualmente trasposte negli artt. 121 ss del codice del processo amministrativo¹⁵⁴.

V.1. Sull'identificazione dei soggetti tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica

Sin qui si è fatto genericamente riferimento ai contratti pubblici – in senso lato – come contratti in cui è coinvolta una pubblica amministrazione, un soggetto pubblico. È tuttavia necessario identificare meglio i contorni di tale soggetto del rapporto, posto che, come chiarito dall'analisi che precede, la circostanza che una delle parti coinvolte sia *lato sensu*

¹⁵⁰ Sui contratti esclusi si veda A. MEALE, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 919. In generale si veda anche M. BALDI, *Principio generale della gara e scelta del socio privato* (nota a Cons. Stato, Sez. V., 4 marzo 2008, n. 889) in *Urb e app.*, 2008, 9, 1135.

¹⁵¹ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 122 ss. Si veda anche il Caso C- 451/08 *Helmut Müller* della Corte di giustizia.

¹⁵² La disciplina costituzionale in materia di aiuti di stato è contenuta negli artt. 107-109 TFUE. Per un'analisi generale sui rapporti fra i due mondi si veda, *ex multis*, A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition rules*, Hart, Londra, 2015, 135 ss.

¹⁵³ Cfr. Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi del mercato interno (cd. Direttiva Servizi), recepita a livello nazionale nel d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, spec. art. 16. Quest'ultimo profilo è stato da ultimo oggetto di intenso dibattito, ripetuti interventi normativi e giurisprudenziali e: su tutti si vedano da ultimo gli interventi dell'Adunanza plenaria n. 17 e 18 del 9 novembre 2021 con commento di R. CARANTA in *Giur. it.*

¹⁵⁴ Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; recepita nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, poi trasfuso, con alcuni adattamenti, negli artt. 121 ss. del codice del processo amministrativo.

pubblica comporta storicamente una serie di conseguenze circa il regime applicabile a tale rapporto negoziale, circa il giudice competente a conoscere di eventuali controversie e, conseguentemente, circa il rito applicabile. Ed il regime giuridico applicabile non è né unico, né immutato nel tempo. Quello che è certo, tuttavia, è che tale regime complessivamente differisce - o quantomeno prevede delle deroghe - da quello che sarebbe applicabile ove tutte le parti del rapporto fossero soggetti privati non sottoposti al perseguimento di fini di interesse pubblico.

L'attuale nozione di contraente pubblico comprende diverse tipologie di enti, sia di diritto privato che diritto pubblico; dotate o meno in linea generale di poteri autoritativi.

Comprende innanzitutto lo Stato, i diversi enti territoriali e le autorità pubbliche che valgono a comporre l'amministrazione in senso classico. In linea generale, questi enti sono titolari di poteri amministrativi ed agiscono tramite provvedimenti unilaterali; tuttavia è ormai pacifico che essi abbiano altresì capacità negoziale e possano, o talvolta debbano, compiere determinate attività tramite moduli contrattuali privatistici (cfr *infra* par. III).

La nozione di contraente pubblico include, tuttavia, anche altri enti, costituiti sia in base al diritto pubblico che privato.

In generale, tale nozione condivide due tratti fondamentali con la più ampia e storicamente problematica questione - la cui portata sfugge dal focus della presente analisi - relativa all'identificazione della nozione e dei caratteri di "amministrazione" ed "ente pubblico"¹⁵⁵.

In primo luogo, non esiste una definizione generale, univoca e fissa di "amministrazione pubblica": la qualificazione di un determinato soggetto giuridico come pubblico è sempre relativamente ad una data materia ed a un dato sistema di regole. Per questo gli interpreti hanno ormai da tempo coniato l'espressione di "nozione a geometrie variabili" rispetto alla definizione di pubblica amministrazione¹⁵⁶. Di conseguenza, gli enti pubblici non soggiacciono ad unico ed uniforme regime giuridico. Anche i recenti sforzi del legislatore, come ad esempio il codice previsto per le società a partecipazione pubblica¹⁵⁷, restano infatti settoriali.

Parimenti, come subito si vedrà, un determinato soggetto può qualificarsi come contraente pubblico - ed esser sottoposto al particolare regime giuridico che ne consegue - rispetto a determinati rapporti o rispetto a contratti aventi ad oggetto determinate prestazioni, in determinati settori, ma non rispetto ad altri. E, quindi, occorrerà guardare alla normativa che disciplina quella determinata materia, settore e categoria di contratti per stabilire quali

¹⁵⁵ Peraltro, tradizionalmente, un buon punto di riferimento è tuttora rappresentato dall'elenco contenuto nell'art. 1 del d. lgs 30 marzo 2001, n. 165 (T.U. sul pubblico impiego). Sul punto per un'analisi S. CASSESE, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 920 ss.

¹⁵⁶ La fortunata espressione è stata coniata da M.S. GIANNINI, si veda *L'attività amministrativa, lezioni 1961-1962*, Roma 1966; *Diritto amministrativo*, Milano, 1970. Sul punto si veda, *ex multis*, Cons. Stato, 26 maggio 2015, Sez. VI, n. 2660; Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

¹⁵⁷ D. lgs 19 agosto 2016, n. 175. Peraltro, come da più parti rilevato, l'esatta perimetrazione delle diverse nozioni proposte in tale normativa di "società a partecipazione pubblica" e "società a controllo pubblico", così come il - differenziato - regime applicabile resta tuttora oggetto di dibattito ed interpretazione. Per un commento: V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione costituzionalizzata*, cit.

soggetti siano qualificabili come contraenti pubblici e quindi tenuti ad applicare il relativo regime.

In secondo luogo, i parametri identificativi sono diventati sempre meno formalistici. E quindi un ente è pubblico non tanto perché viene definito così dalla legge o dal suo statuto costitutivo, quanto piuttosto perché possiede determinati caratteri sostanziali che lo rendono pubblico, i.e. è governato, controllato e/o finanziato dallo Stato. E viceversa.

Questi parametri sostanziali e dinamici sono stati sviluppati a livello europeo e successivamente imposti agli Stati Membri soprattutto per identificare la nozione di contraente pubblico ed, in particolare, per stabilire se un determinato soggetto giuridico fosse tenuto al rispetto delle c.d. procedure di evidenza pubblica laddove intendesse concludere determinati contratti di appalto (e successivamente di concessione).

In altre parole, è proprio rispetto alla nozione di contraente pubblico, *rectius* di amministrazione aggiudicatrice, per di più solo rispetto a determinate tipologie di contratti, che più si sono registrati i susposti fenomeni evolutivi di qualificazione giuridica “sostanziale” e “settoriale”.

Essenzialmente, la qualificazione di un determinato soggetto giuridico in termini di contraente pubblico dipende dal modo in cui quel determinato ente è finanziato, amministrato e/o controllato. Dipende dal suo rapporto con lo Stato, con l’organizzazione pubblica e con le risorse pubbliche. Questo aspetto si coglie perfettamente guardando alle definizioni – di matrice europea – di organismo di diritto pubblico e impresa pubblica¹⁵⁸.

All’interno della nozione dei contraenti pubblici, si può distinguere - sebbene questo non sia un *discrimen* particolarmente valorizzato nelle schematizzazioni più diffuse - a seconda che il contraente sia titolare o meno di poteri autoritativi ed unilaterali.

Guardando, ad esempio, alle definizioni di organismo di diritto pubblico o impresa pubblica¹⁵⁹, ci si rende conto che la titolarità di poteri autoritativi non costituisce un elemento determinante ai fini della qualificazione in termini di contraente pubblico. E, quindi, nell’attuale ordinamento, ben può essere - ed è - che un soggetto sia tenuto alle regole di evidenza pubblica ma non sia altresì dotato dei poteri autoritativi tipici delle amministrazioni in senso classico ed, in particolare, dei poteri di intervento in autotutela¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Sul punto si rinvia in generale all’inquadramento in R. CARANTA, A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di) *European Public Procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU*, cit.; si veda anche *ex multis*, D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in-house*, Jovene, Napoli, 2009. A livello nazionale, sul rapporto fra organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica, *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; id. 26 maggio 2015, n. 2660; id. 11 luglio 2016, n. 3043. Per un’interessante analisi si veda anche D. PALAZZO, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell’ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, 155.

¹⁵⁹ Sulla nozione di organismo di diritto pubblico si veda la fondamentale sentenza della Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, C-44/96 *Mannesmann*; id. 10 novembre 1998, causa C-360/1996 *BFI Holding*; da ultimo si veda anche l’importante sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 2021, n. 155, Cause riunite C-155/19 e C-156/19, con nota di G. FIDONE, *Sul rapporto tra Coni e Federazioni sportive e sulla loro qualificazione come organismi di diritto pubblico* in *Giur. comm.* 2021, 5, 950. A livello nazionale si segnalano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2008, n. 7031; Cass. Sez. Un., 28 marzo 2019, n. 8673.

¹⁶⁰ Peralto, la giurisprudenza è storicamente intervenuta proprio per ovviare a questa situazione di fondo e, così, da un lato investire di poteri pubblicistici e di autotutela anche soggetti che di per sé ne sarebbero privi

Questo aspetto è interessante nell'ambito della presente analisi posto che, come si vedrà, all'interno delle procedure di formazione contrattuale è proprio nell'esercizio di poteri autoritativi di secondo grado da parte del contraente pubblico che si annidano i principali problemi sul piano concettuale e pratico del fenomeno delle scorrettezze precontrattuali.

Dal punto di vista del fenomeno in analisi, invero, l'aspetto decisivo e più problematico non è dato tanto dal fatto che il contraente pubblico sia sottoposto a vincoli formali e procedurali ulteriori, quanto piuttosto dal fatto che sia dotato di poteri e prerogative unilaterali e derogatorie rispetto a quelle proprie di un rapporto paritetico fra privati.

V.2. *Sui limiti dell'evidenza pubblica*

Vi sono infine ipotesi di contratti della pubblica amministrazione che non sono preceduti da una fase di evidenza pubblica. Questa categoria residuale, tuttavia, non è omogenea quanto al regime applicabile e le *ratio* per cui non sussiste l'obbligo di evidenza pubblica possono essere diversificate. Inoltre, rifacendoci alle diverse latitudini del concetto di evidenza pubblica delineate al paragrafo V, si può dire che vi sono casi in cui non trova applicazione l'evidenza pubblica per come intesa dal c.c.p. e dalle leggi di contabilità ma, nondimeno, sussiste una regolamentazione di tipo pubblicistico e procedimentalizzato della fase che precede la stipula del contratto e/o comunque sussistono forme di regolamentazione più o meno formale che precedono l'instaurazione del rapporto.

Vengono innanzitutto in rilievo i casi espressamente previsti dallo stesso codice dei contratti pubblici (in linea con quanto stabilito dalle Direttive europee)¹⁶¹. All'interno di queste, peraltro, si possono distinguere due tipologie principali.

Al primo gruppo appartengono i casi in cui è ammesso il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, i cui presupposti sono stabiliti in via generale dall'art. 63 c.c.p. (rubricato come "Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara"). Queste ipotesi ricalcano essenzialmente le modalità previste dalla legge di contabilità pubblica per poter ricorrere alla trattativa privata (art. 41 R.D. 827/1924).

Posto che l'amministrazione è tenuta naturalmente anche in questo caso a perseguire l'interesse pubblico (anzi a ben vedere si ritiene che tale procedura sia ammissibile solo in quanto assicuri meglio il perseguimento dell'interesse pubblico nel caso specifico), la giurisprudenza, che soprattutto in tempi recenti guarda con sfavore a tale possibilità, impone che il ricorso alla procedura negoziata debba *comunque* essere preceduto da una delibera a contrarre che tenga conto degli interessi in conflitto e che motivi sul ricorso alla procedura negoziata¹⁶².

e dall'altro, di ampliare la tutela dei terzi rispetto all'atto. Emblematica da questo punto di vista è la scelta pretoria di qualificare quale atto amministrativo di "organo indiretto" della p.a. gli atti di aggiudicazione degli appalti dei concessionari di opere pubbliche. E così sottoporli al relativo regime. In giurisprudenza a partire dalla storica Cass. Sez. Un. 29 dicembre 1990, n. 12221. Si veda l'analisi di V. CERULLI IRELLI in *Note critiche*, cit., 226-227.

¹⁶¹ Si veda in generale R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 454 ss.

¹⁶² Cfr *infra* par. V.3.

In generale, il ricorso a tali procedure al di fuori dei casi previsti è sindacabile davanti al giudice amministrativo, mentre eventuali controversie relative al rapporto contrattuale in sé restano attratte nella giurisdizione del giudice ordinario.

Il Codice prevede ulteriori ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza bando in caso di contratti sottosoglia¹⁶³. Peraltro, la circostanza che anche in questi casi si prevedano comunque alcune regole procedurali, sia pure con vincoli più informali, consente di escludere che si tratti veramente di un'eccezione al principio generale dell'evidenza pubblica.

Vi è poi secondo gruppo di ipotesi per cui il codice non prevede il ricorso alla gara: si tratta in particolare nelle ipotesi c.d. di organizzazione in-house e di accordi fra pubbliche amministrazioni. In questi casi la *ratio legis* europea di tutela della concorrenza e di apertura al mercato viene meno e, pertanto, viene altresì meno l'obbligo di gara¹⁶⁴. Non sussiste l'obbligo di assicurare la concorrenza, l'imparzialità in quanto lo Stato non sta esternalizzando una determinata prestazione sul mercato. E quindi non è più necessario assicurare una corretta competizione ed una parità di trattamento fra gli operatori economici in concorrenza. Tuttavia, questi casi sono comunque regolati dal codice dei contratti pubblici – ed in parte dal T.U.S.P.P.¹⁶⁵ – nel senso che è lo stesso codice a stabilire i requisiti necessari per poter ricorrere a tali formule organizzative e contrattuali.

La disciplina di evidenza pubblica è altresì esclusa per una serie importante di 'contratti attivi'¹⁶⁶. In particolare, l'art. 21 del R.D. 2440/1923 ha stabilito il principio per cui "*L'alienazione degli immobili dello Stato, quando non sia regolata, per determinate categorie di beni, da leggi speciali, deve essere autorizzata, caso per caso, con particolari procedimenti legislativi*". E, quindi, come opportunamente rilevato, le ipotesi più rilevanti di privatizzazioni di imprese pubbliche e dismissioni di altri beni pubblici sono state regolate da discipline speciali, in deroga alle norme generali di contabilità pubblica¹⁶⁷. Peraltro, si può osservare come la previsione di una disciplina ad hoc per la singola operazione consenta di escludere che si tratti di un rapporto retto esclusivamente dal diritto privato.

V.3. Le fasi dell'evidenza pubblica e del rapporto contrattuale

Tradizionalmente, la dottrina identifica alcune macro-fasi dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni nei contratti ad evidenza pubblica: (i) la fase della delibera a contrarre; (ii) la fase centrale di scelta del contraente, aggiudicazione e stipulazione del

¹⁶³ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 539.

¹⁶⁴ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 25 ss.

¹⁶⁵ Cfr. art. 16 d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

¹⁶⁶ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 122 ss.

¹⁶⁷ Cfr., *ex multis*, R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998. Nel caso C- 451/08 *Helmut Müller*, la Corte di giustizia ha stabilito che la vendita di un terreno immobiliare non costituisce una "procurement transaction" e quindi non rientra nell'ambito di applicazione delle Direttive appalti.

contratto; (iii) la fase di approvazione del contratto; (iv) la fase di esecuzione dello stesso¹⁶⁸. Taluni considerano che l'evidenza pubblica copra sino alla fase (iii); talvolta invece si tende ad identificare restrittivamente l'evidenza pubblica solo con la fase centrale (ii).

Questa distinzione è solo in parte ripresa e fatta propria dalle fonti che regolano la materia contrattuale. Essa tuttavia traspare sia dalla disciplina di contabilità pubblica, sia dalla la disciplina di settore contenuta nel codice dei contratti pubblici (ora, art. 32 c.c.p., significativamente rubricato come "fasi delle procedure di affidamento"¹⁶⁹). Quest'ultima, tenuto conto anche della *ratio* di derivazione europea si preoccupa di fissare i principi e le regole procedurali soprattutto per la fase (ii) e alcune regole particolari per la fase (iv); si limita invece a dare conto della fase (i) ed a fissare i parametri generali relativi alla fase (iii).

Peraltro, si ritiene importante ai fini della presente analisi soffermarsi sulla scansione e sui caratteri generali di questi diversi segmenti; soprattutto con riguardo alle fasi di deliberazione ed approvazione che tendono, proprio in quanto avvengono in buona parte in luoghi e presso organi *esterni* dalla sequenza di formazione contrattuale di evidenza pubblica *stricto sensu* intesa.

E ciò in quanto queste fasi possono spesso incidere sensibilmente sull'episodio contrattuale e, talvolta, (cfr. analisi delle varianti capitolo II), essere il luogo deputato al nascere e/o al concretizzarsi della scorrettezza dell'amministrazione. Più in generale, queste fasi danno bene il senso della tuttora irriducibile specialità che anima i rapporti contrattuali della pubblica amministrazione e di come permangano al suo interno sistemi di controllo e determinazione del potere di stampo pubblicistico.

(i) *La deliberazione a contrattare*. Si tratta, come ben osservato, di "uno dei momenti più significativi dell'intera procedura dell'evidenza pubblica ai fini del raggiungimento delle finalità di essa proprie"¹⁷⁰. Quantomeno delle finalità pubbliche contabilistiche e di buon andamento. E, nondimeno, essa non è compiutamente disciplinata, soprattutto con riferimento al valore ed agli effetti della stessa, né dalla normativa di contabilità di stato, né dal codice dei contratti pubblici. L'art. 32, comma 2 c.c.p. si limita infatti a stabilire che: "prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte"¹⁷¹.

¹⁶⁸ Si veda in generale A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1575 ss.; V. LO PILATO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili generali*, in V. LO PILATO, R. CHIEPPA (a cura di) *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2007, 479 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 534 ss.

¹⁶⁹ La norma riprende quanto già previsto dal vecchio codice d. lgs. 163/2006 agli artt. 11 e 12.

¹⁷⁰ A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1577. Qui peraltro l'Autore aveva in mente le finalità c.d. di contabilità pubblica e non quelle di derivazione europea che animano piuttosto la successiva fase di scelta del contraente (cfr *infra* par. V).

¹⁷¹ In termini più generali si esprime l'art. 192 TUEL, ai sensi del quale: 1. *La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.*; 2. *Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o*

Essa costituisce la dichiarazione di intenti dell'amministrazione circa la propria volontà di addivenire alla stipula di un determinato contratto, con determinate modalità ed oggetto per il perseguimento di un suo determinato bisogno e/o interesse. È in questa sede che le amministrazioni devono esternare ad es. in ordine alle deroghe al bando-tipo (cfr art. 71 c.c.p.); ovvero, e più significativamente, laddove intendano ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, le ragioni, in base ai parametri fissati dalla legge, che giustificano questa scelta (subito *infra*).

Questo atto è tradizionalmente percepito come strumento per assicurare la corretta assunzione di impegni di spesa nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'amministrazione¹⁷² (il c.d. fine pubblicistico dell'evidenza pubblica). E per questo, da un lato si pone come "imprescindibile riferimento per il successivo operato dell'organo amministrativo competente ed anche dell'autorità di controllo, dall'altro si pone anche come la conclusione di una prima fase di attività preparatoria" nell'ambito dell'amministrazione¹⁷³.

La giurisprudenza è costante nel classificare la determina come atto amministrativo di tipo programmatico, con efficacia meramente interna; rilevante solo ai fini della valutazione della volontà dell'amministrazione ed idoneo a fondare pretese in capo a terzi¹⁷⁴. Un caso eccezionale si ravvisa laddove la delibera a contrarre stabilisca il ricorso alla procedura negoziata senza bando ex art. 63 c.c.p. In tale ipotesi, trattandosi di deroga di carattere eccezionale e di stretta interpretazione, le p.a. devono dare espressa motivazione circa la sussistenza dei presupposti e questa è sindacabile davanti al giudice amministrativo¹⁷⁵.

Gli interpreti si sono infine posti il problema degli effetti della delibera a contrarre sul resto della procedura e dell'eventuale rapporto contrattuale. Ed hanno tradizionalmente ritenuto, sia in caso di mancanza della delibera che di contratto concluso in difformità da questa, che l'eventuale contratto stipulato fosse annullabile, tuttavia solo su richiesta dell'amministrazione. Secondo una giurisprudenza un po' risalente, nella prima ipotesi, si

comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano. Ed è appena il caso di notare che tale disposizione ha una portata più ampia rispetto all'art. 32, comma 2 c.c.p. in quanto fa riferimento in generale a tutti i contratti stipulati dagli enti locali e non soltanto alle tipologie rientranti nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

Lo stesso art. 32, comma 2 disciplina poi l'ipotesi particolare in cui, per contratti di basso importo identificati dall'art. 36, comma 2 c.p.a., la delibera costituisce strumento idoneo e sufficiente per procedere all'affidamento dell'appalto; in questo caso: "la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti". È da notare che questa ipotesi di affidamento diretto differisce da quella prevista dall'art. 63 c.c.p. su cui subito *infra*.

¹⁷² Da ultimo ribadito in Tribunale di Bari, sez. IV, 31 dicembre 2018, n. 5453.

¹⁷³ A. MASSERA, *I contratti*, cit. 1578. Successivamente alla riforma di separazione dei poteri tra le funzioni amministrative e politiche, la competenza di adozione di tali delibere spetta non più all'organo politico ma ai dirigenti. Cfr. V. LO PILATO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 480.

¹⁷⁴ Cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 30 novembre 2016, n. 404 (ipotesi in cui è stata ritenuta legittima la revoca della delibera a contrarre) in *Il Foro amm.*, 2016, 11, 2716 e T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 luglio 2014, n. 2026. Si tratterebbe di un atto revocabile *ad nutum*, cfr. Cass., 17 gennaio 2013, n. 1167; Cfr. analisi G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986.

¹⁷⁵ Cfr. Tar Veneto, 14 maggio 2014, n. 633; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426 in *Riv. giur. ed.* 2010, 1, I, 249 (seppur riferito al vecchio codice; art. 55, comma 2, lett. c).

tratterebbe di un errore vizio della formazione procedimentale della volontà della p.a.¹⁷⁶; in caso di difformità si configurerebbe invece un eccesso di potere che si tradurrebbe in un vizio del consenso dell'ente¹⁷⁷.

Vizi della determina riscontrati prima della stipula del contratto possono invece dare luogo ad annullamento dell'aggiudicazione (ove intervenuta) e dell'intera procedura di gara.

(ii) *Scelta del contraente e stipula del contratto.* Si tratta della fase centrale della formazione contrattuale e di quella più rilevante per la presente analisi. Questa deve poi essere ulteriormente divisa in *selezione del contraente, aggiudicazione e successiva stipula del contratto*, quali momenti distinti e dotati di una propria autonoma rilevanza¹⁷⁸. Secondo una certa impostazione, come anticipato, questa fase nel complesso rappresenta la vera evidenza pubblica, che vede quindi il suo momento di inizio nella pubblicazione del bando di gara, contenente tutte le informazioni necessarie per lo svolgimento della procedura e presentazione delle offerte da parte degli operatori economici (e che per questo viene definita quale *lex specialis*) ed il suo momento conclusivo proprio nella stipula del contratto.

Questa macro-fase è ampiamente disciplinata, con riferimento alle tipologie contrattuali ivi coperte, dal codice dei contratti pubblici. Per le ipotesi contrattuali residuali, e salvo quanto eventualmente previsto da altra normativa speciale, sopperisce invece la disciplina generale e più risalente prevista dalle norme di contabilità pubblica (vedi *infra* par. V).

Con specifico riferimento agli appalti, il codice identifica diverse procedure di affidamento, alcune di carattere ordinario, altre esperibili solo in presenza di certi presupposti¹⁷⁹. Al termine della procedura di selezione si addiviene, di regola¹⁸⁰, ad identificare l'offerta migliore, che diviene così oggetto di una proposta di aggiudicazione.

La proposta di aggiudicazione è sottoposta ad un primo ordine di controlli¹⁸¹ ed in particolare all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante¹⁸². Per questo ordine di controlli è stato introdotto un meccanismo di silenzio

¹⁷⁶ Corte d'appello, Cagliari, 25 marzo 2003 in *Riv. giur. Sarda*, 2005, 49, nota di CASCHILI; cfr. A. MASSERA, *I contratti*, cit. 1579.

¹⁷⁷ Cass., 7 aprile 1989, n. 1682; Cass., 8 maggio 1996, 4269; Cass., 3 gennaio 2001, n. 59.

¹⁷⁸ Come si vedrà infatti, la sussistenza o meno di un provvedimento di aggiudicazione o meno ha storicamente avuto un rilievo decisivo circa la valutazione delle scorrettezze precontrattuali, sotto un duplice profilo: secondo l'impostazione tradizionale, da un lato è solo con l'aggiudicazione che si identifica la controparte privata ed ha così inizio la fase delle trattative prenegoziali, dall'altro, è solo un provvedimento di aggiudicazione definitiva che può far sorgere un affidamento tutelabile in capo al privato. Per la rilevanza del provvedimento di aggiudicazione ai fini dell'identificazione delle diverse varianti con cui si possono manifestare le scorrettezze si rinvia al cap. 2, par. III.

¹⁷⁹ Cfr. art. 32, comma 3, c.c.p. e artt. 59 ss. c.c.p. Più libera appare invece la disciplina circa le procedure previste per le concessioni: cfr. art. 166 c.c.p.

¹⁸⁰ Ben può avvenire, da un lato, che non vi siano offerte o comunque offerte ammissibili, dall'altro, che non vi siano offerte ritenute convenienti dalla stazione appaltante. Questa infatti, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, mantiene il potere di non procedere con la stipula ed, anzi, di revocare l'intera procedura di gara. Questo peraltro è un punto molto delicato e controverso posto che il potere di *ripensamento* della stazione appaltante deve essere retto da ragioni di interesse pubblico. Cfr. analisi sul punto di R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 505 ss.

¹⁸¹ Sul ruolo in generale di questo sistema di controlli cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 6.

¹⁸² Cfr. art. 33, comma 1, c.c.p. Prima la proposta di aggiudicazione veniva qualificata in termini di *aggiudicazione provvisoria*.

assenso per cui, se nel termine previsto non viene eseguito il controllo, “la proposta si considera approvata” (art. 33, comma 1 c.c.p.; da non confondere con ulteriore fase di approvazione e controllo del contratto, cfr. subito *infra*).

La stazione appaltante, in seguito a tali controlli, provvede all’aggiudicazione (definitiva)¹⁸³, che tuttavia non costituisce ancora accettazione dell’offerta e vincola unicamente l’operatore economico proponente¹⁸⁴. Dall’aggiudicazione definitiva la stazione appaltante ha di regola sia un termine dilatorio, c.d. di *stand still* (35 giorni)¹⁸⁵ che un termine ultimo (in genere 60 giorni)¹⁸⁶ per procedere alla stipula del contratto.

Il meccanismo di *stand still* rappresenta una delle grandi innovazioni previste dalla disciplina della cd. Direttiva Ricorsi e consta in realtà di due strumenti. Il termine dilatorio serve essenzialmente per dare il tempo di proporre ricorso ad eventuali soggetti interessati ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione¹⁸⁷. Il secondo strumento, ex art. 32, comma 11, c.c.p., prevede che anche trascorso il termine di *standstill* non si possa ancora addivenire alla stipula per i successivi venti giorni se avverso l’aggiudicazione definitiva è stato proposto ricorso con contestuale domanda cautelare “a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all’udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva”¹⁸⁸.

È importante sottolineare che lo stesso codice dei contratti pubblici consente e disciplina l’ipotesi – in concreto affatto frequente e, come si vedrà, spesso altamente problematica – in cui la stazione appaltante richieda *in via d’urgenza* all’operatore aggiudicatario di iniziare l’esecuzione delle prestazioni prima della stipula del contratto¹⁸⁹.

(iii) *Approvazione del contratto ed eventuali (ulteriori) controlli*. Di regola, il contratto stipulato dalla pubblica amministrazione non è immediatamente efficace. Lo diventerà solo successivamente alla serie ulteriore di controlli e approvazioni previste dalle diverse norme in materia. Di ciò da conto anche il codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale, “il

¹⁸³ Ai sensi dell’art. 32, comma 7, c.c.p. “l’aggiudicazione (definitiva) diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”.

¹⁸⁴ Vincolo che peraltro opera solo per un determinato periodo (di regola 60 giorni), cfr. art. 32, commi 5 e 6 c.c.p. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, n. 2254/2010.

¹⁸⁵ Art. 32, commi 9 e 10 c.c.p.

¹⁸⁶ Salvo espressa diversa previsione contenuta nel bando e “purché comunque giustificata dall’interesse alla sollecita esecuzione del contratto”. Quest’ultimo inciso è stato inserito dal legislatore dell’emergenza (d.l. 76/2020), che è intervenuto sensibilmente per assicurare che questa delicata fase tra l’aggiudicazione definitiva e la stipula duri il meno possibile e per sanzionare ingiustificati ritardi e mancate conclusioni del contratto.

¹⁸⁷ Come si vedrà nel successivo capitolo, la giurisprudenza ha da ultimo valorizzato la sussistenza di una impugnativa avverso tale aggiudicazione proprio al fine di stabilire se possa configurarsi un affidamento tutelabile.

¹⁸⁸ La norma precisa altresì che “L’effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all’Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l’esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare”.

¹⁸⁹ Cfr. la dettagliata disciplina prevista dall’art. 32, comma 8 c.c.p. e art. 32, comma 13 c.c.p.

contratto è sottoposto alla *condizione sospensiva* dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli"¹⁹⁰. Si tratta di procedimenti integrativi dell'efficacia che operano come *condicio iuris* e che comportano che il vincolo contrattuale per l'amministrazione non sorga sino al positivo superamento degli stessi¹⁹¹; il che, come è facile intuire, ha conseguenze di assoluto rilievo ai fini dell'inquadramento del regime di responsabilità eventualmente configurabile a fronte di possibili controversie fra le parti interessate (questione per cui si rinvia in generale all'analisi nei capitoli successivi)¹⁹².

In particolare, per i contratti dello Stato è prevista la fase ulteriore di approvazione del contratto quale momento di perfezionamento del consenso dell'amministrazione (si veda in generale la disciplina prevista dagli artt. 103 ss del Regolamento di contabilità n. 827/1924).

Tutti i contratti poi, una volta stipulati (ed approvati se ne è prevista l'approvazione), sono sottoposti ad una successiva fase di controlli preventivi di legittimità disciplinati, per i contratti dello Stato dall'art. 3, lett. G, l. 14 gennaio 1994, n. 20¹⁹³ (c.d. registrazione del contratto) e dall'art. 127 T.U.E.L. per i contratti degli enti locali.

(iv.) *Esecuzione del contratto*. Questa fase, salvo l'ipotesi speciale di esecuzione in via d'urgenza, ha luogo dopo che il contratto è stato stipulato *ed è divenuto efficace*¹⁹⁴. Il che significa che l'esecuzione delle prestazioni da parte dell'operatore economico dovrebbe avere inizio solo a seguito del positivo esito di tutti i sopra visti meccanismi di controllo ed approvazione. Come si vedrà peraltro questo è uno dei punti più critici, soprattutto in quanto la fase dei controlli è su impulso dell'amministrazione aggiudicatrice (che deve trasmettere tutti gli atti all'autorità competente per le verifiche, registrazioni etc.). E vi è una forte asimmetria informativa: molto spesso infatti l'operatore inizia ad eseguire la prestazione inconsapevole degli sviluppi (o mancati sviluppi) del procedimento di approvazione e registrazione del contratto (cfr. la panoramica casistica in cap. II).

Questa fase esecutiva è retta *essenzialmente* dalle regole del diritto privato e non è al centro del presente lavoro, salvo quanto comunque visto nel successivo paragrafo VI.

Una precisazione finale. La prospettata scansione, tuttavia, non deve far dimenticare la dimensione unitaria del fenomeno in questione. Anzi, da più parti in dottrina si leva l'esortazione - sinora spesso rimasta inascoltata sia dal legislatore che dalla giurisprudenza

¹⁹⁰ Art. 32, comma 12 c.c.p.

¹⁹¹ Si veda in generale V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit. 548 ss.

¹⁹² Sul punto la giurisprudenza è invero costante nel ribadire il principio per cui: "ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge". Di conseguenza, laddove sia previsto un meccanismo di approvazione da parte dell'organo di controllo, è solo col perfezionarsi di quest'ultimo, attraverso un provvedimento espresso, che si dispiegano gli effetti contrattuali vincolanti per le parti. E di conseguenza, prima di tale momento, può configurarsi unicamente una responsabilità di tipo precontrattuale, anche se è già stato formulato stipulato il contratto. (così *ex multis* Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 e la giurisprudenza ivi richiamata).

¹⁹³ L. 14 gennaio 1994, n. 20 *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*, modif. da D.L. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. in L. 20 dicembre 1996, n. 639, definitiva in generale quale L. Corte conti in quanto costituisce il testo normativo fondamentale in materia di controlli della Corte dei conti.

¹⁹⁴ L'art. 32, comma 13, c.c.p. precisa infatti che "L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata".

- a valutare l'attività contrattuale della p.a. in termini meno burocratici e più di efficienza, a vedere il fenomeno contrattuale (e più in generale l'attività della p.a.) come un momento unitario e come un'opportunità per l'amministrazione di giungere ad un risultato utile. E che in questo sta, anche se non soprattutto, il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁹⁵. Il che si traduce in un'esortazione per le stesse amministrazioni procedenti a considerare la propria attività contrattuale non solo come una sequenza burocratica da svolgere, disinteressandosi del risultato finale e preoccupandosi unicamente di aver adempiuto agli obblighi formali richiesti e così porsi al riparo da responsabilità¹⁹⁶.

V.4. Evidenza pubblica e regole in punto giurisdizione

A completamento della presente panoramica si impone un breve inquadramento delle regole in tema di riparto di giurisdizione con riferimento alle procedure di evidenza pubblica¹⁹⁷.

In questa sede si vuole in particolare ricordare come, a partire dal d. lgs. 80 del 1998¹⁹⁸ e ancor di più dalla l. n. 205 del 2000¹⁹⁹, sono state devolute alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla fase di affidamento di appalti pubblici

¹⁹⁵ Molto significativamente, l'Adunanza plenaria, sia pur nell'ambito della questione circa i limiti del diritto di accesso, ha affermato che: "non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio" (Cons. Stato, Ad. plen, 2 aprile 2020, n. 10, par. 12.5.).

¹⁹⁶ Sul punto si vedano le interessanti riflessioni, che sintetizzano un pensiero ed un malessere comune a più autori, ivi indicati, in G.D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2017, 2, 177.

¹⁹⁷ La letteratura in materia è vasta. Senza pretese di esaustività si rinvia in generale a M. LIPARI, *Giurisdizione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019; M. SINISI, *Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici: la persistenza di alcuni nodi problematici alla luce della più recente giurisprudenza*, in S. DEL GATTO, F. DINELLI, G. FARES, G. MARI E M. SINISI (a cura di) *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2013, 91; R. GAROFOLI, *La giurisdizione* in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; A. ROMEO, *art. 244* in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2015, 2251 ss.; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit.; S. SALVAGO, *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, 771; F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 279 ss.; F. SAITTA *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, (4 maggio 2010) accessibile su giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁸ La norma aveva assegnato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale regionale (art. 33, comma 2, lett. e) del d. lgs. 80 del 1998).

¹⁹⁹ Sulla base di tale normativa spettavano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale" (art. 6).

di lavori, servizi e forniture, con ciò introducendo un elemento di discontinuità rispetto all'impostazione tradizionale, cristallizzata a partire dall'allegato E della l. 2248 del 1865²⁰⁰ ed un generale ampliamento della giurisdizione amministrativa.

In particolare, il riferimento introdotto dalla l. 205 del 2000 alla nozione di "affidamento", e non più alla più limitativa nozione di appalto ha consentito di superare i dubbi circa la sussistenza della giurisdizione amministrativa con riferimento anche a controversie inerenti procedure funzionali a fattispecie genetiche dall'appalto in senso stretto (eg. concessione)²⁰¹.

Successivamente, l'art. 6 della l. 205 del 2000 è stato trasfuso nell'art. 244 del d. lgs. 163 del 2006 (vecchio codice appalti) e sono state affidate al giudice amministrativo anche le cause risarcitorie relative alle procedure di affidamento, nonché il contenzioso in materia di revisione prezzi.

Tale configurazione ha poi subito un'ulteriore significativa estensione, per effetto del d. lgs. 53 del 2010 (che ha recepito nell'ordinamento nazionale la Direttiva Ricorsi²⁰²), estendendo la giurisdizione esclusiva con riferimento alle controversie relative "alla sorte del contratto", ed in particolare a quelle sulla dichiarazione di inefficacia derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione e sulle sanzioni alternative²⁰³.

Il contenuto dell'art. 244 è stato poi successivamente trasfuso²⁰⁴ nell'attuale art. 133 comma 1, lett. e del codice del processo amministrativo, il quale oggi attribuisce, in sostanziale continuità con quanto previsto dalla norma del codice appalti, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative"²⁰⁵. E sono altresì devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie "relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto".

²⁰⁰ Sull'impostazione tradizionale cfr. *infra* par. II.

²⁰¹ Cfr. M. LIPARI, *Giurisdizione*, cit. 595.

²⁰² Direttiva n. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

²⁰³ Per un commento, *ex multis*, P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 664; F. SAIITA *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit.

²⁰⁴ E l'art. 244 è stato modificato, introducendo una norma di coordinamento, ai sensi del quale "Il Codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici".

²⁰⁵ La disciplina sostanziale sia con riferimento alla declaratoria dell'efficacia che delle sanzioni alternative è invece contenuta negli artt. 121 - 125 c.p.a.

L'attuale formulazione dell'art. 133 c.p.a. costituisce, quindi, il punto di arrivo di una complessa evoluzione normativa, frutto anche di un significativo impulso del diritto dell'Unione Europea²⁰⁶.

E si è ritenuto che l'attuale configurazione della giurisdizione esclusiva, per come sin qui delineata, abbia semplificato significativamente la complessa questione interpretativa sui confini della giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici, oggetto precedentemente di intenso dibattito in quanto "l'applicazione del criterio generale di riparto risultava particolarmente difficile in un settore caratterizzato, sempre, da un forte intreccio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi"²⁰⁷.

Invero, sul punto, la giurisprudenza ha ritenuto che la previsione di tali ipotesi di giurisdizione esclusiva abbia attribuito al giudice amministrativo "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie riguardino interessi che diritti soggettivi²⁰⁸.

Peraltro, al di fuori dei confini della giurisdizione esclusiva in materia di evidenza pubblica per come sin qui delineata²⁰⁹, resta invece fermo il criterio tradizionale di ripartizione fondato sulla *causa petendi* e quindi sulla distinzione a seconda che la situazione soggettiva che viene in rilievo sia qualificabile come un diritto soggettivo o viceversa un interesse legittimo²¹⁰. Questo implica soprattutto, ai fini che qui rilevano, che la giurisdizione in materia di controversie relative alla fase esecutiva (al di là di quelle espressamente contemplate dall'art. 133 c.p.a.) restano devolute alla cognizione del giudice ordinario.

Ciò posto, vi è da dire che, come è noto, l'identificazione, in generale, dei limiti della giurisdizione esclusiva è stata - ed è tuttora - oggetto di intenso dibattito interpretativo, a partire, soprattutto, dal noto intervento della Corte costituzionale del 2004. Per l'approfondimento di questo profilo ed, in generale, per il complesso inquadramento del riparto in particolare in caso di responsabilità precontrattuale e lesione di affidamento -

²⁰⁶ Per un'interessante scansione ed analisi delle fasi più significative di tale sviluppo si rinvia, *ex multis*, a R. GAROFOLI, *La giurisdizione*, cit., 3841.

²⁰⁷ Cfr. M. LIPARI, *Giurisdizione*, cit., 597, cui si rinvia anche per la ricostruzione, ed i relativi riferimenti, del dibattito giurisprudenziale fra Cassazione e Consiglio di Stato, specialmente con riferimento alle controversie relative alle procedure di gara svolte dai concessionari e dalle società a totale partecipazione pubblica. In termini critici, invece, con riferimento più in generale agli effetti dell'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva rispetto al contenzioso sul riparto di giurisdizione si è espresso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1.

²⁰⁸ Cons. Stato, Ad. plen. n. 6 del 2005, per cui si rinvia all'analisi generale in cap. IV, par. VIII. In termini chiari, i commentatori della normativa hanno chiarito che "l'aver incluso le procedure di affidamento nell'ambito delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva comporta, in primo luogo, la cognizione del giudice amministrativo a prescindere dalla natura giuridica della situazione soggettiva azionata nonché, di conseguenza, l'indifferenza, ai fini dell'individuazione del giudice avente giurisdizione, della distinzione tra carenza di potere e cattivo uso di questo, posto che, anche nella prima ipotesi, la controversia resta attratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo" (A. ROMEO, *Art. 244*, cit., 2252).

²⁰⁹ Per una ricognizione circa le ipotesi tuttora parzialmente controverse, relative alle ipotesi di trattativa privata pura, degli appalti sottosoglia e delle procedure di scelta del socio si veda, *ex multis*, A. ROMEO, *Art. 244*, cit. 2257 ss.

²¹⁰ Cfr. M. LIPARI, *Giurisdizione*, cit., 593.

centrale ai fini della presente discussione – si rinvia all’analisi specifica svolta nei capitoli successivi²¹¹.

VI. *Sulle regole applicabili alla fase esecutiva dei contratti pubblici*

Ai fini della presente analisi, pur dichiaratamente concentrata sulla fase precontrattuale, si ritiene comunque opportuno fornire un breve inquadramento generale relativamente ai principi ed alle regole applicabili alla fase esecutiva dei contratti pubblici, i.e. una volta che il contratto è stato firmato ed è divenuto efficace.

In linea generale la fase esecutiva dei contratti pubblici risulta caratterizzata da: (i) una giurisprudenza in perenne evoluzione e spesso oscillante nel riconoscere l’operatività delle regole di diritto privato; (ii) una legislazione stratificata, in cui spesso coesistono regole di diritto pubblico e di diritto privato e che non sempre è in grado di fare chiarezza sui rapporti tra le diverse norme, (iii) da ultimo, un intervento del legislatore europeo: le Direttive europee del 2014 hanno infatti introdotto per la prima volta regole concernenti la fase esecutiva ed in particolare la possibilità di modifica, recesso o risoluzione dei contratti pubblici di appalti e concessioni (trasposte a livello nazionale negli attuali artt. 106-110 e 174-176 c.c.p.).

Tutto ciò peraltro si pone in linea con i caratteri e problemi della contrattualistica pubblica in generale ed, in un certo senso, non è altro che il manifestarsi anche nella fase esecutiva di tutte quelle ambivalenze e contrasti ideologici e sistematici che caratterizzano la materia.

Volendo, nondimeno, estrapolare alcuni punti di riferimento, si può osservare quanto segue.

Riprendendo la tradizionale impostazione che vuole il fenomeno contrattuale, ed in particolare quello dei contratti ad evidenza pubblica, diviso in due fasi: la fase selettiva – e a rigore anche dei controlli preventivi – si qualifica come *essenzialmente* regolata da regole di diritto amministrativo (tanto da non potersi proprio parlare di un’applicazione del diritto civile con deroghe, ma piuttosto di un procedimento amministrativo che si inserisce nella sequenza contrattuale); le regole applicabili al contratto ed alla sua esecuzione sono invece *essenzialmente* quelle del diritto privato, seppur con rilevanti deroghe²¹². Inoltre, come anticipato, mentre le regole di diritto pubblico inerenti alla fase di formazione si affiancano ai canoni generali civilistici, quelle relative alla fase esecutiva si pongono piuttosto in deroga ai principi relativi ai contratti fra privati²¹³. Le regole in materia di riparto di giurisdizione

²¹¹ Cfr. cap. III, par. V.4. e V.5. e cap. IV, par. VIII.

²¹² Sul punto: Cons. Stato, Ad. plen. 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14; Corte cost. 11 febbraio 2011, n. 43 e Corte cost. 18 febbraio 2011, n. 53; Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2011, n. 391.

²¹³ Cfr. *infra* par. IV.

riflettono questa suddivisione, rimettendo essenzialmente alla giurisdizione del giudice ordinario il sindacato sulle controversie inerenti la fase esecutiva²¹⁴.

L'articolo 30, comma 8 c.c.p. si incarica di consolidare questa impostazione ed i rapporti generali fra i due regni, come testimoniato dalla stessa rubrica della norma: "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni"²¹⁵, affermando che:

"Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici [...] ²¹⁶si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

Come si evince dalla stessa formulazione, il principio ha una portata più ampia e finisce col rivolgersi a tutti i contratti a evidenza pubblica ancorché non espressamente regolati dal codice dei contratti. La norma ha poi anche una portata sistematica laddove ribadisce il principio per cui, salvo espressa deroga, il contratto e la sua esecuzione sono retti dal diritto privato.

Peraltro, è bene osservare come questa non sia certo l'unica via percorribile e non tutti i sistemi giuridici seguano lo stesso approccio. Così ad esempio, la fase esecutiva del *contrat administratif* francese è invece essenzialmente caratterizzata dalla sussistenza di "*pouvoirs exorbitants*" del contraente pubblico e resti interamente soggetta al sindacato del giudice amministrativo²¹⁷.

Nondimeno, quanto affermato dall'Articolo 30, comma 8 c.c.p. ha un'importante valenza "programmatica" dal momento che la giurisprudenza, invece, ha tradizionalmente cercato di estendere il "regime amministrativo" alla fase esecutiva, così escludendo l'applicazione di regole fondamentali del codice civile. Con riferimento a questo tentativo di pubblicizzazione della fase esecutiva, alcuni Autori si sono espressi nel senso di un vero e proprio radicato "pregiudizio anticontrattuale", soprattutto ad opera dei giudici amministrativi quando investiti delle relative controversie²¹⁸.

Un esempio paradigmatico di questa tendenza può esser trovato rispetto ai principi in tema di clausole vessatorie, sanciti dall'art. 1341 c.c. In origine, infatti, la giurisprudenza aveva

²¹⁴ Cfr. *infra* par. V.4.

²¹⁵ Un principio analogo era già stato stabilito dalla precedente versione del codice appalti, ai sensi del quale "l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. ... si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal codice civile" (cfr. in particolare art. 2, commi 3 e 4, d. lgs. n. 163/2006). Tale precedente formulazione era più ambigua, facendo genericamente riferimento all'attività contrattuale, mentre l'attuale art. 30, comma 8 c.c.p. chiarisce espressamente l'ambito di tale rinvio mobile al c.c. Il che peraltro pone il problema di stabilire se principi storicamente ritenuti quali capisaldi della disciplina codicistica, eg. principio di buona fede, possano comunque ritenersi applicabili alla fase antecedente alla stipula.

Si veda per una discussione R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 41 e gli Autori ivi menzionati.

²¹⁶ A testimonianza dell'irresistibile tendenza alla contingenza della nostra legislazione, la norma estende il principio ora anche alle "forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117".

²¹⁷ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 41.

²¹⁸ In questi termini G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001, 40; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione costituzionalizzata*, cit. 121.

escluso che l'obbligo formale di approvazione per iscritto di clausole vessatorie trovasse applicazione anche rispetto ai contratti pubblici. Ancora una volta la presunzione di legittimità dell'operato della p.a. si faceva sentire. Solo molto dopo, infatti, è stata riconosciuta la sua applicabilità anche ai contratti pubblici.²¹⁹

In tempi recenti, la giurisprudenza sembra essersi evoluta verso un approccio più "privatistico", il quale si pone probabilmente più in linea con i principi codificati in materia di contratti pubblici. Tuttavia, è ancora lontana dall'aver raggiunto una posizione stabile e chiara - e coerente - rispetto a tutti gli aspetti coinvolti. Il che, ancora una volta, rafforza la complessità e l'ambivalenza che caratterizza il sistema della contrattualistica pubblica²²⁰.

VI.1. *Il difficile rapporto con lo ius variandi dell'amministrazione*

Uno degli aspetti più rilevanti e controversi relativi alla fase esecutiva consiste nell'inquadramento dello *ius variandi* dell'amministrazione nell'ambito della relazione contrattuale. E ciò sotto un duplice profilo: (i) la possibilità per l'amministrazione di risolvere o recedere dal rapporto contrattuale (par. VI.1.1.) e (ii) gli effetti del successivo annullamento/revoca del provvedimento finale di aggiudicazione (o addirittura dell'intera fase amministrativa di selezione del contraente) rispetto al contratto già concluso (par. VI.1.2.).

E questi aspetti meritano, seppur sinteticamente, un approfondimento in questa sede. Come visto, infatti, buona parte della narrativa panpubblicistica è nata proprio al fine di consentire un maggiore - e soprattutto più economico - potere di intervento dell'amministrazione (cfr. *supra* par. II). Molte delle rivendicazioni delle controparti private si sono concentrate proprio su l'insostenibilità economica, prima ancora che giuridica, di un simile sbilanciamento contrattuale. Non si può quindi cogliere appieno né la dimensione storica, né la perdurante complessità del fenomeno contrattuale senza volgere lo sguardo anche alla fase successiva alla stipula.

VI.1.1. Con riferimento alla facoltà di *recesso* dell'amministrazione, occorre innanzitutto fare riferimento alla previsione generale contenuta nella legge sull'azione amministrativa, la quale sembra confermare l'idea per cui i contratti pubblici restano sottoposti alle regole generali proprie dei contratti di diritto privato. In particolare, l'art. 21-sexies della l. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005, stabilisce che:

"Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto".

²¹⁹ Per una rassegna della giurisprudenza rilevante si veda R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 1368-1369.

²²⁰ Per un'analisi critica delle evoluzioni giurisprudenziali e delle sue contraddizioni interne si veda A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità*, cit., 245 ss.

La norma ricalca quanto stabilito in generale dall'art. 1372 del codice civile, ai sensi del quale il recesso è possibile solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto²²¹. Pertanto, in linea di principio, una volta che il contratto è concluso, l'amministrazione non è più libera di esercitare poteri unilaterali e autoritativi di recesso. Il che – è bene sottolinearlo – segna un'importante differenza rispetto a quanto invece previsto con riferimento agli accordi amministrativi (art. 11, comma 4, l. 241/1990, cfr. *infra* par. VII) che ai provvedimenti amministrativi in genere.

Tuttavia, l'art. 21-sexies deve esser letto in combinazione con quanto previsto dalle norme speciali di diritto pubblico che stabiliscono quando e a quali condizioni l'amministrazione è autorizzata a recedere dal contratto. In particolare, l'art. 109 del codice dei contratti pubblici prevede una generale facoltà di recesso da contratti di appalto con l'operatore economico²²².

La facoltà di recesso è prevista senza limiti di tempo e senza dover dimostrare – quantomeno alla controparte – la sussistenza di un (prevalente) interesse pubblico; ferma restando, invece, la configurabilità di una responsabilità erariale del funzionario laddove la scelta di recedere dal rapporto contrattuale si dimostri contraria ai principi di buon andamento ed effettività ed efficacia economica. L'unica obbligazione per il contraente pubblico prevista dall'art. 109 c.c.p. è di corrispondere quanto già stato eseguito/svolto più un 10% del valore del contratto.

Così concepita, la norma costituisce un'ipotesi di "casi previsti dalla legge" ai sensi dell'art. 21-sexies l. proc. amm. Tuttavia, si può obiettare come l'ampiezza della facoltà di recesso ivi prevista finisca col creare *de facto* un regime speciale di recesso proprio per una delle ipotesi più rilevanti di contratti pubblici.

Un'altra ipotesi di *obbligo* unilaterale per il contraente pubblico di terminare il contratto e la sua esecuzione è prevista dall'art. 88, comma 4-ter e dall'art. 92, comma 4 del d.lgs. 6 settembre 2011, il c.d. Codice Antimafia²²³. Tali previsioni impongono all'amministrazione di concludere immediatamente qualsiasi contratto, concessione, finanziamento o autorizzazione a favore di imprese colpite da un provvedimento di interdittiva antimafia. In questi casi, l'autorità pubblica è unicamente tenuta a rifondere all'impresa i costi sostenuti e le prestazioni già eseguite²²⁴. Questo tipo di scioglimento dal vincolo contrattuale è tendenzialmente considerato come espressione di *ius variandi* della p.a. nell'interesse pubblico. Tuttavia, si può osservare che in questo caso più di un diritto, si tratta di un vero obbligo, rispetto al quale l'amministrazione coinvolta non ha alcuna facoltà discrezionale²²⁵.

²²¹ Cfr anche art. 1373 c.c. che stabilisce le regole ed i limiti generali per poter esercitare il diritto di recesso. Cfr. ragionamento in Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, par. 3.4.

²²² Questo potere non trova invece applicazione nel caso di concessioni, in cui si applica invece quanto previsto dall'art. 176 c.c.p.

²²³ L'art. 109 c.c.p. fa espresso rinvio a tali norme.

²²⁴ Sul punto si veda peraltro il controverso principio di 'incapacità speciale' affermato da Cons. Stato, Ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, che porterebbe ad escludere qualsiasi forma di rimborso. Sulla complessa interazione tra la disciplina antimafia e le regole in materia di appalti si veda, *ex multis*, M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia* (2018), accessibile su giustizia-amministrativa.it.

²²⁵ Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4467; id. Sez. III, 26 settembre 2014, n. 4852.

La previsione generale dell'art. 21-sexies deve poi essere coordinata con la diversa- e potenzialmente confliggente - facoltà di *revoca* prevista in generale dall'art. 21-quinquies²²⁶ ed, in particolare, con quanto previsto, dal suo comma 1-bis, ai sensi del quale:

“Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”.

La norma - e soprattutto la sua ambigua formulazione - è stata pensata avendo in mente i rapporti concessori caratterizzati dalla sussistenza di un contratto che “accede” al provvedimento amministrativo concessorio. In altre parole, si tratta ormai di contratti - come specificato dalla stessa direttiva europea e dall'attuale art. 164 c.c.p. - ma essi sono basati su di un provvedimento amministrativo.²²⁷ Tuttavia, la formula ‘atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea che incida su rapporti negoziali’ ha dato subito origine a perplessità e contrasti interpretativi di evidente rilievo pratico, stante la diversità del quantum risarcibile, qui limitato al solo danno emergente. Ed è stata da alcuni inizialmente intesa nel senso di consentire una revoca in qualsiasi stadio del rapporto negoziale, con un'interpretazione evidentemente neutralizzatrice rispetto a quanto previsto dal successivo art. 21-sexies.

Il contrasto con il potere di recesso previsto dall'art. 21-sexies è emerso soprattutto rispetto alla sua applicazione ai contratti di appalti in combinato disposto con l'art. 109 c.c.p. A tal punto che la giurisprudenza ha visto il formarsi di due opposti schieramenti: il Consiglio di Stato riteneva che il contraente pubblico conservasse il potere di revoca anche successivamente alla stipula del contratto²²⁸; la Cassazione invece affermava che, una volta firmato il contratto, l'amministrazione conservasse la facoltà di recesso ma non il potere di revoca. Altrimenti, si osservava, la previsione dell'art. 21-sexies sarebbe rimasta priva di significato pratico e il contraente pubblico avrebbe continuato a godere di una illegittima supremazia - *privilegio* - nell'ambito del rapporto contrattuale²²⁹.

Con una punta di malizia si potrebbe rilevare la non casualità del formarsi di un orientamento sicuramente più favorevole in capo all'amministrazione in seno al giudice amministrativo e, viceversa, la presenza in capo al giudice ordinario di un'attenzione maggiore alla dimensione paritetica del rapporto. E si può aggiungere che se il tentativo delle amministrazioni coinvolte di ricorrere agli strumenti pubblicistici di revoca risulta probabilmente dettato più da esigenze pratiche di risparmio, la scelta della giustizia

²²⁶ Sui profili critici legati a tale norma si rinvia altresì all'analisi in cap. III, par. V.3.

²²⁷ Cass. Sez. Un., n. 8094/2007.

²²⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554; id. 27 novembre 2012, n. 5993; id. Sez IV 14 gennaio 2013, n. 156.

²²⁹ Cass. Sez. Un, n. 10160/2003 e n. 29425/2008.

amministrativa sembra piuttosto scontare ancora una certa impostazione – e deferenza – ideologica in senso pubblicizzante dei rapporti contrattuali dell'amministrazione.

E pur tuttavia, il Consiglio di Stato, investito in sede plenaria del compito di definire il rispettivo ambito di applicazione dei rispettivi strumenti, ha finito per adottare – seppur sulla base di un diverso ragionamento formale non immune da osservazioni critiche – l'impostazione civilistica²³⁰.

*In caso di contratti di appalti*²³¹ il contraente pubblico: (i) non può più revocare il contratto una volta che il contratto è stato concluso; se l'interesse pubblico richiede di terminare il rapporto contrattuale, potrà solo ricorrere allo strumento del recesso (attualmente previsto dal combinato disposto dell'art. 21-sexies l. proc. amm. e art. 109 c.c.p.) e corrispondere al contraente privato la maggior somma prevista; (ii) conserva il potere di revoca sino alla stipula del contratto; (iii) conserva il potere di *annullare* gli atti della sequenza amministrativa di evidenza pubblica anche se è già intervenuta la stipula del contratto, nei limiti e con le modalità previste dall'art. 21-nonies (cfr. subito *infra*).

Al contrario, la revoca resta strumento possibile e legittimo anche successivamente alla stipula *per altri tipi di contratti*, ed in particolare in caso di concessioni e contratti attivi²³². Inoltre, l'Adunanza nel suo argomentare richiama altresì la distinzione fra contratti di diritto pubblico e contratti di diritto privato e conferma che il potere di revoca – in luogo di quello di recesso – trova applicazione anche nel caso di accordi amministrativi²³³.

VI.1.2. L'altra fondamentale questione affrontata dagli interpreti – ed in ultimo chiarita dal legislatore europeo e poi nazionale – in merito allo *ius variandi* attiene alle conseguenze dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione (e più in generale di atti della sequenza procedimentale di evidenza pubblica) intervenuto successivamente alla stipula del contratto. Il tema è intimamente connesso con la “struttura bifasica” che caratterizza i contratti pubblici e con il fatto che la p.a. mantenga, nei limiti sanciti dal citato art. 21-nonies l. 241/1990, un potere di annullamento sugli atti della “serie amministrativa”.

²³⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, con nota in *Gior. dir. amm.*, 2015, 1, 77 di G. PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*. Da notare, il giudizio aveva ad oggetto il previgente codice appalti, ma i principi da essa affermati risultano parimenti applicabili all'attuale codice del 2016 che ha essenzialmente trasposto la normativa rilevante in termini analoghi. In particolare, la plenaria ha fondato il suo ragionamento sulla distinzione fra i contratti di appalto e le altre ipotesi contrattuali e sull'operatività del principio di specialità. Si veda in merito anche A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità*, cit. 250 ss.

²³¹ Lo specifico caso rimesso alla plenaria riguardava un contratto di lavori, ma i principi risultano applicabili a tutti i contratti coperti dall'attuale art. 134 e ora art. 109 c.c.p.

²³² Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, para 3.5.3. afferma che : “In questo quadro si coordina e delimita, ad avviso del Collegio, la previsione della revoca di cui al comma 1-bis dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, poiché dall'ambito di applicazione della norma risulta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici, in forza della speciale e assorbente previsione dell'art. 134 del codice [ora art. 109] (così, come, per la medesima logica, ne è esclusa la revoca di cui all'art. 158 del codice), restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi”.

²³³ *Ibidem*, par. 1.3.1.

Tale problematica è stata al centro di un lungo e complesso dibattito che ha coinvolto tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ed i cui esiti sono variati nel corso del tempo, a seguito anche dei successivi interventi normativi in materia²³⁴.

VII. Sull'inquadramento degli accordi amministrativi rispetto alla nozione di contratti ad evidenza pubblica

L'articolo 11 della legge sul procedimento amministrativo prevede ormai in termini generali la possibilità per le amministrazioni di svolgere le proprie funzioni tramite la conclusione di accordi amministrativi.

Questa modalità di azione rientra nella nozione di amministrazione tramite moduli consensuali, ma differisce dai contratti ad evidenza pubblica e, più in generale, dall'idea di azione amministrativa tramite moduli contrattuali di diritto privato²³⁵.

Gli accordi amministrativi vengono piuttosto ricondotti alla nozione di "contratti ad oggetto pubblico", intesa quale accordo tra privato e pubblica amministrazione che, rispetto agli ordinari contratti di diritto privato, si caratterizza per avere un oggetto nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione e che, per questo, è sottratto alla libera circolazione giuridica²³⁶. Vengono altresì spesso messi in connessione con la nozione francese di *contrat administratif*, caratterizzato da un regime esorbitante ("*clause exorbitante*") anche in fase esecutiva e dalla piena sottoposizione al sindacato amministrativo.

Peraltro, la possibilità generale di concludere tali accordi incontra comunque una serie di limiti. Primo, come visto, non tutte le funzioni amministrative possono essere svolte ricorrendo a moduli negoziali, posto che alcune attività sono ontologicamente incompatibili con l'elemento del consenso (cfr. *infra* par. III). Secondo, l'art. 11 della l. 241 del 1990 fa riferimento a "poteri discrezionali", il che spiega perché si è tradizionalmente esclusa la possibilità di concludere accordi amministrativi a fronte di procedimenti vincolati²³⁷. Terzo, vi è stato molto dibattito sul fatto se – pur all'interno di questi limiti generali – l'amministrazione possa fare ricorso a questo strumento alternativo consensuale

²³⁴ Con specifico riguardo alle procedure di appalti – che peraltro rappresentavano l'ipotesi principale di insorgenza di tali problematiche – un ruolo decisivo è stato svolto dalla Direttiva Ricorsi, i cui principi sono stati trasposti a livello nazionale negli attuali artt. 121-125 c.p.a. Sul punto cfr. *infra* par. V.4.

²³⁵ In generale, senza pretese di esaustività, M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit.; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 270.

²³⁶ Cfr. M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 108. In generale sia consentito il rinvio al preciso inquadramento, sia pure di stampo manualistico, contenuto in V. LO PILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, tomo I, III ed., Giappichelli, Torino, 2021, 856 ss.

²³⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2015) 254. Talvolta la giurisprudenza ha tuttavia accolto un approccio più permissivo consentendo la conclusione di accordi anche a fronte di attività vincolata. Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2002, n. 2636. Si veda in merito, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 947.

liberamente o solo quando espressamente previsto dalla legge. È peraltro ormai sostanzialmente prevalsa la prima interpretazione, alla luce anche delle modifiche normative intervenute sull'art. 11, per effetto della riforma legislativa della l. 15/2005²³⁸.

Attualmente il nostro ordinamento prevede due tipologie di accordi amministrativi: gli accordi *sostitutivi* che sostituiscono interamente il provvedimento finale e quelli *integrativi* o procedimentali, che lo precedono ed "accedono" ad un provvedimento amministrativo finale. Nel primo caso l'atto produttivo di effetti è rappresentato proprio dall'accordo, mentre nel secondo esso si identifica nel provvedimento conclusivo. Entrambe le tipologie di accordi sono essenzialmente sottoposte al medesimo regime; tuttavia questa diversità strutturale va a incidere sulle modalità di tutela per le parti e per i terzi²³⁹.

Gli accordi previsti dall'art. 11 l. 241 del 1990 si qualificano come atti amministrativi e sono in principio soggetti a tutte le pertinenti regole e principi amministrativi, incluso l'obbligo di motivazione circa le clausole convenute nell'accordo rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

L'art. 11, comma 2 chiarisce poi i limiti dell'ingerenza del diritto privato rispetto agli accordi amministrativi, affermando che: "Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili". Sussiste quindi un triplice ordine di limiti: (i) si applicano solo i principi e non tutte le regole previste dal codice civile in materia di contratti; (ii) tali principi si applicano solo a condizione che non vi sia una deroga espressa di diritto pubblico e (iii) comunque nei limiti in cui essi siano compatibili con il regime di diritto pubblico che li conforma²⁴⁰. E questo vale sia per la fase di formazione che per la fase di esecuzione degli stessi.

Questo conferma, secondo l'impostazione ormai prevalente tra gli interpreti, che essi non sono qualificabili come contratti pubblici, intesi come contratti ad evidenza pubblica, in quanto qui non si può parlare di una struttura bifasica, né si può affermare che, una volta concluso, l'accordo presenti i caratteri di un contratto di diritto privato con deroghe. Al contrario esso resta una misura essenzialmente amministrativa e governata dal regime di diritto pubblico e questo giustifica altresì l'estensione della giurisdizione esclusiva anche alla fase esecutiva del rapporto²⁴¹.

Un ulteriore profilo di differenziazione riguarda il potere di intervento dell'amministrazione una volta che l'accordo è stato concluso: essa gode infatti del potere

²³⁸ Prima di tale riforma gli accordi sostitutivi erano ammessi solo ove espressamente previsti dalla legge. Il dibattito riguardava quindi essenzialmente la figura degli accordi integrativi. Dopo la l. 15/2005 sia gli accordi integrativi che sostitutivi non sono considerati più "tipizzati" e quindi esperibili anche in assenza di espressa previsione legislativa.

²³⁹ Cfr. V. LO PILATO, ult. op. cit., 860 ss. e la giurisprudenza ivi richiamata.

²⁴⁰ Art. 11, comma 2, l. 241/1990.

²⁴¹ L'attuale art. 133, comma 1, n. 2 c.p.a. prevede infatti che tutte "le controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi" siano rimesse interamente al sindacato del giudice amministrativo. Cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2014, n. 1032; id. 14 gennaio 2014, n. 584; Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2231. Secondo un approccio risalente invece questi accordi erano, al pari di ogni altra forma di contratto pubblico, soggetti al sindacato del giudice ordinario per controversie relative alla fase esecutiva, ed al giudice ordinario per vizi attinenti invece alla fase di formazione; cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit., par. 10.

unilaterale di *recedere* dall'accordo laddove ciò si renda opportuno "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse" (art. 11, comma 4). Non può quindi trattarsi di qualsiasi tipo di interesse pubblico, ma solo di quelli *sopravvenuti* alla conclusione dell'accordo ed, in ogni caso, si prevede l'obbligo di corrispondere al privato un indennizzo "in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato".

La qualificazione in termini di indennizzo e l'ambiguo costrutto di "pregiudizi in danno" si spiegano alla luce della natura legittima di tale intervento e, quindi, dell'inopportunità di parlare di un risarcimento danni. Inoltre, sebbene la norma qualifichi questo potere in termini di recesso, è ormai opinione condivisa degli interpreti che si tratti di una forma di revoca riconducibile al modello generale ex art. 21-quinquies e non, invece, al recesso previsto ex art. 21-sexies l. 241/1990.

Al netto del dato positivo qui brevemente esposto, gli interpreti tuttora dibattono se gli accordi amministrativi costituiscano un istituto/categoria giuridica autonoma o se siano soltanto dei provvedimenti autoritativi mascherati²⁴².

La seconda soluzione sembra trovare riscontro nelle recenti interpretazioni giurisprudenziali in materia di accordi²⁴³.

In particolare, a dispetto dei limiti previsti dall'art. 11, comma 4, la giurisprudenza tende a interpretare molto estensivamente il potere di recesso/revoca da parte dell'amministrazione, qualunque sia la tipologia di interesse pubblico addotta a suo fondamento. Il che finisce inevitabilmente con estendere l'ambito di applicazione dello *ius variandi* normativamente previsto per questo istituto e, così, compromettere la *ratio* generale sottesa a tale istituto. Tale approccio interpretativo, unito alla persistente forte riluttanza delle amministrazioni a ricorrere a questi moduli consensuali, consente verosimilmente di spiegare perché tali accordi siano ancora concretamente poco diffusi nella pratica²⁴⁴.

²⁴² In questi termini, M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati*, cit., par. 5. A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze*, cit. 239 ss. *Contra* M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit.

²⁴³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2018, n. 7212; Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2231.

²⁴⁴ M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati*, cit., para 5; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, 2016, 444; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 223 e più recentemente, *id.*, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit. 404. Si osserva come, comunque, attualmente gli accordi amministrativi siano soprattutto utilizzati per le convenzioni di lottizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2040; Cass. Sez. Un. 17 aprile 2009, n. 9151 e nell'ambito delle procedure espropriative (ex art. 45, D.P.R. 327/2001).

CAPITOLO SECONDO

Inquadramento del fenomeno e delle sue varianti

I. Introduzione

Nel capitolo precedente si è voluto fornire un inquadramento del contesto all'interno del quale si è scelto di analizzare il fenomeno delle scorrettezze. A questo punto occorre chiarire quali siano le ipotesi in cui si verifica una scorrettezza all'interno del contesto evidenziato.

La nozione di scorrettezza si presta a molteplici significati e connotazioni e la sua collocazione all'interno della fase di formazione dei contratti pubblici non basta a riempirla di contenuto, né a chiarirne i possibili strumenti di tutela.

A questo fine, si ritiene importante partire dal dato pratico e fornire una panoramica di casi in cui la giurisprudenza è ricorsa alla nozione di scorrettezza per inquadrare una determinata fattispecie e, così, per garantire una determinata forma di tutela. O quantomeno casi in cui una prospettazione in termini di scorrettezza è stata offerta dalle parti, anche se non è poi stata accolta dall'organo giudicante.

La scelta metodologica è, quindi, quella di fornire esempi, diversi e rilevanti, in cui è emerso il riferimento al concetto di scorrettezza nell'ambito della formazione dei contratti pubblici, evidenziando sinteticamente le relative caratteristiche fattuali e *ratio* argomentative. Si è in particolare cercato di selezionare casi significativi, sia sul piano fattuale, in quanto espressivi di diverse possibili varianti del fenomeno, sia dal punto di vista di evoluzione interpretativa, in quanto pronunce di rottura o sistematizzazione generale.

L'analisi del fatto sarà accompagnata dalla ricostruzione, seppur in chiave schematica, delle *rationes* e dei percorsi argomentativi seguiti. Ci si limiterà, in questa fase, ad identificare le diverse varianti all'interno delle quali si può inserire il fenomeno in oggetto ed a 'fotografare' le diverse - e potenzialmente frastagliate - linee argomentative possibili, rinviando la compiuta analisi critica ai capitoli successivi.

Si è ritenuto di seguire questa impostazione, che parte da un approccio 'casistico' per poi provare a delineare un inquadramento più generale e teorico del fenomeno, sulla base di un duplice ordine di ragioni.

Il primo argomento è dato dal fatto che il riconoscimento in generale di una tutela contro i comportamenti scorretti del contraente pubblico si è sviluppato soprattutto come un tentativo pretorio di trovare una forma di tutela per situazioni particolari, non rientranti in un'ipotesi codificata ma in cui, nondimeno, si percepiva un'ingiustizia da riparare²⁴⁵. La stessa dinamica è stata invero osservata rispetto al più generale - e qui strettamente collegato - fenomeno della tutela dell'affidamento del privato nei rapporti con la pubblica amministrazione²⁴⁶.

Si ritiene dunque che una preliminare panoramica casistica possa consentire di comprendere meglio il diversificato scenario di fattispecie che sono state messe in connessione con il concetto di scorrettezza ed, altresì, di cogliere potenziali discrepanze,

²⁴⁵ Con ciò, peraltro, non si vuole certo sminuire il ruolo della dottrina rispetto all'evoluzione del fenomeno. Non solo essa ha contribuito grandemente alla sua sistemazione teorica ma ha anche spesso fornito gli spunti fondamentali per individuare uno spazio autonomo di tutela. Sul punto si rinvia all'analisi in cap. IV, par. I.

²⁴⁶ Cfr cap. III, par. IV ss.

contrasti o, viceversa, metodologie ricorrenti, sostrati interpretativi ed approcci di fondo comuni²⁴⁷.

Dal momento che si è fatto sopra riferimento alle scorrettezze compiute dall'amministrazione, si impone subito una precisazione. È infatti innegabile che le ipotesi principali qui prese in considerazione e più complesse dal punto di vista dell'inquadramento dogmatico riguardano casi di scorrettezze contestate alla p.a. da parte dei privati.

Nondimeno, si vuole fin d'ora chiarire che il dovere di correttezza, se vi è, è certamente un dovere reciproco. Pertanto, da un lato, l'analisi prenderà altresì in considerazione l'ipotesi in cui sia invece la p.a. a contestare una scorrettezza compiuta da un privato, dall'altro, in ogni caso, si cercherà di porre l'attenzione sull'atteggiamento soggettivo di entrambe le parti coinvolte, sottolineando l'importanza che l'atteggiamento del privato riveste ormai ai fini del riconoscimento di una tutela e di un ristoro concreto.

La seconda ragione che spinge ad una preliminare panoramica casistica nasce piuttosto da un'osservazione pratica da parte di chi scrive. Sebbene infatti il fenomeno delle scorrettezze nelle procedure di formazione dei contratti pubblici abbia ormai raggiunto una notevole evoluzione nella giurisprudenza e dottrina amministrativistica, l'inquadramento del senso più immediato del concetto di scorrettezza rimane talvolta difficile da afferrare nella sua concretezza e, soprattutto, nella sua diversità e specialità, sia rispetto ad altre patologie dell'*agere* amministrativo, sia rispetto alle dinamiche intercorrenti fra privati. Vi è poi talvolta la sensazione che il dato fattuale tenda a scomparire sullo sfondo di importanti operazioni di ricostruzione dogmatica, anche nelle stesse pronunce che quel dato concreto sono chiamate a valutare e decidere. Eppure, la prima domanda che chi scrive si è posto e si è visto porre è: che cosa si intende quando si parla di scorrettezze nella formazione dei contratti pubblici?

La domanda si ricollega *in primis* alla storica, e molto più ampia, difficoltà di individuare quali comportamenti e situazioni costituiscano una scorrettezza giuridicamente rilevante o, vista specularmente, quali siano gli obblighi di correttezza imposti alle parti in una data situazione. Questione di per sé generalissima e collegata all'individuazione dell'oggetto e del contenuto della clausola di buona fede²⁴⁸.

Tuttavia, il senso della domanda deriva altresì dalla circostanza per cui l'azione della p.a. è tradizionalmente declinata e valutata piuttosto in termini di legittimità, imparzialità, ragionevolezza, buon andamento etc. Ed, anzi, si è a lungo contestata proprio la stessa possibilità - ed in ogni caso la rilevanza giuridica - di un comportamento dell'amministrazione contrario a buona fede²⁴⁹. Ciò si ricollega altresì al fatto che la nozione di scorrettezza tende a richiamare l'attenzione sull'atteggiamento soggettivo dell'agente, questione che si pone da sempre come particolarmente complessa rispetto all'amministrazione in quanto apparato²⁵⁰.

²⁴⁷ Sull'importanza di elaborare invarianti e ricostruzioni sistematiche ricorrendo ad analisi bottom-up o top-down (ancorché ivi riferite all'analisi dei rapporti tra diritto amministrativo comune e diritto amministrativo speciale) si veda il pensiero di G. MORBIDELLI, per come validamente sintetizzato da A. BARTOLINI in *I contratti pubblici nel pensiero di Giuseppe Morbidelli*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 1, 149.

²⁴⁸ Cfr cap. III, par. II.2

²⁴⁹ Cfr cap. III, par. IV.1.

²⁵⁰ Cfr. *infra* par. III.5 e cap. IV, par. VIII.1.

Il raffronto fra diverse controversie e fra diverse pronunce consente altresì di scorgere subito alcuni aspetti ulteriori molto rilevanti per la presente indagine.

In primis emerge in maniera più immediata l'importanza della prospettazione di una data controversia da parte di chi formula la pretesa di tutela ed, ancor di più, la diversa *forma mentis* di chi quella controversia è chiamato a valutare²⁵¹. Ed emerge quanto questo sia decisivo sia dal punto di vista di inquadramento teorico di un dato problema, che dal punto di vista del risultato pratico in termini di tutela²⁵². Detto altrimenti, un caso identico può essere risolto con categorie giuridiche diverse a seconda di come viene prospettato e sindacato.

Inoltre, la panoramica giurisprudenziale fa emergere più immediatamente la diversa qualificazione dei fatti che spesso caratterizza tali controversie. Con ciò non si vuole fare riferimento a quel margine di valutazione proprio di ogni giudizio e di ogni circostanza; si vuole piuttosto mettere in luce un diverso modo di pensare gli obiettivi ed i poteri pubblici, così come un diverso modo di pensare l'interesse pubblico ed il connesso sindacato del giudice²⁵³.

²⁵¹ Sia qui consentito un rinvio generale ai fondamentali studi in materia di precomprensione: per un'essenziale introduzione alla teoria di KARL LARENZ si veda G. ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, 699 ss; per uno studio generale si veda ancora J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983.

²⁵² Emblematico di ciò appare il caso n.4 della rassegna giurisprudenziale proposta *infra*.

²⁵³ Per una riflessione generale al riguardo si rinvia a S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1969, 413 che ha efficacemente osservato come "la specificazione di clausole generali offre, di solito, una certa gamma di soluzioni possibili nella scelta delle quali può intravedersi come fattore determinante, l'"ideologia" del giudice amministrativo, o più genericamente, la concezione che il giudice ha della funzione amministrativa e della posizione del cittadino nei confronti dello Stato". Sul punto si rinvia altresì alle riflessioni di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, 113.

II. *Panoramica giurisprudenziale introduttiva*

Caso 1: Revoca dell'aggiudicazione e della gara per mancanza della provvista.

(Cons. Stato, Ad. plen. 16 maggio 2005, n.6)

A giugno, il Ministero della difesa indiceva una procedura accelerata e ristretta per l'affidamento del servizio di guida di automezzi militari. A fine luglio il servizio veniva **aggiudicato**. Non si procedeva però alla stipula del contratto ed, a fine settembre, la stazione appaltante disponeva invece l'**annullamento** dell'aggiudicazione e della gara. Tuttavia la circostanza veniva comunicata all'aggiudicataria solo a metà novembre. L'annullamento veniva motivato dalla mancanza di disponibilità nel bilancio delle somme necessarie per l'esecuzione del contratto. La **mancanza di fondi** veniva qualificata dal contraente pubblico quale grave ragione di interesse pubblico, tale da giustificare il provvedimento in autotutela.

L'impresa aggiudicataria impugnava l'annullamento degli atti di gara, chiedendo altresì il risarcimento dei danni a titolo **contrattuale** ed, in via subordinata, a titolo **precontrattuale**.

In sede di istruttoria emergeva che la disponibilità dei fondi era venuta meno nella prima metà di agosto. E cioè successivamente sia all'indizione della gara, che alla relativa aggiudicazione, sebbene la stazione appaltante avesse richiesto solo a metà settembre l'impegno formale di spesa e avesse annullato gli atti di gara solo a fine settembre.

Il Tar²⁵⁴, dopo averlo riqualificato in termini di **revoca, annullava il provvedimento di autotutela** per difetto di motivazione, ritenendo che il semplice venir meno dei fondi di bilancio non fosse ragione idonea a giustificare una revoca in fase così avanzata e non rispondesse ad un evidente interesse pubblico. Escludeva una responsabilità contrattuale, posto che un contratto non era mai venuto in essere e che l'aggiudicazione definitiva non poteva essere a ciò equiparata. Riconosceva invece una **responsabilità precontrattuale**, alla luce del comportamento complessivamente tenuto della stazione appaltante, la quale (i) non aveva vigilato sulla conservazione dei fondi necessari in bilancio; (ii) aveva tardato a verificare l'insussistenza dei fondi dopo l'aggiudicazione ed a procedere all'annullamento; (iii) aveva ulteriormente tardato a dare comunicazione dell'autotutela all'aggiudicataria.

In sede di appello, il Consiglio di Stato²⁵⁵ riteneva, invece, che il venir meno dei fondi e la conseguente impossibilità giuridica di assunzione dell'impegno di spesa costituissero un **valido** motivo di pubblico interesse e, quindi, che la **revoca** fosse **legittima**²⁵⁶.

Il Consiglio di Stato riteneva peraltro sussistente un profilo di scorrettezza, dal momento che l'amministrazione non aveva concluso il contratto per condizioni sì ostative alla stipula, ma già in precedenza note o comunque conoscibili con la ordinaria diligenza ed, in ogni caso, non comunicate tempestivamente all'operatore²⁵⁷.

Rilevando la presenza di un contrasto giurisprudenziale sia sull'astratta configurabilità di una simile ipotesi di responsabilità in capo alla p.a., sia sulla sussistenza della giurisdizione

²⁵⁴ Tar Lazio, Roma, 7 luglio 2003, n. 5991.

²⁵⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920.

²⁵⁶ Cfr. le riflessioni su questo punto in particolare in cap. IV, par. II.

²⁵⁷ *Ibidem*, par. 3.

del giudice amministrativo²⁵⁸, il Consiglio di Stato rimetteva la questione alla Adunanza plenaria, la quale affermava in via generale la **giurisdizione amministrativa esclusiva** in tale materia e riteneva configurabile una responsabilità precontrattuale in capo al contraente pubblico²⁵⁹.

La giurisdizione veniva affermata alla luce del dato normativo vigente²⁶⁰ che riconosce la giurisdizione esclusiva per tutte le controversie tra privato e p.a. riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di appalto, a prescindere dalla qualificazione della situazione giuridica del privato connessa alle ipotesi di responsabilità precontrattuale e che si giustifica proprio per la sussistenza di una situazione di **interferenza tra diritti soggettivi ed interessi pubblici** (la situazione sostanziale veniva comunque qualificata in termini di **diritto soggettivo**²⁶¹). Si riteneva, in ogni caso, che spettasse al G.A. la cognizione degli affidamenti suscitati nel privato dal comportamento dell'amministrazione.

Sul piano sostanziale, la plenaria confermava che la p.a., nella scelta del contraente privato, fosse tenuta a rispettare sia le regole poste a tutela dell'interesse pubblico, che ove violate giustificano l'adozione di un provvedimento in autotutela, sia dei principi civilistici di **correttezza e buona fede ex art. 1337 c.c.**, la cui violazione giustifica il riconoscimento di una **responsabilità a titolo precontrattuale**. E riteneva che nel caso concreto si fosse creato un affidamento in capo all'operatore economico e che tale affidamento fosse stato leso dalla **condotta colposa della p.a.**, rappresentata sia dalla mancanza di qualsiasi vigilanza e coordinamento tra gli impegni economici che si andavano assumendo e la corrispettiva copertura finanziaria, sia dal mancato tempestivo intervento e comunicazione alla controparte privata.

Caso 2: Revoca dell'aggiudicazione e della gara per sopravvenuta mutazione di fatto imputabile all'amministrazione

(Cons Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697)

Nel gennaio del 2013, una società pubblica costituita da diversi Comuni della provincia di Siena **aggiudicava in via definitiva** un appalto di lavori per il recupero di un fabbricato nel Comune di Val d'Orcia, nel quale si sarebbero dovuti realizzare alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Senza nel frattempo mai addivenire alla stipula, nel settembre 2014, la stazione appaltante riconsegnava il fabbricato al Comune di Colle Val d'Elsa per l'esecuzione di piccoli interventi di manutenzione da parte della locale A.S.L., che ne era proprietaria. Da quel momento la stazione appaltante non si preoccupava più di recuperare il possesso

²⁵⁸ È interessante notare come il giudice di prime cure non si fosse posto il problema di giurisdizione, né fosse stato chiamato a pronunciarsi al riguardo dalle parti. Il Consiglio di Stato, evidentemente interessato a risolvere la questione in via di principio, ha invece sollevato espressamente anche la questione del riparto di giurisdizione. La successiva rimessione all'Adunanza plenaria operata dalla terza sezione del Consiglio di Stato nel 2017, n. 5492, sempre in materia di responsabilità precontrattuale, seppur antecedente all'aggiudicazione, ha omesso di porsi il problema relativo ai profili di giurisdizione. E conseguentemente l'Adunanza plenaria n. 5 del 4 maggio 2018 non si è (nuovamente) espressa sul punto. Cfr *infra* caso n. 7.

²⁵⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 16 maggio 2005, n.6.

²⁶⁰ Art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205.

²⁶¹ *Ibidem*, par. 5.

dell'immobile né di verificarne le condizioni o preservarlo. Solo a settembre 2016, la società appaltante conseguiva – *rectius* si preoccupava di conseguire - nuovamente l'accesso al fabbricato e così ne constatava il complessivo ammaloramento e degrado. Nel marzo 2017, la stazione appaltante procedeva alla revoca degli atti di gara, sul presupposto proprio del radicale mutamento e degrado dello stato dei luoghi rispetto alle condizioni originarie del progetto di recupero. Non era quindi più possibile la stipula del contratto, occorrendo redigere un nuovo progetto ed una nuova gara.

L'impresa chiedeva l'annullamento della revoca contestando che (i) non fosse un mutamento tale da giustificare una revoca, essendo invece possibile procedere ad una variante dei progetti originari; (ii) che stante le tempistiche e le modalità intercorse, l'affidamento del privato doveva prevalere sull'interesse pubblico alla revoca e (iii) che non sarebbe legittima una revoca per mutamento della situazione di fatto dipendente interamente da un comportamento negligente della stessa amministrazione. In parallelo, proponeva domanda risarcitoria del c.d. interesse positivo per la mancata stipula e conclusione dell'appalto ed, in subordine, formulava domanda di risarcimento per responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, parametrando la stessa, tuttavia, sempre alla perdita della chance connessa alla stipula del contratto ed alla sua esecuzione.

Tanto il giudice di primo grado²⁶², quanto il Consiglio di Stato²⁶³ riconoscevano la **legittimità della revoca** ex art. 21 quinquies l. 241/1990: la sopravvenuta situazione di fatto, per quanto direttamente dipendente dall'atteggiamento dell'amministrazione, aveva fatto venir meno l'interesse pubblico alla stipula del contratto²⁶⁴. Non era possibile procedere ad una variante del progetto originario sia perché le modifiche, troppo consistenti, avrebbero comportato uno stravolgimento dell'oggetto di gara e perché non era mai intervenuto, a monte, un contratto da poter 'variare'. La legittimità della revoca determinava l'impossibilità di riconoscere il bene finale voluto dall'impresa, così come il risarcimento per equivalente dell'interesse positivo legato all'aggiudicazione ed esecuzione del contratto, nonché tutte le poste risarcitorie ad esso connesse.

Nondimeno, entrambi i giudici riconoscevano l'assoluta **scorrettezza del comportamento** tenuto dalla stazione appaltante e, quindi, la configurabilità di una **responsabilità precontrattuale** della stessa, sul presupposto che i piani della legittimità e della correttezza dovessero essere trattati in maniera disgiunta. Il comportamento colposo e negligente della stazione appaltante che, da un lato, aveva determinato un inevitabile deterioramento del fabbricato e dall'altro aveva scorrettamente tenuto "in sospeso" l'operatore economico per anni, meritava di essere sanzionato sul piano risarcitorio.

Sul *quantum*, entrambe le pronunce confermavano in linea di principio la risarcibilità nei limiti dell'**interesse negativo** (spese sostenute e chances contrattuali alternative) ma ribadivano altresì la necessità per il privato di **dimostrare tali poste di danno**, senza possibilità di liquidarle secondo un criterio equitativo e forfettario.

²⁶² Tar Toscana, Firenze, 2 febbraio 2018, n. 187.

²⁶³ Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, para 2.2.

²⁶⁴ Secondo il giudice di prime cure: "L'inidoneità del contratto a soddisfare lo scopo, in virtù del quale la stazione appaltante si era indotta ad avviare la procedura di affidamento, integra dunque il presupposto normativo della revoca e, al contempo, ne costituisce sufficiente – per quanto stringata – motivazione" (Tar Toscana, n. 187/ 2018, cit., par. 2.1.2).

Caso 3: Tempestiva revoca della procedura, prima dell'aggiudicazione, per equivocità del bando di gara

(Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2013, n. 3831)

Un Comune pubblicava (15 novembre) un bando per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del sistema infrastrutturale di un'area urbana. Subito dopo la pubblicazione del bando pervenivano al Comune numerose richieste di chiarimenti in ordine a molteplici profili della disciplina di gara ritenuti oscuri e contraddittori. Il Comune pubblicava una serie di note di chiarimento sugli aspetti incerti.

Il 24 dicembre, quattro giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e quindi **prima di qualsiasi aggiudicazione**, il Comune decideva di **revocare** la procedura, in ragione della notevole confusione sulla corretta interpretazione del bando, nonostante gli intervenuti chiarimenti. Il 27 dicembre il Comune dava pubblicità della revoca sul proprio sito istituzionale ed il giorno seguente sull'albo pretorio.

Una delle imprese partecipanti presentava ricorso per ottenere il **solo risarcimento**, in via principale, a titolo di responsabilità **extracontrattuale** per i danni derivanti dall'illegittimità del provvedimento di revoca; in via subordinata, nell'ipotesi in cui la revoca fosse stata considerata legittima, ed a titolo **precontrattuale** per i danni causati dal comportamento contrario a buona fede della stazione appaltante che con i suoi iniziali chiarimenti aveva ingenerato un affidamento nei concorrenti circa la regolarità e prosecuzione della procedura; in via ulteriormente subordinata, si chiedeva un **equo indennizzo** ai sensi dell'art. 21 quinquies l. 241/1990²⁶⁵.

Il Tar²⁶⁶ riteneva che la **revoca** fosse **legittima**, in quanto basata su obiettive esigenze di interesse pubblico che rendevano inopportuna la prosecuzione della gara stessa²⁶⁷, e che **non fosse configurabile l'indennizzo** ex art. 21 quinquies per la revoca di un bando di gara, in quanto provvedimento non ad efficacia durevole e non incidente su un rapporto negoziale già sorto²⁶⁸. Riteneva che sussistesse tuttavia una **responsabilità precontrattuale** della stazione appaltante per il comportamento tenuto, valutato come complessivamente scorretto (e di avere giurisdizione quanto alla valutazione della relativa domanda). La violazione del canone di buona fede discendeva dalla superficialità e imperizia nella predisposizione del bando di gara, risultato contraddittorio rispetto ad aspetti essenziali, unita all'atteggiamento della stazione appaltante, che si era prima adoperata a chiarire i numerosi dubbi interpretativi, salvo poi revocare la gara solo in prossimità della scadenza del termine per presentare le offerte²⁶⁹.

²⁶⁵ È interessante sottolineare che l'impresa contestava l'illegittimità della revoca sotto molteplici profili, ma non ne chiedeva l'annullamento, con conseguente possibilità di riesumare e concludere la procedura di gara.

²⁶⁶ Tar Campania, Napoli, 5 aprile 2012, n. 1646.

²⁶⁷ È stato osservato che "L'amministrazione, pertanto in vista di possibili contenziosi correlati alla constatata incertezza interpretativa, e dei connessi oneri futuri dovuti alla comune esperienza, ha inteso revocare la procedura di gara motivando la decisione con la necessità di garantire i principi fondamentali di trasparenza, correttezza, imparzialità e parità di trattamento nell'esperimento della gara medesima" (*ibidem*, para 2.1.).

²⁶⁸ *Ibidem*, par. 3; argomentando ex art. 21 quinquies, comma 1-bis.

²⁶⁹ Osserva il Tar: "L'amministrazione, una volta venuta a conoscenza delle criticità presenti nella disciplina di gara, si è adoperata nell'offrire soluzioni ai quesiti posti dai partecipanti, senza farsi carico dell'affidamento ingenerato nella regolare prosecuzione della gara, e delle spese nelle more affrontate per la predisposizione

L'amministrazione ricorreva contestando che in materia di appalti è configurabile una responsabilità precontrattuale solo in caso di scorrettezze intervenute nella fase che va dall'aggiudicazione definitiva alla stipula del contratto e che, nel caso di specie, il comportamento era immune da profili di scorrettezza.

A fronte della mancata contestazione sul punto, il Consiglio di Stato²⁷⁰ rilevava il giudicato interno quanto alla legittimità della revoca, all'inconfigurabilità di un indennizzo ed alla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda risarcitoria precontrattuale.

Dopo aver dato atto di un contrasto di vedute in materia²⁷¹, il Consiglio di Stato riteneva che l'esclusione dell'operatività del principio di buona fede anche alla fase anteriore alle trattative costituisse un'ingiustificabile aprioristica esenzione dal diritto comune della p.a.²⁷² e che la circostanza che **non si fosse ancora addivenuti ad un'aggiudicazione non bastasse da sé ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale** della p.a.²⁷³.

Nel caso di specie, tuttavia, il Consiglio di Stato riteneva che il comportamento della p.a. fosse stato **complessivamente conforme ai canoni di buona fede**, in quanto l'equivocità del bando di gara era sì palese ed evidente, ma lo era, appunto, anche per le imprese partecipanti. E quindi, ab origine, il bando **non era in grado di suscitare un particolare affidamento** degli operatori partecipanti, posto che non si può invocare la grave e manifesta equivocità del bando e al contempo sostenere di aver fatto affidamento sullo stesso in maniera incolpevole e in buona fede. Il Consiglio riteneva poi che l'ambiguità della *lex specialis* avrebbe potuto costituire un comportamento lesivo del principio di correttezza solo se protratta nel tempo, senza fornire giustificazioni o chiarimenti, mentre la scelta di non dare ulteriormente seguito alla procedura doveva intendersi come un modo di riparare a tale ambiguità, alla luce anche delle **tempistiche** con cui era avvenuta la revoca e con cui se ne era data pubblicazione.

Caso 4: Revoca dell'aggiudicazione e poi del bando di gara per perdita della provvista e complessivo ripensamento da parte della stazione appaltante

(Cons. Stato, Sez. III, 6 agosto 2019, n. 5597)

Un'azienda socio-sanitaria territoriale (Asst) indiceva una gara di appalto integrato di lavori per la progettazione e realizzazione di un asilo nido all'interno di un presidio ospedaliero. In parallelo, la Regione si impegnavo al **cofinanziamento** dell'opera.

delle offerte da presentare in gara. L'amministrazione nemmeno si è fatta carico di valutare quanto meno la possibilità di procedere alla sospensione della procedura, in attesa di ogni definitiva decisione chiarificatrice al riguardo" (*ibidem*, par. 4.1.).

²⁷⁰ Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2013, n. 3831.

²⁷¹ Ed è interessante sottolineare come il Consiglio di Stato, pur ritenendo che la Ad. plen. 6/2005 non sia dirimente sul punto, abbia deciso di non rimettere nuovamente la questione specifica all'esame dell'adunanza plenaria.

²⁷² *Ibidem*, par. 2.b.

²⁷³ *Ibidem*.

L'azienda procedeva all'**aggiudicazione** ad aprile 2011, che veniva **impugnata** dall'impresa seconda qualificata (Coverall). Nelle more di tale giudizio, la Regione concedeva alla Asst la possibilità di differire l'inizio dei lavori – da cui dipendeva il relativo cofinanziamento – e la proroga di circa un anno del termine originario. Pochi giorni dopo tale rassicurazione, tuttavia, l'Asst procedeva alla **revoca dell'aggiudicazione e degli atti di gara**, sul presupposto dell'asserito spirare del termine per l'inizio dei lavori e quindi del venir meno del contributo della Regione.

Il Tar accertava in via definitiva l'**illegittimità** sia dell'aggiudicazione alla prima impresa che della **revoca** degli atti di gara per vizio di istruttoria, essendo questa giustificata dalla mancata proroga da parte della Regione del termine per l'inizio dei lavori; proroga che era invece già stata concessa²⁷⁴.

Successivamente, nonostante la diffida della Coverall, la Asst non procedeva all'aggiudicazione in suo favore e lasciava decorrere l'ulteriore termine per l'inizio dei lavori e relativo cofinanziamento regionale. A quel punto, procedeva con un secondo provvedimento di revoca dell'intera procedura di gara, invocando la presenza di sopravvenuti vincoli finanziari e di bilancio, l'aggravamento della situazione reddituale e patrimoniale delle aziende sanitarie, nonché le difficoltà economiche e gestionali connesse al servizio di asilo nido all'interno di strutture sanitarie, emerse da un'indagine di mercato all'uopo condotta.

L'impresa Coverall impugnava chiedendo l'**annullamento della revoca** ed il risarcimento del danno a titolo extracontrattuale²⁷⁵ derivante da tale provvedimento; chiedeva altresì, a titolo subordinato, nell'ipotesi di accertata legittimità dello stesso, l'**indennizzo** ex art. 21 *quinquies*. Occorre sottolineare che l'impresa ricorrente **non formulava** invece domanda di risarcimento a titolo **responsabilità precontrattuale**.

Il Tar²⁷⁶ accoglieva il ricorso riconoscendo sia l'**illegittimità della revoca**, che la connessa pretesa risarcitoria (interesse positivo), sul presupposto che la precedente sentenza definitiva avesse sancito il "diritto all'aggiudicazione" in favore della Coverall e che l'esecuzione di questa parte del giudicato dovesse precedere qualsiasi ulteriore eventuale valutazione circa la sussistenza dei presupposti di revoca. In ogni caso, la revoca sarebbe stata illegittima in quanto basata, in parte, su elementi interamente dipendenti dalla condotta inerte della p.a. (così l'incapienza finanziaria derivante dalla perdita del cofinanziamento regionale) ed, in parte, insussistenti tanto da non esser stati infatti nemmeno rilevati dalla prima revoca (così i rilievi generali sulla spending review e la non necessità dell'asilo nido).

Viceversa, in sede di appello, il Consiglio di Stato²⁷⁷ riteneva che la precedente sentenza definitiva non avesse affatto riconosciuto, neanche sul piano risarcitorio, il bene della vita finale a favore della ricorrente, e cioè un diritto intangibile all'aggiudicazione. Pertanto, la Coverall, per effetto della esclusione della precedente aggiudicataria, poteva ritenersi "**aggiudicataria provvisoria solo in via di fatto**" e **non era rinvenibile alcuna posizione di affidamento** tutelabile. Questo implicava la piena libertà per la p.a. di adottare

²⁷⁴ Tar Lombardia, Milano, 10 aprile 2012, n. 1046.

²⁷⁵ Inizialmente l'impresa chiedeva *in primis* il risarcimento in forma specifica; nelle more del giudizio dichiarava tuttavia di non avervi più interesse essendo nel frattempo entrata in liquidazione. Insisteva invece sul risarcimento per equivalente.

²⁷⁶ Tar Lombardia, Milano, 26 novembre 2018, n. 2667.

²⁷⁷ Cons. Stato, Sez. III, 6 agosto 2019, n. 5597.

provvedimenti in autotutela²⁷⁸ e, nello specifico, il Consiglio di Stato riteneva che le valutazioni 'economiche e gestionali' adottate fossero nel complesso idonee a **giustificare la seconda revoca** degli atti di gara ²⁷⁹, in ossequio al necessario adeguamento dell'azione amministrativa all'interesse pubblico.

La pronuncia **escludeva** altresì il diritto all'**indennizzo**, sul presupposto che la revoca di un'aggiudicazione provvisoria, alla luce degli effetti instabili e provvisori della stessa, non costituirebbe un atto di autotutela ex art. 21 quinquies e non giustificerebbe quindi la corresponsione di alcun ristoro.

Peraltro, il Consiglio di Stato, in un *obiter dictum* finale, lascia intendere che se la parte avesse formulato – *ab origine* - la distinta domanda di **responsabilità precontrattuale** per violazione dei canoni di correttezza e buona fede, essa sarebbe probabilmente risultata vittoriosa sul punto, alla luce del comportamento complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel caso di specie²⁸⁰.

Caso 5: Responsabilità precontrattuale a parti invertite?

(Cons. Stato, Sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8546)

Un Comune indiceva una gara per l'affidamento dei servizi di ristorazione scolastica e per anziani. Il capitolato speciale conteneva una **clausola** (art. 39), per cui "in caso di non veridicità delle dichiarazioni rilasciate" l'aggiudicazione verrà annullata "ed il servizio potrà essere affidato al concorrente che segue in graduatoria, fatti salvi i diritti del Comune per il risarcimento di tutti i danni che potranno derivare all'Amministrazione anche in successivo esperimento della gara o, comunque, per il maggior costo del servizio rispetto a quello che sarebbe stato sostenuto senza la decadenza dell'aggiudicatario". La società C.I.R. partecipava alla gara in persona del proprio procuratore speciale, che in sede di sottoscrizione dell'offerta dichiarava di possedere i requisiti di moralità professionale, ex art. 12, co. 1 del D.Lgs. n. 157/1995²⁸¹. L'appalto veniva **aggiudicato provvisoriamente** alla C.I.R., ma, in sede di verifica, il Comune accertava che nei confronti del procuratore di questa era stata precedentemente emanata una condanna definitiva ex art. 444 c.p.p., per reati anche di natura finanziaria. Ritenendo quindi sussistente una delle **cause di esclusione** ex art. 12, co.1., lett. B, il Comune escludeva dalla gara la C.I.R., disponeva l'**annullamento** dell'aggiudicazione provvisoria ed aggiudicava la gara alla seconda classificata.

²⁷⁸ *Ibidem*, par. 4.

²⁷⁹ *Ibidem*, par. 5.4. Si vedano anche le pronunce ivi richiamate.

²⁸⁰ In particolare, affermava che ribadiva che è ben possibile "far derivare conseguenze risarcitorie in danno dell'amministrazione dalla (legittima) adozione di un provvedimento di revoca, così come è possibile che la revoca di un atto amministrativo possa risultare legittima e giustificata anche se sia stata la stessa amministrazione a dare luogo ai presupposti legali della revoca" (*Ibidem*, para 6).

²⁸¹ La norma in questione, applicabile *ratione temporis* alle procedure di evidenza pubblica, prevedeva in particolare che... "sono esclusi dalla partecipazione alle gare i concorrenti: b) nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari ... f) che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai sensi del presente articolo o degli articoli da 13 a 17.

La C.I.R. contestava tale esclusione (e le misure connesse) al Tar, chiedendo altresì il risarcimento dei danni. Il Tar²⁸² accoglieva il ricorso, anche sul piano risarcitorio, sul presupposto che i requisiti imposti dall'art. 12, co. 1 non fossero applicabili al caso in esame ma solo al rappresentante legale dell'impresa. In appello, invece, il Consiglio di Stato²⁸³ riteneva corretto estendere l'accertamento del possesso del requisito morale ex art. 12, co 1., lett. B anche alla figura del procuratore speciale.

A questo punto, il Comune, che nel frattempo aveva stipulato il contratto con l'impresa seconda classificata, adiva il Tar per chiedere, facendo leva sull'art. 39 del capitolato, il risarcimento alla C.I.R. del danno sofferto a causa dell'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore e dei conseguenti maggiori costi supportati per esser stato costretto ad accettare le condizioni più onerose dell'offerta della seconda classificata.

Sia il Tar²⁸⁴ che il Consiglio di Stato²⁸⁵ respingevano il ricorso sulla base di argomentazioni simili. *In primis*, il Consiglio di Stato affermava la **giurisdizione esclusiva** del g.a. nella controversia in esame, dal momento che la p.a. faceva valere un proprio **diritto soggettivo** nell'ambito di un'azione di **responsabilità precontrattuale** per condotte scorrette nella fase delle trattative e la giurisdizione esclusiva discendeva dalla necessaria "bilateralità e concentrazione delle tutele"²⁸⁶.

La controversia doveva tuttavia essere inquadrata nell'alveo della responsabilità precontrattuale con i necessari adattamenti, essendo 'a parti rovesciate'. La p.a. in particolare accollava le conseguenze patrimoniali della propria autotutela al privato che con il suo comportamento (falsa dichiarazione) avrebbe determinato il vizio dell'atto di aggiudicazione²⁸⁷.

Il Consiglio di Stato chiariva che l'**affidamento** della p.a. era risarcibile nei limiti in cui la lesione dello stesso (i.e. l'aspettativa per la stazione appaltante sul buon esito della procedura) derivasse da un **comportamento colpevole** del privato operatore. Nel caso specifico riteneva che la mancata dichiarazione del privato fosse un **errore scusabile** e non fosse imputabile a titolo di colpa a causa della complessiva incertezza normativa al riguardo, che lo stesso Tar nel primo contenzioso aveva ritenuto non applicabile al caso in esame. Il Consiglio di Stato riteneva che la **clausola** del bando che disciplinava espressamente l'ipotesi di dichiarazioni non veritiere non configurasse una responsabilità dell'operatore a prescindere dall'accertamento della colpa, ma esonerasse solo la p.a. dal provare il *quantum* di risarcimento, una volta dimostrati i presupposti sull'*an* (qui insussistenti).

Caso 6: Revoca illegittima del bando di gara e condotta scorretta della stazione appaltante

²⁸² Tar Lombardia, Brescia, 18 marzo 2002, n. 493.

²⁸³ Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3241.

²⁸⁴ Tar Lombardia, Brescia, 24 agosto 2011, n. 1261.

²⁸⁵ Cons. Stato, Sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8546.

²⁸⁶ *Ibidem*, par. 12 e la giurisprudenza ivi richiamata.

²⁸⁷ Come osservato: "l'evento causale del danno non viene individuato in un comportamento - *recte*, non viene individuato "direttamente" in un comportamento- bensì in un provvedimento, per rimediare alla illegittimità del quale l'Amministrazione sceglie di esercitare il proprio potere di autotutela" (par. 13).

(Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156)

Veniva indetta una gara per i lavori di ristrutturazione del Tribunale di Bari. Il disciplinare di gara conteneva una clausola secondo la quale l'amministrazione si riservava la facoltà di procedere all'annullamento della gara "senza che le partecipanti possano avanzare richiesta per eventuali rimborsi, compensi o indennizzi a qualsiasi titolo". In una fase avanzata della procedura, ma in cui non vi era stata ancora un'**aggiudicazione** provvisoria o definitiva, la stazione appaltante deliberava di "annullare" gli atti di gara, in quanto, nonostante la conclamata inadeguatezza strutturale del Tribunale, i lavori di ristrutturazione avrebbero interferito sul regolare svolgimento dell'attività giudiziaria e di accesso agli edifici ed, in questo senso, contrastavano con l'interesse pubblico. La stazione appaltante faceva valere la clausola del disciplinare per escludere qualsiasi forma di risarcimento in capo ai partecipanti.

Il provvedimento di autotutela veniva impugnato dall'impresa che aveva presentato la miglior offerta sul piano tecnico-economico, contestandone l'**illegittimità** e veniva altresì richiesto il **risarcimento dei danni**, sia derivanti **dall'illegittima attività provvedimentale**, sia, in subordine, a titolo **precontrattuale** sul presupposto dell'ormai intervenuta 'aggiudicazione di fatto' *per silentium* in capo all'impresa ricorrente.

Il Tar²⁸⁸ riqualificava il provvedimento di autotutela in termini di **revoca**, posto che le ragioni avanzate dalla p.a. non rendevano gli atti di gara illegittimi (così escludendo l'applicabilità della clausola limitativa di responsabilità prevista dal disciplinare) e ne dichiarava l'**illegittimità**, posto che le giustificazioni avanzate dalla p.a. non corrispondevano né a sopravvenute ragioni di interesse pubblico, né ad una vera nuova valutazione della situazione iniziale. Escludeva tuttavia il risarcimento sia perché **non era ancora intervenuta una formale aggiudicazione** in favore dell'impresa, sia perché non era stato provato in alcun modo il **danno**.

In sede di appello, il Consiglio di Stato²⁸⁹ ribadiva la natura di 'revoca' dell'atto di autotutela e chiariva che la **clausola** del bando, prima che **inapplicabile era comunque illegittima** perché contraria all'art. 1229 c.c. Confermava l'**illegittimità** della revoca, che lungi dal riguardare l'opera in sé (e la sua coerenza con l'interesse pubblico connesso alla sua realizzazione), concerneva modalità e tempi di esecuzione dell'opera e delle relative interferenze con il normale (ordinario, preesistente e quindi prevedibile) svolgimento dell'attività lavorativa in Tribunale.

L'annullamento della revoca illegittima non consentiva però di ritenere "riespansa" l'aggiudicazione di fatto in favore dell'impresa. **Non veniva quindi in rilievo un giudicato di spettanza**, ma solo l'obbligo in capo alla stazione appaltante di **riesercizio del potere** in modo legittimo. Era quindi escluso il risarcimento per lesione di interesse legittimo.

Il Consiglio di Stato riteneva tuttavia che la **condotta** della p.a. fosse nel complesso **scorretta** e quindi sanzionabile: essa non dava luogo ad un indennizzo ex art. 21 quinquies, bensì ad una **responsabilità precontrattuale**, sussistente **anche se non vi era stata ancora un'aggiudicazione formale** (la situazione soggettiva veniva qualificata in termini di **diritto soggettivo**). Il risarcimento era riconosciuto nei limiti dell'**interesse negativo** in cui veniva, tuttavia, ricompreso anche il **danno curriculare**.

²⁸⁸ Tar Puglia, Bari, 22 settembre 2011, n. 1375.

²⁸⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156.

Caso 7: Annullamento del bando di gara, prima dell'aggiudicazione, per ambiguità e connessa mancanza di copertura finanziaria

(Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5)

La Regione Calabria indiceva una gara in lotti per l'affidamento del servizio di ristorazione delle aziende sanitarie regionali, per un valore stimato massimo di circa 19 milioni di euro ed un periodo di servizio di tre anni. Due distinti raggruppamenti temporanei presentavano un'offerta e quella del R.T.I. 'La Cascina' risultava la migliore sul piano tecnico. Tuttavia, entrambe le **offerte venivano escluse**, in quanto la stazione appaltante, a quel punto, sosteneva che la durata prevista fosse di quattro e non di tre anni, per lo stesso importo. Ne derivava così un valore massimo annuale inferiore, superato da entrambe le offerte.

Il ricorso presentato da La Cascina avverso la propria esclusione, veniva **accolto** sia dal Tar che dal Consiglio di Stato, che ne confermavano **l'illegittimità**. In seguito, tuttavia, la stazione appaltante **non aggiudicava** a La Cascina, ma procedeva invece all'**annullamento dell'intera procedura**.

La Cascina contestava anche questo secondo provvedimento di autotutela, chiedendone sia l'annullamento che, in ogni caso, il risarcimento del danno, derivante dal bando di gara fuorviante che l'aveva indotta alla presentazione di un prezzo superiore rispetto al massimo poi scorrettamente 'individuato' dalla stazione appaltante. In altre parole, contestava la violazione del proprio legittimo affidamento circa l'interpretazione del bando di gara e invocava la responsabilità precontrattuale della p.a.

Secondo il Tar²⁹⁰ il **provvedimento di annullamento** era **legittimo**, a fronte proprio degli errori e imprecisioni del bando di gara, e giustificato dall'impossibilità finanziaria per la stazione appaltante di pagare il servizio secondo l'interpretazione "corretta" del bando. Riconosceva un **risarcimento a titolo precontrattuale**, alla luce dell'ambiguità e incoerenza del bando, per gli inutili costi sostenuti per partecipare/rimanere nella procedura.

A fronte del ricorso dell'amministrazione, il Consiglio di Stato rilevava un contrasto giurisprudenziale circa la possibilità di riconoscere una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante anche **prima e a prescindere dall'aggiudicazione**. Così, dopo aver aderito nettamente all'ipotesi che escludeva tale possibilità, posto che prima dell'aggiudicazione non sarebbe individuabile né una 'parte' né una 'trattativa' ai sensi dell'art. 1337 c.c., rimetteva la questione all'adunanza plenaria²⁹¹.

L'adunanza²⁹² affermava invece la piena applicabilità del principio di correttezza buona fede in ogni stadio e fase della procedura di evidenza pubblica, anche a prescindere dalla presenza di un'intervenuta aggiudicazione e dalla legittimità degli atti della procedura, inclusi quelli di autotutela, in forza della distinzione fra regole di validità e regole di condotta. Nello svolgimento di attività autoritativa, quale è quella di scelta del contraente,

²⁹⁰ Tar Calabria, 23 marzo 2017, n. 515.

²⁹¹ Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492.

²⁹² Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

l'amministrazione è tenuta a rispettare non solo le regole di diritto pubblico, che ove violate possono portare all'invalidità dell'atto (ed al risarcimento del danno da interesse legittimo) ma anche principi di diritto privato, quale quello di buona fede che, ove violati, non incidono sulla validità degli atti ma danno luogo a **responsabilità precontrattuale**.

La situazione lesa dalla condotta scorretta del contraente pubblico veniva individuata nel **diritto (soggettivo)** alla libertà di autodeterminazione negoziale, i.e. il diritto dell'operatore economico a compiere le proprie scelte senza subire illecite interferenze derivanti da condotte scorrette di altri²⁹³.

La plenaria individuava i **requisiti cumulativi necessari** per riconoscere, sulla base di una valutazione caso per caso, la sussistenza di tale responsabilità: (i) la **buona fede soggettiva** (e l'affidamento maturato) dell'operatore economico; (ii) una **condotta oggettivamente scorretta** del contraente pubblico; (iii) la **colpa** o il **dolo** di quest'ultimo; (iv) la **prova del danno** evento e danno conseguenza ed il (v) relativo **nesso di causalità**. Ribadisce che il danno è risarcibile nei limiti dell'**interesse negativo**.

A conclusione della vicenda, la sezione, investita della valutazione sulla sussistenza in concreto dei requisiti così delineati dalla plenaria, concludeva che il **danno non fosse stato adeguatamente provato** e, pertanto, escludeva il risarcimento a titolo precontrattuale²⁹⁴.

Caso 8: Annullamento dell'aggiudicazione e della gara per errata formulazione di una clausola del bando di gara

(Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440)

Un Comune instaurava una procedura di licitazione privata. Una delle imprese partecipanti evidenziava che il progetto presentava anomalie tali da incidere sulla stessa possibilità di corretta esecuzione dei lavori. Evidenziava altresì un errore consistito nella fissazione nel n. 70 come quantitativo di una voce del computo metrico, che invece sulla base del progetto doveva essere pari a 990. L'impresa che aveva effettuato i rilievi critici presentava un'offerta che per la voce in questione prevedeva un aumento di costo di circa il 300%, mentre le altre concorrenti avevano quasi tutte effettuato offerte in ribasso. Nonostante i rilievi, la procedura di gara proseguiva e l'impresa risultava poi **aggiudicataria definitiva** e diffidava il Comune a porre rimedio alle anomalie ed a correggere l'errore di computo con una variante, consistente nella estensione della sua offerta unitaria al quantitativo realmente occorrente di 990 unità.

Il Comune, a quel punto, sorvolando sulle altre anomalie del bando, riscontrava l'errore di computo e procedeva **all'annullamento dell'intera gara**, escludendo l'utilizzo della variante, dato che l'anomalo prezzo unitario offerto dall'aggiudicataria, avrebbe procurato un'ingiustificata e spropositata lievitazione dei costi.

²⁹³ Proprio alla luce dell'identificazione della posizione lesa in termini di diritto soggettivo, vale la pena osservare già in questa sede che la plenaria, pur non esprimendosi espressamente sul punto, sembra fondare la sussistenza della propria giurisdizione nel caso in esame proprio alla luce della previsione di giurisdizione esclusiva nelle controversie relative alle procedure di evidenza pubblica. Cfr. in generale cap IV, para VIII.

²⁹⁴ Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2019, n. 2181.

L'impresa aggiudicataria chiedeva l'annullamento dell'atto in autotutela ed il risarcimento dei danni per equivalente, o in via subordinata, in forma specifica. Chiedeva comunque di essere tenuta indenne dai pregiudizi patiti per la partecipazione ad una gara le cui manchevolezze erano state tardivamente riscontrate dalla stazione appaltante, configurandosi una *culpa in contraendo* ex art. 1337 c.c.

Il Tar²⁹⁵ rigettava il ricorso ritendendo che l'**annullamento** fosse **legittimo** ed escludeva qualsiasi risarcimento. In particolare, **escludeva che potesse configurarsi alcun tipo di affidamento** rilevante ex art. 1337 c.c. alla luce del comportamento specifico tenuto dall'impresa, che, anzi, aveva formulato "un'offerta palesemente diretta ad approfittare dell'errore in cui era incorsa la p.a."

Il Consiglio di Stato²⁹⁶ confermava la legittimità del provvedimento²⁹⁷. Dopo aver richiamato i tre elementi che andrebbero a costituire il legittimo affidamento tutelabile (oggettivo, soggettivo, cronologico), riteneva in particolare sussistente l'elemento soggettivo dell'affidamento del privato²⁹⁸; tuttavia, visto che l'annullamento era intervenuto subito dopo l'aggiudicazione, riteneva che l'affidamento non si fosse consolidato e dovesse esser considerato recessivo rispetto agli interessi pubblici di evitare lievitazione costi dei lavori pubblici e di garantire la *par conditio* dei concorrenti venuta meno, a causa dell'errore.

Riteneva invece **dovuto il risarcimento danni per responsabilità ex art. 1337 c.c.**, nei limiti dei costi sostenuti per partecipare alla gara, posto che la legittimità dell'annullamento non escludeva la colpa - e la responsabilità - della p.a. per la lesione dell'affidamento comunque suscitato. E tale colpa doveva esser ricondotta al comportamento precedente all'esercizio dello *ius poenitendi*, consistente nella negligente predisposizione di atti di gara e nell'aver proseguito con l'espletamento della procedura, nonostante i rilievi dell'operatore, in cui si era quindi consolidato un affidamento tutelabile.

Caso 9: Mancata registrazione del contratto per cui l'amministrazione aveva richiesto l'esecuzione anticipata dei lavori

(Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636)

²⁹⁵ Tar Marche, Sez. I, 6 giugno 2009, n. 510.

²⁹⁶ Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

²⁹⁷ In quanto riteneva che l'annullamento degli atti di gara fosse dovuto alla non cantierabilità del progetto per fatto imputabile alla stessa stazione appaltante che aveva errato gravemente nella redazione degli atti di gara; il che non escludeva l'azionabilità del potere di autotutela, ma richiedeva il bilanciamento, ex art. 21 nonies l. 241/1990, con l'affidamento legittimo del privato alla conservazione del provvedimento di aggiudicazione.

²⁹⁸ Degno di nota è il passaggio, con cui prima identifica l'elemento soggettivo dell'affidamento in generale ... "è necessario che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo [...] o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l'atto" ... e poi lo ritiene sussistente: "Nel caso di specie, il vizio pur riconoscibile e, anzi, riconosciuto è stato, tuttavia, segnalato tempestivamente all'appellante; dunque, il comportamento della P.A. che, scientemente, ha proseguito nella gara e ha emanato il provvedimento di aggiudicazione, può radicare un affidamento legittimo anche sotto il profilo soggettivo".

Il Ministero per i lavori pubblici indiceva una gara a licitazione privata per la costruzione di opere nel porto della laguna di Venezia che si concludeva con l'**aggiudicazione** appalto in favore di un'impresa, cui il Ministero richiedeva la **consegna immediata dei lavori** per ragioni di urgenza. Successivamente veniva **stipulato** (19.5.1987) ed **approvato** (22.7.1989) il contratto di appalto. Infine, però, **la Corte dei conti negava la registrazione** dello stesso in quanto: (i) riscontrava la carenza della necessaria autorizzazione del MIBACT e (ii) svolgeva osservazioni critiche su alcune scelte tecniche compiute dal contraente pubblico nel delineare il progetto. Frattanto, i lavori venivano, dopo 17 mesi dalla consegna, sospesi per un lungo periodo senza ulteriori spiegazioni.

L'impresa adiva il giudice ordinario per chiedere (i) la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto e (ii) il risarcimento del danno per violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Entrambi i motivi di gravame venivano respinti sia in primo che in secondo grado.

La Cassazione²⁹⁹ confermava l'infondatezza del primo motivo in quanto il visto di registrazione della Corte dei conti costituisce una *conditio iuris* sospensiva di efficacia del contratto, che non è suscettibile di risoluzione per inadempimento, poiché questa presuppone la sua eseguibilità ed efficacia, che resta esclusa fintanto che non si avveri la condizione sospensiva³⁰⁰. Cassava invece con rinvio la pronuncia della Corte di appello relativamente alla domanda risarcitoria.

In particolare, la Corte d'appello aveva escluso la responsabilità precontrattuale della p.a. in quanto (i) non poteva ravvisarsi una colpa della stessa dal momento che la procedura di aggiudicazione e le connesse fasi di controllo si erano svolte in maniera legittima e (ii) il rifiuto di registrazione da parte della Corte dei conti non dimostrava che il Ministero fosse a conoscenza di elementi ostativi alla realizzazione delle opere.

La Cassazione invece ribadiva che la responsabilità precontrattuale della p.a. non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento e presuppone la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto. Pertanto, non rilevava la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica e dei singoli atti della procedura, ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dalla p.a. nel corso delle trattative e della formazione del contratto³⁰¹. Al riguardo - come guida e monito per il giudice di rinvio - rilevava che la Corte di appello aveva omesso di indagare sulle ragioni che avevano indotto la Corte dei conti a formulare osservazioni sulle scelte tecniche di realizzazione dell'opera e, soprattutto, aveva omesso di dare il necessario rilievo alla consegna anticipata dei lavori in via d'urgenza e, quindi, all'impegno organizzativo e di spesa posto a carico dell'impresa per l'esecuzione di un contratto rivelatosi poi inesequibile per la mancata registrazione del decreto di approvazione³⁰².

Procedeva poi ad una rimediazione dell'interpretazione dell'art. 1338 c.c. affermando che l'accertamento circa l'affidamento colpevole o meno del contraente nella validità ed efficacia del contratto (concluso o da concludere) con la p.a., al fine di escludere o affermare la responsabilità di quest'ultima, è un'attività propria del giudice di merito cui spetta verificare in concreto se la norma violata sia conosciuta o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto della univocità dell'interpretazione della

²⁹⁹ Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636.

³⁰⁰ *Ibidem*, par. 1.1.

³⁰¹ *Ibidem*, par. 2.1.

³⁰² *Ibidem*, par. 2.2.

norma e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità³⁰³.

Caso 10: Annullamento dell'appalto su ricorso del controinteressato e conseguente recesso dal contratto

(Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438)

Un Consorzio aggiudicava l'appalto per servizio di manutenzione straordinaria. Dopo aver **stipulato il contratto** con l'impresa risultata aggiudicataria e dopo che questa aveva **iniziato l'esecuzione** del servizio e si era procurata le dotazioni necessarie, il Tar, su ricorso di un concorrente pretermesso, annullava l'aggiudicazione dell'appalto in corso di esecuzione. Conseguentemente, il Consorzio **recedeva unilateralmente dal contratto** di appalto. L'originario aggiudicatario presentava ricorso avanti al giudice ordinario per ottenere la condanna al risarcimento del danno da liquidare "in base alle norme indicate negli esborsi subiti per l'esecuzione del contratto e con l'indennizzo del decimo delle opere rimaste inesequite di cui all'art. 345 della legge sulle opere pubbliche del 1865".

Il Tribunale di primo grado condannava il Consorzio a pagare agli attori le spese di gara, affermando che l'azione doveva qualificarsi come risarcimento del danno per **lesione di interessi legittimi** del ricorrente.

Entrambe le parti proponevano appello: l'impresa contestava che il tribunale avesse ritenuto automaticamente caducato *ex tunc* il vincolo contrattuale e dichiarato affievoliti i diritti dell'appaltatore in interessi legittimi, che non avevano invece rilievo alcuno nel risarcimento del danno richiesto; il Consorzio invece contestava il riconoscimento di un risarcimento del danno per una lesione, i.e. di interessi legittimi, mai richiesta dal ricorrente. La Corte d'appello rigettava l'appello dell'impresa e accoglieva quello del Consorzio ritenendo infondata la domanda originaria e inammissibile quella modificata dal Tribunale di primo grado.

La Cassazione³⁰⁴ cassava con rinvio affermando che, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, **il contratto era da ritenersi *tamquam non esset*** ed il recesso unilaterale dal Consorzio, quale adeguamento alla pronuncia caducatoria, non costituiva un inadempimento contrattuale dello stesso.

L'azione risarcitoria dell'impresa non poteva, dunque, qualificarsi come fondata su di una responsabilità di tipo contrattuale, in quanto la responsabilità a base della domanda del ricorrente non derivava da inadempimento degli obblighi mai sorti da un appalto apparente e privo di effetti, già al momento della sua stipulazione, ma dall'**affidamento incolpevole** dell'appaltatore, nella fase anteriore alla stipula del contratto, in quella dell'accordo conseguente e nell'inizio di esecuzione dell'appalto che poteva presumere valido e della cui

³⁰³ In particolare, aggiungeva: "In presenza di norme che l'Amministrazione è tenuta istituzionalmente a conoscere ed applicare in modo professionale (come, ad esempio, quelle che disciplinano il procedimento di scelta del contraente), essa ha l'obbligo di informare il privato delle circostanze che potrebbero determinare la invalidità o inefficacia e, comunque, incidere negativamente sulla eseguibilità del contratto, pena la propria responsabilità per culpa in contraendo, salva la possibilità di dimostrare in concreto che l'affidamento del contraente sia irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche" (*Ibidem*, par. 2.3).

³⁰⁴ Cass. 21 novembre 2011, n. 24438.

invalidità doveva essere consapevole il Consorzio che aveva indetto la gara illegittima, scegliendo erroneamente l'attore per stipulare il contratto³⁰⁵. In particolare, l'affidamento lesivo era quello dell'aggiudicatario sulla correttezza della scelta in suo favore come contraente³⁰⁶.

Non si trattava quindi di una posizione di interesse legittimo³⁰⁷, bensì di “una situazione soggettiva **non inquadrabile nella mera bipartizione tra interessi legittimi e diritti**, ma assimilabile maggiormente a questa seconda categoria di posizioni soggettive, in quanto, sul piano civilistico, nessuna discrezionalità vi è nella tutela dell'affidamento di cui sopra, rilevante quanto meno nei limiti **dell'interesse contrattuale negativo**, comunque si qualifichi la pretesa di correttezza della condotta dell'altra parte prima del contratto, si definisca essa come aspettativa, diritto, ovvero interesse qualificato”³⁰⁸. Così riconosceva implicitamente la sussistenza del giudice ordinario a conoscere tali controversie e riteneva la responsabilità di tale posizione (non direttamente inquadrabile nel modello contrattuale o extracontrattuale) dovesse essere ricondotta alla **responsabilità da “contatto qualificato” tra le parti**, che si avvicina al modello contrattuale e per questo si applica la disciplina della prova dell'art. 1218 c.c.

Caso 11: Annullamento dell'aggiudicazione dell'originaria aggiudicataria per vittorioso ricorso della controinteressata illegittimamente esclusa dalla gara

(Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21)

In una gara di appalto di lavori di restauro presentavano offerta due diverse ATI. Il bando di gara era formulato in modo ambiguo circa le modalità di esecuzione del sopralluogo da parte dei partecipanti. Il Comune aveva inteso l'obbligo di sopralluogo esteso a ciascuna delle imprese parte dell'ATI e per questo escludeva una delle due ATI, che aveva fatto eseguire il sopralluogo alla sola mandataria, ed **aggiudicava** all'altra, chiedendo anche **la consegna anticipata** dei lavori. L'ATI esclusa aveva nel frattempo impugnato sia l'esclusione che l'aggiudicazione. Il Consiglio di Stato sanciva in via definitiva l'illegittimità di tali atti e li annullava³⁰⁹. In esecuzione di tale giudicato il Comune disponeva la **revoca** - e non l'annullamento - sia dell'aggiudicazione definitiva che della determinazione di consegna anticipata. L'originaria aggiudicataria formulava ricorso chiedendo la

³⁰⁵ *Ibidem*, par. 3.1.

³⁰⁶ Secondo la Cassazione “L'affidamento reciproco dei contraenti nella correttezza dei comportamenti della controparte nella fase preliminare o prodromica del contratto ritenuto valido e efficace da chi ne ha iniziato l'esecuzione, rileva in tutti i contratti, sia privati che ad evidenza pubblica, vincolando le parti future dell'atto a una condotta secondo buona fede” (cfr. *ibidem*, par. 1.2).

³⁰⁷ Da questo punto di vista la Corte ribadisce che “Per la domanda risarcitoria da lesione di interessi legittimi pretensivi tutelati con il legittimo svolgimento della gara e con una regolare aggiudicazione, unico legittimato titolare delle posizioni lese è il concorrente pretermesso per l'abusivo esercizio dei poteri dalla P.A. committente nei suoi confronti, il quale può chiedere la tutela demolitoria o reintegratoria - per equivalente o in forma specifica di tale interesse legittimo - al giudice amministrativo che accoglierà la domanda, se compatibile con gli interessi pubblici della P.A. che ha indetto la gara” (*ibidem*, par. 1.2). Si vedano il proposito le osservazioni sull'identificazione delle diverse varianti al successivo par. 4.2. del presente capitolo.

³⁰⁸ *Ibidem*, par. 1.2.

³⁰⁹ Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6057.

responsabilità precontrattuale derivante dalla lesione del proprio affidamento circa la legittimità della gara e dell'aggiudicazione in suo favore. La domanda veniva accolta in primo grado³¹⁰, individuando la colpa della p.a. nell'ambigua formulazione del bando di gara sulle modalità di sopralluogo che aveva poi portato all'illegittima esclusione di una delle partecipanti. In appello, il Consiglio di Stato³¹¹ rilevava la sussistenza di un contrasto interpretativo, sia sull'*an* che sul *quantum*, rispetto alla lesione dell'affidamento in casi analoghi, e dopo aver proposto un'impostazione restrittiva, deferiva la questione all'Adunanza plenaria³¹².

Quest'ultima riconosceva che l'**affidamento** nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato era, allo stesso tempo, **principio** ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa e **situazione giuridica soggettiva** tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. Ed affermava che nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla **violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede**, postula che il concorrente abbia maturato un **ragionevole affidamento** nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento **non sia a sua volta inficiato da colpa**³¹³. Tre in particolare i parametri richiesti: (i) la ragionevolezza dell'affidamento del privato, (ii) la colpa della p.a. (iii) l'assenza di colpa del privato.

III. Identificazione delle questioni controverse

La panoramica giurisprudenziale qui proposta mette in luce come la configurazione ed il riconoscimento di una tutela rispetto al fenomeno delle scorrettezze in sede di formazione dei contratti pubblici ponga una serie di delicate questioni di ordine sistematico.

Invero, sebbene le controversie in materia siano apparse storicamente – e possano tuttora dirsi – di nicchia sul piano quantitativo, la soluzione delle stesse, e quindi la presa di posizione rispetto ad una serie di *questioni* controverse, finisce col coinvolgere alcuni cardini del diritto amministrativo (e non solo).

Al netto della molteplicità degli scenari concreti e delle possibili varianti (cfr. par. IV), questi risultano i quesiti di ordine generale che guideranno la successiva analisi critica e l'inquadramento teorico del fenomeno in esame:

1. C'è una lesione giuridicamente rilevante?
2. Qual è la situazione soggettiva lesa?

³¹⁰ Tar Campania, Napoli, 3 ottobre 2012, n. 4017.

³¹¹ Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753.

³¹² Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21. Tale pronuncia deve peraltro essere letta in combinazione con le altre due cause rimesse alla plenaria e decise congiuntamente. Si fa in particolare riferimento ad Ad. plen. n. 19 e n. 20, sempre del 29 novembre 2021 e con il medesimo relatore. Per l'analisi complessiva di tali pronunce si veda in particolare cap. III, par. V.5.e cap. IV, par. I.

³¹³ *Ibidem*, par. 20.

3. Qual è il bene della vita leso?
4. Qual è il principio generale e/o la norma che si considera violata?
5. Qual è il vizio che si contesta?
6. Qual è il rimedio previsto?
7. Qual è, se il rimedio è di tipo risarcitorio, il danno risarcibile?
8. In che modo rileva l'atteggiamento soggettivo delle parti coinvolte?
9. Qual è la rilevanza del fattore tempo e quale il rapporto con la disciplina del risarcimento del danno da ritardo?
10. Qual è il giudice competente?

Si vuole subito sottolineare come non sempre - e non da subito - la giurisprudenza, nel risolvere la singola controversia, abbia affrontato espressamente e singolarmente tutti questi aspetti. Tuttavia, a ben vedere, la soluzione nel caso concreto finisce comunque, seppur talvolta indirettamente, per prendere posizione sugli stessi. Un'eccezione si ravvisa solo rispetto alla rilevanza del fattore tempo, posto che non sempre quest'ultimo è al centro della scorrettezza lamentata.

Come anticipato, il fenomeno in esame è nato da un bisogno di tutela e dalla speculare percezione, via via sempre più generalizzata, che l'ordinamento giuridico dovesse assicurare tale tutela. Il suo inquadramento sistematico e teorico all'interno delle categorie generali del diritto amministrativo (e non solo), l'individuazione dei limiti e caratteri della tutela assicurabile e la scelta del giudice più idoneo a garantirla sono frutto di un lungo, faticoso - e successivo - lavoro di elaborazione concettuale.

Al riguardo si sono registrate - e tuttora si registrano - forzature ed incongruenze di sistema, evoluzioni, *revirement* e contrasti più o meno accesi tra gli interpreti circa il corretto inquadramento del fenomeno, il regime applicabile ed il relativo riparto di giurisdizione. In altre parole, le risposte offerte alle suemarginate questioni generali appaiono tutt'altro che condivise e non sempre pienamente coerenti tra di loro.

Il presente lavoro si propone dunque di fornire un'adeguata panoramica delle 'risposte' via via elaborate e di metterne in luce le possibili criticità e contrasti, al fine di favorire l'elaborazione di un sistema complessivamente più coerente ed omogeneo.

Nei paragrafi seguenti si cercherà di chiarire sinteticamente perché si siano isolate proprio tali questioni che, come anticipato, andranno a costituire il punto di riferimento per lo sviluppo dell'analisi critica condotta nei capitoli successivi, cui sono qui forniti rimandi puntuali, ed alla quale si rinvia per tutti i riferimenti bibliografici relativi alle singole questioni via via trattate.

III.1. Sulla sussistenza di una lesione giuridicamente rilevante

Gli interpreti si sono innanzitutto posti la questione circa la sussistenza o meno, a fronte di una scorrettezza nella fase di formazione dei contratti pubblici, di una lesione giuridicamente rilevante. È infatti evidente che si pone un problema di tutela solo se si risponde positivamente a questo primo quesito. Tale necessità non sussiste laddove invece

si ritenga che una scorrettezza proprio non possa configurarsi nei rapporti con l'amministrazione o che comunque essa, ove pure riscontrata, non dia luogo ad una lesione giuridicamente rilevante, nel senso di meritoria di tutela per l'ordinamento.

La panoramica di casi presentati nel paragrafo precedente conferma, anche implicitamente, come la risposta a questa prima questione sia ormai orientata in senso affermativo. A fronte di una scorrettezza dell'amministrazione in sede di formazione contrattuale si può *in linea di principio* - e salva la necessaria sussistenza di elementi ulteriori - configurare una lesione giuridicamente rilevante per l'operatore/gli operatori coinvolti (e viceversa). Sebbene, quindi, la questione non possa più dirsi propriamente controversa nel nostro ordinamento, si ritiene comunque opportuno partire proprio da questo quesito fondamentale, nel senso di logicamente preordinato delle modalità di tutela del fenomeno³¹⁴.

Porsi oggi questa domanda consente infatti innanzitutto di cogliere l'evoluzione del fenomeno nella sua prospettiva diacronica, attraverso gli snodi fondamentali che lo hanno caratterizzato, e di fissare altresì i termini delle questioni successive, che risultano ancora assai controverse e rispetto alle quali si riscontrano soluzioni non pienamente coerenti fra loro.

III.2. Sulla regola violata, sulla situazione soggettiva lesa e sul rapporto con il bene della vita

L'identificazione del principio generale e/o norma che si considera violata e della situazione soggettiva che si considera lesa costituiscono il primo fulcro del difficile inquadramento dogmatico del fenomeno in oggetto. E risultano questioni così indissolubilmente legate tra di loro che appare difficile presentarle singolarmente. Allo stesso tempo, è importante distinguere i diversi profili, soprattutto per evitare possibili incongruenze tra la posizione assunta rispetto al tipo di vizio contestato e la posizione soggettiva che si ritiene lesa.

In generale, nel momento in cui si afferma che la scorrettezza dia luogo ad una lesione giuridicamente rilevante, si pongono immediatamente (almeno) due questioni, per così dire speculari: qual è la regola e/o il principio che si considera violato e qual è la posizione soggettiva che si considera lesa.

Solo laddove infatti l'azione dell'amministrazione si traduca nella violazione di un principio generale o di una regola puntuale sancita dall'ordinamento, si può avere una lesione giuridicamente rilevante e, quindi, meritoria di tutela.

Gli interpreti si pongono inoltre il problema di stabilire se il principio o la regola sia da rinvenirsi nelle categorie del diritto comune (così secondo l'impostazione tradizionale, peraltro da ultimo ripresa anche in giurisprudenza), ovvero se sia riconducibile ad una regola propria del diritto amministrativo (non sono infatti mancati Autori che hanno evidenziato come la nozione romanistica di *bona fides* affondi le proprie radici storiche proprio nei rapporti di diritto pubblico e sia stata solo successivamente trasposta

³¹⁴ Cfr. in questo senso *excursus* compiuto in cap. IV, par. I.

nell'ambito dei rapporti privatistici). Oppure ancora se la regola che si assume violata abbia una portata così trasversale e fondamentale da prescindere questa distinzione ed ancorarsi piuttosto e direttamente ad un principio costituzionale (ed il richiamo è, sia pure con diverse argomentazioni, agli artt. 2 e/o 97 della Costituzione); altri ancora ne hanno valorizzato invece la derivazione di origine sovranazionale, alla luce anche dei riferimenti attualmente contenuti nella legge generale sull'azione amministrativa (art.1, comma 1 l. 241 del 1990)³¹⁵.

Quando si parla di scorrettezze vengono in gioco due principi di carattere generale: la buona fede e l'affidamento. Questi tuttavia, come si vedrà nel capitolo successivo, non sono concetti pienamente sovrapponibili, né definiti in maniera unanime e condivisa. Ai fini che qui rilevano, la complessità e varietà di posizioni sembra cogliersi soprattutto rispetto al principio di affidamento.

Con ciò non si vuole certo affermare che la ricostruzione del concetto di buona fede sia meno complessa e variegata³¹⁶; tuttavia, può quantomeno dirsi pacifico che si tratti di un principio e non di una posizione soggettiva/bene autonomo.

L'affidamento viene invero inquadrato e declinato secondo paradigmi molto diversi: ora come posizione soggettiva autonoma, ora come principio generale e parametro di valutazione e bilanciamento da ricollegarsi ad un diritto soggettivo o ad un interesse legittimo; ora si parla in termini di affidamento legittimo ora di affidamento incolpevole; ora lo si riconduce, come nozione, al diritto civile, ora a quello europeo, ora ancora lo si considera quale *proprium* dei rapporti tra privato e amministrazione³¹⁷.

Inoltre, se la violazione rilevante è quella dell'affidamento, occorre chiarire quando si può ritenere che si sia validamente formato un affidamento meritevole di tutela e se questo debba dipendere solo da un parametro oggettivo (che può rinvenirsi nella violazione della buona fede oggettiva), ovvero anche (per non dire soprattutto) da un atteggiamento soggettivo delle parti coinvolte.

Vi è poi da chiarire se la violazione sia di un principio generale, finanche implicito, ovvero (anche) di una o più disposizioni puntuali, quali le norme civilistiche (eg. art. 1337 e 1338 c.c.), oppure, da ultimo, di alcune norme dell'azione amministrativa (eg. art. 1, co. 2 bis l. 241/1990)³¹⁸.

Una volta individuata la regola, occorre stabilire la relazione della stessa con il soggetto di diritto e, quindi, quale sia la posizione giuridica che risulta incisa nel momento in cui la regola non sia rispettata. Questo secondo aspetto è, come noto, particolarmente rilevante nell'ambito del diritto amministrativo, tuttora legato alla *summa divisio* tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Ed a seconda dell'inquadramento nell'una o nell'altra categoria discendono, come noto, una serie di importanti conseguenze sul piano sia sostanziale che processuale³¹⁹.

Riconoscere che sussiste una lesione giuridicamente rilevante sembra altresì implicitamente prevedere, nell'ottica propria del diritto amministrativo, che vi sia un bene della vita cui tale lesione si ricollega e su cui la stessa incida.

³¹⁵ Sul punto cfr. in particolare cap. III, par. IV.2. e IV.3.

³¹⁶ Cfr. cap. III, par. II ss.

³¹⁷ Cfr. cap. III, par. V. ss; cap. IV, par. III.

³¹⁸ Cfr. cap. I, par. III.

³¹⁹ Cfr. cap. III, par. IV.3.; cap. IV, par. III.

L'indagine circa la sussistenza o meno di un simile bene della vita in caso di scorrettezza ed, eventualmente, l'esatta perimetrazione dello stesso costituisce un aspetto importante, sebbene talvolta trascurato o dato per implicito, soprattutto dagli interpreti del caso concreto. Così come è importante valutare come questo 'bene' eventualmente si rapporti alla situazione soggettiva che si ritiene di riconoscere al soggetto danneggiato dalla scorrettezza³²⁰.

La questione appare particolarmente rilevante ove si consideri come tuttora l'affidamento venga da taluni considerato come oggetto della lesione, da altri come parametro per valutare la rilevanza di tale lesione. È poi evidente che l'esatta identificazione dell'oggetto della lesione consente di parametrare correttamente il *quantum* risarcitorio.

Infine, la questione è rilevante anche ai fini della connessa indagine circa la tutela del danno da ritardo, in cui l'oggetto del giudizio di spettanza assume caratteri particolarmente problematici. Non è un caso, invero, come meglio si vedrà nel capitolo quarto, che l'ultima fondamentale pronuncia dell'Adunanza plenaria in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione abbia cercato di estendere, sia pure nell'ambito di un lungo *obiter dictum*, i principi espressi in materia di responsabilità precontrattuale anche in materia di danno da mero ritardo³²¹.

III.3. *Sul tipo di vizio e sul rimedio previsto*

Capire quale sia la regola violata e quale la posizione soggettiva lesa è indispensabile al fine di stabilire il tipo di vizio che la scorrettezza determina ed il tipo di tutela conseguentemente previsto.

La prima fondamentale dicotomia che si pone da questo punto di vista consiste nello stabilire se la scorrettezza rappresenti la violazione di una regola di validità ovvero di una regola di condotta e, quindi, se comporti l'invalidità dell'atto che ne è espressione o se determini soltanto una pretesa risarcitoria³²².

In altre parole, si pone il problema di valutare se la scorrettezza dell'amministrazione 'precipiti' e 'si manifesti' all'interno di un provvedimento della sequenza procedimentale di formazione del contratto pubblico, andando ad incidere sulla legittimità e validità dello stesso, ovvero se la scorrettezza non possa esser predicata rispetto ad un determinato atto

³²⁰ Cfr. cap. III, par. IV.3.

³²¹ Cfr. cap. IV, par. VI.

³²² Cfr. cap. III, par. IV.2., IV.3.

ma piuttosto in relazione al comportamento complessivamente tenuto dalla stazione appaltante, lasciando impregiudicata la validità dei singoli atti.

Questa invero risulta essere la bipartizione accettata ed all'interno della quale si muove la gran parte degli interpreti: sia che si qualifichi il fenomeno in un senso o nell'altro, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina prevalente sembrano infatti considerare tale bipartizione - mutuata dal diritto civile - efficace anche nell'ambito del diritto amministrativo. Conseguentemente, si impongono di assumere una posizione netta e necessariamente alternativa a favore di una delle due ricostruzioni. L'indagine dei capitoli successivi partirà proprio da un'analisi critica di tale assunto iniziale³²³.

Come emerge dai casi esaminati, l'impostazione attualmente prevalente prevede che la scorrettezza si traduca nella violazione di una regola di condotta, che non incide sulla validità degli atti amministrativi coinvolti - ed anzi da questa prescinde - ma può fondare una pretesa di tipo risarcitorio. In altre parole, il provvedimento attraverso il quale la scorrettezza si manifesta e concretizza agli occhi del privato (i.e. che tradisce il suo affidamento) non risulta viziato e resta fermo, ma il privato ha diritto al risarcimento del danno laddove tale atto concretizzi un atteggiamento scorretto del contraente pubblico e/o leda tale affidamento.

Questa impostazione - peraltro non unanimemente condivisa - tende a ritenere che la scorrettezza vada ad incidere su di una posizione di diritto soggettivo, da ultimo identificato quale diritto alla libera autodeterminazione negoziale del soggetto, slegato rispetto al potere di cui i singoli provvedimenti amministrativi sono espressione³²⁴.

All'interno di chi ritiene che il rimedio previsto sia quello risarcitorio le posizioni sono, tuttavia, particolarmente variegate e riflettono contrasti già propri del diritto civile, in tema di responsabilità precontrattuale. In particolare, la tematica in questione risente della mai sopita *querelle* circa la natura della responsabilità in tali ipotesi e gli obblighi imposti alle parti e, soprattutto, della possibilità di accedere alla controversia teorica del 'contatto sociale qualificato'³²⁵.

Più in generale, occorre anticipare come il riferimento al concetto di contatto sociale qualificato sia emerso più volte nell'ambito della discussione sulle diverse forme di responsabilità della pubblica amministrazione e sia stato utilizzato con differenti connotazioni e finalità. Talvolta è stato invocato come modello di riferimento per tutta la responsabilità a fronte di illegittimità provvedimento della pubblica amministrazione; talaltra invece come parametro generale per sanzionare tutte le ipotesi di illiceità comportamentale della p.a., pur nell'ambito della propria attività procedimentale; talaltra infine solo con riferimento alle ipotesi di scorrettezze nelle procedure di evidenza pubblica o, comunque, prenegoziali. Da ultimo, il contrasto di visioni fra la giurisprudenza ordinaria e quella amministrativa sulla rilevanza e sull'ambito di applicazione di tale nozione è emerso in maniera evidente e quasi provocatoria³²⁶.

³²³ Cfr cap. III, par. IV.3.; cap. IV, par. IV.

³²⁴ Cfr. cap. III, par. IV.3., cap. IV, par. III.

³²⁵ Cfr. cap. III, par. III.1. ss; par. VI.

³²⁶ Cfr cap. III, par. V.4 ss.

Non manca, tuttavia, chi ricostruisce la scorrettezza quale violazione di una regola di validità e pertanto prevede (anche) un rimedio di tipo caducatorio³²⁷.

Di fatto, questa impostazione, per il vero minoritaria, finisce col qualificare la posizione del privato in termini di interesse legittimo e ricondurre la violazione alla figura dell'eccesso di potere o della violazione di legge.

Nel primo caso si mettono in relazione la clausola generale di buona fede con gli indici sintomatici dell'eccesso di potere e si afferma che l'amministrazione, nell'adottare il provvedimento che tradisce l'affidamento del privato, abbia mal esercitato il suo potere.

La seconda linea di pensiero, invece, ritiene che la buona fede sia ormai un principio codificato dell'ordinamento, anche amministrativo e, pertanto, ove tradita, essa costituisca una violazione di legge in grado di rendere invalido ed annullabile il provvedimento che ne è espressione.

Peraltro, sia rispetto all'impostazione che qualifica la scorrettezza contraria a buona fede come eccesso di potere che a quella che la qualifica come violazione di legge, occorre valutare se tale violazione produca sempre necessariamente un annullamento oppure se possa rientrare nelle ipotesi previste dall'art. 21 octies, comma 2 l. 241/1990³²⁸.

III.4. *Sul tipo di danno risarcibile*

Questa questione si pone già ad uno stadio successivo dell'indagine del fenomeno e si basa sull'assunto che vi sia una lesione meritevole di ristoro. Riprendendo quanto sopra e così anticipando la discussione del prosieguo, si può constatare come la tutela attualmente riconosciuta dalla giurisprudenza a fronte di scorrettezze precontrattuali sia essenzialmente di tipo risarcitorio.

Il che si pone sostanzialmente in linea con quanto avviene in ambito civilistico, in forza dei citati artt. 1337 e 1338 c.c., ripetutamente invocati sia quali base giuridica dell'*an* risarcitorio, sia quali parametri di riferimento per delimitare il tipo di danno risarcibile³²⁹.

Su questo secondo punto, gli interpreti risultano essenzialmente concordi nel ritenere che il danno risarcibile sia nei limiti del c.d. interesse negativo, in coerenza con l'inquadramento del fenomeno civilistico della responsabilità precontrattuale³³⁰.

Tuttavia, pare comunque opportuno soffermare l'indagine sul tipo di poste risarcibili, posto che si sono riscontrati orientamenti discordanti nella giurisprudenza amministrativa circa la possibilità di far rientrare o meno alcune poste di danno all'interno della nozione di interesse negativo.

La questione si correla poi con un altro tema da tempo oggetto di dibattito, tanto in ambito amministrativistico che civilistico: il c.d. risarcimento della *chance*. Si richiamerà la

³²⁷ Cfr. cap. III, par. IV.2.

³²⁸ Cfr. *infra* cap. I, par. IV ed altresì cap. III, par. IV.3.

³²⁹ Cfr. cap. III, par. III.1. ss.

³³⁰ *Ibidem*, e cfr. anche cap. IV, par. VI.

differenza che corre tra la configurabilità di un risarcimento per la perdita di *chances* nella conclusione del contratto controverso e, viceversa, la perdita di *chances* nella conclusione di altri contratti.

Infine, si ritiene che la fase di identificazione concreta e quantificazione del ristoro costituisca un importante banco di prova della tenuta e dell'effettività della tutela riconosciuta dall'ordinamento al fenomeno delle scorrettezze nella formazione dei contratti pubblici. Da questo punto di vista, peraltro, il discorso si allarga anche al livello di prova richiesto ed al riparto dell'onere probatorio tra le parti coinvolte. Come risulta anche dalla panoramica giurisprudenziale, questi ultimi due aspetti giocano infatti un ruolo decisivo ai fini del riconoscimento in concreto di una posta risarcitoria³³¹.

III.5. Sull'elemento soggettivo delle parti coinvolte

La nozione di scorrettezza evoca l'idea di una rimproverabilità soggettiva. Così come l'affidamento richiama l'attenzione sull'atteggiamento soggettivo di chi si affida.

Si coglie pertanto l'importanza, nell'ambito del presente lavoro, di un'indagine circa l'elemento soggettivo delle parti coinvolte ed, in particolare, circa l'atteggiamento (eventualmente) rispettivamente richiesto alle stesse affinché si possa configurare una lesione giuridicamente tutelabile³³². L'attenzione sull'elemento soggettivo delle parti mette altresì a fuoco la dimensione relazionale degli obblighi di correttezza in sede di formazione dei contratti pubblici.

Peraltro, l'indagine dell'atteggiamento soggettivo della pubblica amministrazione risulta tradizionalmente complessa in quanto, come noto, l'elemento soggettivo dell'amministrazione - in particolare la colpa - viene valutato non solo e non tanto rispetto al singolo agente persona fisica, quanto piuttosto rispetto all'amministrazione apparato. Il che, come si vedrà, diviene ancor più problematico con specifico riferimento all'ipotesi - qui oggetto di indagine - in cui l'elemento soggettivo debba essere (separatamente) apprezzato in relazione ad una condotta oggettivamente scorretta³³³.

Si tenga poi conto che il ripensamento, che di per sé può esser considerato come un atteggiamento soggettivamente scorretto, costituisce allo stesso tempo una prerogativa tipica dell'agire dell'amministrazione (lo *ius poenitendi*), alla luce del principio di (tendenziale) inesauribilità del potere al fine di assicurare l'interesse pubblico³³⁴. Il che peraltro non sottrae interamente tale ripensamento al sindacato del giudice, ma crea delicati punti di contatto con l'indagine sulla legittimità del provvedimento di secondo grado che è espressione di tale *ius poenitendi* e con lo standard motivazionale richiesto per lo stesso.

³³¹ Cfr. cap. IV, par. VI.

³³² Cfr. cap. III, par. V.3. ss; cap. IV, par. V.

³³³ Cfr. cap. III, par. IV.4.

³³⁴ Cfr. cap. III, par. V.3. ss; cap. IV, par. II, IV.

III.6. Sulla rilevanza del fattore tempo e sul rapporto con la disciplina del risarcimento del danno da ritardo

La panoramica giurisprudenziale suesposta mostra come l'inerzia, l'inspiegabile protrarsi delle procedure, così come il deliberato attendismo dei soggetti coinvolti ed anche il ritardo nell'intervenire in autotutela siano spesso fra gli aspetti - sintomi - valorizzati dalla giurisprudenza per ritenere sussistente un atteggiamento scorretto da parte del contraente pubblico.

Questa considerazione si ricollega alla consapevolezza che la gestione dei tempi delle procedure amministrative è stata oggetto ormai di positiva regolazione da parte del legislatore, che ha previsto termini puntuali da rispettare (cfr. art. 2 l. 241/1990 e le varie normative di settore) ed altresì, in via generale, la possibilità di risarcimento per il c.d. danno da ritardo (cfr. art. 2 bis l. 241/1990 e art. 30 c.p.a.).

Diviene dunque importante chiarire il rapporto fra le due discipline, nella convinzione che le conclusioni raggiunte nei rispettivi ambiti debbano risultare concettualmente coerenti fra loro³³⁵.

III.7. Sul giudice competente a conoscere delle scorrettezze lamentate

L'identificazione del giudice competente a valutare le scorrettezze intervenute in sede di formazione dei contratti pubblici rappresenta una questione controversa e dibattuta.

In generale, accade spesso nell'ambito del diritto amministrativo che il dibattito circa il riparto di giurisdizione rappresenti la cartina di tornasole dell'inquadramento sostanziale di un dato istituto e/o materia. *Rectius*, la cartina dell'incertezza e dell'ambiguità dogmatica che avvolge un determinato istituto.

Così è (almeno in parte) anche per il fenomeno in esame.

Come noto, il riparto si fonda, salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva, sul criterio della *causa petendi* in termini di lesione di un diritto soggettivo oppure di interesse legittimo. Ed essendo controversa la qualificazione dell'affidamento in termini di - o comunque la sua interazione con posizioni di - diritto soggettivo o di interesse legittimo, ecco una prima spiegazione della complessità del dibattito in materia.

³³⁵ Cfr. cap. IV, par. VI.

Vi è nondimeno da considerare che la fase di formazione dei contratti pubblici è stata ormai essenzialmente ricondotta all'interno di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, co.1. lett.b c.p.a.³³⁶

Tuttavia, da un lato, non tutti i contratti rientrano nell'ambito della giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a.³³⁷, dall'altro e soprattutto, dal momento che la scorrettezza si qualifica essenzialmente come un comportamento piuttosto che come un atto, la questione rientra nel più generale dibattito sull'inquadramento dei comportamenti amministrativi e sul loro rapporto con l'esercizio del potere ai fini del riparto di giurisdizione. In altre parole, il contrasto si sposta sul rapporto fra l'azione scorretta compiuta dall'amministrazione ed il suo esercizio del potere, in quanto, sulla scorta dell'impostazione assunta a partire dalle notissime pronunce della Corte costituzionale e dell'attuale formulazione dell'art. 7 c.p.a., il collegamento anche mediato con l'esercizio del potere costituisce il *discrimen* anche rispetto alle ipotesi di giurisdizione esclusiva³³⁸.

Inoltre, come si vedrà, tanto più si assimilano ai fini che qui rilevano le procedure di evidenza pubblica alle procedure amministrative *tout court*, tanto più complesso diventa ipotizzare soluzioni diverse in punto giurisdizione a seconda che una determinata tipologia di procedure rientri o meno nell'ambito della giurisdizione esclusiva³³⁹.

IV. Identificazione delle varianti e delle rationes prevalenti

IV.1. Precisazioni introduttive

La selezione di casi proposti ha voluto altresì offrire una panoramica sulle diverse varianti all'interno delle quali si può inserire il fenomeno delle scorrettezze in fase di formazione del contratto. A questo scopo, si sono scelti casi significativi dal punto di vista delle (diverse) modalità di interazione tra le parti ed, in particolare, della diversa tipologia di atti amministrativi che possono venire in rilievo.

Ai fini del presente inquadramento dogmatico, infatti, occorre non solo comprendere in che cosa si sostanzia il comportamento scorretto, ma anche come tale scorrettezza si rapporti all'insieme di provvedimenti che caratterizzano la fase di formazione dei contratti pubblici e, più in generale, ai poteri ed alle facoltà dell'agire amministrativo.

A questo punto si vuole offrire una schematizzazione che possa allo stesso tempo evidenziare l'insieme delle possibili varianti in cui si può manifestare il fenomeno e quelle per così dire "di confine" rispetto allo stesso, nonché le soluzioni *prevalentemente* adottate

³³⁶ Cfr. cap. I, par. V.4.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ Cfr in generale cap. IV, par. VIII. Ed è appena il caso di sottolineare che il dibattito sulla possibile copertura o meno dell'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista dal c.p.a. - e più in generale sull'individuazione del giudice competente - si registra altresì, seppur declinato in maniera parzialmente diversa, nell'ipotesi inversa, in cui sia cioè l'amministrazione a contestare una scorrettezza nei confronti del privato operatore economico (cfr. caso n. 5).

³³⁹ *Ibidem*, ed in generale si veda anche cap. IV, par. I per l'evoluzione specifica.

dal giudice rispetto a ciascuna di esse. In altre parole, una fotografia delle possibili alternative e delle rispettive tecniche argomentative attualmente prevalentemente messe in campo dagli interpreti.

Tale schematizzazione si concentra solo sull'analisi delle varianti nel caso in cui la scorrettezza venga contestata all'amministrazione contraente da parte del privato, dal momento che questa costituisce l'ipotesi paradigmatica, statisticamente più rilevante e strutturalmente più complessa e dal momento che il problema fondamentale di un uso legittimo ma potenzialmente scorretto di un potere si pone fisiologicamente solo rispetto a tale ipotesi e non viceversa laddove la scorrettezza provenga dal privato.

Si vuole subito precisare che la schematizzazione proposta, non identifica, come è facile immaginare, l'unico possibile inquadramento del fenomeno, né storicamente né attualmente³⁴⁰. Tuttavia, lo stato dell'arte - o quanto meno il *prevalente* stato dell'arte - nell'attuale panorama giurisprudenziale viene qui presentato come punto di partenza per svolgere la successiva analisi e per comprendere se, al di là delle peculiarità del caso concreto, vi sia un metodo coerente di inquadramento e tutela del fenomeno, oppure se vi siano incongruenze e/o aporie di sistema.

IV.2. *Le varianti del fenomeno*

La prima fondamentale variante da considerare è se sia intervenuto un **provvedimento di secondo grado**.

Così è nella quasi totalità delle ipotesi e l'indagine dell'interprete si gioca soprattutto sul rapporto fra il contenuto e la legittimità di tale provvedimento ed il comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione.

Se si esclude, infatti, il caso in cui il contraente pubblico rimanga 'semplicemente' inerte³⁴¹, la manifestazione della scorrettezza (*recte* l'atto in cui precipita e si conclude l'atteggiamento complessivamente scorretto della p.a.) nella fase di formazione contrattuale è essenzialmente costituito da un atto di autotutela disposto dal contraente pubblico. Atto che, a sua volta, può (A) discendere da un'iniziativa dello stesso pubblico contraente

³⁴⁰ Il sistema delle varianti qui proposto si concentra invero sull'impostazione attualmente prevalente, per come emerge dal dato giurisprudenziale, e non è in questa sede che si dà conto di tutta la complessità di vedute e soluzioni, soprattutto in prospettiva evolutiva, del fenomeno in analisi, per cui si rinvia in generale all'analisi dei capitoli successivi ed in particolare al cap. IV, par. I con riferimento all'evoluzione diacronica del fenomeno.

³⁴¹ Ipotesi, comunque, tutt'altro che di scuola. Tanto che il legislatore ha cercato di disciplinarla nell'art. 32, comma 8 c.c.p. Peraltro, come si vedrà, cfr in particolare cap. IV, par. VI, la norma per come da ultimo modificata, si pone in potenziale contrasto con l'evoluzione ermeneutico-applicativa del fenomeno qui oggetto di indagine. Vi è poi da dire che, talvolta, la controversia si instaura per contrastare l'inerzia della p.a. e poi, nelle more del contenzioso, interviene un provvedimento di autotutela, con ciò ricadendo nell'ipotesi principale del fenomeno.

(autotutela d'ufficio; es. casi nn. 1 - 8); (B) essere esecuzione di una pronuncia caducatoria del giudice (casi nn. 10, 11); (C) discendere dall'esito negativo del controllo eseguito da altri soggetti pubblici (caso n. 9).

Si ritiene tuttavia che le due ipotesi (B) e (C) differiscano rispetto al primo gruppo, soprattutto dal punto di vista della diversa rimproverabilità soggettiva che viene talvolta riconosciuta dagli interpreti a carico del contraente pubblico. Inoltre, a rigore, ove la successiva attività della p.a. sia esecuzione di una pronuncia giurisdizionale, viene meno in radice la (possibilità di) valutazione circa la legittimità dello stesso, se non sotto il profilo di una potenziale violazione/elusione di giudicato (interessanti, sul punto, gli spunti offerti dal caso n. 4).

Viceversa, nell'ipotesi (A)³⁴², una volta individuata la presenza di un **atto in autotutela**, il primo punto fondamentale da stabilire è se esso sia legittimo o meno³⁴³. Nell'ambito di questa macro distinzione occorre poi distinguere diversi profili: (i) il tipo di provvedimento di autotutela (annullamento o revoca); (ii) il momento in cui viene adottato tale provvedimento (a seconda che sia già intervenuta un'aggiudicazione o che sia già stato stipulato il contratto); (iii) il tipo di atti su cui va a incidere l'autotutela (solo su atti generali quali il bando di gara, ovvero anche su provvedimenti puntuali in favore di soggetti determinati). Ed è bene considerare che questi profili si possono combinare in maniera differente, dando vita a tante distinte ipotesi applicative.

Come meglio si vedrà, la svolta concettuale fondamentale rispetto al fenomeno delle scorrettezze precontrattuali è dipesa dall'aver distinto la legittimità degli atti di autotutela che determinano un arresto nella formazione del vincolo contrattuale o ne determinano l'inefficacia – dal piano della correttezza comportamentale del contraente pubblico, e quindi della liceità. In altre parole, l'indagine sulla legittimità procedimentale e provvedimentale si svolge in parallelo e non è di per sé in grado di influenzare, né in un senso né nell'altro, l'indagine sulla liceità dell'azione e sulla possibile violazione delle regole di correttezza³⁴⁴.

Questo comporta tre importanti corollari che emergono dalla rassegna di casi proposti: (i) la scorrettezza non costituisce una causa di invalidità del provvedimento di autotutela³⁴⁵; (ii) la legittimità del provvedimento di autotutela (e in generale degli atti della procedura) non esclude che possa configurarsi una responsabilità precontrattuale da comportamento; (iii) l'illegittimità dell'atto di autotutela non assorbe l'indagine sul profilo della scorrettezza³⁴⁶.

³⁴² Peraltro, si potrebbe sostenere che questo valga anche nell'ipotesi (c) posto che si tratta comunque di valutare se l'atto di autotutela dell'amministrazione contraente sia dovuto ad un atto legittimo o meno dell'amministrazione di controllo.

³⁴³ Da questo punto di vista cfr riflessioni in cap. III, par. IV.3.; cap. IV, parr. IV e VIII.

³⁴⁴ Cfr. cap. IV, par. I.

³⁴⁵ Così è secondo la linea interpretativa prevalente che riprende la distinzione elaborata in ambito civilistico fra regole di validità e regole di condotta. Cfr. cap. III, par. II.2.1. ed altresì le riflessioni al riguardo in cap. III, IV.3.; cap. IV, par. IV.

³⁴⁶ Questo aspetto risulta meno immediato, posto che di regola, come si vedrà, l'indagine sulla scorrettezza si impone soprattutto a fronte dell'acclarata legittimità del provvedimento di autotutela. Ed invero alcuni commentatori, nell'elaborare una schematizzazione per varianti analoga a quella qui proposta, finiscono col porre come bipartizione fondamentale proprio la legittimità o meno del provvedimento di revoca o annullamento (così ad es. G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra risarcimento e indennizzo*, in *Danno e resp.*, 2008, 6, 641). Tuttavia, questo profilo emerge chiaramente ad esempio nel caso n. 6 e sembra costituire un necessario corollario dell'impostazione qui prescelta.

Da tale impostazione deriva poi, sul piano processuale, che il privato può limitarsi a proporre un'azione per contestare la scorrettezza della p.a., senza dover impugnare il provvedimento, né contestarne la legittimità (si veda in tal senso il caso n. 3)³⁴⁷.

Peraltro, il privato molto spesso chiede al giudice, in via principale, l'annullamento dell'atto di autotutela (cfr eg. casi nn. 1, 2, 6, 7, 8)³⁴⁸. Quindi, l'interprete si pone comunque innanzitutto la questione circa la legittimità o meno dello stesso.

Se il **provvedimento di autotutela** viene considerato **illegittimo** - perché affetto da uno dei vizi previsti dall'art. 21 septies o octies, comma 1. l. 241/1990 e non rientrante nelle ipotesi previste dall'art. 21 octies, comma 2 - allora, si potrà configurare, sussistendone i presupposti generali, una responsabilità da attività provvedimento illegittima, ammessa dalla Cassazione a partire dalla storica pronuncia n. 500/1999 e ormai codificata nell'art. 30 c.p.a. Così era stato ritenuto, ad esempio, dai giudici di primo grado nei casi 1, 4 e 5 sopra illustrati.

Si tratta, è bene anticipare, di una responsabilità diversa ed autonoma rispetto a quella prevista in caso di scorrettezza: è soggetta al termine di decadenza di 120 giorni, il risarcimento è parametrato all'interesse positivo, ma si richiede allo stesso tempo un giudizio sulla spettanza del bene finale, i.e. l'affidamento ed esecuzione del contratto, quanto meno in termini di chances perdute³⁴⁹.

La variante più significativa in cui si inserisce il fenomeno della scorrettezza è tuttavia quella in cui l'atto in autotutela sia ritenuto conforme al paradigma legale³⁵⁰.

Nel caso di un atto di autotutela illegittimo, il privato conserva ancora la speranza - pur a fronte di eventuali già intervenuti atteggiamenti ondivaghi, inerti, fuorvianti etc. etc. - di conseguire l'aggiudicazione o quantomeno il risarcimento per equivalente derivante dall'illegittima attività provvedimento, parametrato sull'interesse positivo. Laddove invece l'autotutela sia ritenuta conforme ai vincoli ed ai parametri di legittimità - che sono tarati essenzialmente sul perseguimento e la tutela dell'interesse pubblico³⁵¹ - si pone oggi

³⁴⁷ In generale, essendo formalmente venuta meno la c.d. pregiudiziale amministrativa, il privato può agire direttamente ed esclusivamente ai sensi dell'art. 30 c.p.a., per il risarcimento del danno. Tuttavia, come è noto, la giurisprudenza tende a tenere in considerazione la mancata impugnazione ai fini del riconoscimento in concreto di un risarcimento da attività provvedimento illegittima, facendo leva sul disposto dell'art. 30, co. 4. c.p.a. (cfr. in particolare i principi espressi da Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3). Viceversa, la mancata impugnazione del provvedimento di autotutela nel caso si voglia contestare la scorrettezza complessiva del contraente pubblico non dovrebbe, seguendo la suesposta linea di "autonomia" elaborata dagli interpreti, rilevare in alcun modo quale elemento di riduzione del danno eventualmente risarcibile. Cfr. in termini G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra risarcimento e indennizzo*, cit.; cfr. sul punto Tar Puglia, Bari, 19 ottobre 2011, n. 1552.

³⁴⁸ E si potrebbe sostenere che questo sia dovuto, in parte, al maggior interesse del privato a conseguire l'annullamento del provvedimento in autotutela (cui consegue potenzialmente l'aggiudicazione dell'appalto) rispetto al mero interesse negativo precontrattuale ed, in parte, quale retaggio della c.d. pregiudiziale amministrativa, per evitare che il giudice escluda il risarcimento ravvisando nella mancata impugnazione dell'atto un atteggiamento di concorso di colpa o addirittura di malafede.

³⁴⁹ Questa distinzione viene ripresa ed analizzata in più punti del lavoro; cfr in particolare cap. III, par. IV.3.; VI; cap. IV, par. I e IV. Con particolare riferimento alla distinzione dal punto di vista del danno risarcibile ed alla risarcibilità delle chances perse si rinvia in particolare a cap. IV, par. VI.

³⁵⁰ La legittimità dell'atto di autotutela può essere accertata in sede giurisdizionale nel caso in cui il privato abbia impugnato l'atto, ovvero non venire proprio in contestazione laddove, come delineato sopra, il privato contesti direttamente solo la scorrettezza complessiva dell'azione dell'amministrazione.

³⁵¹ Cfr. riflessioni in cap. IV, par. II e più in generale cap. III, par. IV.3.

la diversa questione volta a valutare la complessiva correttezza o meno dell'attività amministrativa³⁵².

Se l'**attività** è nel complesso **scorretta**, allora si può configurare una diversa ed autonoma responsabilità dell'amministrazione derivante dalla lesione dei principi di buona fede ed affidamento. Questo è il passaggio argomentativo sviluppato nella maggior parte dei casi sovraesposti. In questa sede, al fine di completare la panoramica sulle varianti e sulle relative prevalenti *rationes* decisorie, si può anticipare quanto segue circa il regime operante in tale ipotesi e si rinvia ai prossimi capitoli per l'analisi compiuta dei diversi profili.

Tale responsabilità è stata essenzialmente inquadrata nell'alveo della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., mutuandone tendenzialmente presupposti e caratteristiche³⁵³, a cominciare dal danno risarcibile, configurato nei limiti del c.d. interesse negativo, che si compone sia di una parte di danno emergente, identificato essenzialmente nei costi di partecipazione alla gara, sia in una parte di lucro cessante, identificato nelle *chances* contrattuali alternative perse³⁵⁴.

All'interno di questa variante, la giurisprudenza ha a lungo distinto a seconda che il provvedimento di autotutela incidesse su un'aggiudicazione definitiva o meno³⁵⁵. Si è a lungo esclusa la possibilità di configurare una responsabilità prima dell'aggiudicazione definitiva in favore di uno specifico operatore (cfr. ad es. le argomentazioni del giudice di prime cure nel caso n. 6). Tuttavia, come risulta dal caso n. 7, e prima ancora dal caso n. 6, la giurisprudenza ha da ultimo tendenzialmente superato questa impostazione ed ha ammesso in linea di principio la configurabilità di una responsabilità prima e a prescindere da un'aggiudicazione, definitiva o provvisoria. Peraltro, la presenza di un provvedimento di aggiudicazione continua a rilevare nella valutazione dell'intensità e configurabilità di un affidamento del privato³⁵⁶ (e nella valutazione rispetto ad altre ipotesi di confine, specie per il riconoscimento di un indennizzo, cfr. subito *infra*).

La necessaria presenza o meno di un provvedimento di aggiudicazione, così come l'inquadramento degli elementi da provare (scorrettezza oggettiva e soggettiva, affidamento), il riparto dell'onere probatorio, la possibilità o meno di ricorrere a presunzioni e liquidazioni forfettarie-equitative etc. saranno al centro della successiva analisi ricostruttiva.

³⁵² Come anticipato e come meglio si vedrà (cfr. in particolare l'*excursus* in cap. IV, par. I), l'impostazione originaria tendeva ad escludere la possibilità di valorizzare, a fronte di una serie di atti legittimi, il diverso piano della scorrettezza comportamentale quale lesione giuridica autonoma e rilevante. Col tempo questa impostazione è cambiata e si è avvertita la necessità di sopperire a quello che veniva sostanzialmente percepito quale un vuoto di tutela e come un ingiustificato trattamento di favore nei confronti del contraente pubblico. Per questo l'interprete ha iniziato a porsi l'ulteriore questione se, pur a fronte di un atto di autotutela ritenuto legittimo, fosse comunque possibile scorgere - e sanzionare - un comportamento dell'amministrazione complessivamente scorretto. Pertanto, ad oggi, sia nel caso dell'annullamento che in quello della revoca, l'interprete valuta se *in parallelo* l'attività dell'amministrazione contraente possa dirsi complessivamente corretta o meno. O, visto da un'altra angolazione, se essa abbia ingenerato e poi tradito un affidamento meritorio di tutela.

³⁵³ Cfr. cap. III, par. III.1. ss.

³⁵⁴ Cfr. cap. IV, par. VI.

³⁵⁵ Ovvero, secondo la moderna impostazione fra una 'proposta di aggiudicazione' ed un'aggiudicazione (art. 32 c.c.p.) Cfr. *infra* l'analisi in cap. I par. V.3 e soprattutto l'indagine in cap. IV, par. I.

³⁵⁶ Sul punto cfr in particolare l'evoluzione giurisprudenziale in cap. III par. IV.4. e IV.5.

Un'ipotesi particolare, ma molto frequente nella pratica, nella variante sopra vista riguarda il caso in cui non solo sia intervenuto un provvedimento di aggiudicazione ma la p.a. abbia richiesto la **consegna dei lavori/inizio esecuzione della prestazione in via di urgenza** prima della stipula del contratto stesso, salvo poi rifiutarsi di concludere il contratto ed, infine, procedere ad un intervento in autotutela³⁵⁷.

Occorre poi osservare come spesso la giurisprudenza valuti il tipo di provvedimento, per trarne argomenti circa la sussistenza di una colpa della p.a. e/o di un affidamento del privato³⁵⁸.

Così ad esempio, nell'**annullamento**, che presuppone una illegittimità del provvedimento originario, si valuta se tale *illegittimità* fosse conoscibile - o addirittura riconosciuta - dal privato, ai fini di escludere (o comunque limitare) il sorgere di un affidamento incolpevole di quest'ultimo³⁵⁹.

È quanto invero rilevato dal Consiglio di Stato nel caso n. 3. Peraltro, lo stesso Consiglio di Stato adotta un approccio radicalmente diverso nel caso 8, in cui si è ritenuto sussistente - e meritorio di tutela risarcitoria - un affidamento del privato nonostante questi avesse, da un lato informato ab origine l'amministrazione di tali irregolarità e, dall'altro, l'analisi fattuale compiuta specie dal giudice di prime cure faccia emergere come il privato avesse addirittura "tratto vantaggio" da uno di questi errori del bando.

La panoramica giurisprudenziale mette volutamente in risalto il dibattito e la varietà di vedute in merito a tale profilo, che sarà oggetto di specifica analisi nei capitoli successivi³⁶⁰

Il panorama giurisprudenziale è poi altrettanto frastagliato rispetto all'ipotesi in cui sia adottata una **revoca**, giudicata come legittima.

Innanzitutto, la giurisprudenza tende - in analogia con quanto visto per l'annullamento - a valorizzare la conoscenza o conoscibilità da parte del privato della causa di *inopportunità* del provvedimento originario successivamente revocato, ai fini di escludere la sussistenza di un affidamento giuridicamente rilevante e meritorio di tutela³⁶¹.

Ove poi la revoca legittima sia intervenuta nei confronti di un'aggiudicazione definitiva, alcuna giurisprudenza distingue a seconda che la revoca sia frutto di *ius poenitendi* in senso stretto, ovvero di sopravvenienze di fatto e di diritto non prevedibili al momento dell'adozione iniziale del provvedimento di primo grado, ritenendo che solo nel primo caso sarebbe configurabile una responsabilità dell'amministrazione³⁶².

Su questo si innesta l'ulteriore dibattito giurisprudenziale sull'intensità dell'onere motivazionale richiesto per i provvedimenti di revoca e la constatazione dell'obiettiva difficoltà talvolta di stabilire esattamente se la revoca dipenda proprio e solo da una

³⁵⁷ Tale possibilità, storicamente prevista dalla disciplina di settore, è attualmente codificata dall'art. 32, comma 8 c.c.p. Si rinvia anche a cap. I, par. V.3.; cap. IV, par. VI.

³⁵⁸ Peraltro, non sempre - e forse non sempre inconsciamente - la qualificazione formale del provvedimento di autotutela data dall'amministrazione corrisponde alla sua sostanza ed il giudice deve operare una riquilificazione in sede giudiziale (un esempio di ciò si rinviene sia nel caso n. 1 che nel caso n. 6).

³⁵⁹ Cfr. cap. III, par. V.3 ss.

³⁶⁰ Cfr. cap. III, par. V.4. ss. e cap. IV, par. V.

³⁶¹ Cfr. cap. III, par. V.3.

³⁶² *Ibidem*.

sopravvenienza e quanto questa sia effettivamente imprevedibile per l'amministrazione (cfr. ad esempio i ragionamenti del giudice di prime cure nel caso n. 4).

Riprendendo la distinzione evidenziata in apertura di paragrafo, occorre qui fare cenno ad alcune varianti specifiche, rientranti rispettivamente nelle ipotesi (B) e (C)³⁶³.

Con riferimento all'ipotesi (B), merita particolare menzione la variante emersa nei casi 10 e 11 della rassegna, la cui peculiarità è data dal fatto che il soggetto che invoca la violazione del proprio affidamento a causa della scorrettezza dell'amministrazione è controinteressato rispetto al procedimento di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione poi annullato.

Si tratta, a ben vedere, di una variante che deriva dalla peculiarità e dalla natura plurisoggettiva dei rapporti e del contenzioso amministrativo. Rispetto a questa ipotesi si riscontra una diversa ricostruzione dogmatica ed una diversa propensione al riconoscimento di un affidamento risarcibile³⁶⁴. Questa variante sarà oggetto di specifica indagine in quanto si rivela assai frequente nella pratica e risulta particolarmente complesso identificare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco³⁶⁵.

Vi sono infine alcune ulteriori varianti rilevanti per l'analisi in oggetto e riconducibili al gruppo (C).

In particolare, vi è il caso in cui venga stipulato il contratto ma a questo venga successivamente negata, ove necessaria, l'approvazione o la registrazione della Corte dei conti (cfr. caso n. 9). Si tratta di un'ipotesi che discende dall'estensione dell'evidenza pubblica a momenti successivi alla stipulazione del contratto, come espressione di quel sistema di controlli e di quella mai superata sfiducia dell'ordinamento nei confronti della "capacità di giudizio" dell'amministrazione aggiudicatrice³⁶⁶.

Nell'ambito di questa ipotesi, peraltro, possono darsi due diversi scenari.

Può verificarsi il caso in cui l'amministrazione procedente non trasmetta la documentazione per la necessaria verifica da parte degli organi di controllo. La giurisprudenza ha nel tempo riconosciuto questo come un comportamento scorretto della p.a. e foriero di responsabilità, tanto più ove si pensi che il privato non ha modo direttamente di verificare lo stato di avanzamento dell'*iter* procedimentale (si veda sul punto il caso n. 3).

Può altresì configurarsi l'ipotesi in cui l'amministrazione trasmetta quanto necessario, ma intervenga il parere negativo dell'organo di controllo o della Corte dei conti (questa è l'ipotesi del caso n. 9).

Anche con riferimento a questa seconda ipotesi emergono le citate criticità circa il profilo di rimproverabilità soggettiva del soggetto contraente, posto che l'effetto interruttivo non

³⁶³ Con l'ipotesi (B) si intende il caso in cui il provvedimento di autotutela sia frutto di una pronuncia caducatoria del giudice; con l'ipotesi (C) invece il caso in cui l'intervento in autotutela discenda dall'esito negativo del controllo eseguito da altri soggetti pubblici.

³⁶⁴ Non appare invece decisiva, ai fini della presente discussione, la circostanza che sia già stato o meno stipulato il contratto. Nel caso n. 10 il provvedimento di autotutela, ed in particolare l'annullamento dell'aggiudicazione, è avvenuto dopo la stipula del contratto, a seguito di ricorso in annullamento del secondo classificato. Nel caso n. 11 invece non si era ancora addivenuti ad una stipula, ma la p.a. aveva peraltro chiesto l'esecuzione anticipata in via di urgenza.

³⁶⁵ Sulla complessità del dibattito interpretativo si rinvia in particolare l'analisi in cap. III, par. IV.4. e IV.5.

³⁶⁶ Sul punto si rinvia all'analisi delle fasi dell'evidenza pubblica compiute al cap. I, par. V.3.

discende direttamente da un'iniziativa di quest'ultimo. Peraltro, come risulta dalla sintetica esposizione del percorso argomentativo della Corte di cassazione nel caso 9, la giurisprudenza ha talvolta comunque ritenuto di far prevalere la tutela del privato. Il caso proposto mette in luce la profonda disparità di vedute circa le conseguenze della formulazione di un bando con elementi di illegittimità o infattibilità (emblematiche di questa diversità di vedute sono le opposte *rationes* seguite nei casi 9 e 11). Si tratta di una questione fondamentale, già emersa in più punti e con diverse sfumature, nella presente panoramica e che sarà oggetto di analisi nel prosieguo del lavoro³⁶⁷.

IV.3. *Le varianti di confine*

Se l'attività dell'amministrazione è invece nel complesso **corretta** (come ad esempio è stato infine ritenuto nel caso n. 3), ecco che fisiologicamente si fuoriesce dal perimetro del fenomeno in analisi. Nondimeno, per completare la panoramica delle varianti possibili, si vuole in questa sede brevemente illustrare come la giurisprudenza tenda ad orientarsi anche in queste ulteriori ipotesi "di confine".

Le strade si distinguono a seconda che il provvedimento di autotutela sia di revoca ovvero di annullamento.

In caso di revoca, pur a fronte di un'attività legittima e complessivamente corretta, si può in linea di principio configurare un **indennizzo**, ai sensi dell'art. 21 quinquies l. 241/1990³⁶⁸

Tuttavia, la giurisprudenza tende spesso ad operare ulteriori distinguo e precisazioni, valorizzando il dato letterale della norma, che finiscono col restringere sensibilmente la possibilità di conseguire tale indennizzo.

In primo luogo, si distingue a seconda che la revoca abbia riguardato un provvedimento puntuale di aggiudicazione definitiva, ovvero sia intervenuta prima e abbia inciso solo sul bando di gara e/o eventualmente l'aggiudicazione provvisoria/proposta di aggiudicazione e si tende ad escludere l'indennizzo nelle ultime due ipotesi (cfr ragionamento in caso 4).

In secondo luogo, come anticipato, taluna giurisprudenza valorizza la circostanza che la revoca sia frutto di *ius poenitendi* o dipenda da sopravvenienze di fatto o di diritto per escludere, oltre alla colpa della p.a. (e quindi una sua responsabilità a titolo precontrattuale; cfr *supra*), anche qualsivoglia affidamento del privato meritorio di tutela indennitaria³⁶⁹.

In ogni caso, come anticipato, gli interpreti concordano sul carattere alternativo e mutualmente escludente fra il rimedio indennitario e quello risarcitorio, al fine di escludere indebite duplicazioni ed assicurare una coerenza sistematica: se l'attività è legittima ma

³⁶⁷ Cfr. cap. IV, par. V.

³⁶⁸ Per un'approfondita analisi circa la differenza, soprattutto in termini di *quantum* risarcibile, fra l'ipotesi di responsabilità precontrattuale da attività scorretta e l'ipotesi di indennizzo a fronte di attività complessivamente corretta si veda in particolare Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; ed altresì Tar Molise, 26 marzo 2019, n. 117 e la giurisprudenza ivi richiamata.

³⁶⁹ Per l'analisi di entrambi i profili si rinvia a cap. III, par. V.3.

scorretta, si avrà risarcimento del danno; se invece è legittima e lecita, non vi potrà essere un risarcimento ma solo, eventualmente, un indennizzo.

Discorso parzialmente diverso vale invece in caso di **annullamento legittimo ed attività complessivamente corretta** dell'amministrazione.

Come è noto, l'art. 21 nonies l. 241/1990 non prevede un rimedio compensativo a tutela del privato, ma solo la necessità che l'interesse dello stesso sia tenuto in considerazione in sede di bilanciamento degli interessi³⁷⁰. Resta tuttavia da chiedersi se sia comunque giuridicamente apprezzabile (e suscettibile di un ristoro) il formarsi di un affidamento incolpevole del privato sulla stabilità del provvedimento anche a fronte di una condotta complessivamente corretta dell'agente pubblico. Sul punto si rinvia alla ricostruzione ed alle osservazioni compiute nel terzo capitolo.

³⁷⁰ Cfr. cap. III, par. V.3.

CAPITOLO TERZO

Chiarimenti sulla nozione di buona fede e di affidamento nell'ambito dell'attività amministrativa

PARTE PRIMA:
INQUADRAMENTO CIVILISTICO

I. Premessa

Come emerso nel capitolo precedente, la buona fede e l'affidamento rappresentano i due principi fondamentali rispetto ai quali viene valutata la questione delle scorrettezze in sede di formazione dei contratti con la pubblica amministrazione.

A questo punto si impone un ampliamento di focus ed un chiarimento di ordine generale rispetto a queste due nozioni ed al rapporto tra le stesse nell'ambito dell'attività amministrativa. Comprendere meglio lo sviluppo e l'applicazione di tali nozioni nell'ambito del diritto amministrativo, in generale e con particolare riferimento alle procedure di formazione dei contratti pubblici, consentirà di verificare l'esistenza di eventuali aporie e/o incongruenze di sistema ed altresì se le conclusioni raggiunte con riferimento al fenomeno di analisi differiscano rispetto agli approdi raggiunti rispetto all'attività amministrativa in generale.

Si è ben consapevoli che questo potrebbe da solo costituire il tema di una autonoma ricerca; se non addirittura di due distinti percorsi di indagine, trattandosi di temi fondamentali oggetto da sempre di dibattito e riflessione. Vi è dunque la consapevolezza che non si deve cadere nell'errore di disperdere il ragionamento in analisi di troppo ampio respiro. Da qui la scelta, per non dire la necessità, di limitarsi a fornire in questa sede solo quelle indicazioni che appaiono funzionali alla presente analisi, nell'ambito della quale tali principi si inseriscono.

II. Coordinate generali di diritto privato sulla buona fede

La nozione di buona fede attraversa praticamente ogni branca del diritto ed ogni epoca³⁷¹. Gli studi che se ne sono occupati in maniera sistematica ne hanno messo in luce la vaghezza e la molteplicità di significati e applicazioni.

³⁷¹ Come anticipato non si intende qui fornire una ricostruzione completa del principio di buona fede, per i quali si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, 54 ss; S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 677 ss; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale* in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205; ID., *Diritto civile, I criteri fondamentali di determinazione della prestazione. La buona fede*, Giuffrè, 1993; AA.VV. *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 169 ss; ; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. Giur.* V, Treccani, Roma, 1988; più di recente si segnalano A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Vol IV, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, 2004; L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003; P. GALLO, *Contratto e Buona Fede, Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, UTET, 2014; G. FALCO *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano, 2010; F. RICCI, *Buona Fede e Rimedi* in *Contratto e Impresa/Europa*, 2013, 2, 632; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015.

Ai fini della presente analisi è importante analizzare le due nozioni di buona fede presenti nel nostro ordinamento positivo: il *comportarsi secondo buona fede*, che rimanda ad una regola di comportamento e si qualifica come buona fede in senso oggettivo e *l'essere in buona fede*, che rimanda ad uno stato psicologico del soggetto agente e che si qualifica come buona fede in senso soggettivo. Ciò consentirà di chiarire meglio quale tipo di buona fede si ritiene applicabile all'attività amministrativa e di inquadrare correttamente il rapporto fra il principio di buona fede e quello di affidamento.

Senza voler escludere che le due nozioni possano entrare, in vario modo, in rapporto fra loro³⁷² (su cui *infra*), occorre tuttavia partire dalla constatazione che buona fede oggettiva e buona fede soggettiva siano *strumenti* giuridici, con funzionalità ed effetti diversi.

Il codice civile, nelle svariate norme in cui richiama la buona fede, non esplicita chiaramente a quale delle due nozioni si faccia di volta in volta riferimento dovendosi piuttosto desumere dal tenore complessivo del precetto e dal contesto in cui è inserito. La migliore dottrina ha più volte sottolineato la mancanza di unità sistematica di tali norme, sia nella dimensione soggettiva che soprattutto in quella oggettiva; il che rende estremamente complesso – ed in ultima analisi inopportuno – tentare di ricavare dal dato codicistico qualsivoglia teoria unificante³⁷³.

II.1. Sulla buona fede in senso soggettivo

La principale definizione di buona fede soggettiva si ritrova in materia possessoria ed in particolare nell'art. 1147 c.c., quale ignoranza di ledere l'altrui diritto. Alcune dottrine

Nè ci soffermerà sull'analisi storica della nozione di buona fede nel diritto romano, per i quali si rinvia su tutti a P.D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Giappichelli Torino, 1988, 130 ss. Si vuole tuttavia sottolineare come in origine il principio fosse applicato proprio nei rapporti pubblicistici e non paritetici (per quanto è indubbiamente rispetto a questi ultimi che ha conosciuto il suo maggiore sviluppo); tale circostanza è stata messa in rilievo da diversi Autori che hanno indagato l'applicabilità del principio di buona fede ai rapporti con la pubblica amministrazione; si rinvia in particolare a E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., Vol II, 371; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, 14 ss.

Parimenti, per l'evoluzione della nozione nel diritto medievale e canonico, si rinvia in generale a G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, 133 ss; per una buona sintesi si veda anche L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018, 130 ss e gli Autori ivi citati.

Una particolare menzione merita poi lo sviluppo della clausola di buona fede nell'ambito del diritto tributario, per cui si rinvia su tutti a M. TRIVELLIN, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Giuffrè, Milano, 2009; cfr. anche riferimenti in nota *infra*.

³⁷² E si è osservato come la non sovrapposibilità dei concetti di buona fede oggettiva e soggettiva “non dovrebbe, tuttavia, suggerire all'interprete l'atteggiamento rinunciatario di chi, arroccatosi sulla summa divisio enunciata, evita anche di chiedersi se i due criteri, anziché una comune matrice – capace in quanto tale di condurre ad un improbabile significato etico unificante – non presentino, quanto meno, una piattaforma comune che, lasciando inalterata la *duplicità ontologica e funzionale* di essi, ne evidenzia l'appartenenza ad una *stessa dimensione*” (L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit. 159; corsivo mio).

³⁷³ Su tutti: L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, cit.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, cit.

ha peraltro sostenuto come, al di là del dato letterale, la buona fede debba piuttosto intendersi in senso positivo, quale convinzione di agire *secundum iure*³⁷⁴.

Ai sensi dell'art. 1147 c.c., il 'possesso di buona fede', da cui discendono precipui effetti giuridici³⁷⁵ si fonda sullo stato psicologico di ignoranza di ledere l'altrui diritto. Qui la buona fede è presunta³⁷⁶ e basta che sussista al momento di acquisto del possesso, ma essa non giova se è frutto di colpa grave.

La norma traccia così un fondamentale punto di contatto, sui si avrà modo di tornare, tra il concetto di buona fede soggettiva e quello di colpa³⁷⁷. Peraltro, secondo l'impostazione tradizionale³⁷⁸, il limite della *culpa lata* imposto dall'art. 1147 c.c. non può ritenersi espressivo di un principio generale e quindi non opera al di là del caso in cui è previsto³⁷⁹; e si discute della sua portata espansiva anche nell'ambito della stessa materia possessoria³⁸⁰.

Riferimenti alla buona fede soggettiva - o, il che è uguale, specie ove la buona fede sia presunta, all'assenza di malafede - sono contenuti in svariate altre norme del codice civile.

Dal punto di vista degli effetti, si può in generale affermare, sia pure in via di approssimazione, che la sussistenza della buona fede in capo al soggetto o impedisce il prodursi di effetti ad esso pregiudizievoli o giustifica un comportamento altrimenti illegittimo, escludendo altresì il sorgere di una responsabilità in capo all'agente in buona fede³⁸¹. Talvolta la buona fede soggettiva rileva in quanto tale, più spesso essa deve accompagnarsi, per il prodursi

³⁷⁴ Sul rapporto fra nozione positiva (convinzione di agire *secundum iure*) o negativa (ignoranza di ledere l'altrui diritto) cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit., 159 e gli Autori ivi citati.

³⁷⁵ Mentre determinati effetti conseguono precipuamente alla qualifica di possessore di buona fede (eg. artt. 1148, 1150, co.3 e 5; 1152, 1153 ss cc.), altri effetti si producono in forza del possesso, a prescindere dalla circostanza che sia di mala fede o di buona fede (cfr. artt. 1150, co.1, 2 e 3 c.c.).

³⁷⁶ R. SACCO, *La presunzione di buona fede in Riv. dir. civ.*, 1959, I, 1 ss.

³⁷⁷ In generale R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, cit. 22 ss; D. POLETTI, *Alcune considerazioni sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa*, in *Il principio di buona fede*, cit., 147 ss.

³⁷⁸ Cfr. D. POLETTI, *Alcune considerazioni sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa*, cit. e gli Autori ivi richiamati; L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit.

³⁷⁹ E casi assimilati: tale formulazione si ritrova identica nell'art. 535 c.c., in tema possesso di beni ereditari.

³⁸⁰ Si discute, e non è questa la sede per approfondire, se il riferimento all'assenza di colpa grave contenuto nell'art. 1147 c.c. sia da riferirsi anche all'art. 1153 c.c., posto che la norma sugli acquisti *a non domino* non fa riferimento alla colpa ma prevede che gli effetti traslativi si verificano solo con la compresenza della buona fede soggettiva e di un elemento oggettivo, i.e. la presenza di un titolo idoneo al trasferimento di proprietà; cfr. sul punto R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, cit., 21.

³⁸¹ In questo senso, la dottrina ha osservato che "il favor della buona fede si svolge in due fondamentali direzioni: 1) con riferimento alla categoria di comportamenti leciti, nel senso a) di conservare al soggetto, nonostante l'inidoneità strutturale dell'atto, il risultato sul quale egli aveva fatto assegnamento (es. artt 23, co.2, 25, co.2., 44, 128, 534, co.2, 785, co.2 seconda parte, 819, 1189, 1415, co.1, 1416, co. 1, 1994, 2377, co.3 ultima parte, 2559, co. 1 ultima parte, 2652, n. 5,6,7, 9, 2901, co.4 c.c.; art. 472 c.p.c.) ovvero nel senso b) di procurargli, ad esito di una diversa fattispecie, un risultato di parziale recupero o, in un certo qual modo, equivalente al primo (es. artt. 1159, 1160, co.2, 1161, 1162, co.1, 1153, 1155, 1909, co.1 seconda parte, 1328, co.1 c.c.); 2) con riferimento a comportamenti che implicano ingiusto sacrificio di un interesse altrui, nel senso di limitare o escludere in deroga ai principi, l'obbligo di restituzioni che in astratto sarebbero dovuti, ed escludere altresì, in conveniente ipotesi, una responsabilità eventuale dell'agente per risarcimento di danni (es. art. 1148, co.1., 2033 seconda parte, 2036, co.2.937, co.3., 535, co. 2, 1776, 2037, co.2., 2038, co.1. c.c.)" (G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 335) Per un'indagine analitica sulle diverse fattispecie di buona fede soggettiva si rinvia altresì a R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, cit.

degli effetti giuridici, a determinate situazioni di apparenza, basata su parametri oggettivi (su tutti art. 1189 c.c.) o di pubblicità³⁸².

Da quanto sopra emerge come, in generale, la buona fede soggettiva si concentri unilateralmente sulla tutela del soggetto che ne è portatore a danno di un soggetto controinteressato, non necessariamente la controparte in un rapporto giuridico relazionale, in ciò distinguendosi dalla buona fede in senso oggettivo, che si pone invece in un'ottica essenzialmente relazionale di bilanciamento degli interessi (e di valutazione complessiva delle rispettive condotte). E proprio per questo, secondo l'impostazione tradizionale, essa non può rilevare come principio generale, bensì solo nelle ipotesi tassativamente previste³⁸³.

Da un punto di vista di onere probatorio, come visto, la buona fede può essere presunta o meno. E, come è facile intuire, questo aspetto gioca un ruolo essenziale sull'intensità della tutela offerta e costituisce altresì uno strumento di gradazione della stessa e di parziale contemperamento con la posizione del controinteressato, a seconda che la buona fede venga presunta o, viceversa, assunta come fatto costitutivo³⁸⁴. Nel primo caso, spetterà a chi intende paralizzare il prodursi degli effetti dimostrare la mala fede, la colpa grave³⁸⁵ etc. Nel secondo, viceversa, spetterà all'agente dimostrare la propria buona fede soggettiva³⁸⁶.

II.1.1. Sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa

Il sopra visto carattere unilaterale della tutela ci porta ad una riflessione sul rapporto tra la buona fede soggettiva e la colpa dello stesso soggetto.

A ben vedere la buona fede soggettiva si fonda su di uno stato psicologico di errore dell'agente e la questione storicamente oggetto di dibattito è se tale errore sia destinato comunque a produrre le conseguenze favorevoli previste per chi è in buona fede a prescindere da qualsiasi valutazione circa la scusabilità o meno dello stesso. In altre parole, si è dibattuto se sia configurabile - e soprattutto accettabile - una buona fede colpevole³⁸⁷.

³⁸² Sul punto si rinvia altresì all'analisi in par. III.

³⁸³ Cfr M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, cit., 1; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 162. In termini anche F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, 124; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, cit., 20.

³⁸⁴ Sul punto, è stata rilevata la tendenza nel nostro ordinamento civile a disporre la presunzione di buona fede quando la stessa è rilevante incondizionatamente (i.e. non richiede ulteriori elementi obiettivi per dispiegare i propri effetti giuridici) o quando è rilevante, purché non affetta da colpa grave, o quando si appoggia ad un fatto di apparenza posto in essere dolosamente dal controinteressato al dispiegarsi degli effetti della buona fede soggettiva. Viceversa, tende a operare la presunzione opposta laddove sia protetta solo la buona fede incolpevole o la sola buona fede appoggiata da un'apparenza creatasi senza dolo né violazione di oneri da parte del controinteressato (R. SACCO, *L'affidamento*, cit., 664-665; sul punto, *amplius*, R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, cit.).

³⁸⁵ Così ad es. in materia di possesso ex artt. 535 e 1147 c.c.

³⁸⁶ Così ad es. l'art. 1189 c.c., secondo cui il debitore che paga a chi appare creditore sulla base di circostanze univoche si libera *se prova di essere stato in buona fede*.

³⁸⁷ Occorre sottolineare che qui si discute del piano soggettivo della colpa e non, invece, del piano probatorio della presunzione della sussistenza o meno della buona fede.

L'ordinamento dà una risposta chiara a tale quesito rispetto ad alcune fattispecie. E così, come visto, l'art. 1147, co. 2 c.c. fissa il limite nella *culpa lata*. In termini analoghi si esprime l'art. 535 c.c. in tema di possesso di beni ereditari.

Il punto diventa allora stabilire se ciò possa considerarsi espressione di una regola generale o se viceversa, si ponga come eccezione alla regola, che rimane invece quella per cui "buone intenzioni ed imprevidenza non si negano a vicenda, e un errore, ancorché imputabile a negligenza resta sempre un errore"³⁸⁸.

Si è detto che, tradizionalmente, la dottrina esclude la portata espansiva della regola prevista in tema di colpa dall'art. 1147 c.c.³⁸⁹. Tuttavia, non sono mancate autorevoli voci che hanno sostenuto la necessità di estendere il principio per cui la buona fede soggettiva non giova se frutto di errore inescusabile³⁹⁰. In altre parole, se l'agente è in colpa (grave)³⁹¹. E ciò non per effetto di un'estensione analogica dell'art. 1147 c.c.³⁹², né per effetto di un'adesione alla tradizionale visione unitaria della buona fede quale concetto etico, ma bensì in forza di un generale principio di socialità, espressione di valori fondamentali ex artt. 2 e 3 Cost.³⁹³.

Pertanto, secondo questa rilettura: "il margine di errore, cui ciascun soggetto è esposto e la conseguente convinzione di comportarsi *iure*, non dovrebbero consentire all'agente in buona fede di sottrarsi alla propria responsabilità o di conseguire, in tutto o in parte, un effetto sperato con inevitabile sacrificio dell'interesse altrui, quando il suo stato intellettuale costituisca la risultante di un comportamento colposo"³⁹⁴.

Tale dottrina si avverte di come, a questo punto, il problema diventi stabilire la misura limite di tale scusabilità e la identifica nella nozione di *diligenza*, da intendersi non quale canone astratto bensì come diligenza in concreto parametrata di volta in volta in base alle circostanze ed alle capacità del soggetto stesso³⁹⁵.

Da un punto di vista processuale, nel caso in cui la buona fede sia presunta spetterà a chi intende paralizzare il prodursi degli effetti dimostrare l'inescusabilità dell'errore. Viceversa, spetterà all'agente dimostrare la non colpevolezza, la scusabilità dello stato psicologico in cui è incorso.

Quanto sin qui affermato merita una precisazione finale rispetto a quelle ipotesi in cui il legislatore risolve il conflitto di interessi facendo leva non sulla colpa bensì sulla *conoscenza*

³⁸⁸ G. GIAMPICCOLO, *La buona fede*, cit. 346.

³⁸⁹ D. POLETTI, *Alcune considerazioni sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa*, cit.; R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, cit., 20 ss.;

³⁹⁰ In particolare: L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit., 161 ss.

³⁹¹ Il canone generale qui proposto è infatti quello della *culpa lata*, fermo restando, il più rigido regime della *culpa levis*, ove questo sia espressamente previsto dalla norma, es. art. 1189 cc.

³⁹² È interessante notare come, da ultimo, anche la giurisprudenza amministrativa sembra aver accolto tale impostazione. Peraltro, a differenza di quanto sostenuto ad es. da BIGLIAZZI GERI, su cui subito *infra*, tale giurisprudenza amministrativa predica direttamente, in contrasto con la sopra vista impostazione tradizionale, il 'carattere generale' della regola sancita dall'art. 1147, comma 2, c.c. nell'ambito del diritto civile (così in particolare Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 19).

³⁹³ L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit., 161.

³⁹⁴ *Ibidem*, 162.

³⁹⁵ *Ibidem*, 163.

effettiva da parte dell'agente di una data realtà; e, quindi sul dolo generico³⁹⁶. Secondo la linea interpretativa qui proposta, infatti, laddove il legislatore impone la prova della conoscenza di una data circostanza, si deve intendere assolto l'onere sia quando si dimostri una conoscenza effettiva, sia quando si dimostri una possibilità di conoscenza o, visto dall'altra parte, un'ignoranza colpevole. Il che, è facile osservare, riporta la questione ad una dimostrazione circa la scusabilità o meno di tale ignoranza, da risolversi, ancora una volta, facendo riferimento al parametro della diligenza in concreto.

II.2. Sulle diverse nozioni e funzioni di buona fede in senso oggettivo

La buona fede oggettiva, clausola generale per eccellenza³⁹⁷, è strumento che si è prestato a molteplici funzioni e del quale si sono date nel tempo molteplici definizioni di carattere generale, nonché numerosi tentativi di enucleazione di ipotesi tipiche. È soprattutto rispetto a questa nozione, stante l'elevato grado di indeterminatezza e flessibilità che la contraddistingue, che si rinvengono da sempre le maggiori difficoltà definitorie e applicative; e su cui quindi maggiormente si sono concentrate le riflessioni ed il dibattito degli interpreti.

La clausola di buona fede oggettiva ha visto nel tempo una notevole evoluzione interpretativa ed applicativa in ambito civilistico. Evoluzione che ha conosciuto, in anticipo, molti degli ostacoli e delle svolte che si possono poi ritrovare, nell'ambito del ben più difficoltoso - in quanto portatore di ulteriori ostacoli e problematiche proprie - sviluppo del principio all'interno del diritto amministrativo (cfr. *infra*).

L'ordinamento civile italiano³⁹⁸ ha a lungo riconosciuto alla buona fede oggettiva un ruolo piuttosto marginale di parametro *interpretativo* (art. 1366 c.c.) ed altresì di standard *valutativo*

³⁹⁶ Un esempio emblematico è dato dall'art. 1264 c.c., ai sensi del quale "la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata. Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione".

³⁹⁷ Senza pretesa di ricostruire qui lo sconfinato dibattito sulle clausole generali, sia qui consentito il rinvio alla definizione generale offerta da MENGONI, secondo cui la clausola generale è "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta" (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA. VV. *Il principio di buona fede*, cit., 10). Per uno spunto di riflessione cfr. anche C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987.

³⁹⁸ Lo stesso non può dirsi rispetto ad altri ordinamenti, ed in particolare quello tedesco, in cui la clausola generale di buona fede contenuta nel § 242 BGB ha svolto nel tempo un ruolo fondamentale, introducendo istituti non previsti a livello legislativo, quali i doveri di protezione, le clausole vessatorie, l'abuso del diritto etc.; per un'analisi: KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, CEDAM, Padova, 1998, 55 ss.

Al contrario, l'ordinamento francese si è dimostrato ancora più restio di quello italiano all'introduzione di doveri generalizzati di buona fede nell'ambito civilistico; così è solo con la riforma del *Code civil* con l'*Ordonnance* del 2016 che si è avuta l'introduzione, in analogia con il nostro art. 1337 c.c., un generalizzato obbligo di buona fede in fase precontrattuale, con altresì la puntuale identificazione di specifici obblighi informativi. Per un'analisi: E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil*

in sede di formazione (art. 1337 c.c.) ed esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e, più in generale, dei rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.).

Solo in tempi più recenti si sono iniziate ad esplorare le più ampie potenzialità di tale clausola³⁹⁹. In particolare, parallelamente agli sviluppi della funzione valutativa⁴⁰⁰, si è affacciata l'idea, ispirata prima di tutto dagli approdi della dottrina tedesca⁴⁰¹, che la clausola potesse svolgere una funzione *integrativa* del contratto, sebbene non espressamente menzionata dall'art. 1374 c.c. e, più in generale, che potesse essere fonte primaria di obbligazioni autonome nell'ambito del rapporto obbligatorio (funzione *normativa o precettiva*)⁴⁰². Da ultimo il dibattito si è esteso alla funzione *limitativa* ed addirittura *correttiva* della clausola di buona fede rispetto al regolamento contrattuale, al fine di determinare un riequilibrio dell'assetto negoziale ove lo stesso venga ritenuto eccessivamente sbilanciato. In altre parole, non si tratta più di riconoscere l'esistenza di obblighi accessori alla prestazione (o persino obblighi che prescindono dall'esistenza della stessa), ma bensì di conferire al giudice un potere di riequilibrare, attraverso il parametro diretto della buona fede, il contenuto del regolamento negoziale.

In generale, al di là delle funzioni attribuibili alla clausola, l'ampliamento del ruolo della buona fede discende dal più ampio dibattito sorto in seguito all'entrata in vigore della Costituzione e volto a ricondurre l'obbligo di buona fede comportamentale ai principi costituzionali, in particolare a quello di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.⁴⁰³.

francese: profili comparatistici, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 4, 1301. Per una panoramica generale I. MUSIO, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, 2010, accessibile a comparazionedirittocivile.it.

³⁹⁹ Per un'efficace sintesi delle diverse funzioni che la clausola di buona fede può svolgere: P. GALLO, *Contratto e buona fede*, cit. 612 ss; in termini più approfonditi e con ampi riferimenti bibliografici: F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 147 ss.

⁴⁰⁰ Soprattutto in relazione alla c.d. figura di abuso del diritto. Tra i primi approfondimenti generali sulla buona fede oggettiva in tale ottica 'espansiva' si veda U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 29 ss.

⁴⁰¹ In particolare, si ritiene che la buona fede integrativa trovi le sue origini nell'ordinamento tedesco, dove è stata sviluppata verso l'inizio del '900 quale strumento per "completare ed arricchire il c.d. piano dell'obbligazione tramite lo strumento tecnico degli obblighi accessori rispetto all'obbligo primario di prestazione" (F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 172). L'applicazione del canone di *Treu und Glauben* ex § 242 BGB alle obbligazioni del debitore è dipeso essenzialmente dall'assenza nell'ordinamento tedesco, sino alla riforma del 2001, di una disciplina specifica per il caso di prestazione non assente ma difforme da quanto pattuito (*ibidem*, 173 ss). Peraltro, la dottrina tedesca si è rapidamente premurata di affermare che tali doveri accessori, positivi e negativi, nell'ambito della struttura complessa del rapporto obbligatorio, gravano sia sul debitore che sul creditore. E la giurisprudenza tedesca si è premurata di enucleare, con taglio pratico, gruppi di specifici obblighi integrativi, eg. obblighi di informazione ed avviso, obblighi di lealtà ed assistenza, obblighi di cooperazione che, come osservato "possono spingersi sino al punto di consentire all'altra parte di modificare il contenuto di clausole contrattuali per favorire l'efficacia del contratto (*ibidem*, 177). Si può notare come qui si sconfini con la funzione correttiva e limitativa da ultimo riconosciuta alla buona fede (cfr *infra*). Più in generale, lo sviluppo teorico di tali obbligazioni accessorie, ed in particolare della categoria degli obblighi di protezione, ha finito col travalicare l'obiettivo iniziale di superamento della lacuna della responsabilità contrattuale per inesatto adempimento, portando ad una complessiva 'riconcettualizzazione del contenuto del rapporto obbligatorio', in un'ottica funzionale (cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 1-2, 3 ss).

⁴⁰² Per uno sviluppo della funzione integrativa ed una rilettura del ruolo della buona fede in chiave costituzionale, su tutti si vedano le riflessioni di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.

⁴⁰³ Su tutti S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit. Peraltro, non sono mancate autorevoli voci che hanno, sia pure indirettamente, ridimensionato la rilettura in chiave costituzionale degli obblighi di correttezza, particolarmente in sede precontrattuale. Si veda in particolare R. SACCO, secondo cui "la

Molteplici gli effetti, almeno nelle intenzioni, di questa svolta evolutiva: limitare l'arbitrio pretorio e così contenere il pericolo di abusi dati dall'ontologica incertezza contenutistica della clausola generale di buona fede⁴⁰⁴; ampliare l'operatività della clausola oltre alla materia contrattuale, in quanto principio trasversale, ancorché implicito⁴⁰⁵; e soprattutto, superando il dogma ottocentesco della volontà, ricondurre l'autonomia negoziale alle più generali finalità di ordine sociale per come emerse nel testo costituzionale e così realizzare una "funzionalizzazione di situazioni e poteri privati" in ragione dell'accresciuto peso delle valutazioni di carattere sociale⁴⁰⁶. In quest'ottica la buona fede interverrebbe - *rectius*, il giudice che la applica interverrebbe - ad integrare il contenuto del regolamento contrattuale non tanto e non solo per colmare eventuali lacune, ma proprio come vincolo e limite dell'autonomia negoziale delle parti in ossequio ai principi costituzionali⁴⁰⁷. Peraltro, come è noto, quest'ultimo obiettivo è stato oggetto di numerose critiche⁴⁰⁸.

Al di là delle indubbie criticità che un'esasperazione del c.d. "solidarismo giudiziale" può comportare, vi è comunque da rilevare il generale ripensamento di prospettiva ed il cambiamento di passo tanto del legislatore quanto degli interpreti: la radicata diffidenza nei confronti delle clausole generali come strumenti giuridici è stata sostituita da un sempre maggior *favor* ad operare per principi e clausole generali⁴⁰⁹. Aspetto quest'ultimo indirettamente favorito anche da fenomeni di integrazione con altri ordinamenti sovranazionali, su tutti quello europeo, che necessariamente si trovano ad operare per

responsabilità precontrattuale ha una sua storia - abbastanza unitaria, attraverso tutte le frontiere politiche che contrappongono o contrapposero le varie soluzioni costituzionali -. Nulla essa deve a questo o quel comma della Carta del 1947" (R. SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1192).

⁴⁰⁴ In particolare: "l'integrazione valutativa per il tramite della Costituzione è parsa la via migliore per conciliare l'elasticità e la carica innovativa delle clausole generali, prima fra tutte quella di buona fede-correttezza, con la positività del diritto e con quel tanto di certezza che tutto ciò comporta, così scongiurando le fughe dei giudici oltre l'ordine costituzionale" (F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 149). E si è ritenuto di approvare una simile tendenza "nella misura in cui l'aggancio ai valori della Costituzione, si pensi ad esempio al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Carta fondamentale, spesso richiamato in materia di buona fede, può in qualche misura contribuire a circoscrivere l'arbitrio dell'organo giudicante; il quale in nessun caso potrebbe ovviamente introdurre regole in contrasto con i principi della Costituzione" (P. GALLO, *Contratto e buona fede*, cit., 611).

⁴⁰⁵ Mentre autori hanno sostenuto l'opportunità di circoscrivere l'operatività della clausola di buona fede alla materia contrattuale (cfr. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit. 208), altri hanno invece sottolineato come la buona fede oggettiva non sia - e non lo sia mai stata - limitata a tale settore, citando in particolare come esempio il principio previsto dall'art. 2598 c.c. (cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit.). Un altro esempio si può rinvenire nel divieto di atti emulativi contenuto nell'art. 833 c.c. che tuttavia viene spesso piuttosto inquadrata nell'ambito della tematica dell'abuso del diritto, su cui si rinvia in generale a U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit.; per una rassegna più recente in materia si rinvia a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune dell'attività amministrativa*, cit., 158 e gli Autori ivi richiamati.

⁴⁰⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 131.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, 178. Questa impostazione, declinata nella materia contrattuale, comporta che ogni contratto "deve produrre un risultato finale sostanzialmente giusto, conforme al principio di buona fede, in quanto vi è un interesse generale dell'ordinamento giuridico a sanzionare le *iniquità contrattuali*" (G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 83, corsivo mio).

⁴⁰⁸ Per una buona sintesi delle diverse opinioni critiche si rinvia a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune dell'attività amministrativa*, cit., 152 e gli Autori ivi citati.

⁴⁰⁹ Su tutti ancora, S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, e C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit.

principi e tramite concetti elastici e sensibili all'evoluzione sociale e alle diverse tradizioni giuridiche dei soggetti coinvolti⁴¹⁰.

Peraltro, non è mancato chi ha osservato che l'ancoraggio al parametro costituzionale, se può costituire un limite esterno, ancora non chiarisce quale sia il contenuto effettivo della clausola generale, rimanendo la stessa una "formula in bianco"⁴¹¹.

Nell'ambito di queste riflessioni generali sull'oggetto e sul contenuto generale dell'obbligo di correttezza merita in particolare menzione l'osservazione di MERUSI, secondo cui, nell'inquadramento della nozione di buona fede oggettiva, si confrontano storicamente due impostazioni: si può intendere, in generale, come obbligo di *non venire contra factum proprium*, ed in ciò rinvia soprattutto al principio di sicurezza giuridica; o piuttosto come obbligo di correttezza "astrattamente indeterminata ma determinabile sulla base della fattispecie concreta e delle sue implicazioni con le istanze della costituzione economico materiale"⁴¹².

Si avvicina alla seconda nozione, e tuttavia la riveste di una più forte connotazione etico-sociale, la ricostruzione operata da RODOTÀ, secondo cui il dovere di buona fede, che trae il suo fondamento nell'art. 2 Cost., ha come contenuto essenziale "un vero e proprio dovere inderogabile di non recare danno ad altri"⁴¹³. Anche in questo caso la nozione appare irrelata a qualsiasi eventuale precedente comportamento della controparte (che possa aver dato origine ad un affidamento; cfr. *infra*). Ed un affidamento, se vi è, è a che qualsiasi consociato agisca con correttezza e lealtà nei confronti degli altri⁴¹⁴.

La ragione per cui si è ritenuto di riportare queste diverse posizioni – che pure certo non esauriscono il panorama ricostruttivo – è data dalla constatazione per cui, come si vedrà più avanti, questa duplicità risulti rilevante anche per l'analisi sulla buona fede e sull'affidamento nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione. E l'adesione ad

⁴¹⁰ Su quest'ultimo punto cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato* (spunti ricostruttivi), cit., 53;

⁴¹¹ "il tentativo dottrinario di dare al precetto di buona fede il contenuto dei principi generali dell'ordinamento o dei principi costituzionali non ha d'altro canto sortito alcun tangibile risultato, in quanto il precetto è rimasto una *formula in bianco*, non sufficientemente determinata e quindi scarsamente utilizzabile come criterio di condotta e di decisione" (C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 208; corsivo mio).

⁴¹² F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 126. Peraltro, "tale dicotomia non ha valore intrinseco, poiché, ovviamente, anche il principio di non contraddizione non è che un particolare profilo del principio di correttezza" (*ibidem*, 127). Sulla base di queste premesse l'Autore ha ritenuto che: "Senza perdere di vista la matrice unitaria del fenomeno, è dunque possibile distinguere, mantenendo il discorso in termini generali, quando il principio di buona fede ha per oggetto la valutazione di un precedente comportamento e quando invece prescrive un obbligo irrelato di comportamento secondo canoni di correttezza e, di conseguenza, stabilire una dicotomia fra buona fede intesa in senso lato, come principio di non contraddizione con un precedente comportamento, e buona fede che si risolve in canoni di correttezza non riferita ad un precedente comportamento del soggetto agente" (*ibidem*, 127). È interessante notare come, nella sua prima fondamentale analisi, MERUSI finisce con l'accogliere la nozione più restrittiva di buona fede, ponendola come *ratio* per la tutela dell'affidamento legittimo del privato nell'ambito dell'annullamento in autotutela (cfr. *infra*).

⁴¹³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 151.

⁴¹⁴ Negli stessi termini si esprime MANGANARO, su cui si rinvia *amplius infra*, secondo cui "il dovere di buona fede, conseguente all'obbligo di solidarietà tra soggetti, consiste nell'agire corretto, inteso come "giusto" (scilicet: conforme alle attuali esigenze sociali espresse negli standard di valutazione legislativa o giurisprudenziale) esercizio dei diritti nei confronti degli interessi alieni" (F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, cit., 119).

un'impostazione piuttosto che ad un'altra incida anche sul margine di operatività riconosciuto ai principi in esame.

Ritornando all'analisi del dibattito sulle funzioni attribuibili alla clausola di buona fede⁴¹⁵, si può osservare una costante tensione fra tentativi di tipizzazione *ex ante* degli obblighi derivanti dal canone di buona fede⁴¹⁶ e rivendicazioni di un approccio casistico di valutazione *ex post*⁴¹⁷.

In particolare, tralasciando per un momento la funzione interpretativa (cfr art. 1366 c.c.), secondo una certa impostazione, la buona fede può avere unicamente una funzione di parametro valutativo, ma non anche una funzione integrativa *ex ante*. Viceversa, secondo un'altra impostazione, che ha ormai trovato riconoscimento e prevalente applicazione, la buona fede svolge (anche e soprattutto) una funzione integrativa, che impone una serie di obblighi, ulteriori rispetto all'obbligazione principale⁴¹⁸. È interessante notare, alla luce del focus della presente analisi, come l'identificazione di obblighi strumentali e autonomi (in quanto precedenti e/o comunque slegati dal conseguimento dell'obbligazione principale) discendenti direttamente dal canone di buona fede sia avvenuta prima di tutto nell'ambito della categoria di creazione dottrina della *culpa in contrahendo*, elaborata da Jhering⁴¹⁹.

Talvolta, peraltro, l'enucleazione di ipotesi tipiche sembra avere piuttosto una finalità descrittiva che non integrativa in senso stretto. Da questo punto di vista risultano sicuramente utili le elaborazioni che, senza necessariamente sconfessare la valutazione del caso concreto, si sono comunque sforzate, con un approccio pragmatico ed attento al dato giurisprudenziale, di schematizzare gruppi di ipotesi rilevanti⁴²⁰.

⁴¹⁵ Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit. 171 ss.; il quale a sua volta rinvia in particolare a A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Libro IV, *Obbligazioni* artt. 1173-1176, in *Commentario al codice civile*, Zappichelli, Bologna, 1988, 305 ss.

⁴¹⁶ Il che implica, secondo un modello di ispirazione germanica, la creazione di specifici obblighi accessori di prestazione, di protezione, di sicurezza e di informazione (*ex multis* si vedano le riflessioni; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit. 21 ss.; ID. *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, Roma, 199; cfr. anche, sia pure in ottica critica, la ricognizione di L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit. 170;).

⁴¹⁷ Così secondo un'autorevole opinione, la buona fede costituisce "un metro oggettivo ed elastico di valutazione a posteriori, affidato al giudice, di un fatto (dunque anche del contratto, in quanto fatto giuridico) e/o di un comportamento (cfr. rispettivamente, art. 1366 e artt. 1175, 1375, 1337, 1358, 1460, co. 2, 2598, n. 3, c.c.; non dunque, l'espressione di un dovere generico e/o la fonte di specifici obblighi integrativi né lo strumento di controllo legato ad una visione "tipologica" della realtà, ma un criterio volto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto sul piano della conciliazione di interessi confliggenti secondo una misura insuscettibile di determinazione aprioristica, ma destinata a precisarsi di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda nel quadro complessivo delle circostanze anche sopravvenute del caso concreto". (L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit., 172).

⁴¹⁸ Da ultimo, per un confronto fra i due approcci e per le ragioni che giustificano il riconoscimento di una funzione integrativa della buona fede si veda A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021, 1, 31 ss.

⁴¹⁹ Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 181 ss.

⁴²⁰ In quest'ottica BIANCA ha osservato che la circostanza che la buona fede sia una clausola generale che non impone un comportamento a contenuto prestabilito non significa che essa non si presti ad essere 'sufficientemente determinata' con riferimento ai dati effettivi tratti dall'esperienza della vita di relazione. E quindi si tratta piuttosto di identificare quei comportamenti che traducono il generale obbligo di 'solidarietà contrattuale' (*La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 209). Per questa ragione, dopo aver circoscritto l'operatività del principio alla materia contrattuale (*ibidem*, 208), l'Autore si è adoperato in un'opera di tipizzazione delle ipotesi concretamente rilevanti, specie in fase di esecuzione del contratto, precisando che "tipizzazione non vuol dire riduzione dell'applicazione del principio a fattispecie determinate,

II.2.1. *Sugli effetti della violazione del canone di buona fede oggettiva e sulla distinzione tra regole di validità e regole di condotta*

La complessità della clausola della buona fede (così come la sua distinzione rispetto alla nozione soggettiva) si può cogliere anche sul piano degli effetti.

Il focus della presente analisi ci impone in particolare di ripercorrere brevemente la tradizionale distinzione fra regole di validità del contratto e regole di correttezza del comportamento dei contraenti⁴²¹. Ciò in quanto tale distinzione, da un lato, è stata valorizzata in ambito civilistico con riferimento alle violazioni intervenute in sede precontrattuale, dall'altro, in quanto la stessa è stata da ultimo ripresa proprio con riferimento alle ipotesi di violazione del canone di buona fede nell'ambito dell'attività amministrativa⁴²².

In termini generali, le norme di validità mirano a verificare la conformità del negozio allo schema legale (regole di fattispecie), mentre le norme di comportamento sono dirette a verificare la liceità del comportamento tenuto dai contraenti⁴²³. La violazione delle prime va ad incidere sulla validità del negozio stesso, mentre la violazione delle seconde non è in grado di incidere sulla validità dello stesso, se non nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore, ma è in grado di fondare il sorgere di una responsabilità.

Sul punto le Sezioni Unite, nelle note sentenze *Rordorf*, hanno in particolare affermato che le violazioni delle regole di correttezza "non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere

ma indicazione di talune fattispecie-tipo vevoli come concreti modelli di riferimento" (*ibidem*, 211). Tra i comportamenti espressione del canone di lealtà ha evidenziato in particolare: a) il non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti; il non speculare su falsi affidamenti; il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte. Tra i comportamenti espressione dell'obbligo di salvaguardia: a) l'esecuzione di prestazioni non previste; b) modifiche del proprio comportamento; c) tolleranza delle modifiche della prestazione di controparte; c) comunicazioni alla controparte; d) esercizio dei poteri discrezionali "in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per il quale il potere è stato conferito" (*ibidem*, 214).

Il tentativo di schematizzare le ipotesi più rilevanti di scorrettezze è stato portato avanti anche da altri Autori; si veda in particolare la ricognizione compiuta con riferimento alle ipotesi rilevanti in sede di formazione contrattuale in G. DE NOVA, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 1183 ss.

⁴²¹ Sul tema in generale si veda: V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1963; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 432; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 3, 599 ss; A. ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, cit.

⁴²² Cfr. *infra* par. IV.3. e cap. IV, par. IV.

⁴²³ Cfr. L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit. 182, secondo cui: "le regole di validità prescrivono requisiti formali o sostanziali, legalmente predeterminati, la cui osservanza incide esclusivamente sul piano dell'efficacia giuridica, mentre le regole di comportamento o di responsabilità attengono invece al mancato rispetto di norme imperative di condotta, cui l'ordinamento reagisce, di regola, attraverso l'obbligo di risarcire il danno".

di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite⁴²⁴.

Invero, le norme generali previste dall'ordinamento che richiamano il canone di buona fede non prevedono un vizio di validità del negozio, ma disciplinano piuttosto l'interpretazione (1366 c.c.) e l'esecuzione del contratto (1374 c.c.), l'adempimento dell'obbligazione (1175 c.c.) e il comportamento delle parti nel corso delle trattative (1337, 1338 c.c.). Solo in casi specifici, invece, la violazione del canone di correttezza vale ad integrare, unitamente ad altri elementi, determinate fattispecie dalle quali la legge fa discendere la validità del comportamento. Ed, in questo modo, la scorrettezza viene tipizzata dal legislatore – spesso senza neppure direttamente fare riferimento al canone di buona fede – e si traduce in un vizio in grado di rendere il contratto *annullabile* per violenza o dolo, *rescindibile* per stato di bisogno o di necessità, ovvero *nullo* per abuso di dipendenza economica⁴²⁵. In questo senso deve essere dunque letta la diversa funzione tradizionalmente riconosciuta ai due sistemi di regole⁴²⁶. Distinzione che secondo alcuna dottrina trova il suo fondamento proprio nella tipicità delle cause di annullabilità del contratto e dei vizi del consenso⁴²⁷.

Peraltro, sul punto, occorre osservare che la divisione diviene più incerta nella materia dei consumatori, in cui è invece demandato al giudice il compito di valutare, alla stregua del canone di buona fede, la condotta del predisponente, come elemento rilevante, per stabilire il carattere eventualmente vessatorio di una clausola contrattuale, che può tradursi in una nullità di protezione⁴²⁸. Inoltre non sono mancati tentativi, sia pure relativamente isolati e

⁴²⁴ Il riferimento è alle note Cass. Sez. Un. nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007 (c.d. sentenze *Rordorf*) con nota in *Foro it.*, 2008, c. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2008, 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Giust. civ.*, 2008, 2775, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*.

⁴²⁵ A. ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, cit., *ibidem*. Secondo l'Autore nel nostro sistema dunque "la correttezza, a differenza del buon costume, non opera direttamente come criterio di valutazione della liceità e validità dei negozi giuridici, ma genera soltanto obblighi di comportamento, la cui violazione è in primo luogo fonte di responsabilità e, solo ove la legge espressamente lo stabilisca, costituisce requisito di una più complessa fattispecie di invalidità".

⁴²⁶ In tal senso in generale si vedano le riflessioni di P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962, 221 ss; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, CEDAM, Padova 1963, 104; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss.

⁴²⁷ Questa considerazione si ritrova in particolare nel pensiero di L. LORENZONI e viene sottolineata in prospettiva critica rispetto alla possibilità di estendere tale bipartizione concettuale di regole anche nel diritto amministrativo. Cfr. *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, 182; id., più di recente, in *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 235.

⁴²⁸ Il riferimento è in generale alla disciplina di tutela dei consumatori (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, i.e. Codice del consumo), su cui si rinvia in generale, *ex multis*, alle riflessioni di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 527; A. GENTILI, *La "nullità di protezione"* in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1, 77. Il tema assume rilievo anche rispetto ad un'altra disciplina speciale, i.e. quella di divieto di abuso di dipendenza economica, stabilito dalla legge sulla subfornitura (art. 9, d. lgs. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dalla l. 5 marzo 2001, n. 57). Sul tema, *ex multis*, si vedano le riflessioni di L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 370.

controversi, di compiere un giudizio di validità di determinate clausole sulla base direttamente della buona fede anche al di fuori delle discipline settoriali summenzionate⁴²⁹.

II.3. Sul rapporto fra buona fede soggettiva ed oggettiva

Nell'ambito della presente panoramica civilistica occorre sottolineare alcuni aspetti del rapporto, storicamente complesso e controverso, fra le due nozioni di buona fede oggettiva e soggettiva in ambito civilistico.

Una prima tradizionale impostazione⁴³⁰ ha valorizzato la matrice unitaria del concetto di buona fede, sia nella sua accezione psicologico-soggettiva che di modello comportamentale, in quanto espressione di un unico principio etico di giustizia⁴³¹.

Questo filone interpretativo è stato ripreso anche da autorevole dottrina che si è occupata della buona fede nei rapporti con l'amministrazione e secondo cui: "appare sempre più evidente il fondamento unitario del principio di buona fede e l'irrilevanza della distinzione tra buona fede soggettiva ed oggettiva, poiché anche ove si afferma la rilevanza della convinzione psicologica del soggetto, ciò non esclude che la valutazione della correttezza del comportamento vada fatta tenendo conto di regole oggettive tipizzabili. Solo così si spiega perchè la buona fede soggettiva possa giustificare un comportamento erroneo che, pur se contrario ad una norma, viene considerato corretto"⁴³². Questa impostazione,

⁴²⁹ Il riferimento è in particolare alla nota, quanto discussa, ordinanza della Corte costituzionale 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, 1, 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva? Nel dichiarare l'inammissibilità della questione la Consulta ha in particolare affermato che il Tribunale rimettente "non aveva tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza ex officio della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»*.

⁴³⁰ Cfr. P. BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore in Scritti giuridici vari*, Giappichelli, Torino, 1926; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970, 109; G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., II*, Giappichelli, Torino, 1988, 133 ss. A sua volta, come è noto, tali posizioni hanno risentito della diatriba dogmatica intercorsa alla fine del XIX secolo in Germania fra BRUHNS e WÄCHTER, per la cui ricostruzione si rinvia a D. CORRADINI, qui in nota.

⁴³¹ In particolare, "il concetto di buona fede [ha] natura giuridica unitaria, strettamente collegata ad un fondamento etico. Infatti, anche l'errore del comportamento del soggetto trova giustificazione in una valutazione etica compiuta dall'ordinamento. L'unico fondamento della rilevanza giuridica della buona fede è, perciò, una valutazione etica del comportamento del soggetto, seppure, all'interno dell'unico istituto, una parte della dottrina distingue tra buona fede soggettiva ed oggettiva: nella prima ipotesi l'errore è conseguente alla erronea percezione della coscienza soggettiva, mentre nel secondo caso è dovuto alla difformità dalle regole comunemente adottate dalla collettività" (F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, cit., 17-18).

⁴³² F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, cit., 37. L'Autore, inoltre, opera una rilettura critica della giurisprudenza penale in materia di errore e nel ripercorrere la relativa

pertanto, individua una stretta correlazione fra la buona fede soggettiva ed il canone di diligenza (su cui si è già avuto modo di esprimersi *supra*)⁴³³.

Tuttavia, si può replicare, il riferimento a tali regole obiettive e tipizzabili non necessariamente riconduce alla buona fede comportamentale, dovendosi piuttosto riferire ad elementi esterni di apparenza e pubblicità e non strettamente collegati con il comportamento delle parti coinvolte.

L'impostazione prevalente tende invece ormai, come anticipato, a riconoscere la differenza ontologica e funzionale delle due nozioni ed a presentarle quindi separatamente⁴³⁴. In termini ancora più netti, altra autorevole dottrina, che pure si è occupata dell'applicabilità della buona fede nell'ambito dei rapporti con la p.a., ha ribadito la differenza sostanziale fra i due concetti e l'inopportunità, prima ancora dell'impossibilità, di ricondurli ad una matrice unitaria, sottolineando come proprio in tale erronea sovrapposizione di piani sarebbe da rinvenirsi la causa principale della tardiva affermazione e sviluppo della clausola di buona fede oggettiva tanto in ambito civile quanto nel diritto pubblico⁴³⁵.

Sul punto, si conviene con l'impossibilità di fondere completamente le due nozioni, atteso che, come si è cercato fin qui di mettere in rilievo, le stesse si pongono come strumenti con ambiti di applicazione ed effetti non sovrapponibili.

Tuttavia, vi è da dire che la teoria unitaria conserva l'innegabile vantaggio di aver sostanzialmente operato una obiettivizzazione dell'indagine e soprattutto della prova - entrambe evidentemente difficoltose sul piano pratico - circa la condizione di buona fede di

giurisprudenza penale conclude "perchè sia escluso il reato è necessario che la buona fede soggettiva sia *qualificata*, cioè che la convinzione psicologica sia rafforzata da alcuni elementi obiettivi, come, ad esempio, l'aver richiesto informazioni alla pubblica amministrazione prima dell'esercizio di una certa attività o della realizzazione di una determinata opera". E questo in quanto "è ovvio che la mera convinzione psicologica non possa essere addotta quale esimente, che altrimenti troppo facile sarebbe per il soggetto giustificare il proprio comportamento illecito. Invece, è necessario che la buona fede sia qualificata, cioè che sussistano alcuni elementi obiettivi che rafforzino nel soggetto la convinzione di agire secondo diritto" (*ibidem*, 33)

⁴³³ La questione del rapporto fra la nozione di buona fede oggettiva e diligenza, entrambi parametri indefiniti e flessibili, è stata oggetto di ampio approfondimento. Per una buona sintesi delle diverse posizioni interpretative al riguardo si rinvia ancora a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit., 136 ss e gli Autori ivi citati.

⁴³⁴ Si rinvia in generale a L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto civile*, cit. 188 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 1 e gli Autori ivi richiamati.

⁴³⁵ Su tutti F. MERUSI (*L'affidamento del cittadino*, 121 ss) secondo cui: "l'impossibile sintesi fra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva deve essere considerata, con molta probabilità, se non l'unico, uno dei principali elementi che hanno costituito un freno, sia ad una più vasta applicazione dottrinale e giurisprudenziale del principio di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato, sia all'inquadramento di fenomeni pubblicistici sulla base di un principio generale di buona fede. Il motivo è duplice e concorrente: la naturale perplessità generata dall'interprete da una categoria giuridica nella quale venivano fatte confluire le più diverse fattispecie normative (spesso unite fra loro solo per il nomen) e la intuitiva avversione ad elevare al rango di principio generale, insieme alla buona fede oggettiva, anche fattispecie chiaramente derogatorie rispetto alla normativa generale, quali appaiono quelle comprensive di situazioni di buona fede in senso soggettivo" (*ibidem*, 124). Per una critica si veda anche L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987.

un dato soggetto, stabilendo l'equazione per cui "chi è in buona fede agisce correttamente, eppertanto secondo buona fede"⁴³⁶; e viceversa⁴³⁷.

Il punto che qui interessa sottolineare è che tale impostazione consente la dimostrazione di uno stato soggettivo attraverso la verifica del comportamento obiettivo esteriore, prescindendo dall'ulteriore indagine circa l'atteggiamento interiore con cui si è realmente posto in essere quel dato comportamento. Indagine che si rivela altrimenti particolarmente perigliosa laddove debba esser svolta nei confronti di un ente giuridico piuttosto che nei confronti di una persona fisica.

Da un lato, si può anticipare che un'operazione analoga è stata svolta anche in riferimento al parametro della colpa e lo si è fatto proprio con riferimento all'applicazione di tale parametro soggettivo all'amministrazione.

Dall'altro, che i profili soggettivo ed obiettivo trovano comunque un fondamentale punto di incontro proprio nell'ambito della discussione teorica sul tema dell'affidamento (o quanto meno di un certo tipo di affidamento, su cui si veda ampiamente *infra*).

III. Sull'affidamento nell'ambito del diritto privato

Ancora più incerto e frastagliato appare l'inquadramento teorico della nozione di affidamento, per la fondamentale considerazione che esso non corrisponde ad una nozione univoca, racchiudendo invece, al di là del generico richiamo ad uno stato di fiducia, un'ampia gamma di significati ed applicazioni. Appare opportuno partire, ancora una volta, dall'inquadramento in ambito civilistico⁴³⁸.

Nella sua breve ma tuttora fondamentale voce enciclopedica, SACCO chiarisce che l'espressione 'affidamento' rinvia a fenomeni distinti: "l'erronea opinione di un certo soggetto intorno ad una determinata situazione di fatto o di diritto... l'ingannevole apparenza di una determinata situazione di fatto o di diritto la presenza di certi indici tipici (soprattutto, indici di pubblicità) non rispondenti alla effettiva situazione di fatto o di diritto".

L'Autore subito aggiunge che con l'espressione '*principio dell'affidamento*' "si indica quella regola, secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto o di diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto, o se è contrastata da un'opposta apparenza, o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la

⁴³⁶ Così sintetizza, sia pure in una prospettiva critica, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 122.

⁴³⁷ Su tale operazione cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, 55, 122-123.

⁴³⁸ Per una panoramica generale, senza pretese di esaustività: R. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 661; V. PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012; F. VENOSTA, *Contatto sociale e affidamento*, Giuffrè, Milano 2021.

situazione di fatto o diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quella apparente, o quella risultante dall'indice di pubblicità"⁴³⁹.

Si tratta, in sintesi, di una regola che si pone come correttivo al dogma della volontà ed al noto brocardo per cui *nemo potest plus iuris in alium transferre, quam et ipse habeat*⁴⁴⁰.

Sussistono invero diverse norme nel codice civile che rinvergono la propria *ratio* nel principio di affidamento e che tutelano talvolta il mero atteggiamento soggettivo, talvolta l'apparenza e talaltra la sussistenza di indici di pubblicità⁴⁴¹. L'Autore tuttavia mette in guardia dal considerare questo come un principio generale dell'ordinamento ed esorta invece ad una interpretazione restrittiva delle norme poste a tutela dell'affidamento.

Si è osservato che questa tipologia di affidamento si correla essenzialmente alla nozione di buona fede in senso soggettivo⁴⁴², dal momento che lo sguardo è unilateralmente rivolto verso colui che, in buona fede, fa affidamento su di un determinato stato delle cose. E proprio come visto in tema di buona fede soggettiva l'affidamento così delineato non è da considerarsi, secondo l'impostazione qui proposta ed a cui si ritiene di aderire, come un principio generale del diritto. Pertanto, non si dovrebbe ritenere operante la regola summenzionata al di là delle ipotesi e con le modalità in cui essa è prevista⁴⁴³.

Considerazioni analoghe valgono con riferimento all'*apparenza* che è stata definita come "una situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale"⁴⁴⁴. E che, proprio come la buona fede soggettiva, produce effetti solo ove l'ordinamento attribuisca ad essa una specifica rilevanza giuridica⁴⁴⁵. Ed in generale si tratta

⁴³⁹ R. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano 1958, 661.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, 661.

⁴⁴¹ L'analisi delle norme codicistiche dimostra come talvolta venga garantita una tutela del soggetto, in errore o ignaro della situazione di fatto, senza richiedere ulteriori elementi. In altre parole, il correttivo viene riconosciuto sulla base della mera sussistenza dell'elemento soggettivo della parte, a prescindere da elementi oggettivi 'corroboranti' ed altresì dalla natura colposa o inescusabile di tale errore o convinzione. Come anticipato, Sacco parla in questi casi di 'buona fede temeraria'. Spesso peraltro tale tutela viene meno nel caso in cui tale errore sia frutto di colpa grave o talvolta anche solo lieve. Altre volte invece, la tutela si basa piuttosto sulla sussistenza di una certa apparenza, e quindi di determinati elementi esterni, obiettivi ed in qualche modo astratti, prescindendo invece dalla situazione soggettiva in cui si trova il soggetto dell'affidamento. Infine, altre volte la tutela è accordata in presenza di determinati fattori di pubblicità, anch'essi obiettivi e tipici, senza possibilità di alcun ulteriore e diversa valutazione sia sull'apparenza, sia sull'atteggiamento soggettivo della parte coinvolta (R. SACCO, *L'affidamento*, cit., 664).

In termini sostanzialmente analoghi si è sostenuto che la buona fede soggettiva "rileva come *affidamento* (persuasione, convinzione) di legalità del proprio comportamento, del quale l'agente ignora la concreta non conformità e contrarietà alla legge" (G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema di diritto privato*, cit. a 340).

⁴⁴² F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 140, secondo cui la nozione di affidamento qui proposta da Sacco si identifica con la buona fede soggettiva. Ed in senso critico ha osservato che in questo senso, "l'affidamento non è niente di più che un doppione della buona fede soggettiva, o se si preferisce una sua variante linguistica" (cfr anche Autori ivi citati in senso conforme).

⁴⁴³ Diffusamente R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949.

⁴⁴⁴ FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. del Diritto*, II, Milano, 1958, 683.

⁴⁴⁵ In termini F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., 133, chiarisce che il problema cruciale della teoria dell'apparenza è l'impossibilità di trovare un principio generale che la giustifichi e ribadisce che "una norma che sancisca la tutela in ogni caso dell'errore scusabile (in quanto determinato da un fatto oggettivo) nel nostro ordinamento non esiste, così come non esiste una norma che tuteli ogni e qualsiasi situazione psicologica di ignoranza e di errore".

di effetti che differiscono da quelli, sopravvisti, derivanti dalla violazione del canone di buona fede oggettivo-comportamentale⁴⁴⁶.

III.1. Il modello della responsabilità precontrattuale

Quella vista nel paragrafo precedente non è invero l'unica tipologia di affidamento che viene in rilievo nell'ambito dei rapporti di diritto privato. Un diverso ed ulteriore modello si può rinvenire soprattutto nel paradigma offerto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., posto che, in questi casi, l'affidamento del soggetto si fonda piuttosto sulla fiducia nella correttezza della controparte, da intendersi in senso ampio, e l'indagine è *essenzialmente* di tipo relazionale e volta a valutare il comportamento complessivamente tenuto dalle parti coinvolte⁴⁴⁷. In tali ipotesi, l'affidamento non preclude, in quanto tale, l'operatività di una determinata situazione di diritto, né viceversa determina il prodursi di effetti costitutivi favorevoli per il soggetto il cui affidamento è stato tradito, ma può far sorgere una responsabilità in capo all'autore del comportamento scorretto.

La latitudine ed il focus del presente lavoro non consentono di soffermarsi compiutamente su tutti gli aspetti che caratterizzano l'inquadramento della responsabilità precontrattuale in ambito civilistico. Ci si limiterà pertanto a fornire una breve panoramica dei punti che paiono qui più significativi.

Sulla natura ed i caratteri di tale responsabilità. Occorre innanzitutto dire che la natura di tale responsabilità, fisiologicamente posta a cavallo fra torto e contratto, è stata storicamente oggetto di ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza⁴⁴⁸. Se per

⁴⁴⁶ Sul punto F. MERUSI (*L'affidamento del cittadino*, cit. 132 ss.) coglie nel segno chiarendo che "L'apparenza genera pertanto nella controparte una situazione psicologica di errore, che si definisce scusabile con riferimento all'idoneità del fatto apparente a provocarla. Anche se comunemente si parla di affidamento, la situazione psicologica di errore, dai più inquadrata nella tipologia della buona fede soggettiva, è ben diversa dall'affidamento che fa da *pendant* al principio di non contraddizione col quale è invece frequentemente confusa". Cfr. in generale R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, cit., 53 ss. Parimenti esplicito V. PIETROBON (*Affidamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 4) per cui l'apparenza riguarderebbe soltanto una situazione di diritto, che è il presupposto del negozio, indipendentemente dalla valutazione del comportamento di un altro contraente, che potrebbe anche non esistere; invece, l'affidamento troverebbe origine da un comportamento della controparte, ma connessa all'apparente titolarità di una situazione giuridica.

⁴⁴⁷ In generale, senza pretese di esaustività, G. DE NOVA G., R. SACCO, *Il contratto*, IV ed., UTET, Vicenza, 2016; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017, 85 ss; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1, 1 ss; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, oggetto di ristampa, con introduzioni di G. PERLINGIERI e F. FESTI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*, 2, Giuffrè, Milano, 2006; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit. 1 ss; A. ALBANESE, *Buona fede, contratto e legge*, cit.

⁴⁴⁸ Per una buona sintesi del dibattito si rinvia a C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 1949 C; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta* in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1, 1; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, 109 ss; F. FORTE, M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede*

impostazione tradizionale tale responsabilità rientra nell'alveo del modello extracontrattuale⁴⁴⁹, non sono mancati ripetuti – e recenti – tentativi di ricondurla nell'ambito del regime contrattuale, facendo in particolare riferimento alla nozione di 'contatto sociale qualificato'⁴⁵⁰.

Il dibattito, invero mai sopito, sembra essersi da ultimo riaperto in ambito civilistico, in seguito ad una nota e commentata pronuncia della Corte di cassazione su di un caso di responsabilità precontrattuale che vedeva coinvolta proprio una pubblica amministrazione⁴⁵¹.

Nello specifico, a fronte di una domanda di risarcimento danni proposta in seguito alla mancata approvazione del contratto stipulato con il soggetto pubblico, la Corte, dopo aver ribadito che non si verteva in un'ipotesi di responsabilità contrattuale, atteso che la registrazione, ove richiesta, opera come *condicio iuris*⁴⁵², ha colto l'occasione per ridefinire le caratteristiche e la natura della responsabilità precontrattuale⁴⁵³.

Si pone questo obiettivo in quanto, a fronte del riconosciuto storico inquadramento della responsabilità precontrattuale in termini extracontrattuali, rinviene una tendenza giurisprudenziale volta a riconoscere in materie diverse la più incisiva tutela offerta dal modello contrattuale "laddove vi sia un contatto fra le parti che genera obblighi di informazione e di protezione, anche se non ancora di prestazione"⁴⁵⁴.

durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale, in *Corr. giur.*, 2013, 2, 5; più di recente A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Eur e dir priv.*, 2017, 3, 1128.

⁴⁴⁹ Storicamente, *ex multis*, Cass. n. 2705/1983; n. 4051/1990; n. 9157/1995; più di recente Cass. n. 15172/2003; n. 15040/2002; n. 16735/2011.

⁴⁵⁰ Per un'aggiornata ricostruzione, ricca di riferimenti, circa l'evoluzione della nozione del concetto di contatto sociale qualificato e le sue diverse applicazioni si veda F. VENOSTA, *Contatto sociale e affidamento*, cit.

⁴⁵¹ Il riferimento è in particolare alla nota Cass, Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto* in *Giur. it.*, 2016, 2565; con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale* in *Corr. giur.*, 2016, 1504; con commento di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede* in *Danno e resp.*, 2016, 1051; con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale* in *NGCC*, 2016, I, 1451; con nota di I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»? in Dir. civ. cont.*, 15 luglio 2016; con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)* in *I contratti*, 2017, 1, 35; dello stesso Autore si segnala anche il successivo commento in *Pers. e mercato*, 2017, 2, 104.

Peraltro, significative aperture in tal senso si erano già avute in tal senso nella giurisprudenza: cfr. in particolare Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 4, 1233; ed altresì, con specifico riferimento ai rapporti con la pubblica amministrazione Cass. 21 novembre 2011, n. 24438 (caso n. 11 della panoramica giurisprudenziale del capitolo secondo), con nota di M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. it.*, 2012, 12; D. PONTE, *La natura giuridica e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, in *Urb. e app.*, 2012, 6, 673.

⁴⁵² Per un'indagine di questo meccanismo, anche con riferimento ad alcuni dei principi fissati sul punto da questa pronuncia si rinvia all'analisi in cap. I, par. V.3.

⁴⁵³ Più precisamente, la pronuncia si pone l'obiettivo di affrontare 'il dibattuto problema concernente la ravvisabilità di una responsabilità contrattuale anche in assenza di un atto negoziale dal quale scaturiscano specifici obblighi di prestazione a carico delle parti qualora tra le stesse venga comunque ad instaurarsi una relazione qualificabile come 'contatto sociale qualificato' (par. 3.1.).

⁴⁵⁴ *Ibidem*, par. 3.2.

Secondo la Cassazione, la tradizionale bipartizione delle obbligazioni (nascenti da fatto lecito, ossia da contratto o nascenti da fatto illecito, ossia da delitto) ha comportato un'obliterazione della terza categoria di obbligazioni, prevista dall'art. 1173 c.c., e costituita da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" e non ha consentito di dare il giusto rilievo, sul piano giuridico, "alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili nè nel torto nè nel contratto, e - tuttavia - singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima"⁴⁵⁵.

Nello svolgere un *excursus* storico di tale classificazione delle obbligazioni, la Cassazione ha in particolare valorizzato la concettualizzazione, portata avanti dalla dottrina tedesca degli anni '30, della "relazione biunivoca che viene a porsi tra l'affidamento precontrattuale ed il rapporto obbligatorio, sebbene in assenza di un formale contratto e degli obblighi di prestazione che ne derivano"; obblighi che rappresentano "un completamento ed un corollario dell'obbligo di buona fede che grava su ciascuna parte, laddove viene ad assumere una posizione di garanzia l'una nei confronti dell'altra"⁴⁵⁶. Evidente qui il richiamo alla funzione integrativa della buona fede cui sopra si è fatto riferimento ed alle connesse teorie in materia di *culpa in contrahendo*.

Il contatto fra le parti che sono depositarie di questi reciproci obblighi di protezione ed informazione è "qualificato" "poichè fondato sul reciproco affidamento"⁴⁵⁷. In altre parole, è qualificato "dall'obbligo di buona fede e dai correlati obblighi di informazione e di protezione, sanciti positivamente dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 cod. civ."⁴⁵⁸ Questa l'impostazione, secondo la Corte, in cui da ultimo si è posta anche la più consapevole dottrina nazionale, in forza di una più generale rilettura del rapporto obbligatorio in termini di rapporto complesso ricomprendente sia interessi di prestazione che di protezione⁴⁵⁹.

La pronuncia ha ripercorso i noti approdi giurisprudenziali che hanno configurato una tale forma di responsabilità da contatto qualificato in diversi ambiti del diritto civile⁴⁶⁰ e poi, ai fini che qui più rilevano, ha ribadito come importanti affermazioni in favore di una responsabilità da contatto sociale qualificato si ritrovino nella giurisprudenza, sia dei giudici ordinari che di quelli amministrativi, "concernente la violazioni degli obblighi

⁴⁵⁵ *Ibidem*, par. 4.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, par. 6.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, par. 6.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, par. 8.

⁴⁵⁹ È interessante notare come da questi passaggi il carattere 'qualificato' della relazione sembra discendere direttamente e semplicemente dalla circostanza che vi sia un precedente rapporto; proseguendo nella lettura della motivazione, tuttavia, il carattere qualificato sembra dipendere piuttosto dalla natura (status) di uno dei soggetti coinvolti.

⁴⁶⁰ Si rammentano in particolare gli approdi in tema di responsabilità (i) dell'istituto scolastico e dell'insegnante per il danno cagionato dall'alunno a se stesso; (ii) del sanitario (ovviamente questo prima dell'intervento della c.d. Legge Gelli del 2017); dell'istituto bancaria per aver consentito l'incasso di assegno bancario, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo. Più avanti la Corte richiama anche, con specifico riferimento alla fase precontrattuale ad una certa linea giurisprudenziale in materia di preliminare di preliminare. Per una disamina generale su tali ipotesi si rinvia ancora a F. VENOSTA, *Contatto sociale e affidamento*, cit.

procedimentali assunti dall'amministrazione nei confronti dei privati, in conseguenza dell'instaurazione di un procedimento amministrativo"⁴⁶¹.

Nello specifico, la Cassazione ha richiamato il proprio noto precedente relativo alla vicenda del Comune di Fiesole per ribadire come:

“a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, e della conseguente nuova concezione dei rapporti fra privato e cittadino, la responsabilità di quest'ultima per la lesione degli interessi procedimentali del privato si [radichi] - a differenza di quanto deve ritenersi per il periodo precedente - nella violazione dei canoni contrattuali di correttezza e di buona fede ... Sicchè, nella vigenza della legge succitata, deve distinguersi tra la lesione dell'interesse oppositivo o pretensivo, o anche della mera integrità patrimoniale del cittadino (quando l'interesse sia soddisfatto, seppure in modo illegittimo), dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio (silenzio inadempimento o rifiuto) dell'attività amministrativa, talchè risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della p.a., l'interesse al bene della vita al quale la suddetta posizione soggettiva del privato si correla, che dà luogo a responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., dal danno derivante dalla violazione delle regole procedimentali dell'attività amministrativa medesima. La lesione di tali regole, giacchè riconducibile all'inadempimento del rapporto che si instaura in relazione all'obbligo imposto dalla normativa che regola il comportamento della p.a., assume, invero, un carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira, ed è, pertanto, inquadrabile - stante il contatto qualificato che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento - nella fattispecie della responsabilità di tipo contrattuale ex art. 1218 cod. civ.”⁴⁶².

⁴⁶¹ *Ibidem*, par. 9.4. È interessante notare come questa - ma solo questa - parte della sentenza sia stata integralmente ripresa dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 nell'ambito delle proprie argomentazioni; cfr infra cap. IV, par. I.

⁴⁶² *Ibidem*, par. 9.4.1. È interessante notare, ai fini che della presente analisi, come secondo la Cassazione in queste ipotesi lesioni di questi interessi procedimentali si configuri proprio una lesione ad un diverso bene della vita (i.e. diverso da quello individuato da Cass. n. 500/1999 con riferimento alla responsabilità provvedimento) laddove afferma che “la relazione che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo è ricostruibile in termini di "contatto sociale qualificato", sicchè i comportamenti positivi o negativi della p.a., parametrati sulle regole che governano il procedimento in questione, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mediante l'intermediazione del procedimento stesso” (*ibidem*, par. 9.4.2.) Si rinvia sul punto alle riflessioni svolte in cap. IV, para III.

Inoltre, occorre sottolineare come la Corte (par. 15.1.) - citando il proprio precedente di Cass. n. 24438/2011 (caso n. 10 della rassegna giurisprudenziale del capitolo secondo) - abbia ribadito l'operatività del modello del contatto sociale qualificato anche con riferimento alla fattispecie concernente l'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo. Ipotesi in cui, già nel citato precedente del 2011 si era affermato che siffatta evenienza espone la p.a. al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario. Tale responsabilità - si è ivi osservato - “non è, peraltro, qualificabile nè come aquiliana, nè come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poichè consegue al "contatto qualificato" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, per avere l'amministrazione indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima, in tal modo provocando la lesione dell'interesse

Pertanto è importante sin d'ora sottolineare come la Cassazione in questa pronuncia, che pur segna una notevole apertura e riconoscimento della figura concettuale del contatto sociale qualificato, abbia tuttavia escluso che questa figura possa costituire il modello generale della responsabilità civile dell'amministrazione; ed abbia in particolare escluso che la responsabilità provvedimentoale da lesione di interessi legittimi possa essere ricondotta a questo modello, dovendosi invece applicare il modello extracontrattuale, così come peraltro previsto dalla stessa Cassazione nel 1999⁴⁶³.

La Cassazione è giunta così alla conclusione che l'orientamento tradizionale sulla natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c. vada rimeditato, partendo dalla constatazione per cui "l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi "*culpa in contrahendo*" solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti". Con la conseguenza che: "la responsabilità per il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del *neminem laedere*, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale"⁴⁶⁴.

Significativamente la Cassazione, sempre argomentando sul significato da attribuire al carattere qualificato del contatto sociale (e con ciò replicando alle obiezioni secondo cui qualsiasi contatto, anche quello del passante, è un contatto sociale) ha affermato che il *proprium*, i.e. ciò che rende tale contatto qualificato, è il suo esser connotato da uno "scopo" che, per il suo tramite, le parti intendano perseguire. In particolare: "in virtù di tale relazione qualificata, una persona - al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) - affida i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona"⁴⁶⁵.

In linea con tali premesse, la Corte ha aggiunto che la parte che agisce in giudizio per il risarcimento del danno subito nella fase che precede la stipula del contratto, non è tenuta a

del privato, assimilabile a un diritto soggettivo avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione".

⁴⁶³ Con ciò disattendendo quella dottrina che aveva cercato di ricondurre *tout court* la responsabilità della pubblica amministrazione connessa all'attività provvedimentoale al modello del contatto sociale qualificato o comunque alla categoria degli obblighi di protezione (cfr *infra* par. VI).

Peraltro, non si può non rilevare come la stessa pronuncia Cass. n. 157 del 2003, pure qui citata come positivo riferimento, abbia sostenuto piuttosto l'operatività generalizzata del modello di contatto sociale qualificato affermando in particolare che "il fenomeno tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo la sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.6.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa".

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, par. 12.1. Così in particolare nella responsabilità da contatto sociale 'semplice' il contatto viene alla luce nel momento della lesione mentre nel caso di contatto sociale qualificato tale contatto precede (e fonda obblighi già prima della) lesione. In sostanza la Corte ritiene che il modello extracontrattuale ex art. 2043 c.c. debba essere relegato ad ipotesi di lesioni al di fuori di qualsiasi rapporto preesistente mentre ove un simile rapporto comunque sussiste debba preferirsi la tutela più intensa accordata dal modello contrattuale.

provare l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito (dolo o colpa), versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui la responsabilità precontrattuale costituisce "una figura normativamente qualificata", in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c.⁴⁶⁶.

Tale pronuncia è stata accolta con notevole favore da una parte della dottrina⁴⁶⁷ ed è stata sicuramente un importante punto di riferimento nell'ambito del dibattito interpretativo sulla (natura della) responsabilità precontrattuale. Come più avanti si vedrà, essa è stata ripresa espressamente dalla Cassazione quale punto di riferimento essenziale per ribadire la natura contrattuale della responsabilità da lesione dell'affidamento in sede procedimentale prima e a prescindere dall'emanazione di un provvedimento favorevole.

Allo stesso tempo, non sono mancati commenti critici rispetto all'utilizzo della teorica del contatto sociale qualificato⁴⁶⁸ e più in generale rispetto alla soluzione raggiunta. E si può notare come la giurisprudenza prevalente continui a qualificare la responsabilità precontrattuale in termini extracontrattuali⁴⁶⁹.

Sull'ipotesi particolare di contratto valido ma svantaggioso. Sotto altro profilo, nell'ambito del dibattito sulla responsabilità precontrattuale, si è assistito ad un'evoluzione in senso ampliativo delle ipotesi ricondotte a questo modello e ad oggi gli interpreti sono concordi nel ritenere che l'art. 1337 c.c. non vada a coprire unicamente la tradizionale e paradigmatica ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, ma costituisca la base legale per ottenere un risarcimento anche laddove la scorrettezza abbia dato luogo alla conclusione di un contratto valido ma (scorrettamente) svantaggioso per la controparte. In altre parole, si è andata affermando la tesi secondo cui il dovere di correttezza non è diretto unicamente a favorire l'utile conclusione della trattativa (con un contratto valido) ma può operare - e fondare una responsabilità - anche in presenza di un contratto valido ma svantaggioso⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, par. 15.2. Che a sua volta rinvia al principio già affermato in Cass. n. 27648/2011.

⁴⁶⁷ Così tra i vari commentatori si veda in particolare A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale*, cit.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, cit.; in termini favorevoli ma meno entusiasti sembrano invece porsi I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità*, cit. e A. DI MAJO, *Il contatto sociale*, cit. Quest'ultimo, in particolare, pur condividendo il risultato in termini di regime applicabile non ha tuttavia condiviso il ricorso all'incerta categoria del contatto sociale qualificato, ritenendo che il medesimo risultato poteva farsi discendere direttamente e più opportunamente dall'obbligo *ex lege* sancito dall'art 1337 c.c.

⁴⁶⁸ Fra i civilisti per una critica sintetica ma radicale si veda: G. ZACCARIA, *Contatto sociale*, in *Digesto*, 2018; critiche e perplessità sono giunte anche fra gli amministrativisti, che si sono concentrati evidentemente soprattutto su quelle parti della sentenza relative ai rapporti procedurali amministrativi. Per una riflessione recente in tal senso si rinvia a F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia dell'atto: i rapporti con lap.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ.*, 2021, 1, 115.

⁴⁶⁹ Per una rassegna ed un'analisi in tal senso si veda A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 3, 1128; con particolare riferimento anche alle evoluzioni in materia di responsabilità medica P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?* In *NGC*, 2017, 12, 1759; F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia dell'atto*, cit.

⁴⁷⁰ Il principio è stato in particolare confermato da Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2017, n. 26725. che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso. È il caso in cui il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile (perché il contratto è stato validamente concluso), ma il contraente che ha subito la scorrettezza (ad es. una reticenza informativa antidoverosa), lamenta che a causa di tale slealtà ha concluso un contratto (valido ma) economicamente pregiudizievole. La citata sentenza delle

Sul tipo di danno risarcibile. Un ulteriore aspetto da considerare attiene all'esatta perimetrazione del danno risarcibile. Al riguardo gli interpreti sono tradizionalmente concordi nel ritenere che questo sia limitato al c.d. interesse negativo, e sia cioè rappresentato dalle perdite subite a causa della trattativa infruttuosa e delle eventuali chances alternative perse confidando sulla positiva e fruttuosa conclusione della stessa⁴⁷¹.

Discorso parzialmente diverso vale unicamente con riferimento alla sopravvista ipotesi di contratto valido ma svantaggioso in cui si consente piuttosto la risarcibilità del c.d. danno differenziale, i.e. del danno commisurato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento scorretto⁴⁷².

Gli interpreti sono sostanzialmente concordi nel ritenere che il danno non possa invece essere parametrato al c.d. interesse positivo, e cioè al guadagno che la parte avrebbe tratto dalla positiva conclusione del contratto⁴⁷³. Si può anticipare, anche sulla base di quanto già

Sezioni unite, in particolare, ha espressamente affermato che l'art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattate in modo leale, astenendosi da comportamento maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto. Questa è la valida sintesi operata dall'Ad. plen, 4 maggio 2018, n. 5 - analizzata *funditus* nel successivo capitolo - per ribadire come l'obiettivo di tutela delle norme che impongono un obbligo di correttezza non sia nella positiva conclusione del contratto, ma piuttosto nel proteggerla libera autodeterminazione negoziale del soggetto.

⁴⁷¹ Lo stesso viene altresì definito come "l'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili, interesse a non stipulare contratti invalidi o inefficaci o ancora interesse a non subire coartazioni o inganni che inducano a concludere un contratto a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato concluso in assenza del comportamento scorretto" (F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto*, cit., para 5).

Si veda l'analisi dell'Autrice Degl'Innocenti, *Affidamenti e patologia del contratto* per una pregevole ricostruzione delle posizioni emerse in materia, con richiami anche rispetto a quegli autori che si sono posti, almeno in determinate ipotesi, in una prospettiva critica rispetto alla necessaria limitazione del quantum risarcibile della responsabilità precontrattuale in termini di interesse negativo.

In generale sul tema cfr anche le riflessioni C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., para 8, che fa risalire tale impostazione al diritto romano, che sarebbe stato poi ripreso dallo stesso Jhering nella sua nota, e già citata, sistematizzazione della c.d. *culpa in contrahendo* (cfr. *supra*); Sulla risarcibilità del solo interesse negativo e sul presupposto che non sia configurabile diritto della parte alla prestazione contrattuale si veda *ex multis*, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. (1963), 145 ss.

in generale si rinvia anche a G. AFFERNI, *Il quantum di danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2008 e gli Autori ivi citati.

⁴⁷² G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1136 ss.

⁴⁷³ Cfr. tuttavia la recente disamina di F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia dell'atto*, cit, che pure mette in luce le criticità avanzate da alcuni Autori rispetto a questa limitazione e, più in generale, propone di superare la concezione di uno schema unitario di quantificazione del danno. Viceversa, propone di tenere conto nelle singole ipotesi delle diverse forme di affidamento che vengono in gioco per giustificare una tutela (ed una quantificazione) differenziata. L'Autrice propone in particolare un correttivo, con una quantificazione che si avvicina di fatto all'interesse positivo, per l'ipotesi di consegna anticipata dei lavori su richiesta dell'amministrazione.

osservato nella panoramica giurisprudenziale del capitolo precedente, che questa impostazione è stata sostanzialmente ripresa anche con riferimento ai procedimenti di formazione dei contratti pubblici⁴⁷⁴.

III.1.1. *L'ipotesi particolare dell'art. 1338 c.c.*

L'ipotesi prevista dall'art. 1338 c.c.⁴⁷⁵ di fiducia incolpevole sulla inesistenza di una causa di invalidità viene tradizionalmente considerata quale specificazione della generale fattispecie enucleata ex art. 1337 c.c., sul presupposto che tacere colposamente una causa di invalidità del negozio costituisce una possibile modalità di scorrettezza precontrattuale⁴⁷⁶.

Tuttavia, la norma presenta aspetti di specificità su cui val la pena soffermarsi, in quanto particolarmente rilevanti ai fini della presente analisi.

Innanzitutto, la giurisprudenza ha evidenziato come l'art. 1338 c.c., a differenza dell'art. 1337 c.c., tuteli l'affidamento di una delle parti non alla conclusione del contratto, bensì alla sua validità o efficacia⁴⁷⁷. Inoltre, essa chiarisce quali siano gli effetti della scorrettezza, configurando in termini chiari una regola di responsabilità⁴⁷⁸ e fissa un duplice requisito soggettivo in capo alle parti della relazione⁴⁷⁹.

La pretesa risarcitoria si fonda quindi non tanto sull'esistenza di una causa di invalidità in quanto tale, ma su un necessario *quid pluris*: da un lato, infatti, l'affidamento della parte lesa deve essere *incolpevole* e, dall'altro, l'invalidità deve esser taciuta dalla parte *che conosce o comunque è tenuta a conoscere tale invalidità*.

Attraverso il rinvio alla nozione di incolpevolezza⁴⁸⁰, la norma fissa i caratteri che l'affidamento (da cui sono dipese scelte ed azioni del soggetto) deve avere affinché questo si possa tradurre in una lesione giuridicamente rilevante e meritoria di tutela⁴⁸¹.

⁴⁷⁴ Cfr *infra* cap. IV, par. VI.

⁴⁷⁵ La norma in particolare stabilisce che "La parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

⁴⁷⁶ Per un'analisi si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 178 ss; in generale anche F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. In generale, sulla genesi degli artt. 1337 e 1338 c.c. si veda anche P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 295.

⁴⁷⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. 2 marzo 2006, n. 4635; più di recente, con specifico riferimento ad un'ipotesi che vedeva coinvolta una p.a., Cassazione civile sez. lav., 26 giugno 2020, n.12836. Peraltro, l'idea che l'art. 1337 c.c. sia norma preposta alla tutela della conclusione del contratto è stata oggetto di recente rimediazione critica, sia sul punto consentito in particolare il rinvio alle riflessioni dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018, su cui cfr cap. I, par. I.

⁴⁷⁸ Cfr. *infra* par. II.2.1.

⁴⁷⁹ Per una discussione si rinvia ancora a A. ALBANESE, *La lunga marcia*, cit., par. 4.

⁴⁸⁰ È altresì interessante sottolineare come la norma faccia riferimento alla colpa e non direttamente alla buona fede in senso soggettivo; tuttavia la sensazione è che i due profili tendano in questo contesto più che mai a sovrapporsi. Si vedano sul punto le riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 178 ss.

⁴⁸¹ Dal punto di vista obiettivo, invece, si è validamente sintetizzato come l'affidamento che viene qui in rilievo si componga di tre elementi "la fiducia, la delusione della fiducia e il danno subito a causa della fiducia mal riposta" (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo ed affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*,

Si delinea quindi un tipo di affidamento che richiede, da un lato, un comportamento della controparte complessivamente contrario alla clausola della buona fede, intesa in senso oggettivo e, dall'altro, che la fiducia tradita sia genuina e non sia frutto di un atteggiamento negligente o eccessivamente imprudente.

A ben vedere la norma fissa un tale paradigma solo con riferimento all'ipotesi particolare in cui sussista una causa di invalidità; tuttavia, il principio sembra avere una portata più ampia sia in ambito civilistico⁴⁸², sia, come si vedrà e come in parte si è già scorto dalla panoramica giurisprudenziale proposta nel capitolo precedente, nell'ambito del diritto amministrativo. Il modello di affidamento incolpevole delineato dall'art. 1338 c.c. viene in particolare, più o meno esplicitamente, richiamato nelle ipotesi di danno da affidamento derivante dall'annullamento di un provvedimento favorevole ma illegittimo (invalido)⁴⁸³.

Con particolare riferimento all'ambito dei contratti e procedure di evidenza pubblica, la norma assume significativa rilevanza ed è particolarmente invocata laddove la pretesa risarcitoria – per lesione dell'affidamento della controparte – si correli all'emergere di una causa di invalidità dell'atto di aggiudicazione che ne giustifichi il ritiro e/o la mancata approvazione⁴⁸⁴.

È importante sottolineare, in quanto costituisce uno dei profili più delicati⁴⁸⁵, come l'impostazione tradizionale, tuttora prevalente, escluda il risarcimento laddove l'invalidità

in *Dir. proc. amm.* 2018, 3, par. 3; l'espressione è stata espressamente ripresa nella motivazione di Cass. n. 8236 del 2020, su cui vedi *infra* par. V.4.).

⁴⁸² Taluna dottrina ha infatti sostenuto la portata generale della regola – e soprattutto degli standard – fissati dall'art. 1338 c.c. affermando che: “nelle relazioni tra i privati l'affidamento è tutelato se è senza colpa; l'espressione che figura nell'art. 1338 c.c. è comunemente impiegata per qualificare l'affidamento in generale nell'accezione civilistica del termine. Il requisito della non colpevolezza esprime l'importanza dell'elemento soggettivo nella configurazione dell'affidamento e, insieme, la relazione che si pone tra la tutela di questo e il principio di autoresponsabilità. La rilevanza del principio di autoresponsabilità si collega, a sua volta, al tipo di tutela che il diritto privato accorda all'affidamento deluso: il risarcimento del danno conseguente alle decisioni che il soggetto interessato ha assunto, confidando che le attese suscitate da altri si realizzeranno. L'affidamento, o meglio il comportamento altrui che lo ha generato, è configurato dunque come causa determinante delle decisioni dannose, e per questa ragione la tutela dell'affidamento entra in conflitto con il principio generale secondo il quale ciascuno è responsabile delle proprie azioni (e omissioni), e se ne assume il rischio. La composizione del contrasto tra i due principi si realizza attraverso l'elemento soggettivo, posto come elemento costitutivo dell'affidamento tutelabile: la fiducia non esenta il potenziale danneggiato dall'ordinaria diligenza nel regolare la propria condotta. Potremmo dire che l'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno è subordinata all'attitudine di tale condotta a indurre una persona diligente ad assumere le decisioni che si riveleranno dannose: se quell'attitudine sussiste, il danno diviene direttamente riconducibile alla condotta in questione, idoneità della condotta e giustificazione dell'affidamento essendo le due facce della stessa medaglia” (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo ed affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 3, 824; la quale a sua volta si rifà alla costruzione di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017, 85 ss).

⁴⁸³ Cfr. in generale *infra*, par. V.4 e V.5.

⁴⁸⁴ Cfr. ad es caso n. 9 della rassegna e cap. II, par. IV sul sistema di varianti. In generale, cfr. analisi in cap. IV, par. V. Sul punto si segnala altresì il rinvio operato all'art. 1338 c.c. da parte di Cons. Stato, Sez. III, ord., 7 novembre 2017, n. 5138.

⁴⁸⁵ Taluna dottrina, “la questione più delicata resta quella di stabilire se l'obbligazione di buona fede ex art. 1338 c.c. scatti ugualmente anche nelle ipotesi in cui l'invalidità derivi da una disposizione di diritto, e non da una situazione di fatto nota (solo) alla parte che ha omesso di comunicarne l'esistenza a danno dell'altra: ché in tal caso, in applicazione del principio *ignorantia legis non excusat*, l'affidamento della controparte non dovrebbe più essere ragionevole. In altri termini, si tratta di stabilire la portata generalizzatrice della norma in questione attraverso la concretizzazione della legittimità dell'affidamento, che non può essere fatta se non alla

(o l'inefficacia) del contratto dipenda dalla violazione di norme generali, in quanto le stesse devono presumersi note alla generalità dei consociati e quindi tali da escludere l'affidamento incolpevole della parte adempiente⁴⁸⁶.

Non sono tuttavia mancate, di recente, impostazioni volte a smussare la rigidità di questa regola, soprattutto laddove la parte che non ha comunicato tempestivamente la causa di invalidità sia un soggetto pubblico⁴⁸⁷. In base a questa seconda linea ricostruttiva, la scusabilità dell'affidamento dovrebbe esser valutata non tanto sulla conoscibilità in astratto della norma, quanto piuttosto in riferimento all'esistenza di interpretazioni univoche ed alla conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità, che deve quindi

luce del significato assunto dal comportamento del promittente in un contesto sociale condiviso. In questa prospettiva, l'elasticità della clausola di buona fede consentirebbe, ad esempio, di bilanciare il principio *ignorantia legis non excusat* con il principio di tutela dell'affidamento incolpevole avendo a cuore la tutela di altri interessi, più precisamente quello alla libertà negoziale protetto dall'art. 1338 c.c., lasciando al giudice e all'interprete valutare quelle situazioni in cui, per la qualità professionale delle parti, per la facilità di accesso alle informazioni (legali), per il contenuto degli accordi intercorsi tra le parti nella fase antecedente alla stipulazione del contratto, anche la nullità dell'atto per disposizione di legge potrebbe giustificare la legittimità dell'affidamento della controparte delusa" (C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit. 121 e gli Autori ivi citati).

⁴⁸⁶ In questi termini in particolare Cass. 2 marzo 2006, n. 465; Cass. 27 marzo 2007, n. 7481; così ancora Cass. 13 maggio 2009, n. 11135 ha sostenuto che "L'approvazione ministeriale del contratto stipulato con la P.A., prevista dagli art. 19 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 e 337 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, costituisce condicio iuris, che incide non sulla formazione ma sulla efficacia del contratto, ed il suo diniego non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato". In tempi recenti il principio è stato ribadito da Cass., 18 maggio 2016, n. 10156; id. 5 febbraio 2016, n. 2327; Cass. sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316; 3 settembre 2021, n. 23887, secondo cui "posto che ai fini di ravvisare la responsabilità ex art. 1338 c.c., è necessaria la induzione dolosa o colposa per un contraente e, per l'altro, l'affidamento senza colpa nella validità del contratto, il concorso di colpa del presunto danneggiato, che neglientemente abbia ignorato una causa di invalidità del contratto, esclude pertanto automaticamente la responsabilità di cui all'art. 1338 c.c. in capo al danneggiante".

⁴⁸⁷ Uno degli esempi più significativi è tuttora rappresentato da Cass. 12 maggio 2015, n. 9636 (caso n. 9 della rassegna giurisprudenziale), con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2015, 1963 ss., con nota di G.M. RACCA-S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*; in *Corr. giur.*, 2016, 56, M.C. AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della Pubblica amministrazione*. In tale pronuncia si è sostenuto che "Accertare se un contraente abbia confidato colpevolmente o incolpevolmente nella validità ed efficacia del contratto (concluso o da concludere) con la p.a. - al fine di escludere o affermare la responsabilità di quest'ultima, a norma dell'art. 1338 c.c. - è un'attività propria del giudice di merito, il quale deve verificare in concreto se la norma (di relazione) violata sia conosciuta o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto (e sia quindi causa di invalidità "autoevidente"), tenuto conto della univocità dell'interpretazione della norma e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità; in presenza di norme (di azione) che l'amministrazione è tenuta istituzionalmente a conoscere ed applicare in modo professionale (come, ad esempio, quelle che disciplinano il procedimento di scelta del contraente), essa ha l'obbligo di informare il privato delle circostanze che potrebbero determinare la invalidità o inefficacia e, comunque, incidere negativamente sulla eseguibilità del contratto, pena la propria responsabilità per "culpa in contrahendo", salva la possibilità di dimostrare in concreto che l'affidamento del contraente sia irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche". In termini sostanzialmente analoghi si è espressa anche Cass., sez. lav., 5 febbraio 2016, n. 2327, secondo cui "in sede di accertamento sull'affidamento incolpevole, da parte del contraente, sulla validità ed efficacia del rapporto assicurativo con la P.A., il giudice di merito, al fine di escludere o affermare la responsabilità della stessa a norma dell'art. 1338 c.c., deve verificare in concreto se l'invalidità o inefficacia del rapporto assicurativo fossero conoscibili dall'interessato, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione delle norme e della conoscenza o conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità o inefficacia".

risultare 'autoevidente' per escludere l'affidamento⁴⁸⁸. Questo profilo specifico si rivela, come già anticipato, particolarmente rilevante – e dibattuto – ai fini della presente analisi e verrà ripreso nel corso della trattazione⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Cass. 12 maggio 2015, n. 9636, cit.. In dottrina si rinvia ancora, *ex multis*, a F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia dell'atto*, cit., par. 2.

⁴⁸⁹ Cfr. in particolare cap. IV, par. V.

PARTE SECONDA

BUONA FEDE E AFFIDAMENTO NEI RAPPORTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

IV. Sull'applicabilità della buona fede all'attività dell'amministrazione

È giunto il momento di stabilire se ed in che misura la buona fede si applichi ai rapporti tra privato e amministrazione.

La distinzione funzionale-concettuale dei due profili di buona fede evidenziata nei paragrafi che precedono consente a questo punto di chiarire che si intende qui fare riferimento alla buona fede in senso obiettivo⁴⁹⁰. Il che non esclude, è bene anticipare, che nella valutazione dell'affidamento possa rilevare altresì un'indagine sul profilo soggettivo dei soggetti coinvolti; al contrario, essa si rivela centrale, come già visto in ambito civilistico, proprio con riferimento alla disciplina, *rectius* alle discipline, in tema di affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione.

IV.1. Le iniziali posizioni di chiusura

L'impostazione tradizionale ha a lungo escluso che il canone di buona fede fosse applicabile all'amministrazione sulla scorta di una serie di argomentazioni giuridiche ed alcune fondamentali – sottostanti – ragioni storico-politiche.

L'iniziale chiusura a riconoscere l'operatività del principio rispetto ai comportamenti, e più in generale all'attività, della pubblica amministrazione si fa tradizionalmente risalire alla nota "bocciatura senza appello"⁴⁹¹ emessa al riguardo da GUICCIARDI, nella sua recensione ad un'opera di SCHMITT, sulla base di tre fondamentali considerazioni⁴⁹².

⁴⁹⁰ La convinzione del privato di agire *secundum iure*, anche se diligente, non è in grado in quanto tale di produrre effetti particolari nell'ambito del diritto amministrativo salvo che non sia espressamente prevista una rilevanza dell'errore scusabile; ed in particolare, non è in grado di sanare l'illegittimità di un atto, né di impedirne la sua rimozione. Peraltro, a conferma ancora una volta della complessità della materia, ed ancor più della difficoltà di trasporre modelli civilistici nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo, vi è da dire che anche tale affermazione non può più predicarsi in maniera netta e assoluta; si rinvia in proposito al generale dibattito in materia di c.d. funzionario di fatto. Sul tema si rinvia, *ex multis*, a E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol II, CEDAM, Padova, 2003, 374 ss; nella medesima opera si veda anche F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, 478 ss; R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, 75 ss.

⁴⁹¹ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, 113 ss. L'Autore peraltro rileva come si fosse espresso in termini meno radicali ma comunque sostanzialmente negativi anche M.S. GIANNINI, ne: *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, 142 ss.

⁴⁹² E. GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin, 1935, ora in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556 ss. Per una disamina critica delle obiezioni formulate da GUICCIARDI si vedano in particolare, fra i tanti, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 113 ss; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 39; più di recente L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit. 201 ss.; P. PATRITO, *La responsabilità del privato nei confronti dell'amministrazione: prime riflessioni*, in *Res. Civ. e prev.*, 2021, 5, 1459.

In primo luogo, la buona fede sarebbe un doppione – inutile e allo stesso tempo inaccettabile – dell’interesse pubblico, in quanto la funzione della clausola di buona fede sarebbe interamente assorbita nel diritto amministrativo dal perseguimento dell’interesse pubblico, imposto come obbligo generalizzato a tutto l’agire della pubblica amministrazione⁴⁹³.

In secondo luogo, l’applicazione del canone di buona fede implicherebbe l’ammissione del suo contrario, e cioè che l’amministrazione possa agire in malafede e con dolo; circostanza esclusa in radice, sia per le difficoltà di ascrivere un comportamento soggettivo ad un ente giuridico, sia, soprattutto, per l’inaccettabilità dell’idea che l’amministrazione possa agire con dolo, essendo organo istituzionalmente vocato al perseguimento dell’interesse pubblico.

Si ammetteva infine che il canone di buona fede potesse tutt’al più operare unicamente nei rapporti *iure privatorum*, in cui la p.a. agirebbe su di un piano paritario con il privato, restando invece escluso nei rapporti di diritto amministrativo, costituzionalmente improntati su di un modello autoritario e unilaterale⁴⁹⁴.

Tuttavia, come anticipato, per comprendere sino in fondo il senso di questa ‘bocciatura’ è necessario aggiungere a queste argomentazioni giuridiche - pur significative ed in grado di orientare a lungo la dottrina e la giurisprudenza nazionale - importanti motivazioni di carattere ideologico e *lato sensu* politico⁴⁹⁵.

Prima fra tutte la netta e generalizzata diffidenza allora vigente nei confronti delle clausole generali, di cui la buona fede rappresenta l’ipotesi paradigmatica. Forti erano infatti le remore stante la notevole ambiguità che la nozione di buona fede, come visto, manteneva nello stesso diritto civile. Sul punto, è stato infatti sostenuto che “nell’ordinamento italiano la principale remora ad applicare nel diritto pubblico - ed, in specie, nel diritto amministrativo - le nozioni di buona fede e di affidamento non è rappresentata dalla questione della pariteticità del rapporto⁴⁹⁶, che [...] è un ostacolo superabile, ma è una

⁴⁹³ In altre parole, l’obbligo di agire in buona fede consisterebbe per il soggetto pubblico, nell’esercizio legittimo del potere discrezionale e, pertanto, ove tale condizione sia rispettata, l’amministrazione non sarebbe sottoposta ad alcun ulteriore obbligo di correttezza (E. GUICCIARDI, ult. op. cit., 560).

Così M.P. CAPUTI JAMBREGHI riassume il pensiero del tempo, cogliendone anche la sfumatura ideologica: “chi persegue il pubblico interesse ed è dotato di autoritatività nel potere di portare ad esecuzione le sue scelte non può che implicitamente agire sempre nel rispetto del canone di buona fede, altrimenti provocherebbe l’infrazione del rapporto organico, perché esercitare il potere in mala fede è abuso di ufficio e la commissione del reato da parte del funzionario “non appartiene” alla pubblica amministrazione suo datore di lavoro” (*Il principio del legittimo affidamento*, cit., 163)

⁴⁹⁴ Si tenga conto, in prospettiva storica, che nel momento in cui tale opinione è stata espressa vi erano segmenti più ampi di attività non procedimentalizzata e più numerosi, per effetto anche dello sdoppiamento di tradizione tardo medievale della soggettività dello Stato in *fiscus* ed *imperium*, erano i rapporti più spiccatamente privatistici intercorrenti fra lo Stato ed altri soggetti. Sul significato e sui limiti attuali della nozione di attività *iure privatorum* si rinvia altresì a quanto detto in cap. I, para IV. Peraltro, già la possibilità di riconoscere, sia pur con cautela, l’operatività della clausola di buona fede nei rapporti di diritto privato dell’amministrazione rappresentava un’evoluzione rispetto all’impostazione originaria di totale chiusura. Si rinvia sul punto all’analisi in cap. IV, para I.

⁴⁹⁵ Per un’analisi di tali sottostanti motivazioni si veda in particolare F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 39 ss.

⁴⁹⁶ Che pure, come visto, è una delle obiezioni tradizionalmente rivolte all’operatività del principio nell’ambito del diritto amministrativo e la ragione per cui lo stesso ha fatto breccia, non a caso, proprio nella disciplina di evidenza pubblica. Lo stesso Autore, peraltro, riconosce nel suo studio che “l’obiezione che la buona fede avrebbe il compito di regolare i rapporti paritari e che pertanto sarebbe, per sua natura, estranea al diritto

remora in gran parte inespressa (o espressa soltanto incidentalmente, esaminando problemi particolari), derivante dal fatto che nella dottrina civilistica i termini buona fede e affidamento vengono usati in accezioni diverse e non sempre giuridicamente decantate”⁴⁹⁷.

Ma, soprattutto, il contenuto eccessivamente indefinito e fluido della clausola fu percepito quale strumento giuridico per favorire l’insinuarsi di un controllo autoritario da parte dei giudici e così, indirettamente, l’ascesa del nazionalsocialismo. In questo senso, dunque, il tentativo di GUICCIARDI era quello di fornire un freno a quello che veniva percepito come un pericoloso strumento di riduzione delle garanzie del cittadino di fronte al potere pubblico⁴⁹⁸.

A queste considerazioni, piuttosto legate alle contingenza di una data epoca storica, si deve poi aggiungere il retaggio, più risalente e più radicato, di una visione paternalistica dello Stato basata sul principio di presunzione di legittimità dell’attività amministrativa e restia a riconoscere che lo statuto di privilegi propri dell’amministrazione potesse essere intaccato da un principio proprio dei rapporti tra soggetti posti in posizione paritetica; tanto più se ad opera di un (imprevedibile) giudice.

IV.2. *L’affermazione del principio e le variegate posizioni emerse in dottrina*

Le parole di GUICCIARDI hanno a lungo posto la parola fine sul dibattito circa l’operatività della clausola di buona fede nell’ambito dei rapporti di diritto amministrativo, con la parziale eccezione proprio dei rapporti contrattuali *iure privatorum* che hanno conosciuto invero un, sia pure timido, lento ed in un certo senso autonomo, percorso, di cui si darà compiutamente conto nel capitolo successivo.

Si suole far risalire il punto di svolta di un ripensamento di tale impostazione con la fondamentale monografia degli anni 70 sull’affidamento del cittadino di MERUSI, secondo cui il principio che giustifica la tutela dell’affidamento del cittadino nei rapporti di diritto amministrativo è da rinvenirsi proprio nella clausola di buona fede oggettiva che, a sua volta, deve considerarsi quale principio di rilevanza costituzionale, ancorché non scritto. In particolare, “l’affidamento è una situazione giuridica soggettiva preliminare ed autonoma

amministrativo fu sollevata contemporaneamente all’enunciazione della tesi di incompatibilità fra interesse pubblico e buona fede ed è tuttora ricorrente” (F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino* cit., 119).

⁴⁹⁷ F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, cit., 119. Questa incertezza e mancata decantazione è stata invero avvertita dalla dottrina che ha ciclicamente avvertito la necessità di riunirsi e riflettere proprio per giungere ad una più coerente, sistematica ed autonoma ricostruzione del principio nelle sue diverse declinazioni. Si segnalano due momenti di incontro particolarmente proficui per le riflessioni che ne sono scaturite e che sono state raccolte, rispettivamente in *Il principio di buona fede* (*Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985*) in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987 e l’incontro da cui è derivata l’opera a cura di L. GAROFALO *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003.

⁴⁹⁸ Si rinvia sul punto alle riflessioni di P. PATRITO, *La responsabilità del privato nei confronti dell’amministrazione: prime riflessioni*, cit.

rispetto al principio di buona fede, ma la sua tutela è assicurata dall'esistenza di tale principio"⁴⁹⁹.

Attraverso un'approfondita analisi del dato giurisprudenziale ed una profonda conoscenza del diritto amministrativo e costituzionale tedesco, che per primo e più a fondo aveva sviluppato tale principio⁵⁰⁰, specialmente rispetto alla possibilità di ritiro di precedenti atti amministrativi, MERUSI ha innanzitutto osservato come la tutela dell'affidamento nel nostro ordinamento si sia sviluppata come fenomeno pretorio; e cioè come risposta, sia pur frammentaria ed ancora necessariamente da affinare, ad un'esigenza di tutela del cittadino⁵⁰¹. Parte, per così dire, da una constatazione di fatto prima ancora che di diritto e si pone, a questo punto, l'obiettivo di scandagliare le possibilità ed il valore di tali approdi⁵⁰².

Peraltro, l'Autore si è concentrato sull'operatività del principio di buona fede *ove sussista un precedente comportamento del soggetto* ed in particolare rispetto agli atti di secondo grado⁵⁰³.

In questo ambito la tutela dell'affidamento si prospetterebbe non come un generico obbligo di comportarsi *secundum iure* bensì come un obbligo di coerenza rispetto ad un precedente comportamento⁵⁰⁴. Tuttavia, tale coerenza non si manifesterebbe come necessità di applicazione automatica del principio di non venire *contra factum proprium* e quindi non impedisce in senso assoluto lo *ius poenitendi* dell'amministrazione, quanto piuttosto come obbligo di valutare e ponderare l'interesse pubblico con l'interesse del privato correlato all'affidamento.

In altre parole, la tutela dell'affidamento si traduce (soltanto)⁵⁰⁵ nell'obbligo di ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse del privato "rafforzato" da precedenti

⁴⁹⁹ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 35. Sulle criticità di una simile affermazione dal punto di vista dell'individuazione della posizione soggettiva si rinvia a par. V.4, V.5. e cap. IV, par. III.

⁵⁰⁰ Cfr *infra* par. V.3.

⁵⁰¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001, 75 ss.

⁵⁰² Sia pure in altra opera, l'Autore ha espressamente affermato, proprio con riferimento al riconoscimento della tutela dell'affidamento, che: "l'importante è che la giurisprudenza si avvii sulle strade già battute dalle Corti dei Paesi della Comunità Europea che hanno riconosciuto anche il "risarcimento del danno da affidamento" determinato dal legislatore o dalla Pubblica Amministrazione. Poi seguiranno le teorizzazioni che sembreranno più conformi al nostro ordinamento" (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso dell'"alternanza"*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol II, CEDAM, Padova, 2003, 464).

⁵⁰³ Questa è invero una delle critiche rivolte da MANGANARO alla ricostruzione di MERUSI, il quale osserva che "se si attribuisce [come in conclusione fa MERUSI] alla buona fede natura di regola della funzione amministrativa discrezionale, non si può poi pretendere di limitarne l'applicabilità soltanto al caso in cui questa funzione sia esercizio di un potere di autotutela" (F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 72). Nello stesso angolo di visuale di MERUSI si pone peraltro anche l'opera di MANTERO (*Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo* CEDAM, Padova, 1979), cfr *infra*, cui infatti MANGANARO rivolge le medesime critiche.

⁵⁰⁴ All'inizio delle proprie riflessioni MERUSI afferma come siano in linea di principio configurabili due diverse declinazioni di tutela dell'affidamento, in forza del principio di buona fede, ove sussista un precedente comportamento del soggetto: o un rigido obbligo di non contraddizione col comportamento precedente o un generico obbligo di correttezza, inteso come la necessaria ponderazione tra l'aspettativa creata dal comportamento precedente e l'interesse all'emanazione del nuovo atto.

⁵⁰⁵ Una delle critiche rivolte da MANGANARO al pensiero di MERUSI consiste nel fatto che, per come configurata, la tutela della buona fede finisce di fatto per risultare assorbita nella tutela dell'interesse pubblico, posto che la tutela della buona fede sarebbe - compiutamente ed esaustivamente - assicurata da una corretta

scelte dell'amministrazione. In questo senso, l'obbligo di agire secondo buona fede sarebbe, più che un principio della funzione amministrativa, una regola della decisione amministrativa⁵⁰⁶. Si avrà modo di vedere più avanti quanto questa impostazione sia stata ripresa e mantenuta nell'attuale disciplina dell'affidamento legittimo ed, in particolare, nel meccanismo previsto dall'art. 21 nonies l. 241/1990.

Nell'ultimo capitolo della sua monografia MERUSI chiarisce infine, partendo ancora una volta dall'analisi del dato giurisprudenziale⁵⁰⁷, quali siano gli strumenti e le modalità di sindacato di un'eventuale violazione del principio di buona fede da cui discenda una (illegittima) lesione dell'affidamento del privato. L'Autore ritiene che la violazione della buona fede non possa assurgere ad autonoma figura di eccesso di potere, ma costituisca, al pari di tutte le clausole generali, un parametro di giudizio rispetto al quale verificare – sia pure sempre in maniera sintomatica – la presenza del vizio di legittimità⁵⁰⁸.

La pur fondamentale opera di MERUSI non può peraltro dirsi isolata, dovendo invece riconoscersi come il superamento delle obiezioni enucleate da GUICCIARDI sia il risultato – come sempre avviene – di diversi apporti e riflessioni, tutti peraltro influenzati, più o meno direttamente, dal pensiero di BENVENUTI circa la concezione di un nuovo diritto amministrativo paritario e dai suoi fondamentali studi sulla funzione amministrativa⁵⁰⁹.

Di ciò si mostra particolarmente consapevole MANGANARO che, nella sua successiva importante analisi, ci offre un'interessante panoramica delle ulteriori ricostruzioni che, in quel tempo, hanno contribuito alla riapertura del dibattito ed alla riscoperta del principio di buona fede nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo⁵¹⁰.

Così in particolare l'Autore rinviene la prima organica trattazione sulla rilevanza della buona fede nella monografia di ALLEGRETTI sull'imparzialità amministrativa, in cui si configura la funzione amministrativa come un rapporto di collaborazione tra amministrazione e cittadini e si ritiene che il principio regolatore di tale forma di collaborazione – al pari di ogni forma di collaborazione – sia da rinvenirsi proprio nel canone di buona fede, intesa in particolare quale obbligo di reciproca lealtà dei rapporti⁵¹¹. In quest'ottica, la buona fede non sarebbe limitata ai rapporti privatistici, rappresentando il

ponderazione degli interessi in conflitto. In questo senso, l'impostazione di MERUSI non sarebbe veramente in grado sino in fondo di superare l'obiezione del Guicciardi per cui la valutazione della buona fede resta assorbita nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Ad ogni buon conto, l'influsso dell'impostazione proposta da MERUSI si avverte ancora forte proprio con riferimento all'attuale disciplinato dall'art. 21 nonies l. 241/1990 e rispetto al quale, invero, la più attenta dottrina continua a muovere essenzialmente lo stesso tipo di contestazioni (cfr. le riflessioni di A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1, 121, chiarite *infra* in par. V.3)

⁵⁰⁶ In questo senso MERUSI sembra quindi discostarsi dal pensiero di BENVENUTI, secondo cui l'obbligo di correttezza riguarderebbe il procedimento di formazione dell'atto e non il provvedimento stesso (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, CEDAM, Padova, 1952, 121).

⁵⁰⁷ Ancora una volta l'autore parte dall'analisi del dato giurisprudenziale laddove afferma che “la violazione dell'affidamento del privato da parte della Pubblica Amministrazione viene qualificata [dalla giurisprudenza] come eccesso di potere”. (F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 211).

⁵⁰⁸ *Ibidem*, 259.

⁵⁰⁹ Si vedano in particolare i contributi *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, cit.; *Studi per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, 807.

⁵¹⁰ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965.

⁵¹¹ *Ibidem*, 105.

parametro regolatore anche dei rapporti autoritativi e consisterebbe nell'agire conformemente a ciò che si ritiene giusto ed agli impegni già assunti⁵¹².

L'idea di fondo su cui si regge la teorica di ALLEGRETTI è che l'amministrazione non sia portatrice di un interesse soggettivo proprio e che, comunque, sia tenuta a contemperare tale interesse con quello diverso e differente prospettato dalle parti del procedimento⁵¹³; in questo senso, dunque, le diverse parti in gioco contribuiscono alla definizione dell'interesse pubblico. Da qui il rilievo fondamentale alla natura partecipativa del rapporto (procedimentale) tra amministrazione e cittadini ed il riconoscimento dell'imparzialità - espressamente sancita dall'art. 97 Cost - quale requisito fondamentale dell'attività dell'amministrazione⁵¹⁴.

Un punto ben messo in luce da MANGANARO è che tutte queste prime soluzioni⁵¹⁵, volte a considerare la violazione di buona fede quale 'vizio della funzione' o 'vizio della decisione amministrativa' finiscono tuttavia per negare autonoma rilevanza giuridica - e quindi tutela - a tutte le ulteriori ipotesi di scorrettezza che non vadano ad incidere direttamente sul corretto formarsi della volontà amministrativa e non si traducano direttamente in un vizio del procedimento e/o provvedimento finale espressione della volontà amministrativa; così traducendosi in un vizio di validità della stessa⁵¹⁶.

Secondo l'Autore, invece, non vi è una integrale coincidenza tra la valutazione degli interessi del procedimento ed il giudizio sul comportamento corretto dell'amministrazione, con la conseguenza che gli effetti del comportamento in buona fede dell'autorità decidente prescindono dalla validità o meno del provvedimento⁵¹⁷.

⁵¹² *Ibidem*, 287.

⁵¹³ *Ibidem*, 272.

⁵¹⁴ Nel riconoscere l'assoluta rilevanza del pensiero di ALLEGRETTI, MANGANARO tuttavia muove a quest'ultimo una critica interessante laddove contesta l'equiparazione di fondo assunta dall'autore tra imparzialità e buona fede, in quanto "non vi è sempre coincidenza tra l'agire in buona fede e l'imparzialità, perché quest'ultima - sia intesa come eguale trattamento di fattispecie simili sia come attività di un soggetto imparziale «che raggruppa, considerandole da un punto di vista globale, le varie qualificazioni parziali» - non sempre consente la tutela della buona fede. Se, ad esempio, un bando di concorso stabilisce un termine eccessivamente breve per la presentazione delle domande, l'imparzialità è realizzata, ma vi è lesione del principio di buona fede e correttezza del comportamento della pubblica amministrazione" (*Principio di buona fede*, cit., 58). Sul punto peraltro si può osservare come la condivisibile obiezione circa la possibile equiparazione tra il concetto di buona fede ed il concetto di imparzialità non faccia necessariamente venir meno la possibilità di voler comunque individuare il fondamento costituzionale nell'obbligo sancito dall'art. 97 Cost, intesa, *in senso più ampio*, quale norma paradigmatica del comportamento richiesto alle pubbliche amministrazioni ed ai propri funzionari (cfr *infra*).

⁵¹⁵ Tra cui merita menzione anche l'opera di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo* (CEDAM, Padova, 1979) che essenzialmente configura la buona fede come garanzia delle situazioni giuridiche favorevoli del privato, dovute ad una precedente determinazione dell'amministrazione. In particolare, la buona fede si configura come limite e parametro per l'esercizio dei poteri discrezionali ed il suo cattivo esercizio si traduce in un vizio della funzione sotto forma di eccesso di potere. Per un'analisi approfondita del pensiero di MANTERO si rinvia all'analisi puntuale svolta sempre da MANGANARO in *Principio di buona fede*, cit., 67 ss.

⁵¹⁶ In particolare, l'Autore osserva come, secondo queste pur differenziate posizioni, "la tutela della buona fede, come principio della funzione amministrativa, si esaurirebbe nell'imparziale e motivato esercizio della discrezionalità amministrativa, senza avere alcun autonomo rilievo "e così "sarebbero sfornite di tutela quelle situazioni in cui il pregiudizio non proviene specificamente dalla ponderazione valutativa compiuta" (*ibidem*, 71).

⁵¹⁷ *Ibidem*, 71.

A supporto di questa impostazione, egli propone una diversa valorizzazione del principio di buona fede e del parametro costituzionale che ne giustifica l'applicazione a (tutta) l'attività della pubblica amministrazione; e ciò fa rifacendosi all'insegnamento di RODOTÀ secondo cui il contenuto essenziale del dovere di buona fede consisterebbe in "un vero e proprio dovere inderogabile di non recare danno ad altri"⁵¹⁸. E poiché il dovere di agire in buona fede impone una valutazione obiettiva di un comportamento, esso, ove violato, si traduce nell'obbligo di un risarcimento del danno, "anche senza che sia necessario dimostrare la lesione di un diritto assoluto o altro bene giuridico tutelato"⁵¹⁹.

L'Autore giunge così alla conclusione secondo cui il dovere di buona fede trovi fondamento nell'obbligo di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost e consista nel dovere, cui tutti i soggetti sono sottoposti, di agire senza recare danno ad altri, anche esercitando i propri diritti⁵²⁰.

In maniera coerente con tali premesse, ricostruisce diversamente il rapporto fra il principio di affidamento e l'obbligo di buona fede, sostenendo che la correttezza del comportamento debba essere valutata in maniera autonoma rispetto all'eventuale affidamento suscitato nell'altro soggetto e questo in quanto il canone della buona fede rappresenta una regola generale dell'azione dei consociati e non un obbligo derivante dalla preesistenza di un rapporto bilaterale (si vorrebbe dire di un contatto) o comunque di un precedente comportamento altrui⁵²¹.

A partire da queste prime fondamentali opere di inquadramento dogmatico del fenomeno si è assistito ad un moltiplicarsi del consenso - e prima di tutto dell'attenzione - circa la possibilità di riconoscere *in linea di principio* l'operatività della clausola di buona fede a tutti i rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

Ciò è avvenuto specialmente dopo l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo. Questa ha rappresentato un'ulteriore conferma del valore da riconoscersi ad obblighi procedurali che possano essere considerati quale espressione di un più

⁵¹⁸ *Ibidem*, 117; il riferimento è a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.,151; cfr. *infra* par. II.2.

⁵¹⁹ F. MANGANARO, *ibidem*, 117-118, a sua volta riprendendo il pensiero di A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, CEDAM, Padova, 1971, in partic. 338.

⁵²⁰ *Ibidem*, 121. Nello specifico ritiene che il fondamento costituzionale cui far risalire l'obbligo non possa rinvenirsi nell'Art. 97 Cost per la duplice considerazione, da un lato, che il rispetto dell'imparzialità non sempre assicura la tutela (anche) del principio di buona fede e, dall'altro, che il dovere di imparzialità ivi imposto grava solo sull'amministrazione mentre quello di correttezza deve riguardare necessariamente tutte le parti del rapporto (*Ibidem*, 120).

⁵²¹ *Ibidem*, 124. In altre parole, la buona fede ha una sua dimensione autonoma e più ampia rispetto al principio di affidamento ed ai meccanismi che ne sono espressione. In particolare, l'Autore afferma che "Il dovere di agire in buona fede implica la necessità sia per la pubblica amministrazione che per i cittadini, di essere corretti nell'esercizio della funzione amministrativa, indipendentemente dall'affidamento suscitato nel soggetto dall'azione della pubblica amministrazione."

Per cogliere sino in fondo il senso di queste affermazioni si deve rammentare il fatto che l'Autore, come *infra* richiamato, non accede alla separazione concettuale tra nozione di buona fede oggettiva e soggettiva e ritiene anzi che la sussistenza della buona fede soggettiva ('qualificata') vada comunque identificata attraverso una valutazione obiettiva del comportamento tenuto il che consente, a quel punto, di indagare lo stato psicologico interiore del soggetto. Cfr. *ibidem*, 122.

generale principio di leale collaborazione e correttezza fra le parti coinvolte, tanto da fondare, secondo alcuna dottrina, una serie di obblighi puntuali⁵²².

Peraltro, la stessa legge ha finito col rappresentare anche una duplice sfida, posto che, da un lato, la positivizzazione di una serie di obblighi procedurali (o se si vuole comportamentali) ha finito per porre la questione sul ruolo residuo da potersi riconoscere alla clausola di buona fede⁵²³, dall'altro, gli interpreti hanno iniziato ad interrogarsi circa le conseguenze, sia in termini di annullabilità che di tutela risarcitoria, derivanti da violazioni 'meramente procedimentali', così come circa la possibilità di riconoscere un 'peso differente' ad alcune violazioni rispetto che ad altre⁵²⁴.

L'ampliamento del consenso sul riconoscimento del principio si è tuttavia accompagnato ad un moltiplicarsi di ricostruzioni e soluzioni possibili.

Alcuni interpreti assumono che la violazione della buona fede sia un parametro ormai entrato pienamente tra i canoni dell'azione amministrativa, anche dal punto di vista della migliore determinazione dell'interesse pubblico⁵²⁵. Conseguentemente ritengono che la sua violazione si possa tradurre in un vizio di validità dell'atto che ne è estrinsecazione e più in generale in un vizio di legittimità dell'azione amministrativa⁵²⁶.

⁵²² Cfr *infra* par. III.2. In termini si rinvia anche al ragionamento svolto da Cass. n. 14188/2016 (cfr *infra* par. III.1). Sul punto sia consentito richiamare l'osservazione di MANGANARO secondo cui "È vero che molti obblighi di correttezza, un tempo tipizzati dalla giurisprudenza, hanno assunto così grande rilevanza da essere normativamente indicati quali regole del procedimento amministrativo, ma è anche vero che questa vicenda conferma, a contrario, come l'agire corretto sia un quid diverso rispetto all'agire iure. Per una panoramica delle posizioni emerse in dottrina volte a riconoscere alla buona fede una funzione *integrativa* rispetto alle garanzie procedimentali previste per legge si rinvia a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune*, cit., 206.

⁵²³ Con specifico riferimento al principio di affidamento, inteso quale declinazione del canone di buona fede (cfr *infra*) si è infatti osservato che "è proprio il rispetto di obblighi e regole di tal fatta *durante l'iter procedimentale*, a consentire in fase evolutiva del rapporto, all'amministrazione di sottrarsi ad una censura di illegittimità per violazione dell'affidamento del privato, il rispetto del quale è assicurato, infatti, dalla garanzia della partecipazione, dalla prevedibilità delle scelte basate su regole predeterminate, nonché dall'adeguata ponderazione di tutti gli interessi, in particolar modo delle legittime aspettative acquisite dagli interessati (M.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit. 162). In termini si veda anche S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.* 2008, 2, 452.

⁵²⁴ *Ex multis* per una panoramica si veda l'analisi di L. LORENZONI in *I principi di diritto comune*, cit., 206 ss e gli Autori ivi richiamati.

⁵²⁵ In questo senso si veda in particolare F.G. SCOCA, secondo cui "La logicità, la ragionevolezza, la coerenza, la proporzionalità sono principi entrati a far parte dello statuto dell'attività amministrativa, quasi sempre attraverso la porta elastica ed orientabile dell'eccesso di potere. In questo quadro diventa insostenibile che non vi sia spazio per il principio di buona fede: anch'esso attiene allo statuto giuridico dell'agire dell'amministrazione". E subito aggiunge "A differenza di quanto accade per il comportamento dei privati, il principio di buona fede non vive isolato, ma si accompagna a numerosi altri principi che disciplinano il comportamento dell'amministrazione; la quale deve agire non solo correttamente, ma anche logicamente, ragionevolmente, in modo trasparente, coerente, con atti il cui impatto sugli interessi privati sia proporzionato al fine pubblico da conseguire. Si comprende pertanto perché la buona fede non abbia nel diritto amministrativo quel rilievo pratico che ha nel diritto privato, ove è il principio unico (o almeno il principale) che disciplina il comportamento nei rapporti con altri soggetti" (F.G. SCOCA *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, cit., 475).

⁵²⁶ *Ibidem*, 476. Secondo l'Autore in particolare "in ordine all'affidamento, e forse in generale a proposito del comportamento secondo buona fede, occorre sottolineare che la violazione del principio può non comportare soltanto la responsabilità e la conseguente obbligazione risarcitoria più o meno intensa, ma può determinare,

In altre parole, l'amministrazione, nell'adottare il provvedimento che si pone in contrasto con il canone generale di buona fede o che tradisce l'affidamento del privato, ha mal esercitato il suo potere⁵²⁷. Conseguentemente, la posizione del privato che tale violazione subisce non può che essere vista in termini di interesse legittimo, giacché si contrappone ad un illegittimo esercizio del potere autoritativo che si riverbera sulla sostanza dell'atto⁵²⁸.

Secondo l'impostazione tradizionalmente - e tuttora - prevalente la violazione deve essere inquadrata, nell'ambito della tripartizione attualmente operante in forza dell'art. 21 octies l. 241 del 1990, come vizio di eccesso di potere⁵²⁹. Invero, il riferimento all'eccesso di potere risulta più adeguato, quantomeno con riferimento all'attività discrezionale, considerando che proprio questo è il vizio che consente un'indagine sulle modalità (e quindi in un certo senso sulla condotta valutata nel suo complesso) dell'agente pubblico.

Inoltre, la preferenza tradizionalmente accordata a questo tipo di vizio non deve stupire tenendo conto che il dibattito sul tema è di gran lunga precedente qualsiasi intervento

a differenza di quanto avviene nella dinamica negoziale, la invalidità del provvedimento che sia stato comunque adottato" (Sul punto cfr. *infra* para II.2.1.) Sempre secondo l'Autore, "ciò discende direttamente dalla collocazione del principio di buona fede nello statuto dell'attività amministrativa e dalla regola fondamentale, secondo cui la difformità dallo statuto determina l'annullabilità del provvedimento".

Emblematico in questo senso il ragionamento seguito dal Tar Lazio, Roma, 7 luglio 2003, n. 5991 (sentenza di primo grado del caso 1 della rassegna giurisprudenziale proposta nel capitolo precedente). Cfr. *infra* analisi cap. IV, para I ed altresì le riflessioni critiche svolte sul punto da L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, cit.; si veda altresì Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661.

⁵²⁷ Peralto, F.G. SCOCA, riprendendo ed anzi accentuando le conclusioni di F. MANGANARO (cfr. *supra*), afferma che "il principio [di buona fede] quale regola di comportamento, non riguarda la decisione, il contenuto del provvedimento, bensì il modo della sua formazione, della sua comunicazione, nonché della interpretazione e della esecuzione" (ult. op. cit., 479).

⁵²⁸ In questo senso si pongono sempre le riflessioni di SCOCA che tuttavia, è bene sottolineare, accede ad una configurazione dell'interesse legittimo che si pone in contrasto con l'impostazione inaugurata dalle Sezioni Unite n. 500 del 1999 e tuttora prevalentemente seguita (su cui *infra* para IV.3). L'Autore in particolare ritiene che "Il modo di concepire l'interesse legittimo influisce direttamente sul danno risarcibile: se l'oggetto tutelato con l'interesse legittimo è (ritenuto) il bene della vita, il danno può considerarsi ingiusto, ovviamente, se viene leso il (l'interesse al) bene della vita (da conservare o da acquisire, se l'oggetto tutelato non è il bene della vita, non è la lesione di questo che può determinare, con riferimento all'interesse legittimo, l'ingiustizia del danno". L'Autore aderisce alla seconda impostazione e ritiene in particolare che "la lesione dell'interesse legittimo, in quanto tale, si ha, invece, in relazione al comportamento dell'amministrazione, che sia lesivo dell'interesse ad avere un provvedimento tempestivo, che non sia ingiustificatamente sfavorevole, e la cui formazione risponda alle regole procedurali e ai principi di correttezza e buona fede" (F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 310, 311).

⁵²⁹ Cfr. *infra* eg. il pensiero di MANTERO che, come visto, configura la buona fede come limite e parametro per l'esercizio dei poteri discrezionali ed il suo cattivo esercizio si traduce in un vizio della funzione sotto forma di eccesso di potere.

Alcuna dottrina ha in particolare auspicato un'evoluzione "al punto che il giudizio di legittimità del provvedimento potrebbe giungere a coincidere con il giudizio sul comportamento scorretto, inadempiente o illecito dell'Amministrazione" (G.M. RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457 in *Urb. e app.*, 2003, 948. La medesima Autrice ha altrove sostenuto l'opportunità di assumere la correttezza quale parametro di legittimità dei provvedimenti amministrativi, ampliando il catalogo di figure sintomatiche di eccesso di potere e così "estendere i vizi di legittimità al punto che il giudizio di illegittimità del provvedimento potrebbe giungere a coincidere con il giudizio sul comportamento della pubblica amministrazione" e così giungere "nel tempo allo stesso superamento dei tre vizi di legittimità (G.M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)* in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006, 1530-1531.

Per una riflessione più recente in tal senso, anche con interessanti riferimenti giurisprudenziali si veda A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, 5.

normativo volto a positivizzare – senza peraltro mai fino in fondo chiarire le conseguenze – l’obbligo di buona fede nei rapporti fra privato ed amministrazione.

Si potrebbe pertanto dire che a lungo l’eccesso di potere è stato l’unico strumento attraverso cui poter introdurre un sindacato in termini di contrarietà alla clausola di buona fede. La mancanza di una espressa base giuridica – peraltro storicamente problematica, soprattutto in rapporto al principio di legalità – è stata risolta richiamandosi direttamente a principi impliciti immanenti nell’ordinamento giuridico o direttamente a principi di rango costituzionale⁵³⁰.

Nondimeno, anche nell’ambito di questa ricostruzione si ravvisano diverse sfumature: così alcuni ritengono che la buona fede operi come parametro di giudizio⁵³¹; secondo altri la violazione costituisce un sintomo di eccesso di potere; secondo una ricostruzione più radicale la violazione è essa stessa eccesso di potere⁵³². Sussiste invero una distinzione concettuale fra il ritenere che il comportamento scorretto, per ciò solo, in quanto tale sia illegittimo e viceversa affermare che la scorrettezza costituisca un sintomo di eccesso di potere⁵³³.

Occorre poi dare atto della presenza, soprattutto sulla spinta di recenti interventi legislativi - in particolare dapprima l’art. 1, comma 1 e ancor di più ora il comma 1 *bis* della l. 241 del 1990 – di ricostruzioni secondo cui l’invalidità può ormai qualificarsi direttamente in termini di violazione di legge⁵³⁴, attesa la piena positivizzazione del principio⁵³⁵. Questa lettura appare interessante specialmente laddove la violazione sia intervenuta, come pure è

⁵³⁰ In questo senso si può complessivamente leggere lo sforzo ricostruttivo di MERUSI. Per una valida sintesi si rinvia alle sue riflessioni in *Affidamento (dir. pubbl.)*, in *Diz. dir. pubbl.* a cura di S. CASSESE, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006.

⁵³¹ Così, ad esempio, come visto, F. MERUSI ritiene che in quanto tale la violazione della buona fede, *rectius* secondo la sua impostazione la lesione dell’affidamento, non possa costituire un indice autonomo di eccesso di potere, ma si debba piuttosto configurare come parametro di giudizio del comportamento nel complesso tenuto. Tuttavia, si osserva, questo parametro viene comunque utilizzato nell’ambito di un sindacato volto a verificare se via sia stato un eccesso di potere.

⁵³² Cfr ragionamento seguito nel Tar Lazio, Roma, 7 luglio 2003, n. 5991 cit. (riprendi citazione cap IV).

⁵³³ Sul punto si rinvia al ragionamento compiuto da L. BERTONAZZI, *La tutela dell’affidamento nelle procedure selettive*, cit.

⁵³⁴ In questo senso ad esempio R. RAVASIO nel suo *Principi e regole dell’azione non scritti. L’obbligo di buona fede e la responsabilità da contatto sociale qualificato* in C. CONTESSA, R. GRECO (a cura di) *L’attività amministrativa e le sue regole*, La Tribuna, Piacenza, 2020. L’Autrice, ponendosi in prospettiva critica rispetto alla riaffermazione della distinzione fra regole di validità e regole di condotta operata dall’adunanza plenaria n. 5 del 2018 (cfr *infra* cap. successivo), osserva: “non si comprende per quale motivo la violazione di una regola di condotta che discende dal dovere di correttezza e buona fede debba necessariamente rimanere al di fuori delle regole dell’agire. Le stesse regole di comportamento dettate dalla L. n. 241/1990, invero, in linea di principio sono causa di illegittimità, salvo che non si tratti di mere violazioni procedurali che riguardano un provvedimento il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente” (p. 105).

⁵³⁵ Da tempo alcuna dottrina ha constatato, da un lato, il perenne divenire dell’area di eccesso di potere, in quanto all’individuazione di nuove ipotesi riconducibili a tale ambito e, dall’altro, il “transito di alcune figure dall’area dell’accertamento sintomatico a quello dell’accertamento diretto, id est dall’eccesso di potere alla violazione di legge” (F. SAITTA, *Il vizio di eccesso di potere: una prospettiva storica*, 31 gennaio 2022, accessibile su giustizia-amministrativa.it); così prima ancora si è osservato come l’eccesso di potere, da figura composita quale è, contenga in sé ipotesi di «violazioni a cognizione null’affatto sintomatica che avrebbero dovuto già da tempo trovare uno spazio autonomo nella sistemazione dei vizi provvedimenti» (F.G. SCOCA, M. D’ORSOGNA, *L’invalidità del provvedimento amministrativo* in F.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, 309).

ben possibile⁵³⁶, nell'ambito di attività vincolata, che mal si presta ad un sindacato in termini di eccesso di potere⁵³⁷.

Per converso non sono mancate, sempre di recente, voci che hanno messo in guardia, con ciò riscoprendo l'essenza più 'politica' del pensiero di Guicciardi, dai rischi derivanti dall'attribuire alla clausola di buona fede il valore di parametro di legittimità del provvedimento, in quanto – al netto delle diverse ragioni teoriche assunte a fondamento – ciò rischierebbe di tradursi, per effetto di un' indesiderata eterogenesi dei fini, in una riduzione della tutela offerta dal privato⁵³⁸.

Tali obiezioni si rivelano interessanti perché spingono a verificare sul piano dell'applicazione concreta – e si potrebbe dire, quindi, dell'effettività della tutela – il significato attribuito alle affermazioni di principio e allo stesso tempo perché mettono in risalto come occorra, più che mai laddove si faccia rinvio a clausole generali ed a concetti

⁵³⁶ Secondo attenta dottrina infatti “non sembra essere vero che il principio di buona fede, come regola di comportamento, riguardi soltanto l'attività discrezionale dell'amministrazione, potendo un comportamento scorretto ipotizzarsi anche nello svolgimento di attività vincolata o nella esecuzione di provvedimenti già adottati e addirittura in ottemperanza di sentenza già passate in giudicato” (F.G. COCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol III, CEDAM, 2003, 471).

⁵³⁷ Sull'incompatibilità del vizio di eccesso di potere con l'attività vincolata si veda di recente R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.* 2017, 681. In termini meno netti e nel senso di escludere il sindacato di eccesso di potere solo in presenza di attività interamente vincolata, ovvero ai momenti vincolati dell'attività amministrativa si veda ancora F. SAITTA, *Il vizio di eccesso di potere*, cit., par. 8 e gli Autori ivi richiamati.

⁵³⁸ Spunti in questo senso si ravvisano nelle riflessioni di P. PATRITO, *La responsabilità del privato*, cit., che a sua volta riprende il pensiero di L. BERTONAZZI, con particolare riferimento all'applicazione del principio nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, e che tuttavia esprime considerazioni sostanzialmente di carattere generale. Quest'ultimo in particolare osserva che “se è vero che buona fede oggettiva e tutela dell'affidamento costituiscono due facce della stessa medaglia, e che la tutela dell'affidamento ingenerato dalla p.a. si traduce, con riguardo all'attività discrezionale, non già nel rigido dovere di non venire *contra factum proprium* (che assicurerebbe agli amministrati una tutela automatica al cospetto di ogni contraddizione tra atti amministrativi che si succedono nel tempo) bensì in quello di corretta e ragionevole ponderazione degli interessi in gioco (l'interesse pubblico concreto e quello privato correlato all'affidamento) allora non può escludersi che le istanze solidaristiche e paritarie su cui si innesta l'idea di buona fede oggettiva come norma di azione (spinte fino alla conseguenza estrema di elevare l'illiceità della complessiva condotta a causa esclusiva di illegittimità del provvedimento) possano rivelarsi sorprendentemente feconde, ove la giurisprudenza sviluppasse una marcata inclinazione a ritenere sistematicamente prevalente l'interesse pubblico concreto su quello privato correlato all'affidamento, di un non lieve arretramento di tutela per gli amministrati, i quali rischierebbero a quel punto di scoprirsi privi non soltanto della tutela di annullamento del provvedimento che ne ha legittimamente sacrificato gli interessi legittimi, ma anche della tutela risarcitoria precontrattuale, atteso che sarebbe a quel punto a dir poco problematico identificare un *affidamento illecitamente conculcato*, altro da quello *legittimamente sacrificato* (L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.* 2010,1, 39 a par. 7; corsivo dell'Autore). Rinviando la discussione al prosieguo, si può anticipare come tali pronostici non si siano rivelati del tutto infondati; circostanza peraltro riscontrata da A. TRAVI, il quale osserva che “L'affermazione del principio di affidamento rispetto all'azione dei poteri pubblici è stata accompagnata, rispetto a questi stessi casi, da un'attenuazione della sensibilità per le ragioni della tutela sostanziale del cittadino, ragioni che invece verrebbe naturale riconoscere come caratteristiche imprescindibili di un principio di affidamento. Quasi paradossalmente, proprio l'obiettivo di garanzia è risultato di fatto sacrificato” (A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1,134).

indefiniti, avere consapevolezza del sostrato ideologico e della *forma mentis* di chi con quei concetti è chiamato ad operare e a dar loro concreta fisionomia⁵³⁹.

Più numerosa, soprattutto in giurisprudenza, è la schiera di coloro che ritengono che la violazione del canone di buona fede non si traduca in un vizio di validità dell'atto che ne è eventualmente espressione ed estrinsecazione, ma possa comunque configurare una lesione giuridicamente rilevante ed, in quanto tale, meritoria di tutela.

Così, la sorte dell'atto è irrilevante, mentre resta possibile e doveroso compiere una valutazione complessiva del comportamento in termini di scorrettezza per violazione dei canoni di buona fede dai quali può discendere una tutela essenzialmente di tipo risarcitorio. Questa impostazione viene da ultimo argomentata richiamando la già vista distinzione concettuale fra regole di validità, la cui violazione dà luogo ad una responsabilità da *provvedimento*, e regole di responsabilità, la cui violazione dà luogo ad una responsabilità da *comportamento*. Rinviando l'analisi compiuta al prossimo capitolo, si anticipa che questa impostazione ha trovato ampio sviluppo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica ed in relazione all'ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.

Secondo questa lettura, la posizione viene piuttosto qualificata in termini di diritto soggettivo autonomo ed è interessante notare come anche questo orientamento richiami l'art. 1, comma 2 bis l. 241/1990; tuttavia qui viene invocato quale fondamento normativo dell'obbligazione risarcitoria ma non della possibile invalidità dell'atto⁵⁴⁰.

Peraltro, a testimonianza della complessità della materia, occorre dire che vi sono ricostruzioni che sfuggono alla dicotomia concettuale fin qui esposta e quindi alla necessità di qualificare la violazione del canone di buona fede necessariamente come una violazione di una regola di validità o di condotta.

Innanzitutto, anche coloro per cui la violazione del canone di buona fede si configura come una lesione dell'interesse legittimo non necessariamente ritengono che la stessa debba tradursi, sempre e comunque, in una invalidità dell'atto, potendo dare luogo anche solo ad una posta risarcitoria⁵⁴¹.

Inoltre, anche coloro che considerano in linea generale il dovere di buona fede come regola di condotta, valutabile indipendentemente dalla validità dell'atto, sottolineano come non si

⁵³⁹ Circostanza peraltro già ampiamente segnalata da insigni studiosi, in entrambe le branche del diritto qui analizzate. In particolare, da un lato, si richiamano le osservazioni dello stesso MERUSI, secondo cui "la specificazione di clausole generali offre, di solito, una certa gamma di soluzioni possibili nella scelta delle quali può intravedersi, come fattore determinante la "ideologia" del giudice amministrativo, o più genericamente, la concezione che il giudice ha della funzione amministrativa e della posizione del cittadino nei confronti dello stato" (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, Dagli anni Trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001, 114-115). Dall'altro, A. DI MAJO, con riferimento in generale al ruolo delle clausole generali nel diritto civile ammonisce sul fatto che "una lettura extra positiva del dovere di correttezza equivale a collocare tale dovere nelle "nebulose" della coscienza generale o di quella sociale e a consegnarlo al "decisionismo dei giudici" (A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale in Commentario Branca-Scialoja*, Libro IV, Zanichelli, Bologna, 1988, 289).

⁵⁴⁰ Cfr. in questo senso gli approdi giurisprudenziali tanto della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. plen. n. 19 del 2021) ed ordinaria (Cass., ord., n. 8236 del 2020). Sul punto si rinvia all'analisi *infra* a fine capitolo.

⁵⁴¹ Sul punto cfr. *infra* par. IV.3.4.

possa escludere che un comportamento scorretto delle parti del rapporto amministrativo configuri un vizio del provvedimento o degli atti endoprocedimentali”⁵⁴².

Così come pure, più di recente, non sono mancate riflessioni che hanno criticato la scelta di trasporre la distinzione fra regole di validità e regole di condotta sul piano dei rapporti di diritto amministrativo alla luce soprattutto del carattere aperto del vizio di eccesso di potere che consente una valutazione sul comportamento dell’amministrazione in termini di rispondenza all’interesse pubblico e non vincolata alle rigide ipotesi di invalidità formale, che giustificano la divisione nell’ambito di diritto privato⁵⁴³.

In conclusione, l’impostazione di Guicciardi può dirsi oggi, quanto meno sul piano delle affermazioni programmatiche, superata. E le ultime riforme normative hanno consacrato anche a livello di diritto positivo – come precipitato delle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto – il principio per cui i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione siano improntati ai principi della collaborazione e della buona fede (su tutti, art. 1, comma 2 bis l. 241/1990).

Tuttavia, come si è visto, l’affermazione in linea di principio dell’operatività del principio di buona fede all’attività amministrativa non si è affatto tradotta in una unitarietà di vedute circa il ruolo di tale canone rispetto all’agire dell’amministrazione, lo spazio entro il quale lo stesso dispiega la sua rilevanza e, soprattutto, gli effetti che possano derivare dalla sua violazione, sia in termini di validità o meno dell’azione amministrativa, che, più in generale, di tutela del privato.

IV.3. Sul ruolo del principio di buona fede nei rapporti di diritto amministrativo e sugli effetti derivanti dalla sua violazione

Nel precedente paragrafo si è visto come, una volta scalfite in linea di principio le tradizionali obiezioni, all’operatività del canone di buona fede anche all’attività – a tutta l’attività – dell’amministrazione, il dibattito e la problematica si è concentrato sul ruolo e

⁵⁴² F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 170. In particolare l’Autore ha ritenuto che la violazione di buona fede nei rapporti procedurali possa fondare un vizio di validità dell’atto laddove essa ha comportato la mancata acquisizione di elementi costitutivi del fatto ed ha impedito il corretto formarsi della volontà dell’amministrazione (e quindi in ultima analisi il corretto perseguimento dell’interesse pubblico); negli altri casi, invece, resta rilevante in quanto rappresenta una lesione all’autonomo diritto della parte a non vedere leso il proprio diritto soggettivo autonomo che si correla al dovere generale di *neminem laedere* (*ibidem*, 172 e 206 ss). Per una recente rilettura in questo senso in giurisprudenza si può vedere Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2022, n. 5801.

⁵⁴³ In questo senso si vedano in particolare le riflessioni di L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 235; id., *I principi di diritto comune nell’attività amministrativa*, Jovene, 2018. Per una diversa critica alla trasposizione del binomio regole di validità, regole di condotta nell’ambito del diritto amministrativo si veda R. CAROCCIA, *Risarcimento dell’interesse legittimo. Chance, tutela dell’affidamento e regole di validità e responsabilità*, Giappichelli, Torino, 2022, 188 ss.

sugli effetti da attribuire a questo principio nell'ambito del regime generale dell'azione amministrativa.

IV.3.1. *Sull'ambito di applicazione ed i principi costituzionali di riferimento*

Sulla base di quanto sin qui chiarito, pare potersi risolvere la questione precedentemente formulata se la clausola di buona fede si applichi all'attività della pubblica amministrazione in quanto principio di diritto privato e quindi solo in quanto compatibile con attività esercitate con modulo consensuale ovvero se abbia una valenza trasversale (costituzionale) che la rende in linea di principio applicabile indistintamente a tutta l'attività della p.a., inclusa quella autoritativa.

In linea con l'evoluzione del pensiero giuridico sin qui esposto, si ritiene preferibile aderire alla seconda impostazione. Come meglio si vedrà nel prossimo capitolo questa è la posizione da ultimo ribadita dalla giurisprudenza amministrativa proprio con riferimento alle procedure di evidenza pubblica in cui pure, trattandosi di procedimento strumentale alla conclusione di un rapporto negoziale, la tentazione di continuare ad applicare il principio 'semplicemente' in via analogica, sulla base di quanto previsto dal codice civile per le trattative precontrattuali, era forse più forte. Viceversa, l'applicabilità del canone è stata, in maniera condivisibile, affermata non più in quanto si verta nell'ambito di un procedimento di formazione contrattuale, bensì in quanto ormai la stessa sia predicabile rispetto a tutte le procedure amministrative e, più in generale, a tutta l'attività dell'amministrazione⁵⁴⁴.

Siano poi consentite alcune considerazioni circa il principio costituzionale in forza del quale si ritiene applicabile il canone della buona fede all'azione amministrativa nel suo complesso ed, in particolare, alla scelta di fondo se ricondurlo all'art. 2 Cost, con ciò richiamando il canone di solidarietà, ovvero all'art. 97 Cost, con ciò richiamando piuttosto i canoni di buon andamento ed imparzialità e, più in generale, l'insieme dei principi che regolano l'azione amministrativa⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Cfr *infra* cap. IV, par. I.

⁵⁴⁵ Come anticipato nel capitolo precedente, questi sono i principi che storicamente 'si contendono il campo' nelle ricostruzioni dogmatiche della materia. Peraltro, si segnala come non siano mancate interessanti ricostruzioni che richiamano anche altri principi costituzionali (ed in particolare l'art. 95 Cost.): cfr. in tal senso S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 861. Inoltre, il principio di affidamento è stato spesso ricondotto dalla Corte costituzionale piuttosto all'art. 3 Cost quale espressione del principio di ragionevolezza; così in particolare Corte cost. 4 novembre 1999, n. 416 e Corte cost. 23 febbraio 2011, n. 71 (sul punto cfr. riflessioni in A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1, 121; M.T.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 171.

In ultima analisi non pare trattarsi di questione realmente decisiva ai fini dell'affermazione stessa del principio; circostanza questa talvolta avvertita dalla stessa dottrina⁵⁴⁶ e confermata dal richiamo disinvolto della giurisprudenza all'uno piuttosto che all'altro principio⁵⁴⁷.

Nondimeno, si osserva come il riferimento all'art. 2 Cost. ponga l'accento maggiormente sul carattere trasversale, ed in questo senso 'paritario' dell'obbligo di buona fede che grava su tutti i soggetti dell'ordinamento e, quindi, *anche* sulla pubblica amministrazione⁵⁴⁸.

Il richiamo all'art. 97 Cost. finisce invece col porre l'accento proprio sul ruolo istituzionale del soggetto pubblico, sul fatto che la stessa sia tenuta, *proprio in quanto* amministrazione al rispetto di questo fondamentale – ancorchè sempre sfuggente nella sua declinazione concreta – dovere di agire correttamente e che, proprio per questo, sia tenuta anche e prima di tutto al rispetto nell'ambito dell'attività che svolge in quanto autorità pubblica. In altre parole, il richiamo all'art. 97 Cost vale in qualche modo a rammentare come la p.a. sia preordinata a rendere un servizio per la collettività e che il dovere di correttezza (oltre a quelli di legalità, imparzialità etc.) in questo caso discenda soprattutto da questo. Il che peraltro, a parere di chi scrive, non fa necessariamente venir meno la dimensione reciproca dell'obbligo, né la necessità di dimostrare il danno subito, ma in un certo senso responsabilizza l'istituzione pubblica nel suo complesso – ed i membri che ne fanno parte – richiamando l'attenzione sul ruolo che gli stessi ricoprono e, per così dire, sullo standard comportamentale loro richiesto⁵⁴⁹.

IV.3.2. Sugli effetti della violazione e sul rapporto con il vizio di eccesso di potere

Ciò chiarito in generale con riferimento all'ambito di operatività ed ai principi ispiratori, si ritiene preferibile aderire all'impostazione che mira ad attribuire al

⁵⁴⁶ In questo senso si vedano in particolare le considerazioni di D. CORLETTI, in *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento* in D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, CEDAM, 2007.

⁵⁴⁷ Uno spunto, da ultimo, può ravvisarsi nel confronto fra l'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 che si riconduce soprattutto all'art. 2 Cost (ed invero anche ai principi sovranazionali) e l'Adunanza plenaria n. del 2021 che si richiama piuttosto all'art. 97 Cost. Quest'ultima ha in particolare ritenuto che l'art. 1, comma 2 -bis della l. 241/1990, secondo cui i rapporti tra privato e pubblica amministrazione sono improntati ai principi di correttezza e buona fede "abbia positivizzato una regola generale di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, co. 2 Cost" (para 12). La nota Cass. n. 8236 del 2020 fa invece indistintamente riferimento ad entrambi i parametri, ritenendoli entrambi basi giuridiche per il generale dovere di correttezza che permea ormai i rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

⁵⁴⁸ Per una simile ricostruzione si veda in particolare E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 382 ss; e prima ancora le riflessioni compiute da F. MANGANARO, *La buona fede*, cit. 120 ss. L'Autore in particolare sottolinea come il dovere di imparzialità gravi solo sull'amministrazione, mentre quello di correttezza riguardi tutte le parti del rapporto amministrativo.

⁵⁴⁹ Ed è appena il caso di aggiungere che dire che la p.a. è tenuta innanzitutto in quanto soggetto pubblico non vale certo ad escludere che la stessa sia vincolata al rispetto *anche* quando agisca secondo moduli contrattuali e persino al di fuori di qualsiasi disciplina procedimentalizzata di evidenza pubblica.

comportamento scorretto una rilevanza autonoma, *anche a prescindere* dalla circostanza che la stessa sia andata ad intaccare la legittimità e la validità dei singoli atti. Si ritiene preferibile configurare in termini di diritto soggettivo le situazioni lese dalle scorrettezze comportamentali dell'amministrazione, che non si riverberino direttamente in un cattivo perseguimento dell'interesse pubblico.

Questa impostazione sembra infatti garantire una tutela più incisiva - ed in ultima analisi più rispondente ai parametri costituzionali - in favore del privato, senza tuttavia scardinare i pilastri su cui il nostro sistema amministrativo, pur tra mille complessità ed incertezze, si regge⁵⁵⁰. In particolare, consente di fare salva la fondamentale impostazione teorica inaugurata dalla Cassazione con la sentenza n. 500 del 1999 e la connessa dimensione sostanziale dell'interesse legittimo (cfr. subito *infra*) che si ritiene mantengano una loro validità concettuale ed utilità pratica.

La convinzione dell'inopportunità di ricondurre la violazione del canone di buona fede unicamente ad un vizio di legittimità trae invero spunto anche dalle interessanti riflessioni svolte in dottrina circa i limiti del sindacato di eccesso di potere e circa la sua non neutralità rispetto agli interessi delle parti⁵⁵¹.

Da questa lettura emerge in particolare come il sindacato sull'eccesso di potere, che pure ha conosciuto un'importantissima evoluzione ed ha indubbiamente rappresentato un modo

⁵⁵⁰ Certo, nell'ambito dei mondi possibili, si potrebbe ripensare interamente la concezione di interesse legittimo, riscoprendone la dimensione di posizione procedurale più che necessariamente legata al conseguimento del bene della vita sulla base dell'insegnamento proposto da Scoca ed altri insieme a lui, ma questa via, pur affascinosa, comporterebbe di fatto una rivoluzione interna di cui forse non se ne avverte sino in fondo il bisogno.

⁵⁵¹ Sul punto si rinvia in particolare a C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Giappichelli, Torino, 2018, 63 ss. L'Autrice, dopo aver riconosciuto gli innegabili pregi dello sviluppo della figura dell'eccesso di potere ai fini della tutela del privato (cfr nota *infra*), ha altresì evidenziato - l'altra faccia della luna - come l'eccesso di potere rimanga sostanzialmente espressione della specialità amministrativa. In particolare, "il problema - che oggi emerge con forza - è che la concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione è ancora oggi presente, per cui anche quando il vizio in esame corrisponde alla violazione di principi, clausole o concetti indeterminati, il contenuto di questi ultimi viene specificato utilizzando non standard di comportamento comunemente condivisi (e in questo senso indifferenti alle parti in conflitto), ma a parametri speciali, modellati sulle esigenze della p.a. (o dell'ambiente di riferimento, assumendo come tale anche "quello dell'amministrazione pubblica") e dunque, inevitabilmente, conformati dall'interesse pubblico" (*ibidem*, 69). L'Autrice porta ad esempio in particolare l'utilizzo del canone di ragionevolezza e così osserva: "la ragionevolezza, che può dirsi canone appartenente all'ordinamento generale (e non solo a quello particolare dell'amministrazione), rimane regola sul potere, la cui applicazione è subordinata alle ragioni dell'interesse pubblico. La ragionevolezza del provvedimento amministrativo non viene infatti misurata su canoni di comportamento comunemente accettati, ma è rapportata al perseguimento dell'interesse pubblico: ragionevole non è una decisione accettabile secondo la coscienza sociale, ma è (solo) quella accettabile secondo l'interesse pubblico perseguito. Eppure, una cosa è considerare un provvedimento ragionevole (o irragionevole) sulla base degli standard di una sensibile persona, altra cosa è considerarlo tale rispetto all'interesse pubblico che quello stesso provvedimento avrebbe dovuto perseguire. Si dimentica, così facendo, che l'interesse pubblico in sede di giudizio è solo l'interesse di una delle parti e non deve essere in grado di incidere sul contenuto delle regole applicabili perché, altrimenti, la tutela che ne risulta sarebbe sempre sbilanciata dalla parte dell'amministrazione" (*ibidem*, 70-71).

Per una disamina generale si rinvia anche ad A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, 5; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012; F. SAITTA, *Il vizio di eccesso di potere: una prospettiva storica* (31 gennaio 2022) accessibile su giustizia-amministrativa.it; doveroso è poi il rinvio alle riflessioni di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1950, I, 1.

per accrescere la tutela sostanziale ed effettiva del privato di fronte all'arbitrio amministrativo⁵⁵², resti comunque connotato da una non paritarietà degli interessi in gioco - nel senso che tutto il sindacato è orientato a valutare il perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁵³ - e non sia quindi in grado di apportare una tutela alla violazione della canone di buona fede in maniera autonoma rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

Il tutto con una precisazione: chi mette in rilievo i limiti ed il carattere asimmetrico del sindacato per eccesso di potere sembra essenzialmente proporre un sindacato alternativo in forza delle clausole generali⁵⁵⁴; invece appare più opportuno proporre un doppio e concettualmente progressivo sistema di sindacato, volto innanzitutto a verificare se il

⁵⁵² Come osservato dalla citata dottrina, infatti, "Il lato "positivo" attiene al dato - indiscusso - che attraverso l'eccesso di potere, la "giustizia nei confronti dell'amministrazione si è fatta strada", contribuendo a definire il dover essere della discrezionalità. La giurisprudenza, infatti, utilizzando il vizio in esame ha definito le regole alle quali l'amministrazione deve conformare l'esercizio del proprio potere: l'eccesso di potere esprime in negativo i principi che, in positivo, sono i criteri regolatori dell'attività amministrativa discrezionale" (C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 67). Così autorevole dottrina ha in particolare definito le figure sintomatiche come una vera e propria "invenzione geniale" al fine di assicurare che l'esercizio del potere non oltrepassi l'area assegnata alla valutazione ed alla scelta dell'amministrazione (in questi termini in particolare C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *Enciclopedia Treccani - Diritto online*.

⁵⁵³ In questo senso A. ORSI BATTAGLINI ha in particolare affermato che "l'eccesso di potere è strutturalmente ordinato alla tutela dell'interesse pubblico e solo occasionalmente dell'interesse privato" (in *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)* in *Dir. pubbl.*, 1995, 646; in termini analoghi anche A. TRAVI osserva che la "rivendicazione della priorità dell'interesse pubblico in tutti i casi in cui l'attività amministrativa non sia puntualmente vincolata, rappresenta una costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato ed ha contribuito in modo decisivo alla teoria dell'eccesso di potere nel nostro ordinamento" (in *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 509).

⁵⁵⁴ In particolare, secondo il pensiero dell'Autrice qui richiamata, la specialità pubblicistica non è l'unico modo di assoggettare il potere amministrativo a regole. Ed in questa prospettiva propone di costruire una "tecnica non speciale di sindacato considerando come sole regole utili (sul fronte della verifica della legalità del provvedimento) quelle che possono essere costruite in chiave di regole di comportamento rilevanti in chiave di conformità di diritto" (C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, 81). Secondo l'Autrice l'individuazione di una tecnica di sindacato diversa dall'eccesso di potere si sviluppa lungo due direttrici che attengono rispettivamente al fine pubblico del potere e alle (altre) regole che riguardano le modalità con cui il potere deve essere esercitato (*ibidem*). Quanto al primo profilo, il vincolo di scopo opererebbe come un qualunque limite esterno, in grado di rilevare non in quanto pubblico ma in quanto normativamente stabilito, e consentirebbe di verificare in sede giudiziale la possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concreto, individuato dal provvedimento, all'interesse pubblico astratto, individuato dalla norma. In questo senso, l'Autrice riconduce lo sviamento di potere al difetto della causa, sul presupposto che il fulcro della valutazione causale è da rinvenirsi nella meritevolezza dell'interesse perseguito, che può a sua volta esprimersi in strutture tipiche o meno. Quanto al secondo profilo, l'Autrice ritiene che "le altre regole sulla discrezionalità attengono alle modalità con le quali il potere deve essere esercitato e devono quindi ritenersi del tutto sganciate dall'interesse pubblico" (*ibidem*, 84). Si contesta quindi l'impropria assimilazione, in un'ottica unificante della figura dell'eccesso di potere, di fattispecie fra loro strutturalmente e concettualmente differenti: da un lato la figura di sviamento di potere, dall'altro le molteplici ipotesi 'sintomatiche' di eccesso di potere. Viceversa, alcune figure sintomatiche possono essere costruite come violazione diretta di norme a contenuto puntuale (cfr *infra* riflessioni sui confini mobili delle fattispecie oggetto di sindacato per eccesso di potere), altre possono invece essere ricondotte alla violazione di clausole generali "che la eventuale indeterminatezza della regola deve essere colmata (dal giudice) ricorrendo a standard di comportamento comunemente condivisi, "neutri", che non sono influenzati dall'interesse pubblico e rimangono pertanto nell'ambito di una verifica di stretto diritto" (*ibidem*, 85).

Tuttavia, si osserva come, al termine di queste stimolanti riflessioni rispetto alla possibilità di un sindacato 'alternativo', non si coglie fino in fondo se tale sindacato possa portare - e in caso se sempre e comunque - ad un'invalidità dell'attività provvedimentale connessa alla violazione della clausola di buona fede. In senso critico rispetto alla possibilità di riconoscere un sindacato alternativo basato sulle clausole generali si è mostrato F. SAIITA, *Il vizio di eccesso di potere*, cit., par. 9.

comportamento scorretto (e gli atti che ne sono espressione) sia anche illegittimo laddove la scelta dell'amministrazione non sia espressione di una reale esigenza pubblica o, comunque, non rappresenti il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

A ben vedere, questo meccanismo si pone in linea con quanto già da tempo avviene in materia di responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici⁵⁵⁵.

Detto diversamente, se la distinzione tra regole di validità e regole di condotta appare utile ad attribuire un'autonoma rilevanza sostanziale alla violazione del canone di buona fede, si ritiene che tale distinzione non possa comunque dirsi perfetta nell'ambito del diritto amministrativo⁵⁵⁶. Più precisamente, non convince la prospettiva, in cui pure sembra da ultimo porsi la giurisprudenza amministrativa⁵⁵⁷, che configura le due alternative come mutualmente escludenti.

Invero, occorre rammentare che è proprio il sindacato sull'eccesso di potere ad imporre una valutazione sulle modalità dell'azione discrezionale dell'amministrazione ed a prevedere che laddove la scorrettezza si sia tradotta anche in un cattivo perseguimento dell'interesse pubblico (ecco qui la logica asimmetrica di cui sopra) si potrà avere un comportamento allo stesso tempo scorretto ed illegittimo.

In altre parole, la violazione di buona fede (e la lesione dell'affidamento) può costituire un *sintomo* di eccesso di potere⁵⁵⁸ ma la valutazione del comportamento dell'amministrazione in questo caso è essenzialmente volta a valutare se il comportamento scorretto si sia tradotto in un cattivo perseguimento dell'interesse pubblico e solo in questo caso si avrà un'invalidità. In questo senso, dunque, la dicotomia regole di validità/regole di correttezza non può dirsi perfetta giacché ci sono delle comportamenti scorretti che possono essere anche illegittimi ed in quanto tali tradursi in vizi di validità⁵⁵⁹.

Così come pure convincente pare la scelta – peraltro riconosciuta dalla giurisprudenza – di ammettere che laddove la scorrettezza, qui più spesso qualificata in termini di comportamento contrario ai principi di leale collaborazione, abbia impedito la corretta

⁵⁵⁵ Cfr sistema di varianti nel capitolo precedente e *infra* cap. IV, par. IV.

⁵⁵⁶ Sul punto taluna dottrina ha invero evidenziato come sia nell'ambito del vizio di violazione di legge che in quello dell'eccesso di potere rientrano pacificamente illegittimità discendenti dalla violazione di principi giuridici che impongono norme comportamentali all'amministrazione. E si è osservato come “gli stessi principi di imparzialità e buon andamento, che costituiscono il nucleo centrale attorno cui si snodano la maggior parte dei vizi di legittimità, si affermano come regole di condotta, la cui violazione può comportare l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi” (L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 235, sep par. 7). L'Autrice aveva peraltro sviluppato l'argomento più ampiamente già nella sua monografia *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, 2018, Jovene, Napoli, cui si rinvia in generale anche per i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. In tema si veda il lavoro di R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo*, cit., 149 ss.

⁵⁵⁷ Il riferimento è naturalmente ancora una volta a Cons. Stato, Ad. plen. 5 del 2018.

⁵⁵⁸ E sul punto si è osservato come “non di rado la lesione dell'affidamento è il nome che viene dato al vizio di eccesso di potere sotto il profilo della *sproporzione* della misura adottata” (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo, affidamento incolpevole*, cit.).

⁵⁵⁹ Sul punto si richiama anche la fondamentale obiezione avanzata da LORENZONI secondo cui, a differenza del diritto privato (in cui pure si scorgono crepe all'assolutezza del principio), il diritto amministrativo non conosca una tipizzazione chiara dei vizi di validità dell'atto, proprio in forza dell'esistenza del vizio per eccesso di potere, categoria complessa e multiforme, ma essenzialmente volto a valutare proprio le modalità di comportamento dell'azione amministrativa, quale causa di invalidità ed annullamento dell'atto.

partecipazione del privato o il corretto formarsi della decisione amministrativa, essa si possa tradurre in un vizio di legittimità dell'atto finale⁵⁶⁰.

IV.3.3. Considerazioni sul bene della vita

L'impostazione di autonomia dei piani fra la responsabilità per lesione, in presenza di un vizio di validità, di un interesse legittimo nell'ambito di una procedura (inclusa, come si vedrà nel prossimo capitolo, una procedura di evidenza pubblica) e quella derivante dalla violazione dei canoni comportamentali di buona fede e correttezza si correla ad un'ulteriore importante premessa concettuale, cui si è già indirettamente fatto riferimento nel corso della trattazione.

Questa premessa consiste nel porre un discrimine tra la lesione dell'interesse legittimo che si correla al bene della vita finale⁵⁶¹ ed impone la verifica della legittimità dei provvedimenti ed un giudizio di spettanza⁵⁶², anche solo in termini di *chances*, e la lesione del diritto a che l'amministrazione si comporti in maniera corretta nello svolgimento della propria attività, che implica la verifica della correttezza del contegno complessivamente tenuto dall'amministrazione ma non si correla al bene della vita finale.

Si è visto che la legittimità del provvedimento di autotutela esclude in radice il conseguimento (o la conservazione) del bene sostanziale⁵⁶³. E, quindi, secondo la nota ricostruzione operata dalla Cassazione, si esclude la lesione dell'interesse legittimo cui il bene della vita si correla⁵⁶⁴. Come è noto, la Corte, nella citata pronuncia, dopo aver

⁵⁶⁰ Sul punto si rinvia in particolare alle riflessioni di F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 172 ss. Un esempio interessante in questo senso – anche se si riscontra una casistica molto differenziata – attiene invero al compimento delle comunicazioni ex artt. 7 e 10 bis l. 241/1990. Per un'interessante rassegna si rinvia in particolare all'analisi di L. LORENZONI, *I principi di diritto comune*, cit., 207 ss.

⁵⁶¹ Per una riflessione generale sull'identificazione al bene della vita in rapporto all'interesse legittimo si veda, ex multis, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 313 ss e gli ampi riferimenti ivi contenuti; G. Greco, *Dal dilemma del diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenza interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479; id. *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 585; G.P. CIRILLO, *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1157; per i riflessi sul piano della tutela A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2021, 75 ss; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 369.

⁵⁶² Su tutti si vedano le ancora fondamentali riflessioni di G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 317.

⁵⁶³ E si ribadisce, sulla base di quanto precedentemente esposto, la legittimità è data essenzialmente dalla corrispondenza degli atti e dei comportamenti dell'amministrazione con le finalità di interesse pubblico. Si è quindi in presenza di comportamenti considerati scorretti ma non contrari all'interesse pubblico; *rectius* in cui la scorrettezza o la mancanza dell'amministrazione non ha inciso, *dal punto di vista dell'interesse pubblico*, sulla scelta finale.

⁵⁶⁴ Il riferimento è in particolare alla fondamentale ricostruzione operata in Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 11, 3201, con nota di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, 11, 3212, con nota di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti*; in *Foro it.*, 1999, 11, 3222, con nota di A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; in *Foro it.*, 1999, 11, 3226, con nota di E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo*; in *Dir. pubbl.* 1999, 487, con nota di A. ORSI BATTAGLINI, C.

affermato di voler superare la tesi che negava la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c., ha immediatamente chiarito che: "ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale". Ed ha conseguentemente stabilito il principio per cui:

"Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo"⁵⁶⁵.

I principi così espressi dalla Cassazione hanno finito per configurare, secondo formula ormai nota, una nuova dimensione sostanziale dell'interesse legittimo⁵⁶⁶ in cui il bene della vita assume un'assoluta centralità strutturale e che si definisce come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene⁵⁶⁷.

MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*; in *Gior. dir. amm.*, 1999, 9, 832, con nota di L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*; in *Corr. giur.*, 1999, 9, 1061, con nota di V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1376, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*; in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1268, con nota di C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*; in *Giur. it.*, 2000, 7, con nota di F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1108, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, par. 9.

⁵⁶⁶ Secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, accolta dalla giurisprudenza successiva (si veda in particolare la ricognizione operata sul punto dall'importante Cons. Stato, Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3) l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio. In quest'ottica si pongono quindi coloro che attribuiscono carattere 'sostanziale' all'interesse legittimo; su tutti G. GRECO, *Dal dilemma del diritto soggettivo-interesse legittimo*, cit.

⁵⁶⁷ Cfr. Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, cit. par. 3.1. In tale pronuncia emerge chiaramente come tanto la Cassazione, quanto la giurisprudenza successiva si mostri consapevole del fatto che "anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale".

Ed è sempre in questo senso che si parla di passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto⁵⁶⁸.

Lo sdoppiamento dei piani, dunque, presuppone - o piuttosto ammette la conservazione - di una determinata concezione dell'interesse legittimo⁵⁶⁹. Concezione che, peraltro, come detto, è tuttora assolutamente prevalente sia nell'ambito della giurisprudenza amministrativa⁵⁷⁰ che in quella civile⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Cfr., *ex multis*, G. GRECO, *Giustizia sull'atto e giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, 2, 36.

Nel dire che si svolge un giudizio sul rapporto, gli interpreti intendono soprattutto affermare che si valuta se sostanzialmente, al di là di possibili vizi dell'atto, al privato spetti o meno la pretesa sostanziale cui il vizio si correla. In altre parole, un giudizio sul rapporto implica la necessità di considerare come epicentro della valutazione non tanto la ricerca dell'eventuale errore nell'azione amministrativa, ma soprattutto l'accertamento della spettanza del bene della vita, con conseguente pieno accesso del giudice al fatto oggetto del rapporto controverso, non più limitato a quanto di esso traspare dallo schermo dell'atto impugnato. In questo senso si pone l'Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3 laddove afferma che: "Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata" (in termini anche *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 30 ottobre 2019, n. 7442).

Talvolta, tuttavia, si ha la sensazione che l'espressione venga piuttosto utilizzata per porre l'attenzione sulla condotta complessivamente tenuta dai soggetti nell'ambito, appunto, del rapporto amministrativo. Sul punto si è invece sottolineata la necessità di non confondere "il rapporto inteso come relazione fra potere precettivo e situazione giuridica che con il medesimo colloqui/si confronti ed il rapporto quale situazione finale risultante dall'esercizio di quel potere" (R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni*, cit., para 4).

⁵⁶⁹ Cfr. *infra* F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 310. Secondo l'Autore l'impostazione della Cassazione che riconduce la risarcibilità dell'interesse legittimo alla lesione del bene della vita non è corretta e rappresenta un tentativo improprio sul piano dogmatico di assicurare la nota 'rete di contenimento' rispetto alla preoccupazione del dilagare di risarcimenti. In particolare, come visto, secondo SCOCA: "la lesione dell'interesse legittimo, in quanto tale si ha, invece, in relazione al comportamento dell'Amministrazione, che sia lesivo dell'interesse ad avere un provvedimento tempestivo, che non sia ingiustificatamente sfavorevole, e la cui formazione risponda alle regole procedurali ed ai principi di correttezza e buona fede" (*supra*). Per un confronto fra la propria concezione 'strumentale' di interesse legittimo e quella 'sostanziale' proposta, *ex multis*, da G. GRECO, si veda in particolare F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 410 ss.

⁵⁷⁰ Così ad esempio il Consiglio di Stato, nella già citata sentenza 4674 del 15 settembre 2014 afferma come: "da ultimo, la giurisprudenza amministrativa abbia affermato la possibilità della configurazione di responsabilità precontrattuale della P.A. anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo. In particolare, la stessa si configura ove il comportamento della P.A., oltre ad essere illegittimo, sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita" (corsivo mio).

⁵⁷¹ La Cassazione ha nel tempo ribadito in termini più netti - ma non per questo meno controversi, cfr *infra* - che "deve distinguersi tra la lesione dell'interesse oppositivo o pretensivo, o anche della mera integrità patrimoniale del cittadino (quando l'interesse sia soddisfatto, seppure in modo illegittimo), dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio (silenzio inadempimento o rifiuto) dell'attività amministrativa, talché risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della p.a., l'interesse al bene della vita al quale la suddetta posizione soggettiva del privato si correla, che dà luogo a responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (cfr. la fondamentale Cass. Sez. Un. 500/1999; confermata, da ultimo, in Cass. 23170/2014; 11794/2015; Sez. Un. 17586/2015), dal danno derivante dalla violazione delle regole procedurali dell'attività amministrativa medesima. La lesione di tali regole, giacché riconducibile all'inadempimento del rapporto che si instaura in relazione all'obbligo imposto dalla normativa che regola il comportamento della p.a., assume, invero, un carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira" (Cass. n. 14188/2016). Secondo la Corte - che per questo arriverà a sostenere che la seconda forma di responsabilità sia da contatto sociale qualificato e da inscrivere nel paradigma contrattuale;

Non sono peraltro mancate, come in parte già anticipato, autorevoli voci che hanno criticato aspramente questa impostazione, rilevando come, il concetto di 'bene della vita' sia una creazione concettuale operata dalla Cassazione, per rispondere a precise esigenze di politica del diritto; creazione che ha finito col determinare una notevole complessità sistematica con cui poi si sono dovuti successivamente confrontare gli interpreti giungendo a forzature di cui, a ben vedere, anche lo sdoppiamento dei piani costituirebbe un esempio⁵⁷².

Peraltro, alcune impostazioni, più che escludere la sussistenza di un bene della vita di cui valutare la spettanza o meno, secondo i parametri fissati dalla Cassazione nel 1999, hanno piuttosto affermato che la posizione giuridica via via tutelata dalle diverse norme - o principi e clausole generali - andasse a costituire un *altro* autonomo bene della vita⁵⁷³. In particolare, ai fini che qui rilevano, si è affermata l'idea che, al di là dell'interesse finale all'aggiudicazione (e poi alla stipula del contratto), vi siano altri beni della vita, che si ricollegano all'obbligo generale di correttezza dell'agire della pubblica amministrazione⁵⁷⁴.

Il risultato ultimo è *comunque* quello di assicurare una rilevanza giuridica ed una tutela autonoma. Il vantaggio di queste posizioni è quello di consentire di mantenere fermo il principio per cui, per riconoscere un risarcimento, è comunque necessario un giudizio di spettanza - per come configurato dalla Cassazione rispetto agli interessi legittimi pretensivi - su di un bene finale; solo che cambia il bene finale preso in considerazione. Il rovescio della medaglia, tuttavia, è rappresentato dall'incerto moltiplicarsi delle posizioni e dei beni, essenzialmente per effetto di creazioni pretorie; ed altresì dalla confusione che finisce col generarsi fra il bene finale e la stessa posizione soggettiva ad esso correlata.

Alla luce di ciò, appare quindi preferibile aderire all'impostazione che prescinde dall'identificazione di un bene della vita in caso di responsabilità comportamentale. E questo soprattutto sulla base di una considerazione di ordine più generale: e cioè che l'individuazione di un bene della vita non pare rappresentare un'esigenza necessariamente connaturata alla tutela di qualsiasi posizione giuridicamente rilevante, ma è piuttosto, come visto, il risultato di un complesso meccanismo di bilanciamento previsto nell'ambito del

cfr *infra* para III.1. - tale impostazione è il frutto dell'entrata in vigore della l. 241 del 1990 sull'azione amministrativa e "della conseguente nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione" (*ibidem*).

⁵⁷² Cfr. in particolare F.G. COCA *L'interesse legittimo*, 296 ss; in termini critici anche A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, cit., 494 ss.

⁵⁷³ Sul punto si vedano ad esempio le riflessioni di D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Jovene, Napoli, 2008, 94 secondo cui i "diritti procedimentali" assicurano un diverso bene della vita per cui la loro violazione comporta la risarcibilità indipendentemente dalla spettanza o meno del beneficio finale cui il privato mira.

⁵⁷⁴ Così, con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, G.D. COMPORI, in *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche questa sconosciuta*, 213, richiama Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 che configura proprio un 'nuovo bene della vita' consistente nel diritto dell'operatore economico a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti. COMPORI si mostra particolarmente critico di tale impostazione, che amplia e anticipa le possibilità di impugnazione, in quanto rende "incerta ed incrementale la dinamica delle impugnative". (cfr, *ibidem*, p. 216). Più in generale l'Autore critica la tendenza della giurisprudenza amministrativa "ad operare in funzione di interessi formali e generali rispetto alla pretesa sostanziale all'aggiudicazione" (*ibidem*).

diritto amministrativo quale “rete di contenimento” avverso un eccessivo ampliamento della risarcibilità dell’interesse legittimo⁵⁷⁵.

Conseguentemente, nel momento in cui la posizione giuridicamente rilevante viene qualificata come diritto soggettivo, tale esigenza appare ridimensionata ed il problema diviene piuttosto quello di definire correttamente e con maggior determinatezza i confini della posizione giuridica che si ritiene lesa⁵⁷⁶.

IV.3.4. Sul rapporto con i meccanismi di sanatoria e con l’annullamento con facoltà di riesercizio del potere amministrativo

A conclusione si impongono alcune considerazioni circa gli effetti del meccanismo di sanatoria previsto dall’art. 21 octies, comma 2 l. 241/1990⁵⁷⁷ rispetto alla possibilità di configurare comunque un rimedio risarcitorio laddove si riscontri un comportamento contrario a buona fede.

Si è sovente ritenuto che in presenza di vizi che non alterino la valutazione in termini negativi circa la pretesa sostanziale del privato sia da escludersi la possibilità per la parte di conseguire un risarcimento⁵⁷⁸. Ed in questo senso risulta orientata la giurisprudenza prevalente⁵⁷⁹.

Tuttavia tale conclusione non pare pienamente condivisibile, né coerente con quanto affermato ormai pacificamente nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica (per cui si rinvia al capitolo successivo) posto che, proprio in ragione della riscontrata autonomia dei piani, può viceversa predicarsi la possibilità che la violazione procedimentale abbia comunque rappresentato una scorrettezza che vada a incidere sulla diversa e connessa posizione di diritto soggettivo del privato, a prescindere dalla circostanza che il privato non

⁵⁷⁵ Sul punto cfr. F. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 4, 531; F. G. COCA, *L’interesse legittimo*, cit., 313 ss. Per uno spunto di riflessione si veda V. NERI, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?* (13 settembre 2018) accessibile su giustizia-amministrativa.it.

⁵⁷⁶ Cfr. cap. IV, para II.

⁵⁷⁷ Meccanismo introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e recentemente modificato per effetto del d.l. n. 76/2020, convertito in l. 120/2020.

⁵⁷⁸ Per una ricostruzione delle diverse posizioni si veda L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell’attività amministrativa*, cit. 239 ss. e gli Autori ivi citati.

⁵⁷⁹ La giurisprudenza maggioritaria ha invero negato autonoma rilevanza, ai fini risarcitori, a violazioni formali e procedurali in assenza di un positivo giudizio di spettanza del bene della vita, sia rispetto ad ipotesi di interessi legittimi pretensivi che oppositivi. *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 con nota in *Urb. e app.*, 2003, 9, di F. MANGANARO *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi*; più di recente: Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2014, n. 38; id. 27 maggio 2014, n. 2708; id., 22 gennaio 2015, n. 252. Da ultimo si veda anche Cons. giust. amm., 17 ottobre 2022, n. 1050.

Sul tema in generale si veda, R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell’azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, 268 ss.

possa far valere con successo una pretesa sostanziale in termini di interesse legittimo, connessa alla lesione del bene della vita finale⁵⁸⁰.

In altre parole, pur a fronte dell'operatività del meccanismo di sanatoria dal punto di vista della validità dell'atto, dovrebbe residuare la possibilità di riconoscere un danno derivante dal comportamento scorretto della pubblica amministrazione⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Sul valore autonomo degli interessi procedimentali e sul rapporto di questi con l'interesse legittimo e con il bene della vita F. GAFFURI (*Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, 217) ha infatti sostenuto che "non sembra poi revocabile in dubbio che le disposizioni della l. 241/1990, relative alla partecipazione al procedimento mirano ad assicurare ai beneficiari delle posizioni di vantaggio, in esse definite, utilità distinte, seppur correlate, rispetto al bene della vita tutelato dall'interesse legittimo, e, quindi, svincolate dalla c.d. spettanza della pretesa finale, ovvero dell'interesse sostanziale che il destinatario del provvedimento confida di mantenere od ottenere con l'emanazione dell'atto".

Sul tema si veda anche S. TARULLO, *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 843; M. RENNA, A. SPEZZATI *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedimentali e di correttezza*, in *Giur.it.*, 2012, 12; per il riconoscimento di una valenza autonoma, in ottica risarcitoria, di comportamenti dell'amministrazione che si sono tradotti in vizi solo formali del procedimento senza che possa predicarsi con certezza la spettanza del bene finale, si rinvia altresì alle riflessioni di M. TRIMARCHI *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538) in *Foro amm. (C.d.S.)* 2009, 1, 149; che a sua volta rinvia in termini anche A. ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla "spettanza del provvedimento" alla "spettanza del comportamento"?* in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2004, 718-720; Sulla tutela solo risarcitoria delle illegittimità formali si vedano le riflessioni di F.G. SCOCA (che pure come visto accede ad una ricostruzione teorica parzialmente differente quanto alla posizione soggettiva che viene in gioco) che già in tempi risalenti sosteneva che "ove dovesse ritenersi utile introdurre nell'ordinamento la distinzione fra illegittimità formali e illegittimità sostanziali, si dovrebbe, come è stato opportunamente suggerito, escluderne per le prime la tutela costitutiva di annullamento lasciando la sola tutela risarcitoria" (in *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 27).

Per una prospettiva peculiare, volta a riconoscere natura di diritti fondamentali alle pretese procedimentali si veda L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova. L'Autore propone in particolare un parallelismo - più che con il modello negoziale, da altri invero proposto - con le garanzie processuali previste e tutelate dall'art. 24 Cost. in quanto "entrambe sono "procedure" e, quindi, apprestano garanzie secondarie a posizioni soggettive protette nell'ordinamento" (*ibidem*, 133) e l'amministrazione è parte imparziale del procedimento, così come il giudice è terzo nel processo fra le parti (qui l'Autore richiama il pensiero di F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, Milano 2006, I, 449). E muovendo da tale premessa afferma che le pretese procedimentali devono intendersi quale diritto fondamentale e, come tali, debbono trovare piena ed adeguata protezione per come esse si esprimono. Peraltro, occorre sottolineare come lo stesso Autore non tratti qualsiasi 'pretesa' allo stesso modo ma, in linea con le garanzie riconosciute a livello processuale, identifichi un nucleo fondamentale di pretese cui riconoscere tale rango: "le pretese fondamentali si collocano sul versante del (i) poter ottenere una decisione espressa e motivata dell'amministrazione rispetto alla propria richiesta, del (ii) poterla conseguire entro un termine predeterminato e (iii) del poter contraddire con l'organo nel corso della procedura di formazione della decisione" (*ibidem*, 132-133).

Per un interessante spunto sulla nozione di 'responsabilità procedimentale' delineata dall'ordinamento prima dell'intervento delle Sezioni unite e sulla sua evoluzione a seguito della pronuncia delle Sezioni unite del 1999 che ha introdotto, tramite il riferimento al bene della vita, una responsabilità di tipo sostanziale, si veda MICHELETTI, *Responsabilità dell'amministrazione e amministrativizzazione della giustizia amministrativa*, in *Il procedimento e le responsabilità*, cit., 241 ss.

⁵⁸¹ Sul punto si rinvia alle riflessioni di A. POLICE, *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni*, p. 47 secondo cui la disposizione legislativa introdotta nell'art. 21 octies "non fa altro che dequotare ai fini della responsabilità civile dell'amministrazione tutti i vizi derivanti da mero vizio del procedimento". L'Autore peraltro precisa come questa non fosse, a suo dire, l'intenzione dello studioso [Cerulli Irelli] che a tale modifica normativa ha contribuito ad introdurre nell'ordinamento e che invece, a suo

Invero, se si accede all'impostazione secondo cui la valutazione sul comportamento complessivo non è preclusa a fronte della riscontrata legittimità dell'atto finale (o della sequenza di atti), a maggior ragione tale valutazione non può dirsi preclusa laddove sia stata già positivamente riscontrata una qualche forma di violazione circa le modalità di svolgimento dell'attività pubblica⁵⁸². Ancora una volta gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di responsabilità dell'amministrazione sembrano fornire un valido spunto in tal senso⁵⁸³.

Ciò peraltro non sarà predicabile automaticamente per ogni violazione ed in ogni caso, in una sorta di responsabilità *in re ipsa*⁵⁸⁴, ma richiederà comunque, sulla scorta degli orientamenti raggiunti in materia di responsabilità precontrattuale ed, ancor più significativamente, in materia di danno da ritardo⁵⁸⁵, la verifica dell'elemento soggettivo delle parti coinvolte e del danno derivante dalla violazione stessa⁵⁸⁶.

dire intendeva solo "che non si provocassero annullamenti provvedimenti a fronte di vizi solo formali, nelle ipotesi in cui il risultato sostanziale dell'agire legittimo sarebbe stato il medesimo". Tuttavia, osserva l'Autore: "l'effetto collaterale è stato più grave di quello principale, perché di conseguenza si sono dequotati tutti i vizi procedurali" (*ibidem*).

⁵⁸² In particolare, chi configura la responsabilità relazionale da comportamento finisce per far discendere questa conclusione direttamente dal fatto che le regole ex art. 241 del 1990 configurano parallelamente un insieme di autonome obbligazioni di protezione ed informazione e che quindi, ove violate, danno luogo ad una responsabilità autonoma, discendente dalla violazione di tali obbligazioni.

Peraltro, si è consapevoli che questa non sia l'impostazione attualmente adottata dalla giurisprudenza che - quasi senza avvedersi di quanto affermato qualche anno prima (cfr. Ad. plen. 5 del 2018, cfr. *infra* cap. IV, para I) nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, ha recentemente ribadito l'irrisarcibilità *tout court* di qualsiasi violazione di interessi procedurali proprio in quanto, rispetto a questi non viene in rilievo un giudizio di spettanza del bene finale; cfr. sul punto in particolare Cons. Stato, Ad. plen. n. 7 del 2021 e le riflessioni critiche di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?* in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 143.

⁵⁸³ Cfr. ancora il sistema di varianti ed in particolare il principio più volte affermato, sia pure quasi esclusivamente nell'ambito di procedure di evidenza pubblica, secondo cui la valutazione sul comportamento è stata riconosciuta sia in presenza di atti legittimi che illegittimi (cfr. cap. II, par. IV e cap. IV, par. I).

⁵⁸⁴ In questo senso pertanto si esclude che il risarcimento possa discendere in modo automatico dalla violazione di quella che viene inquadrata come un'obbligazione accessoria e ricondotta al modello di responsabilità contrattuale. Le principali impostazioni contrarie al riconoscimento di una posta risarcitoria in queste ipotesi, a prescindere da un giudizio sulla spettanza del bene muovevano, invero, proprio da tale preoccupazione, che diveniva più sentita laddove si andava a inquadrare tale tipo di responsabilità nel modello contrattuale (soprattutto tramite il rinvio alla figura del contatto sociale qualificato) e così si finiva col prescindere da una verifica (e specularmente da una dimostrazione) del danno sofferto. In questo modo, si è contestato, "si rischierebbe di riaprire la strada alla tutela risarcitoria, prescindendo non solo dall'elemento della colpa, ma dallo stesso danno, con un automatismo che finisce per dare maggior importanza alle pretese partecipative, piuttosto che agli interessi sostanziali" (R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno*, cit., para 3; il quale a sua volta riprende il pensiero di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, 415 ss.). In senso critico si veda anche E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18.

⁵⁸⁵ Cfr. cap. IV, par. VII.

⁵⁸⁶ In questo senso si condivide pienamente l'opinione di CHIEPPA, secondo cui "non si vuole negare la possibilità che il privato subisca un danno, non collegato al bene della vita, ma si nega che tale danno possa essere riconosciuto in via automatica, o quasi, senza una rigorosa valutazione del danno stesso e del suo rapporto di causalità con la regola procedimentale violata" (R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno*, cit., para 3). E parimenti ci si avvede della circostanza messa in rilievo dall'Autore secondo cui "un generalizzato riconoscimento della tutela risarcitoria, fondato sulla mera violazione delle regole procedurali, incapperebbe nell'impasse costituita dalla difficoltà di quantificare il danno conseguente alla violazione delle norme procedurali, con il rischio che il ricorso a criteri equitativi possa condurre ad un tipo di tutela più

Le medesime conclusioni si ritengono in linea di principio estensibili anche laddove il provvedimento venga annullato, ma con salvezza di riesercizio del potere discrezionale dell'amministrazione. Anche in questo caso, la giurisprudenza in materia di procedimenti amministrativi 'classici' è orientata nel senso di escludere una posta risarcitoria, dal momento che non viene in rilievo un giudizio di spettanza⁵⁸⁷.

Tuttavia, sempre in linea con il principio di autonomia tra invalidità dell'atto e scorrettezza del comportamento, pare doversi ammettere la possibilità di configurare una posta risarcitoria a fronte del già riscontrato danno derivante dalla scorrettezza comportamentale, pur a fronte del libero riesercizio del potere⁵⁸⁸. Di nuovo, gli approdi giurisprudenziali in materia di responsabilità precontrattuale sembrano confermare questa impostazione⁵⁸⁹.

IV.4. Buona fede, colpa e responsabilità

Una delle principali obiezioni all'applicabilità del canone di buona fede all'attività delle amministrazioni consisteva, come si è visto, nell'impossibilità di predicare un atteggiamento doloso rispetto ad un soggetto istituzionalmente preposto alla cura degli interessi della collettività. D'altro canto, la verifica in generale di una rimproverabilità soggettiva comportava problemi non indifferenti in ordine all'onere probatorio e suscitava, altresì, il timore di un'invasione del sindacato del giudice nel merito amministrativo.

Peraltro, questo problema si poneva in termini più generali anche rispetto alla possibilità di predicare qualsiasi tipo di responsabilità (almeno a titolo di colpa) in capo alla pubblica amministrazione⁵⁹⁰.

vicina alla logica dell'indennizzo che a quella del risarcimento" (*ibidem*). Sul punto cfr anche *infra* cap. successivo.

⁵⁸⁷ Principio da ultimo ribadito anche dalla più volte citata Ad. plen. n. 7 del 23 aprile 2021, per cui: "secondo un orientamento risalente di questa Adunanza plenaria, mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento sulla fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante" (par. 12; a sua volta rinviando ai principi espressi nella Adunanza plenaria 3 dicembre 2008, n. 13).

⁵⁸⁸ Cfr. in particolare la *ratio decidendi* del caso n. 6 della rassegna giurisprudenziale del capitolo secondo.

⁵⁸⁹ Così ad esempio il Consiglio di Stato, nella già citata sentenza 4674 del 15 settembre 2014 afferma come: "da ultimo, la giurisprudenza amministrativa abbia affermato la possibilità della configurazione di responsabilità precontrattuale della P.A. anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo. In particolare, la stessa si configura ove il comportamento della P.A., oltre ad essere illegittimo, sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita".

⁵⁹⁰ Ed infatti rispetto alle ipotesi (già storicamente riconosciute) di responsabilità extracontrattuale della p.a. per lesione di diritti soggettivi, si finiva con identificare la colpa con l'illegittimità dell'atto; i.e. la colpa sarebbe *in re ipsa* (cfr. Cass. n. 884/1961; n. 814/1967; n. 16/1978; n. 5361/1984; n. 3293/1994; n. 6542/1995). In dottrina si vedano le riflessioni di R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993, 116 ss. L'Autore in particolare osserva come tale impostazione fosse dovuta, al di là delle difficoltà di imputazione, al timore del giudice ordinario sulla discrezionalità della pubblica amministrazione (*ibidem*, 117). Emblematico il passaggio di una pronuncia della Cassazione in cui, dopo aver

Il punto di svolta si è avuto, come noto, per effetto della fondamentale sentenza n. 500/1999, in cui la Cassazione ha in generale riconosciuto la risarcibilità delle posizioni di interesse legittimo, anche pretensivo, della p.a., inquadrandola nel modello di responsabilità aquiliana. In particolare, ai fini che qui rilevano, si è in quella sede affermato che:

“la colpa (unitamente al dolo) costituisce (...) componente essenziale della fattispecie di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all'ipotesi dell'attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. ..., non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma alla P.A. intesa come apparato.”⁵⁹¹.

In tale pronuncia, pertanto, si afferma il duplice principio per cui, da un lato, sia necessaria la sussistenza - e soprattutto la dimostrazione - di una rimproverabilità (almeno) in termini di colpa in capo al soggetto pubblico, non potendosi più presumere che essa discenda direttamente dall'illegittimità dell'atto e, dall'altro, che il parametro della colpa debba esser visto e valutato non con riferimento al singolo funzionario agente, ma rispetto all'amministrazione come apparato⁵⁹².

richiamato appunto le difficoltà di individuare “eventuali colpe o negligenze ...senza un'indagine sull'azione amministrativa” che resta preclusa al giudice ordinario, si afferma che “non si vede [...] come l'esecuzione volontaria di un atto amministrativo, illegittimo per violazione di legge e che abbia inciso su un diritto soggettivo, possa non integrare, di per sé, gli estremi della colpa, anche in ipotesi lieve, specie se riferita direttamente ad una struttura pubblica, organizzata e qualificata per agire, nella sua attività vincolata, secondo il diritto” (Cass. Sez. Un., 22 ottobre 1984, n. 5361, in *Resp. civ. prev.* 1985, 652, in partic. 655). Tale riferimento appare particolarmente interessante anche perché sembra udirsi il richiamo di una certa visione del ruolo e dell'“impegno” richiesto all'operatore pubblico sostanzialmente ripreso da una certa lettura che attualmente dà nell'ambito della c.d. teorica del contatto sociale qualificato.

In generale, sul tema si rinvia anche alle riflessioni di F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 1 ss; F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale*, in *Dir. amm.*, 2008, 78.

⁵⁹¹ Cass., Sez. Un., n. 500/1999, para 11. Per i commenti a tale pronuncia si rinvia a nota *supra*.

⁵⁹² Vale la pena segnalare come (anche) questo secondo profilo non sia un'invenzione nuova della pronuncia del 1999, ma fosse già presente da tempo nelle riflessioni della dottrina e di una certa giurisprudenza. Così in particolare la Cassazione aveva osservato - con ciò distaccandosi dalla posizione assunta invece poco prima dalle Sezioni unite (cfr nota sopra Cass., Sez. Un., 22 ottobre 1984, n. 5361) - che se “nell'ipotesi di attività provvedimentale della pubblica amministrazione perché sussista la responsabilità civile della stessa è richiesta non solo la violazione di un diritto soggettivo del privato attraverso un atto o un provvedimento amministrativo ed il nesso di causalità tra l'atto stesso ed il danno subito dal privato, ma anche l'elemento soggettivo del dolo e della colpa previsto e richiesto come elemento indefettibile dalla clausola generale di responsabilità contenuta nell'art. 2043 cod. civ.”, tuttavia “in tali casi il privato non dovrà provare anche la colpa dei singoli funzionari, potendo limitarsi a fornire la prova della colpa della pubblica amministrazione, la quale può consistere sia nella violazione delle regole di comune prudenza, dando luogo ad attività

Quanto al primo profilo, si è ritenuto che la previsione del requisito della colpa abbia rappresentato (una delle)⁵⁹³ modalità con cui la Cassazione ha assicurato la nota 'rete di contenimento'⁵⁹⁴. E si può aggiungere che questa impostazione sia stata confermata sia, nel complesso, dalla giurisprudenza successiva⁵⁹⁵ che, poi, dal dato normativo offerto dall'attuale codice del processo amministrativo (art. 30 c.p.a.)⁵⁹⁶.

Le Sezioni Unite, nella pronuncia del 1999, hanno altresì cercato di chiarire in cosa consista questa 'colpa di apparato', ritenendola in particolare configurabile laddove l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo siano avvenute "in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità"⁵⁹⁷.

provvedimentale negligente o imprudente, sia nella violazione di leggi e regolamenti alla cui osservanza la stessa pubblica amministrazione è vincolata dovendo osservare i principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento prescritti dall'art. 97 Cost" (Cass., 24 maggio 1991, n. 5883, con nota di R. CARANTA, *Colpa e responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività provvedimentale: la "faute de service" conquista la Cassazione* in *Resp. civ. prev.* 1992, 247 ed altresì nota di R. MARONE, *Un ulteriore passo in avanti nell'identificazione della responsabilità della Pubblica amministrazione* in *Corr. giur.*, 1991, 1081).

⁵⁹³ Per l'analisi sull'ulteriore effetto di contenimento rappresentato dall'individuazione della lesione sostanziale al bene della vita quale presupposto per l'azione risarcitoria cfr *infra*.

⁵⁹⁴ Sul punto si vedano le riflessioni - svolte, per così dire 'in tempi non sospetti' - di R. CARANTA, secondo cui: "... proprio nel momento in cui si prospetta un ampliamento dell'area dell'illecito degli enti pubblici proprio nel settore dell'attività giuridica non può non imporsi una rimeditazione della questione, anche per verificare se un ritorno alla valorizzazione dell'elemento soggettivo non possa costituire un'utile contropinta o quantomeno un limite all'accresciuta responsabilità" (*ult. op. cit.*, 117). In termini ancora più netti si è affermato che "occorre, in sostanza, recuperare sul versante della colpa, quello che si cede sul versante dell'ingiustizia" (P.G. MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043 c.c.: la fine di una regola?* in *Danno e resp.*, 1997, 557).

In una prospettiva più critica si è osservato, proprio in riferimento alla svolta operata dalla Cassazione con la decisione n. 500/1999 ed all'introduzione di una sorta di rete di contenimento rispetto all'estensione dell'area delle situazioni risarcibili, che: "Mentre nel diritto civile l'analisi sulla colpa si è inscritta in una traiettoria di rafforzamento della posizione della vittima, nel diritto amministrativo pare invece che essa sia stata funzionale a un irrigidimento delle prerogative del danneggiante" (F. Fracchia, cit. 37). Secondo l'Autore questo è un versante sul quale risulta importante porre in essere uno sforzo interpretativo "correttivo".

⁵⁹⁵ Sul fatto che non ogni illegittimità comporti il risarcimento del danno ma occorra una valutazione complessiva (ed ulteriore) sulla liceità del comportamento tenuto dalla p.a. si vedano in particolare le statuizioni contenute nella nota pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2011 (para 4): "Si consideri poi, a conferma della diversità e della non automatica sovrapposibilità delle regole di validità del provvedimento rispetto a quelle di liceità del fatto, che il danno non è di norma cagionato dal provvedimento in sé inteso ma da un fatto, ossia da un comportamento, in seno al quale rilevano anche le condotte precedenti e successive all'atto. In caso di fatto illecito non viene allora in rilievo una mera illegittimità del provvedimento in sé ma un'illiceità della condotta complessiva riguardo alla quale assume rilievo centrale il giudizio sintetico-comparativo di valore sull'ingiustizia del danno nonché la valutazione della rimproverabilità soggettiva del contegno". Queste riflessioni peraltro sembrano piuttosto rievocare i ragionamenti svolti a suo tempo da Giannini con riferimento alle procedure di evidenza pubblica, su cui cfr *infra* cap IV, para I.

⁵⁹⁶ Peraltro, occorre precisare come la norma in questione, nel disciplinare l'azione di condanna al risarcimento del danno, attribuisca rilevanza all'elemento soggettivo soltanto con riferimento all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, senza prendere espressamente posizione nelle altre ipotesi.

⁵⁹⁷ In generale, per un inquadramento del tema della colpa nella responsabilità della pubblica amministrazione, si rinvia al capitolo sulla responsabilità della pubblica amministrazione, di cui si è curata la revisione in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1582 ss.

Questa impostazione di fondo – peraltro mai sconfessata⁵⁹⁸ – si è rivelata portatrice di difficoltà interpretative che hanno portato la giurisprudenza ad una serie di adattamenti successivi. In particolare, si è rinvenuto il riferimento alla violazione dei principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione appare non poco ambiguo, attesa l'attitudine di quella violazione ad implicare l'illegittimità dell'atto e il rischio conseguente di sovrapporre (nuovamente) l'accertamento della colpa e la verifica dell'illegittimità dell'atto⁵⁹⁹.

Così come è stata evidenziata l'ambiguità del riferimento alla violazione del canone di buona amministrazione quale parametro da cui desumere la colpa dell'amministrazione, con il connesso timore per cui anche un provvedimento contrario a quel canone, e quindi solo inopportuno, possa essere posto a fondamento di un'azione di responsabilità in danno dell'amministrazione, con conseguente straripamento del sindacato giurisdizionale.

Per superare tali difficoltà interpretative gli interpreti hanno iniziato a rivolgere lo sguardo oltre i confini nazionali e si sono in particolare ispirati alla concezione obiettiva di colpa elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia in materia di responsabilità delle istituzioni dell'Unione, che degli Stati membri per violazione della normativa europea⁶⁰⁰, in cui essenzialmente l'elemento soggettivo di colpa o dolo viene sostituito con quello oggettivo di 'gravità della violazione'⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2020, n. 2528; id. Sez. III, 20 giugno 2019, n. 3799; id. Sez. VI, 28 giugno 2019, n. 4554; id. Sez. III, 24 maggio 2018, n. 3134; Cass., Sez. III, 6 dicembre 2018, n. 31567; Cass., Sez. I, 20 giugno 2018, n. 16196.

⁵⁹⁹ Cfr. in particolare le articolate argomentazioni in Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 1, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e di E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*.

⁶⁰⁰ Il riconoscimento di tale responsabilità è subordinato, nella giurisprudenza comunitaria, al riscontro di tre condizioni: violazione di una norma comunitaria che attribuisca una posizione giuridica di vantaggio in favore del privato, carattere grave e manifesto della violazione e nesso di causalità fra violazione e danno patito (cfr. *ex multis* Corte giust. UE 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93).

⁶⁰¹ Peraltro, la stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che la valutazione di gravità della violazione implica anche la formulazione di un giudizio di valore sulla rimproverabilità della condotta, da condursi in base a una serie di indici sintomatici, quali il grado di chiarezza e precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale attribuito all'autorità, il carattere intenzionale o meno della violazione, la presenza o meno di una giurisprudenza consolidata e, infine, l'eventuale novità della questione. Qualora, all'esito di tale esame, si dovesse evincere la scusabilità dell'errore in cui è incorsa l'amministrazione, andrebbe esclusa la responsabilità di quest'ultima per la violazione compiuta. Per un'ottima panoramica sui caratteri della colpa si veda il documento elaborato dal Parlamento europeo 'Action for Damages against the EU' e la giurisprudenza ivi richiamata, accessibile a [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI\(2018\)630333_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI(2018)630333_EN.pdf)

Un'importante chiarimento da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea sui caratteri rigorosamente obiettivi della colpa si è avuto in particolare in materia di responsabilità dei giudici nazionali, dapprima con la pronuncia Corte giust. UE 30 settembre 2003, causa C-224/01 *Kobler* e poi ancora nell'altrettanto nota pronuncia Corte giust. UE 24 novembre 2011, n. C-379/10 intervenuta sulla compatibilità della legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati (art. 2, l. 13 aprile 1988, n. 117) con il principio di diritto dell'Unione Europea di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto UE da parte degli organi giurisdizionali di ultima istanza. In tale pronuncia la Corte ha in particolare sostenuto che tale disciplina nazionale, nella parte in cui subordina la responsabilità dello Stato alla prova del dolo o della colpa grave dell'organo giudicante, si pone in contrasto con la detta ricostruzione comunitaria della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione Europea, ispirata a criteri rigorosamente oggettivi. Sul punto si rinvia, *ex multis*, all'analisi di A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE*

Si sono così iniziati ad applicare i parametri previsti dalla giurisprudenza europea anche alle ipotesi di violazioni di diritto interno compiute dall'amministrazione, ritenendo in particolare che la responsabilità dell'apparato possa configurarsi solo ove l'illegittimità del provvedimento sia stata cagionata da una grave violazione di norme giuridiche. La valutazione di gravità deve essere effettuata tenendo conto dei vizi che inficiano il provvedimento, delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento⁶⁰². E può essere invece esclusa laddove sia configurabile, il cd. errore scusabile⁶⁰³.

Tuttavia, anche l'applicazione rigorosa dei parametri europei si è prestata a rilievi critici, legati soprattutto alla scelta di escludere – in assenza di idonea base normativa sul punto – la responsabilità rispetto ad ipotesi di colpa solamente lieve⁶⁰⁴.

Di fatto, dell'impostazione europea, è stato nel tempo conservato soprattutto il meccanismo di 'obiettivizzazione' del parametro valutativo ed a questa tendenza si è accompagnata l'anzidetta inversione dell'onere probatorio legata alla dimostrazione dell'errore scusabile⁶⁰⁵. In quest'ottica, l'illegittimità dell'atto rappresenta un mero indice (grave, preciso e concordante) della colpa della P.A., da valutarsi in uno con altri fattori⁶⁰⁶; indice tanto più grave, preciso e concordante quanto più intensa, inspiegabile e non spiegata sia l'illegittimità in cui l'apparato è incorso.

La qualificazione dell'illegittimità quale indice presuntivo e dell'errore scusabile quale

24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice in *Giur. cost.*, 2011, 6 e da F. FABBRINI, *La responsabilità civile dei magistrati ed il diritto dell'UE*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 6, 626. Per un'analisi in generale si veda anche L. LORENZONI, *I principi di diritto comune*, cit., 243 ss.

⁶⁰² Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538. In termini Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2012, n. 3162.

⁶⁰³ In particolare quando la norma da applicare nel caso concreto mostra margini non lievi di ambiguità, prestandosi ad un'effettiva incertezza interpretativa, il giudice, individuata l'illegittimità dell'atto, potrà tuttavia ritenere che la diversa interpretazione seguita dall'amministrazione non giustifichi una valutazione di colpevolezza, sussistendo un errore scusabile dell'autorità; se, invece, la violazione appare grave e se essa matura in un contesto nel quale all'indirizzo dell'amministrazione sono formulati addebiti ragionevoli, specie sul piano della diligenza e della perizia, il requisito della colpa può dirsi sussistente. In questo senso si vedano in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2014, n. 3526; Cons. Stato, 20 maggio 2014, n. 2590; Cons. Stato 12 giugno 2012, n. 3444.

⁶⁰⁴ In termini Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261. Peraltro, sul punto, taluna dottrina ha osservato come nell'ambito del modello europeo il riferimento (ed il limite) alla violazione grave si giustificerebbe proprio in quanto tale modello non conosce la 'rete di contenimento' data dalla colpa; cfr. in particolare F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile della pubblica amministrazione*, cit., 36.

⁶⁰⁵ *Ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307; id. 18 novembre 2010, n. 8901; id. 8 aprile 2014, n. 1644. Peraltro, non sono mancate recenti pronunce che hanno interpretato restrittivamente il concetto di colpa dell'apparato, intesa (solo) come "la frontale, macroscopica, inescusabile violazione, da parte dell'Autorità, dei canoni di imparzialità, correttezza e buona fede (Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2017, n. 3283; Id., 4 luglio 2017, n. 3254).

⁶⁰⁶ Cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 909; id., Sez. III, 6 settembre 2018, n. 5228; id., Sez. IV, 28 maggio 2012, n. 3149 e Id., 10 luglio 2012, n. 4089. Nella medesima prospettiva si è espressa la Cass. civ., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29335, nella parte in cui afferma che il giudice "deve verificare se detto evento dannoso sia imputabile a responsabilità della p.a., considerando che tale imputazione non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento, richiedendosi, invece, una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa che, unitamente al dolo, costituisce requisito essenziale della responsabilità aquiliana e non può essere reputato sussistente *in re ipsa*".

fattore escludente ha inciso sul piano probatorio. Invero, pur non abbandonando la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità della p.a., la prevalente giurisprudenza amministrativa ha limitato l'onere probatorio del privato alla dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento, configurando una presunzione relativa di colpa⁶⁰⁷.

Il privato danneggiato potrà limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto amministrativo, presuntivamente indicativa della violazione di parametri che, nella generalità dei casi, sono sintomatici della sussistenza di una colpa del soggetto pubblico. Spetterà all'amministrazione dimostrare che l'illecito sia dovuto ad errore scusabile e non a sua colpa, ad es. in considerazione dell'assenza o dell'oscurità o della sovrabbondanza della normativa in materia, del repentino mutamento della stessa, dell'assenza di orientamenti giurisprudenziali univoci o della speciale complessità della questione⁶⁰⁸.

Occorre, poi, dare conto dell'impostazione giurisprudenziale, salutata con favore da certa dottrina, secondo cui il canone della colpa rispetto al quale valutare l'operato dell'amministrazione sarebbe non quello dell'uomo medio bensì la c.d. colpa professionale. In altre parole, sarebbe comunque richiesto all'amministrazione, in ragione della sua veste istituzionale e soprattutto della funzione pubblica che svolge, uno sforzo ulteriore, che si traduce in un canone di diligenza più elevato⁶⁰⁹.

In questa sede ci si limita a menzionare come poi il criterio della colpa, per effetto dell'intervento della Corte europea, ed in applicazione delle regole fissate nella Direttiva Ricorsi e trasposte a livello nazionale, sia stato espressamente espunto quale elemento costitutivo nel caso di responsabilità *provvedimentale* in materia di appalti. Con la conseguenza di introdurre sostanzialmente, in tale settore e per tali tipi di violazioni, una responsabilità di tipo obiettivo. Sul punto, non è peraltro superfluo precisare che la regola non ha investito direttamente invece proprio le ipotesi – qui al centro di indagini – di scorrettezze che si svolgono nell'ambito di una procedura di appalti ma che non si traducono in una legittimità di singoli atti amministrativi⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5907; id. 12 aprile 2018, n. 2197; id., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 114; id., Sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1810.

⁶⁰⁸ Cons. Stato., Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4195; id., Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258; id., Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384.

⁶⁰⁹ Il riferimento è in particolare a Cass, Sez. III, 6 ottobre 2015, n. 19883, in *Foro it.* 2016, I, 604, che dopo aver ribadito l'autonomia dell'accertamento della responsabilità rispetto all'annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, ha sostenuto la necessità di commisurare la colpa dell'amministrazione al più rigoroso parametro del professionista medio (che non è "mediocre", ma è "bravo": "ovvero serio, preparato, zelante, efficiente") di cui all'art. 1136, comma 2 c.c. Conseguentemente, per stabilire se una pubblica amministrazione abbia o meno tenuto una condotta colposa, occorre confrontare la condotta da questa concretamente tenuta con la condotta che, nelle medesime circostanze, avrebbe tenuto l'*homo eiusdem generis et conditionis*: vale a dire una pubblica amministrazione che: a) rispetta la legge (l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1); b) agisce in modo efficiente e senza inutili aggravii per i cittadini (l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, commi 1 e 2); c) non perde tempo, non si balocca e agisce a ragion veduta (art. 97 Cost.); d) è composta di funzionari preparati, efficienti, prudenti e zelanti (art. 98 Cost.)". Il principio è stato favorevolmente citato anche da Cass 12 maggio 2015, n. 9636 (caso n.9) che ha altresì richiamato alcuni precedenti in termini del giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. V, n. 1300/2007; id. Sez. IV, n. 5500/2004. Per un riscontro positivo in dottrina di tale pronuncia si rinvia in particolare a G.D. COMPORTI, *La responsabilità relazionale*, cit., 2020, 2532.

⁶¹⁰ Sia sul punto consentito il rinvio alle riflessioni già espresse altrove in *Responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?* in *Giur. it.*, 2021, 7, 1708.

Così brevemente ricostruito il panorama interpretativo con riferimento al canone della colpa laddove riferita ad una responsabilità di tipo *provvedimentale*, occorre a questo punto svolgere lo sguardo alla diversa – e qui centrale – ipotesi di responsabilità *da comportamento*. Molto dibattuta è la natura (ed il conseguente regime applicabile) di tale forma di responsabilità⁶¹¹.

Coloro che ritengono che essa vada ricondotta al modello contrattuale prescindono direttamente dall'indagine sull'elemento della colpa⁶¹² (e si è già detto che proprio il poter prescindere da questo profilo rappresenti una delle ragioni principali, seppure spesso non esplicitata, dell'adesione a tale impostazione).

Coloro che riconducono anche la responsabilità da comportamento nel modello extracontrattuale ritengono invece che il privato sia tenuto a dare dimostrazione del carattere colposo (o doloso) dell'agente pubblico⁶¹³.

Tuttavia, nel caso di valutazione della colpa nella fattispecie di responsabilità da comportamento scorretto non si può tuttavia non rilevare un problema di sovrapposizione fra il piano dell'elemento oggettivo (la condotta antigiuridica) e quello dell'elemento della colpa, specie laddove si cerchi di rifarsi più puntualmente alla definizione di colpa apparato definita a partire dalla sentenza n. 500 del 1999⁶¹⁴. In altre parole, la premessa della responsabilità da comportamento è già di dover compiere una valutazione complessiva del comportamento dell'agente che ne metta in risalto il carattere scorretto (o spesso anche solo non diligente) e questa indagine finisce con l'essere la stessa che si compie poi in riferimento all'elemento soggettivo della colpa d'apparato.

A ben vedere, si potrebbe argomentare che una obiettivizzazione (o piuttosto una sovrapposizione dei piani) si verifichi anche in relazione alla valutazione sul privato; e ciò specialmente in materia di appalti in cui anche il contraente privato è quasi sempre un ente giuridico e, pertanto, si possono configurare anche nei suoi confronti le stesse difficoltà di indagine dell'elemento soggettivo già viste in generale con riferimento all'amministrazione.

V. Sull' affidamento nell'ambito del diritto amministrativo

A questo punto si tratta di comprendere quali siano i caratteri propri dell'affidamento tutelato nei rapporti con la pubblica amministrazione⁶¹⁵.

⁶¹¹ Cfr *infra* par. VI.

⁶¹² Cfr ragionamento in Cass, ord. n. 8236 del 2020 presentato in par. V.4.

⁶¹³ Così si è espressa da ultimo l'Adunanza plenaria n. 5 del 2018; cfr. discussione *infra* in cap. IV, par. V.

⁶¹⁴ Così rileva anche R. RAVASIO, *Principi e regole d'azione non scritti. L'obbligo di buona fede e la responsabilità da contatto sociale qualificato*, cit. 90.

⁶¹⁵ Anche qui la letteratura è vastissima. Senza pretese di esaustività: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit; ID. *Affidamento (dir. pubbl.)*, in *Diz. dir. pubbl.* a cura di S. CASSESE, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006; S. ANTONIAZZI *La tutela del legittimo affidamento nei confronti della p.a.*, Giappichelli, Torino, 2005; M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 159; M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento* in M.A.

Vi è da dire innanzitutto che nell'ambito del diritto amministrativo l'affidamento tende, soprattutto in tempi recenti, ad acquistare l'aggettivo di 'legittimo'. Tuttavia, questa ulteriore connotazione non aiuta di per sé a chiarire il significato della nozione, né le sue eventuali peculiarità rispetto al modello civilistico⁶¹⁶. Al contrario l'uso spesso disinvolto del termine, specie in combinazione o in raffronto con il diverso aggettivo incolpevole, aumenta l'incertezza complessiva della materia, come si avrà modo di approfondire in questo e nei successivi paragrafi.

Il riconoscimento e la tutela dell'affidamento sono rimasti a lungo frutto di un'elaborazione frammentaria ed essenzialmente pretoria, a causa soprattutto della vista bocciatura dogmatica rispetto all'applicabilità della buona fede oggettiva all'attività amministrativa, posto che questa era a sua volta tradizionalmente intesa, almeno secondo una certa impostazione, come principio giustificativo per la tutela dell'affidamento del cittadino⁶¹⁷.

Come visto, di affidamento (peraltro non ancora qualificato in termini di 'legittimo') si è iniziato a parlare soprattutto a partire dagli anni '70, in seguito alle fondamentali riflessioni di MERUSI e, da allora, questo ha conosciuto un riconoscimento sempre più ampio,

SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, I ed, Giuffrè, Milano, 2015; id. *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, Giuffrè, 2008; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento* in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, II ed, Giuffrè, Milano, 2017; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999; A. TRAVI A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; F. TRIMARCHI BANFI F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto proc. amm.*, 2018, 3, 823; F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 93; D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, CEDAM, 2007 e spec. in tale opera il contributo di D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*.

Con particolare riferimento all'applicazione del principio nell'ambito del diritto tributario, l'unico e peculiare settore in cui il principio ha trovato da tempo una sua espressa codificazione nell'art. 10, l. 27 luglio 2000, n. 212, c.d. Statuto dei diritti dei contribuenti, si veda: *Affidamento (dir. trib.)*, in *Diz. dir. pubbl.* a cura di S. CASSESE, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006; S. CAPOLUPO, *Il principio del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Fisco*, 2019, 20, 1958, commento alla L. 27-07-2000, n. 212, Art. 10; E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2001; G. PETRILLO, *Il doppio limite posto dall'affidamento legittimo nei confronti del legislatore e dell'attività amministrativa in materia tributaria*, in *Dir. e prat. Trib.*, 2005, 287 ss.

Il principio di legittimo affidamento conosce poi ampie e complesse applicazioni anche rispetto all'attività legislativa, aspetto che tuttavia esula dall'oggetto della presente indagine e per il quale si rinvia in generale a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., in particolare cap. I 'Affidamento del cittadino e principi costituzionali', 3 ss; per un'analisi più recente e ricca di riferimenti bibliografici si veda F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁶¹⁶ Si può argomentare che l'utilizzo dell'aggettivo costituisca piuttosto il frutto della traduzione della nozione di 'legitimate expectation', che è il termine con cui viene definito l'affidamento nell'ambito del diritto europeo (cfr *infra*) ed in cui il termine 'legitimate' deve piuttosto intendersi come 'meritevole di tutela', a prescindere da profili di legittimità o meno dell'atto che ha dato origine all'affidamento. In questo senso, pertanto, si può osservare come la connotazione dell'affidamento come legittimo sia emersa soprattutto - ma non in maniera esclusiva, né organica - con riferimento ai provvedimenti di autotutela e specialmente a seguito della loro positiva codificazione negli artt. 21 quinquies e nonies l. 241/1990.

⁶¹⁷ In questi termini si esprimeva MERUSI: "l'affidamento è una situazione giuridica soggettiva preliminare ed autonoma rispetto al principio di buona fede, ma la sua tutela è assicurata dall'esistenza di tale principio" (F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 35). Sulle criticità di una simile affermazione dal punto di vista dell'individuazione della posizione soggettiva si rinvia all'analisi *infra*.

anche a livello costituzionale e oggi si rinviene, sia pure spesso implicitamente, quale principio ispiratore di diversi istituti e meccanismi del diritto amministrativo italiano⁶¹⁸.

Tuttavia, esso sconta ancora la mancanza di una originaria disciplina generale⁶¹⁹, la tradizionale molteplicità di vedute circa l'origine e la *ratio* del principio stesso e la persistente vaghezza su alcuni aspetti pur fondamentali, tra cui in particolare l'oggetto stesso dell'affidamento e la sua qualificazione in termini di principio o piuttosto di situazione soggettiva autonoma.

Con riferimento all'individuazione del principio ispiratore, si contendono tradizionalmente il campo due impostazioni⁶²⁰: una che riconduce la tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo ad un principio generale di buona fede, secondo logiche e tradizioni comuni al diritto privato⁶²¹; un'altra che, rifacendosi piuttosto all'elaborazione operata dall'ordinamento tedesco (cfr *infra*), richiama ragioni proprie dell'attuale Stato di diritto e la necessità di assicurare il rispetto dei canoni di certezza e sicurezza giuridica⁶²².

È interessante notare come mentre taluna dottrina ritiene che tra le due posizioni non ci sia un'ontologica incompatibilità, ma piuttosto una reciproca integrazione e allineamento di obiettivi⁶²³, secondo altra impostazione, invece, si tratta di "uno scontro ideologico fra due diverse concezioni del mondo giuridico contemporaneo"⁶²⁴, in quanto la riconduzione del principio dell'affidamento ad una impostazione piuttosto che ad un'altra finisce col dare proprio una diversa lettura del ruolo dell'affidamento e dell'ambito di operatività dello stesso. Secondo quest'ultima impostazione, nel primo caso l'affidamento potrebbe trovare tutela solo nei limiti in cui sia individuabile un precedente atto (o comportamento) generatore di aspettative di certezza e stabilità di un dato assetto giuridico; nel secondo caso, invece, l'affidamento si ricollegerebbe piuttosto ad un generalizzato obbligo di agire

⁶¹⁸ M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit. 132 ss.

⁶¹⁹ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 122.

⁶²⁰ Al netto di una evidente maggior complessità di posizioni; per una panoramica A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., 261 ss.

⁶²¹ In questo senso si sono sviluppate le riflessioni di MERUSI. Si vedano anche le riflessioni di D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 759 ss.

⁶²² Lo stesso MERUSI afferma che si contendono il campo due tesi: "una che riconduce la tutela dell'affidamento al principio della buona fede oggettiva, norma non scritta che sarebbe vigente anche nel diritto pubblico e che avrebbe uno spettro di applicabilità che non si esaurirebbe nella tutela dell'affidamento; l'altra, più ristretta, che riconduce la tutela delle aspettative generate nella controparte dall'esigenza di certezza nei rapporti giuridici che caratterizzano lo Stato di diritto" (F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1197).

⁶²³ Così TRAVI, secondo cui: "questi due orientamenti introducono prospettive e tradizioni culturali differenti, ma le soluzioni che prospettano, per i profili inerenti ai rapporti con la pubblica amministrazione, risultano ampiamente sovrapponibili". Conseguentemente si ritiene opportuna una rappresentazione "non in termini di una reale contrapposizione, ma piuttosto come prospettive complementari, che non si contraddicono ma si arricchiscono reciprocamente" (A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2018, 1, cit., 125).

In termini affini, altri Autori hanno comunque sottolineato come l'individuazione - e la presa di posizione circa il principio ispiratore a monte - non sia molto significativo ai fini della ben più pregnante indagine circa i caratteri dell'affidamento legittimo e soprattutto delle sue modalità di tutela. Così, D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit., 2 ss.;

⁶²⁴ F. MERUSI, *Affidamento*, cit., 145. Si vedano sul punto anche le riflessioni di D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento*, cit.

correttamente, a prescindere dalla sussistenza di puntuali precedenti comportamenti, in forza dell'idea che l'obbligo di buona fede abbia una sua valenza precettiva ed integrativa diretta. Parimenti, secondo questa impostazione, diverso sarebbe anche il ruolo del giudice che ne valuta l'applicazione⁶²⁵.

Osservando attentamente si nota che la prima linea di pensiero ha ispirato l'elaborazione del principio a livello europeo ed altresì la disciplina vigente in materia di autotutela amministrativa; mentre la seconda linea di pensiero si ritrova, storicamente, nello sviluppo della tutela dell'affidamento nelle procedure di formazione dei contratti pubblici e può dirsi altresì ispiratrice della recente giurisprudenza della Cassazione in tema di 'affidamento incolpevole'. La seconda linea di pensiero sembra inoltre consentire un coordinamento più coerente con il generalizzato - e più ampio - riconoscimento del canone di buona fede all'attività amministrativa.

A ben vedere, dunque, le due impostazioni coesistono nel nostro sistema, in maniera non pienamente armonica. E si ha la sensazione che la giurisprudenza tenda talvolta a fare un uso disinvolto, o piuttosto inconsapevole, di entrambe le linee di pensiero senza arrivare a ravvisare il 'contrasto ideologico di fondo' (richiamando spesso il canone di buona fede laddove non sarebbe altrimenti direttamente individuabile un atto o un comportamento, foriero di una stabile e definitiva aspettativa giuridica).

Questa dualità si riflette altresì sull'identificazione dell'*oggetto dell'affidamento*; aspetto che, a parere di chi scrive, tuttora costituisce uno dei nodi problematici della questione⁶²⁶.

Come in parte già visto e come si avrà ancora modo di approfondire, si parla talvolta di affidamento sulla *correttezza* del comportamento di un certo soggetto; altre volte di affidamento sulla *stabilità* o sulla *legittimità* di un certo atto (o di una certa inerzia significativa) da cui è derivato il prodursi di una certa situazione giuridica; altre volte ancora di affidamento sulla (*aspettativa* di) una positiva conclusione di un contratto o di un provvedimento o, visto da un altro punto di vista, sulla *coerenza* di un dato comportamento rispetto a quanto fatto in precedenza. A tutto scapito della chiarezza e prevedibilità del sistema nel suo complesso.

Si tratta di soluzioni ben diverse fra loro che riflettono una diversa percezione su quale sia l'elemento su cui il privato, che entra in rapporto con l'amministrazione, può riporre la propria fiducia e, conseguentemente, vedersi riconoscere una tutela laddove tale affidamento risulti tradito.

Tuttavia, per comprendere sino in fondo il senso di tali osservazioni, si impone ora un approfondimento sia del dato normativo, che, soprattutto, dell'interpretazione che ne viene data.

Al pari di quanto visto nell'ambito del diritto privato, manca una definizione legislativa puntuale ed unitaria del legittimo affidamento, posto che lo stesso non rientra tra i principi

⁶²⁵ F. MERUSI, *Affidamento*, cit., *ibidem*.

⁶²⁶ Sul punto, cfr in particolare le stimolanti riflessioni di D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit.

espressamente codificati né a livello costituzionale, né all'interno della legge sull'attività amministrativa⁶²⁷.

Nondimeno, tanto gli interpreti quanto la giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere - almeno sul piano delle affermazioni programmatiche e di principio - che lo stesso rientri a pieno titolo fra i canoni dell'azione amministrativa e che, anzi, lo stesso debba intendersi quale principio di rango costituzionale⁶²⁸. Simili affermazioni si pongono in naturale parallelismo con il riconoscimento della buona fede quale principio cui sono sottoposti anche i rapporti della pubblica amministrazione e che trova il proprio fondamento altresì in previsioni di rango costituzionale.

Come è noto, un espresso riferimento al principio di legittimo affidamento era stato inserito nel testo di riforma della legge sull'azione amministrativa, salvo infine essere espunto nella versione definitivamente approvata con la l. 15/2005, preferendo riconoscere un'operatività dello stesso attraverso il richiamo indiretto ai "principi dell'ordinamento comunitario"⁶²⁹.

Così ad oggi, al di là della riconosciuta valenza costituzionale⁶³⁰, e senza che sia, per altro verso, mai venuta meno quella dualità di posizioni circa l'origine del principio ed, in particolare, circa la riconduzione dello stesso ai principi civilistici di buona fede oggettiva o piuttosto di sicurezza giuridica, l'operatività del principio di legittimo affidamento nell'ordinamento italiano viene generalmente ricondotta all'elaborazione dello stesso offerta dal diritto dell'Unione Europea ed, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Così come avvenuto per altri principi giuridici, su tutti quello di proporzionalità⁶³¹, il principio del legittimo affidamento si rivela il frutto di un 'movimento circolare'⁶³², che trae la propria origine nell'elaborazione fornita all'interno dell'ordinamento tedesco, viene poi assorbito e rielaborato a livello europeo ed infine, tramite il citato rinvio operato dall'art. 1 l. 241/1990, penetra nell'ordinamento italiano.

⁶²⁷ Con l'unica, già citata, peculiare eccezione dell'art. 10 dello Statuto dei contribuenti in materia di diritto tributario (cfr *supra*).

⁶²⁸ Cfr. le riflessioni A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino*, cit. 1 ss. e la giurisprudenza ivi richiamata, che riconduce generalmente l'affidamento all'art. 3 Cost; che, vale la pena ricordare, costituisce altresì la base costituzionale del principio di ragionevolezza. È interessante notare che il principio di buona fede oggettiva, che secondo una diffusa impostazione (cfr *supra*) costituisce il fondamento giuridico dello stesso affidamento, anche e prima di tutto in ambito privatistico, viene generalmente ricondotto piuttosto all'art. 2 Cost.

⁶²⁹ Come risulta dai lavori della Commissione Affari Costituzionali che ha discusso il testo definitivo, la soppressione del riferimento espresso al principio di legittimo affidamento non per una mancata condivisione del contenuto, bensì perché si tratterebbe di principi già affermati, sia pur indirettamente, attraverso il richiamo a quelli dell'ordinamento dell'Unione Europea (cfr. M.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio di legittimo affidamento*, cit., 161).

⁶³⁰ Rilevante soprattutto prima della modifica legislativa della l. 15/2005.

⁶³¹ Su tutti, si veda D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 389 ss; per una rimediazione recente dell'Autrice si vedano anche *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione europea)* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 903 e da ultimo *The EU principle of proportionality and judicial review: its origin development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 5-6, 619.

⁶³² Sul punto, *ex multis*, D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit.

Il che, tuttavia, impone di osservare più da vicino quali siano effettivamente i caratteri dell'affidamento secondo la giurisprudenza della Corte europea e, prima ancora, nell'ambito del diritto tedesco⁶³³. Si avrà così modo di constatare le differenze esistenti, al di là dei generici richiami, tra quanto previsto nell'ambito dell'ordinamento tedesco ed europeo e la rielaborazione offerta dall'ordinamento nazionale, in particolare negli istituti di autotutela di annullamento e revoca.

V.1. *L'affidamento nell'ordinamento tedesco (Vertrauensschutz)*

Il principio dell'affidamento conosce la prima e più compiuta sistematizzazione e riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento tedesco⁶³⁴. In tale contesto, esso acquisisce ruolo e dignità di principio generale ed autonomo, che si contrappone, ed allo stesso tempo si completa, con il principio di legalità e che insieme ad esso indirizza il corretto svolgimento dell'attività amministrativa⁶³⁵. Non viene dunque visto come un correttivo eccezionale al principio di legalità⁶³⁶, ma piuttosto come un principio autonomo di pari rango, destinato a confrontarsi con questo in un'ottica di bilanciamento, svolta sulla base di un giudizio di proporzionalità.

Secondo la ricostruzione operata nell'ordinamento tedesco, esso trae il proprio fondamento dal principio di sicurezza giuridica (*Rechtsstaatsprinzip*), sebbene, come osservato da un'attenta dottrina, esso acquisisce un proprio grado di autonomia anche rispetto a quest'ultimo, posto che, a differenza del principio di certezza giuridica che si svolge nell'ambito di una valutazione esclusivamente obiettiva, il principio di affidamento, per come elaborato, si connette invece ad una prospettiva di diritto soggettivo⁶³⁷.

⁶³³ Non è un caso che la più attenta dottrina, proprio mentre la Corte europea muoveva i primi passi di elaborazione autonoma del principio nell'ambito della propria giurisprudenza, concentrasse lo sguardo all'elaborazione fornita nell'ordinamento tedesco. Il riferimento è ovviamente a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.

⁶³⁴ La nozione comincia a manifestarsi in nuce già in epoca weimariana e si sviluppa compiutamente a partire dal secondo dopoguerra. La dottrina tedesca in materia è molto ampia e, su tutti, si rinvia a G. KISKER, G. PÜTTNER, *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlino, 1974. Per un'analisi in chiave di comparazione si rinvia altresì a C. FRANKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco*, Volume 77 di Quaderni Dipartimento scienze giuridiche, Trento, 2008; D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento*, cit.; nonché diffusamente a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.

⁶³⁵ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit.

⁶³⁶ Impostazione che, al di là di qualsiasi considerazione sulla permanente centralità del principio di inesauribilità del potere amministrativo (su cui *infra*), sembra in qualche modo derivare anche dal fatto che nell'ordinamento italiano l'affidamento viene spesso ricondotto piuttosto al principio di buona fede oggettiva, il quale a sua volta storicamente – seppure ormai non più esclusivamente – viene considerato quale correttivo equitativo allo *strictum ius*.

⁶³⁷ D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento*, cit., 759. In particolare, l'Autrice chiarisce che: “la tutela dell'affidamento rappresenta ... la concretizzazione, da una prospettiva di diritto soggettivo, del principio di certezza del diritto ed è posta a salvaguardia della pretesa del cittadino a mantenere od acquisire una situazione giuridica a lui favorevole” (*ibidem*). Sul punto, l'Autrice richiama altresì il pensiero di SCHWARZE, che nell'analizzare l'operatività del principio di affidamento nell'ordinamento tedesco osserva: “Il conflitto di

Tale principio si è sviluppato sia nei confronti dell'attività normativa che di quella amministrativa⁶³⁸. E con riferimento a quest'ultima, soprattutto nell'ambito dei rapporti di secondo grado, quale limite alla possibilità di 'ritiro'⁶³⁹ da parte dell'amministrazione di atti favorevoli al destinatario.

Emerso dapprima quale principio giurisprudenziale⁶⁴⁰, si è successivamente tradotto, grazie anche ad un'importante opera di rielaborazione dottrinale, in una positiva disciplina sull'intervento in autotutela dell'amministrazione⁶⁴¹. Tale sistemazione riflette la consueta cura del pensiero tedesco alle categorizzazioni concettuali e distingue sia a seconda che si tratti di atti favorevoli o meno per il privato (ci si concentrerà qui solo sulla prima categoria), sia soprattutto che si tratti di atti illegittimi o meno.

In caso di annullamento per atti viziati (§ 48 VwVfG) è previsto un generale potere discrezionale di gradare – ex tunc o ex nunc – gli effetti dell'annullamento; ed in ciò indubbiamente si ravvisa una maggiore capacità di modulazione della tutela nei confronti del privato (ed allo stesso tempo di perseguimento dell'interesse pubblico)⁶⁴².

Inoltre, una volta stabilito che se si è in presenza di un affidamento tutelabile - accertamento che passa sia per la valutazione della posizione di vantaggio cui presiede il principio di sicurezza giuridica, sia dell'atteggiamento soggettivo del privato⁶⁴³ - esso gode di un'ampia tutela.

Ove si riscontri un affidamento in capo al privato, si procederà ad un bilanciamento con l'interesse dell'amministrazione al ritiro dell'atto, condotto sulla base del canone di proporzionalità – per come inteso nell'ordinamento tedesco, e quindi, alla luce in particolare di un giudizio di proporzionalità anche in senso stretto⁶⁴⁴ - che può condurre alla prevalenza o meno dell'interesse del privato alla conservazione della propria posizione di vantaggio.

interessi pubblici ed interessi privati confliggenti viene qui risolto non soltanto sulla base di criteri di diritto oggettivo e di una valutazione comparativa di interessi, bensì tenendo anche conto dell'affidamento (soggettivo) del cittadino destinatario del provvedimento" (cfr *ibidem*, 778, traduzione dell'Autrice di J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, II ed., Baden Baden, 2005, 861 ss).

⁶³⁸ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.

⁶³⁹ Termine qui, volutamente generico, volto a ricomprendere sia ipotesi di revoca che di annullamento.

⁶⁴⁰ Per un'attenta ricognizione giurisprudenziale: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.

⁶⁴¹ I paragrafi 48 e 49 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) disciplinano rispettivamente l'ipotesi di ritiro di atto illegittimo e legittimo. Per una lettura e commento della VwVfG si rinvia a D-U GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Giuffrè, Milano, 2002; per una versione aggiornata del testo di legge (in inglese) si veda il sito de The Comparative Law Society <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>.

⁶⁴² Al riguardo, occorre sottolineare come sia tendenzialmente un prodotto della disciplina e della mentalità giuridica nostrana associare necessariamente il meccanismo di revoca (con effetti ex nunc) ad un atto legittimo ma inopportuno ed invece il meccanismo di annullamento (con effetti necessariamente ex tunc) all'ipotesi di atti illegittimi. Che non sia necessariamente così in altri ordinamenti emerge già dalla ricognizione operata dalla Corte Europea nel citato caso *Algera*, cfr p. 111 ss. Peraltro, non sono mancati proprio da ultimo nuovi tentativi nella giurisprudenza amministrativa italiana di rivedere il carattere necessariamente retroattivo dell'annullamento. Per una ricostruzione del dibattito processuale circa la modulabilità degli effetti delle sentenze di annullamento cfr. il commento di A. CASSATELLA all'art. 34 in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di) *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2021.

⁶⁴³ D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento*, cit., 781.

⁶⁴⁴ Sul punto, per tutti, D-U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit.

Sul punto, è importante sottolineare come il giudice amministrativo tedesco abbia in generale un potere di indagine più incisivo rispetto all'operato dell'amministrazione ed, altresì un sindacato più pregnante rispetto alle scelte operate dalla stessa. E senza dubbio l'intensità del sindacato riconosciuta in generale al giudice amministrativo nel valutare l'operato dell'amministrazione gioca un ruolo decisivo ai fini della tutela del principio di affidamento (ed altresì di buona fede).

Ove prevalga l'esigenza di ritiro, tuttavia, il sistema prevede il riconoscimento – proprio in ragione dell'autonoma rilevanza dell'affidamento (meritevole) - di una compensazione a favore del privato per la lesione del proprio affidamento. Compensazione riconosciuta, vale la pena ribadire, anche in caso di annullamento di atto viziato. Peraltro, il sistema prevede limiti temporali sia alla possibilità di intervenire in autotutela, sia alla possibilità, per il privato, di formulare una propria istanza di compensazione⁶⁴⁵.

In caso di atti amministrativi legittimi (§ 49 VwVfG), vengono individuate ipotesi puntuali che consentono il ritiro, ma con una formulazione piuttosto elastica che lascia margine discrezionale all'amministrazione⁶⁴⁶. Anche in questo caso è previsto, ove l'interesse pubblico sia giudicato prevalente, un ristoro in favore del privato.

In conclusione, emerge il riconoscimento di un elevato grado di tutela dell'affidamento proprio perché visto come autonomo e fondamentale principio dell'ordinamento tedesco. Si tratta prima di tutto di una tutela che deve molto all'incisività del sindacato riconosciuto al giudice amministrativo e che si traduce altresì, sul piano legislativo, nella previsione generalizzata di limiti al ritiro di atti favorevoli su cui il privato ha fatto affidamento e nella previsione, in caso di prevalenza delle esigenze di pubblico interesse, di un rimedio di tipo compensativo.

⁶⁴⁵ Cfr A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit. 42.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

V.2. L'affidamento secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Il principio dell'affidamento non è codificato a livello europeo, ma, come è noto, deve il suo riconoscimento e sviluppo all'intensa opera di elaborazione della Corte di Giustizia⁶⁴⁷, che si è ispirata soprattutto al modello offerto dall'ordinamento tedesco⁶⁴⁸.

In materia di ritiro di atti amministrativi, la Corte ha iniziato a riconoscere il principio⁶⁴⁹ a partire dalla fondamentale sentenza *Algera* del 12 luglio 1957⁶⁵⁰ e nella successiva, ed altrettanto nota, sentenza *Topfer* ha affermato espressamente che il principio "fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, «una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione»"⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Questa circostanza rende ancora più complesso il citato rinvio operato dall'art. 1 della l. 241/1990, che finisce col sottoporre l'attività dell'amministrazione ad un canone 'doppiamente indefinito'. Inoltre, è curioso osservare come la Corte europea, a sua volta, e specie nelle prime pronunce, ha riconosciuto l'operatività del legittimo affidamento proprio in quanto principio comune degli Stati Membri, citando in particolare come esempi l'ordinamento tedesco e quello italiano (cfr ragionamento in *Algera*, nota successiva). Sul punto, si può osservare che l'Unione Europea non ha mai voluto vincolarsi ad una definizione normativa - e nemmeno giurisprudenziale - troppo rigida, proprio per riservarsi il diritto di un'applicazione flessibile e casistica del principio (cfr *infra*). E si può ritenere che lo stesso ha voluto fare il legislatore italiano, sebbene, sulla formulazione dell'art. 1, a seguito della riforma del 2005, hanno altresì influito logiche di compromesso tutte nostrane. In generale, sul valore dell'inserimento nell'art. 1 l. 241/1990 del riferimento 'ai principi del diritto comunitario', si veda G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi del diritto comunitario*, in A.M. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Giuffrè, Milano, 2017, 133 ss.

⁶⁴⁸ La letteratura in materia di legittimo affidamento nel diritto comunitario ed ora nel diritto europeo è vastissima. Senza pretese di esaustività, oltre ai riferimenti già fatti *infra* con riferimento in generale al principio di affidamento, si rinvia in particolare a: J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2012; R. CARANTA, *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 1996, 6, 2; R. THOMAS, *Legitimate expectations and proportionality in Administrative Law*, Hart, Londra, 2000.

⁶⁴⁹ Soprattutto nell'ambito qui di interesse dei rapporti amministrativi ed, in particolare, dei limiti alla possibilità di revoca di atti legittimi o illegittimi adottati da un'amministrazione.

⁶⁵⁰ Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, Cause riunite 7-56, 3-57 a 7-57, *Dineke Algera ed altri c. Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*. Vale la pena riportare il ragionamento compiuto dalla Corte: "Circa la possibilità di una revoca di tali atti, trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri. Da un esame di diritto comparato risulta che nei sei Stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'Amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola. Ciò vale in specie per la nomina dei funzionari [oggetto della controversia, n.d.r.]. Quando l'atto amministrativo è invece illegale, il diritto oggettivo di tutti gli Stati membri ammette la possibilità della revoca. L'assenza di base legale oggettiva nell'atto amministrativo incide sul diritto soggettivo dell'interessato e giustifica la revoca dell'atto. Va posto in rilievo che se tale principio è generalmente ammesso, le modalità della sua applicazione variano.

⁶⁵¹ Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione delle Comunità europee*, in particolare, para 19. Peraltro, è interessante notare che la Corte ha affermato che l'affidamento rientrava tra i principi dell'ordinamento comunitario ai fini della ricevibilità del ricorso ma ne ha escluso la sussistenza nel merito della specifica questione. È inoltre interessante ribadire che il caso *Topfer* è stato espressamente richiamato dalla recente Adunanza plenaria n. 5/2018.

Prima di esaminare i caratteri del legittimo affidamento elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e le modalità di tutela ad esso riconosciute, vi è da dire che tale elaborazione appare estremamente variegata, a seconda della materia e degli interessi in gioco e non è possibile identificare uno standard uniforme all'interno della ricca casistica in materia⁶⁵². E si può dire che questo costituisce, in quanto tale, uno dei caratteri propri del legittimo affidamento europeo; aspetto che suggerisce particolare cautela, da parte del giurista interno, rispetto a rinvii tralattizi al modello del diritto dell'Unione Europea. Un altro elemento distintivo sembra essere dato dal rapporto inversamente proporzionale fra le ipotesi in cui il principio è stato invocato, rispetto a quelle in cui, al di là di un riconoscimento in linea teorica, ne è stata concretamente riconosciuta la violazione⁶⁵³.

Questa incertezza si spiega in un'ottica di politica del diritto ed avendo in mente che la Corte di Giustizia mira *in primis* ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi eurounitari secondo la logica di *effet utile*. Ed è per questo che si ravvisa una profonda diversità di standard a seconda degli interessi coinvolti: in particolare la Corte adotta un approccio estremamente più restrittivo laddove entri in gioco la tutela del mercato interno, soprattutto in materia antitrust e di aiuti di Stato⁶⁵⁴.

Ciò chiarito, l'affidamento viene fatto risalire, come per il modello tedesco, al principio di certezza del diritto. Tuttavia, anche qui i commentatori hanno sottolineato alcune differenze operative, ribadendo in particolare il carattere diacronico⁶⁵⁵ e 'soggettivo' proprio del principio di affidamento⁶⁵⁶. Anche a livello europeo il principio trova applicazione, in

⁶⁵² Cfr M.T.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio di legittimo affidamento*, cit., 167;

⁶⁵³ S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., 84.

⁶⁵⁴ Come opportunamente osservato: "nel caso del diritto comunitario, ci troviamo di fronte ad un ordinamento che non è a fini generali. Sicchè l'esigenza di bilanciamento si pone, nella maggior parte dei casi, fra le esigenze di tutela dell'affidamento, da un lato, e la necessità dall'altro, di non vedere vanificate le finalità di pubblico interesse alle quali questo ordinamento deve le ragioni stesse della sua esistenza. Tant'è che, quando il conflitto non si pone in questi termini (e si colloca, quindi, al di fuori della logica del mercato unico), i giudici comunitari non hanno difficoltà a riconoscere la prevalenza dell'interesse del destinatario a conservare una situazione che egli poteva considerare stabile, rispetto all'interesse dell'Amministrazione comunitaria ad annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo" (D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento*, cit., 785.) L'Autrice cita in particolare, come esempio di questo secondo atteggiamento, la sentenza *De compte*, su cui *infra*. Sull'approccio, invece, estremamente più restrittivo operante nella giurisprudenza sugli aiuti di Stato, con particolare rif all'elemento soggettivo, cfr *infra*. In generale, si rinvia anche a A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2018, 769.

⁶⁵⁵ In particolare, mentre il principio di certezza, rimanda piuttosto ad una dimensione *statica*, di definizione circa le norme giuridiche e le singole discipline operanti in un dato momento, il principio di affidamento rinvia piuttosto ad una dimensione *dinamica*, imponendo allo Stato, nella sua duplice veste di legislatore ed operatore, nel tempo, di esercitare il proprio potere e le proprie competenze senza ledere le posizioni giuridiche ed i rapporti venutisi nel frattempo a creare (cfr. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento*, cit. 85).

⁶⁵⁶ Sul punto è stato osservato che "mentre il concetto della certezza del diritto mira a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici e quindi la chiarezza e la comprensibilità delle regole del gioco, la protezione del legittimo affidamento si impone soprattutto quando le autorità pubbliche modificano la regola o la linea di condotta seguita fino a quel momento, con gli effetti pregiudizievoli per gli interessi dei privati, oppure emanano un provvedimento di secondo grado produttivo di effetti sfavorevoli nei confronti di quegli interessi molto tempo dopo l'emanazione del provvedimento iniziale" (G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, II ed., Giappichelli, Torino, 2013, 105). Cfr anche *infra* le riflessioni di GALETTA sulla dimensione oggettiva del principio di certezza e soggettiva del principio di affidamento.

maniera più fluida, sia nei confronti dell'attività di regolazione che di quella – che qui interessa – di amministrazione puntuale.

La Corte ha presto chiarito che l'affidamento non costituisce un principio assoluto, ma che esso deve esser bilanciato con il principio di legalità, che impone un contemperamento dell'affidamento del privato con l'interesse pubblico al ritiro dell'atto⁶⁵⁷. In questo senso, pertanto, anche a livello europeo, esso si traduce essenzialmente in un bilanciamento fra principi (legalità/sicurezza) ed interessi (pubblico/del privato che ha fatto affidamento) diversi⁶⁵⁸.

Al netto della citata varietà applicativa, dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea emergono i tre elementi fondamentali che devono sussistere perché si possa configurare un affidamento legittimo, nel senso di meritevole di tutela, e che costituiscono l'oggetto di ponderazione dell'amministrazione (e di sindacato del giudice): un elemento obiettivo, dato dalla sussistenza in capo ad un privato di una situazione di vantaggio, determinata da un provvedimento amministrativo (anche nelle forme del silenzio significativo); un elemento soggettivo, dato dalla convinzione – qui intesa quale buona fede soggettiva – del soggetto circa la legittimità, o più correttamente circa la stabilità⁶⁵⁹, del provvedimento stesso; un terzo elemento 'temporale' i.e. dal *quantum* di tempo trascorso dall'adozione del provvedimento stesso, che via via rafforza la stabilità dello stesso⁶⁶⁰. Inoltre, con riferimento all'ampia casistica sui limiti della possibilità di ritiro di atti amministrativi, il sistema di diritto dell'Unione Europea, al pari di quello tedesco (e di quello italiano, cfr. *infra*) distingue a seconda che l'atto da ritirare sia legittimo o meno⁶⁶¹.

Il sistema di diritto europeo riconosce all'affidamento una tutela di tipo ponderativo degli interessi in gioco ed, a partire dalla fondamentale sentenza *De Compte*, la Corte ha elaborato un giudizio bifasico che impone "innanzitutto e separatamente la verifica dell'idoneità di atti delle istituzioni comunitarie e di prassi o comunicazioni delle stesse a dare luogo ad un

⁶⁵⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59 S.N.U.P.A.T., in cui in particolare la Corte ha affermato che nel bilanciare i due principi in gioco, "la decisione se l'uno o l'altro dei principi debba prevalere nel singolo caso dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto" (p. 153).

⁶⁵⁸ Per una puntuale analisi si rinvia in generale a D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit.

⁶⁵⁹ Cfr sul punto F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit. 465.

⁶⁶⁰ M.T.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio di legittimo affidamento*, cit., 159-160. Sull'affinamento di tali criteri con riferimento in particolare alla revoca *ex tunc* di atti amministrativi illegittimi si rinvia a S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento*, *icit.* 129 ss e la giurisprudenza ivi richiamata. È interessante notare come talvolta la giurisprudenza italiana, nell'applicare il principio del legittimo affidamento rispetto ai meccanismi interni di autotutela, richiami espressamente questi tre caratteri; in questo senso in particolare si veda Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

⁶⁶¹ Sul punto la Corte, nel leading case *De Compte* (para para 35) ha ribadito che "la revoca retroattiva di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose (v. sentenza 9 marzo 1978, causa 54/77, Herpels/Commissione, Race. pag. 585, punto 38). Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto far affidamento nella legittimità di quest'ultimo (sentenze 3 marzo 1982, causa 14/81, Alpha Steel/Commissione, Race. pag. 749, punti 10-12; 26 febbraio 1987, causa 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/ Commissione, Race. pag. 1005, punti 12-17; 20 giugno 1991, causa C-248/89, Cargill/Commissione, Racc. pag. I-2987, punto 20, e causa C-365/89, Cargill, Race. pag. 1-3045, punto 18)".

affidamento legittimo dei privati; e poi la verifica della possibilità per la tutela concreta dello stesso di subire deroga ad opera di atti delle istituzioni comunitari in ragione dei valori e degli obiettivi da questi rispettivamente tutelati e perseguiti”⁶⁶².

Peraltro, proprio in ragione della difficoltà e delicatezza di questo secondo step di giudizio, si ha la sensazione che l’indagine finisca piuttosto per concentrarsi sul primo gradino di valutazione⁶⁶³.

A questo proposito, è interessante notare come, nell’ambito del primo step di giudizio, l’elemento soggettivo giochi spesso un ruolo fondamentale ai fini dell’ampliamento o restringimento della tutela. In altre parole, è soprattutto attraverso questo parametro che la Corte modula, in maniera più o meno restrittiva (spesso a discapito di una coerenza generale), il riconoscimento di un affidamento tutelabile.

Così, in materia di aiuti di Stato, la Corte impone uno standard di diligenza estremamente elevato all’operatore economico (e senza invero fare particolari distinzioni a seconda che si tratti di un *player* internazionale o una piccola impresa), prevedendo che “qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio di tale principio [l’affidamento] nel caso in cui tale provvedimento venga adottato”⁶⁶⁴. E questo a prescindere dal tempo trascorso tra la concessione della misura ed il provvedimento della Commissione che ne impone il recupero.

Viceversa, laddove non sia concentrata a difendere un interesse fondamentale per l’Unione, la Corte sembra molto più incline ad attribuire rilevanza all’affidamento riposto dal soggetto sulla legittimità (e soprattutto stabilità) dell’atto favorevole, adottando, di fatto, un diverso standard di diligenza e riconoscendo altresì un diverso peso all’elemento temporale. Così in *De Compte*, che riguardava un provvedimento di retrocessione di un ex dipendente del Parlamento europeo, la Corte ha precisato che il momento determinante per stabilire quando nasce il legittimo affidamento del destinatario di un atto amministrativo è la notifica dell’atto e non la data dell’adozione o della revoca dell’atto stesso⁶⁶⁵ e che, ove non risulti che il privato abbia provocato/concorso all’illegittimità della misura, ad esempio fornendo dichiarazioni false o incomplete, questi può confidare nell’apparente legittimità di tale atto ed esigere la sua conservazione⁶⁶⁶. E ciò anche ove il ritiro avvenga, eventualmente, entro un breve lasso di tempo, proprio perché l’affidamento sulla stabilità dell’atto si perfeziona al momento della sua adozione⁶⁶⁷.

⁶⁶² P. MENGOZZI, *Da un case by case balance of interests a un two step analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in tema di tutela del legittimo affidamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, 631.

⁶⁶³ Sul punto cfr. riflessioni di M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 136.

⁶⁶⁴ Corte di giustizia, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e 217/03; ripreso in numerose sentenze successive; cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit. 38.

Parimenti, estremamente restrittivo di rivela l’approccio seguito dalla Corte europea con riferimento al sorgere di un affidamento in seguito al rilascio di informazioni da parte delle istituzioni europee ed alla connessa restrittiva nozione di “indicazioni chiare e precise”. In generale sul punto si rinvia a S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., 117 ss.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, par. 36.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, par. 37-38.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, par. 28-29.

Peraltro, la vera misura del pensiero della Corte e del duplice step argomentativo, sembra cogliersi ove afferma nel citato giudizio "... da un lato, che, *se è nato a buon diritto*, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato. D'altro canto, tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è *alcun interesse di ordine pubblico che prevalga* sull'interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile"⁶⁶⁸.

L'ordinamento di diritto dell'Unione Europea prevede poi che qualora sia stato ingiustamente leso l'affidamento del privato, lo stesso possa altresì godere di una tutela di tipo risarcitorio, sulla base del modello generale previsto ex art. 340 TFUE. Sul punto occorre peraltro sottolineare la differenza concettuale che corre tra questa forma di compensazione – che null'altro è che una declinazione del principio generale di risarcibilità in caso di illegittima attività amministrativa (responsabilità provvedimento) – e le diverse forme di compensazione previste dall'ordinamento tedesco in caso di *legittimo* annullamento di atto viziato⁶⁶⁹.

V.3. *La reinterpretazione nell'ordinamento italiano: l'ipotesi paradigmatica dei provvedimenti di autotutela*

Si tratta ora di valutare come il principio di affidamento sia stato reinterpretato nell'ambito dell'ordinamento italiano e quali strumenti siano stati previsti per garantirne tutela.

Ci si concentrerà in particolare sull'esplicazione del principio nell'ambito dei provvedimenti di secondo grado previsti dagli art. 21 quinquies (revoca) e 21 nonies (annullamento d'ufficio) in quanto, da un lato, essi ne rappresentano l'ipotesi paradigmatica e anche storicamente più significativa, dall'altro, soprattutto, perché essi costituiscono i meccanismi centrali in rapporto ai quali si sviluppano le diverse 'varianti' di scorrettezze nell'ambito della formazione dei contratti a evidenza pubblica⁶⁷⁰.

Avendo in mente in particolare questi due istituti, secondo un'autorevole definizione:

"l'istituto del legittimo affidamento si configura nell'ambito del diritto amministrativo come un *limite alle scelte discrezionali dell'amministrazione*, tenuta a

⁶⁶⁸ *Ibidem*, par. 39, corsivo mio.

⁶⁶⁹ È appena il caso di precisare, poi, come di fatto a livello europeo non sia prevista una forma di compensazione per danni derivanti da atti legittimi (assimilabile in qualche modo al nostro meccanismo di revoca ed indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies), nonostante nel tempo si sia registrata qualche isolata apertura giurisprudenziale sul punto. Per una valida sintesi circa l'approccio seguito dalla Corte di giustizia (ed una panoramica della giurisprudenza rilevante in materia) si rinvia alla nota 'Action for Damages against the EU' elaborata dal Parlamento europeo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI\(2018\)630333_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI(2018)630333_EN.pdf).

⁶⁷⁰ Peraltro, vi sono studi ricostruttivi che, partendo altresì dall'idea di una nozione unitaria di affidamento, hanno messo in rilievo come la logica sottesa a questo principio si ritrovi anche in altre ipotesi, più o meno affini agli istituti di annullamento e revoca. Per una panoramica esaustiva delle possibili diverse declinazioni del principio, da ultimo: A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela*, cit.;

valutare, soprattutto nella ponderazione degli interessi che sta alla base del provvedimento di secondo grado, le legittime aspettative del cittadino in ordine alla *stabilità* dell'assetto degli interessi in gioco che era stato prodotto quale effetto neutro del provvedimento oggetto di autotutela; esso presuppone, dunque, che un *vantaggio* attribuito da un provvedimento amministrativo abbia determinato un certo grado di stabilità nella sfera giuridica del destinatario"⁶⁷¹.

Con uno sguardo più pragmatico ma altrettanto efficace si è detto che:

“il principio della protezione dell'affidamento, quando riferito al campo dei rapporti fra le amministrazioni pubbliche ed i cittadini, costituisce il *criterio regolativo del rapporto fra due contrapposti interessi*, da un lato l'interesse individuale del singolo alla persistenza di un quadro giuridico sul quale ha contato e che ha assunto a base delle sue valutazioni e delle sue scelte, e, dall'altro, la necessità di mantenere flessibilità e adattabilità all'azione dell'organo amministrativo"⁶⁷².

Queste definizioni consentono subito di mettere in chiaro alcuni aspetti, comuni alle due fattispecie qui analizzate, che connotano questo tipo di affidamento anche in rapporto al più generale dibattito circa l'operatività della clausola di buona fede nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo.

In entrambi i casi vi è un provvedimento originario che l'amministrazione, per effetto di una successiva valutazione *discrezionale*⁶⁷³ legata a profili di *illegittimità* (nel caso dell'annullamento) o di *inopportunità* (nel caso di revoca), ritiene di rimuovere, con effetti *ex tunc* nel caso di annullamento e con effetti *ex nunc* nel caso di revoca. In particolare: nell'annullamento d'ufficio si discute di illegittimità del provvedimento originario, mentre nel caso di revoca di inopportunità dello stesso ed, in particolare, inopportunità che lo stesso continui a produrre effetti nel futuro.

In entrambi i casi vi sono interessi contrapposti: quello del privato alla conservazione dell'atto e quello dell'amministrazione alla rimozione dello stesso⁶⁷⁴. Peraltro, la più accorta dottrina ha più volte messo in rilievo come spesso i due interessi non siano tenuti nella stessa considerazione dalla giurisprudenza amministrativa che tende piuttosto a mettere al centro dell'attenzione le esigenze dell'amministrazione, in quanto depositaria della gestione

⁶⁷¹M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit. 159; corsivo mio.

⁶⁷²D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit., para 1.

⁶⁷³Occorre tenere distinta l'ipotesi in cui l'annullamento dell'atto discenda direttamente da un pronuncia giurisdizionale, rispetto alla quale, l'amministrazione tenuta a darne esecuzione non ha alcun margine di discrezionalità residua (cfr. discussione *infra* e cap II, par. IV). Così come, per le medesime considerazioni, occorre tenere distinta anche l'ulteriore e controversa categoria di annullamenti doverosi. Sul punto per un inquadramento si rinvia al recente contributo di F.V. VIRZÌ, *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, in (4 luglio 2018) *Federalismi.it* e all'ampia rassegna dottrinale e giurisprudenziale ivi richiamata; più in generale si veda S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento di ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1245, spec. para 3 ss.

Per un'interessante pronuncia in materia di appalti in cui il giudice amministrativo si è espresso a favore della doverosità dell'intervento in autotutela di annullamento di un'aggiudicazione in contrasto con il diritto euro unitario si rinvia a Tar Lombardia, Milano, 1° aprile 2022, n. 735.

⁶⁷⁴Invero, per la logica multilaterale che caratterizza i rapporti di diritto amministrativo, l'interesse pubblico alla rimozione può coincidere con l'interesse del controinteressato ed anzi spesso l'intervento in autotutela può discendere da un'iniziativa di quest'ultimo (sulla variante in cui l'annullamento dell'atto dipende da una pronuncia giurisdizionale cfr. cap. II, par. IV ss.).

dell'interesse pubblico, di cui – si ritiene – l'inesauribilità del potere sia necessario corollario⁶⁷⁵. Ancora una volta quindi il problema sembra essere soprattutto negli occhi di chi guarda più che nella struttura delle regole e sul punto si richiamano le considerazioni sui limiti dell'eccesso di potere quale strumento di sindacato dei comportamenti scorretti dell'amministrazione proprio in ragione dell'asimmetria degli interessi coinvolti⁶⁷⁶.

*Sul meccanismo dell'annullamento d'ufficio*⁶⁷⁷. L'attuale formulazione dell'art. 21 nonies stabilisce, al primo comma, che il provvedimento amministrativo illegittimo, perchè affetto da uno dei vizi previsti dall'art. 21 octies e rispetto al quale non opera il meccanismo di sanatoria previsto dal secondo comma di tale norma, "può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge".

La norma prevede che in ogni caso rimangano ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo (da intendersi come responsabilità amministrativa del soggetto emanante) e fa altresì salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico e comunque entro un termine ragionevole.

⁶⁷⁵ Così in particolare TRAVI osserva come "oggi l'identificazione delle situazioni di affidamento sembra svolgersi, in ultima analisi, all'ombra di una certa concezione generale dell'azione amministrativa. Questa concezione è rappresentata dall'esigenza di ammettere con larghezza all'amministrazione di riesaminare le proprie posizioni con i cittadini, soprattutto nel caso dei c.d. rapporti di durata. La possibilità di disporre mutamenti del genere viene considerata essenziale per consentire all'amministrazione di realizzare in modo ottimale l'interesse pubblico". In questo senso pertanto: "La variabilità del rapporto rappresenta dunque la regola generale, perché esprime un carattere di fondo dell'azione amministrativa: la garanzia dell'affidamento, per quanto importante, va ricostruita senza mettere in discussione questa regola" (A. TRAVI *La tutela dell'affidamento*, cit., 126-127). Questo è, secondo l'Autore, il punto di partenza da cui spesso si muovono le valutazioni degli interpreti e, peraltro, giustamente rileva come ciò si ponga in contrasto con le più solenni affermazioni, compiute da quella medesima giurisprudenza, sul valore del principio dell'affidamento nel nostro ordinamento.

Nello stesso spirito si muovono anche le osservazioni di CORLETTO secondo cui: "la nostra giurisprudenza amministrativa, coerentemente con la logica di fondo cui si ispira la costruzione del nostro diritto amministrativo, mette al centro della sua attenzione l'amministrazione e le sue necessità, impostando il suo discorso sul potere, e anzi sul provvedimento che di questo costituisce attuazione, e sulle condizioni del suo esercizio" (D. CORLETTO, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit., 28-29).

⁶⁷⁶ Cfr. *infra* par. IV.3.2.

⁶⁷⁷ I contributi generali sul tema sono pressoché sconfinati. Senza pretese di esaustività, si rinvia su tutti a F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 846; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Giuffrè, Milano, 2008; F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2008, 2, 425; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 e gli ampi riferimenti ivi richiamati; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento di ufficio*, cit.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimento di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, 22 novembre 2017, su giustizia-amministrativa.it.

Il comma 2 bis prevede altresì che: “i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”.

Il legittimo affidamento qui preso in considerazione presuppone dunque la sussistenza di un precedente provvedimento favorevole (o di un silenzio significativo ad esso equiparabile) ed il successivo riscontro del carattere di illegittimità dello stesso⁶⁷⁸. L'ambito in cui il principio dispiega il proprio influsso è la fase decisoria di ponderazione discrezionale degli interessi coinvolti.

L'istituto dell'annullamento d'ufficio assicura all'affidamento una *protezione indiretta*, nel senso che impone (unicamente) all'amministrazione di tenere in dovuta considerazione, nell'ambito della propria discrezionale valutazione, anche la posizione del privato che confidando sulla legittimità del provvedimento attributivo del vantaggio e quindi sulla stabilità della situazione a lui favorevole ha compiuto scelte in tal senso⁶⁷⁹.

In altre parole, la tutela si traduce nell'obbligo di applicare una *tecnica* di valutazione, il c.d. bilanciamento di interessi in gioco⁶⁸⁰, che deve essere svolto dall'amministrazione (prima) e verificato dal giudice amministrativo (poi) secondo i canoni di ragionevolezza e proporzionalità (nozioni che peraltro, come è stato più volte sottolineato, non rimandano ad uno stesso tipo e ad una stessa intensità di sindacato)⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ Un aspetto particolarmente controverso è se in certi casi l'affidamento possa fondarsi anche semplicemente su un comportamento inerte dell'amministrazione ma non significativo in senso tecnico. Emblematica da questo punto di vista la giurisprudenza in materia edilizia. Da ultimo l'Adunanza plenaria ha ribadito la non configurabilità di qualsiasi tipo di affidamento a fronte di un semplice ritardo dell'amministrazione nel rilevare e sanzionare l'abuso edilizio consolidatosi in assenza di qualsiasi precedente permesso favorevole (Cons. Stato, Ad. plen. n. 9 del 2017); in particolare si è sostenuto che nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia (doverosamente, sia pure tardivamente) adottato un ordine di demolizione di fabbricati privi ab origine di un qualunque titolo legittimante e giammai ammessi a sanatori non vengano in rilievo neppure ai fini motivazionali, le categorie tipiche dell'autotutela decisoria, quanto - piuttosto - il diverso tema del tardivo esercizio di un'attività repressiva che è e resta doverosa indipendentemente dal decorso del tempo e dalla valutazione dei diversi interessi in gioco. Viceversa, un affidamento è in linea di principio configurabile laddove vi sia stato un precedente provvedimento favorevole, poi annullato in via di autotutela (così Cons. Stato, Ad. plen. n. 8 del 2017). La questione è invero collegata al più generale dibattito circa la configurabilità di una tutela a fronte di quello che è sostanzialmente un interesse illegittimo. Sul punto di rinvia ancora ad A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino*, cit., 129 ed alla giurisprudenza ivi richiamata).

⁶⁷⁹ Si è in particolare sostenuto che “l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio postula l'apprezzamento di un presupposto - per così dire - 'rigido' (l'illegittimità dell'atto da annullare) e di due ulteriori presupposti riferiti a concetti indeterminati, da apprezzare discrezionalmente dall'amministrazione (si tratta della ragionevolezza del termine di esercizio del potere di ritiro e dell'interesse pubblico alla rimozione, unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari)” (Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341).

⁶⁸⁰ Per una puntuale ricostruzione ed applicazione cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6143.

⁶⁸¹ Così in particolare, “la garanzia dell'affidamento si risolve, per l'amministrazione che decide di annullare o revocare una precedente decisione, nel dovere di tenere nella giusta considerazione l'interesse del destinatario del provvedimento favorevole, cioè nella ponderazione degli interessi esistenti secondo canoni di logicità, ragionevolezza e proporzionalità. Basandosi sull'impianto motivazionale del provvedimento dal quale deve evincersi la sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto alla misura di autotutela a

Con la conseguenza che ove l'amministrazione, all'esito del giudizio di bilanciamento, ritenga l'interesse del privato subvalente rispetto al preminente, concreto ed attuale, interesse pubblico⁶⁸², l'affidamento del privato potrà dirsi legittimamente sacrificato ed in ciò si esaurisce la possibilità di tutela prevista dal modello ex art. 21 nonies l. 241 del 1990. Viceversa, laddove, la scelta compiuta dall'amministrazione appaia irragionevole e/o sproporzionata rispetto agli interessi in gioco, l'intervento potrà dirsi viziato, e gli interpreti sono concordi nel ricondurre il vizio, atteso il carattere discrezionale della valutazione, all'eccesso di potere⁶⁸³. In questo caso, il giudice potrà annullare il provvedimento in autotutela illegittimo ed eventualmente riconoscere – in presenza di specifica domanda ed ove ne sussistano i presupposti – una responsabilità di tipo provvedimentale.

Taluna dottrina ha peraltro avvertito l'insufficienza della tutela così offerta al privato posto che, secondo questo modello, "l'affidamento si risolve in un argomento da ponderare nel procedimento e null'altro", escludendo la possibilità, laddove la posizione di affidamento sia pure ritenuta legittimamente subvalente, di prevedere comunque forme risarcitorie o indennitarie⁶⁸⁴. Invero l'orientamento giurisprudenziale della Cassazione inaugurato nel

conclusione del procedimento di riesame o di revisione con l'emanazione del nuovo procedimento, il giudice, dal canto suo, valuterà il rispetto dei suddetti canoni, nonché la buona fede di entrambe le parti ai fini dell'eventuale riconoscimento della meritevolezza della base affidante" (M.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio di legittimo affidamento*). In generale sul tema si veda anche: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5. A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, 3, 703 ss. e gli ulteriori contributi ivi richiamati. L'Autrice in particolare sottolinea che "La frequente assimilazione dei due principi, anche da parte della Corte costituzionale, e il mancato riconoscimento da parte della giurisprudenza amministrativa dell'autonomia concettuale della valutazione della proporzionalità rispetto a quella della ragionevolezza hanno favorito la scarsa attenzione da parte del giudice amministrativo alla dimensione procedurale che caratterizza la verifica di congruenza dell'azione amministrativa condotta in chiave di proporzionalità, secondo la sua strutturazione trifasica. Conseguentemente è risultata a lungo quasi del tutto assente proprio la dimensione quantitativa del sindacato sull'impatto dell'esercizio del potere sui suoi destinatari, valutazione resa possibile in particolar modo dall'applicazione dei criteri della necessità e dell'adeguatezza del contenuto del provvedimento impugnato" (*ibidem*, 704).

Da questo punto di vista si può cogliere la distanza con il modello tedesco - molto meno, invece, con quello europeo - sia per il tipo di tutela offerto (giacché il modello tedesco sembra comunque prevedere, laddove si configuri un affidamento tutelabile una tutela compensativa) che per il tipo di sindacato (qui concretamente esperito più in termini di ragionevolezza che di proporzionalità vera e propria). In generale sul tema si rinvia, *ex multis*, a G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, spec. cap. VI, para 5; D. DE PRETIS, G. FALCON (a cura di) *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, CEDAM, Padova, 2011.

⁶⁸² Consolidato, ancorché spesso ripetuto in maniera tralattizia ed automatica, è il principio per cui l'interesse pubblico sotteso all'intervento in autotutela non possa consistere nel mero ripristino della legalità violata, ma debba consistere, appunto, in un interesse attuale e concreto. Peraltro, anche questa impostazione tende a variare in base alla materia e tanto meno si riconosce 'valore' alla posizione di affidamento del privato, tanto meno si pretende dall'amministrazione di motivare puntualmente circa l'esistenza di un interesse concreto ed attuale. Emblematiche in questo senso ancora la giurisprudenza in materia di abusi edilizi. Cfr in particolare Cons. Stato, Ad. plen. n. 8 del 17 ottobre 2017.

⁶⁸³ Ancora A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 131.

⁶⁸⁴ Così sostiene TRAVI, che considera questa come una – indesiderabile – singolarità del modello italiano. In particolare, l'Autore ritiene che, anche ammettendo che l'adozione di un provvedimento amministrativo, nella logica del bilanciamento, possa comportare ordinariamente un sacrificio dell'affidamento del cittadino, ma ciò non dovrebbe escludere, in linea di principio, che un sacrificio del genere debba essere compensato con misure riparatorie o indennitarie". (*La tutela dell'affidamento del cittadino*, cit., 134).

2011 in ipotesi di danno da provvedimento favorevole può esser letto proprio come una risposta pretoria ad un meccanismo che appare troppo pregiudizievole delle esigenze del privato (cfr *infra*).

Sotto altro profilo, proprio il riferimento contenuto nella norma al necessario bilanciamento degli interessi (e specularmente il mancato riferimento alla nozione di affidamento) ha portato autorevole dottrina a sostenere il carattere 'obiettivo' e 'spersonalizzato' del bilanciamento compiuto in sede di annullamento d'ufficio. In particolare:

“la decisione in ordine all'annullamento è l'esito della valutazione comparativa degli interessi in gioco, e in questa valutazione è irrilevante che i vizi dell'atto siano addebitabili a negligenza dell'amministrazione oppure no. I motivi dell'illegittimità vengono in considerazione, eventualmente, sotto il profilo dell'interesse ad annullare (che potrebbe mancare nel caso di vizi formali). Anche l'elemento psicologico del destinatario del provvedimento non influenza l'esito del confronto tra gli interessi contrapposti, poiché questo si basa sulla consistenza obiettiva di tutti gli interessi”⁶⁸⁵.

In altre parole, la tutela ponderativa prevista dall'art. 21 nonies si dovrebbe fondare su di una comparazione obiettiva degli interessi in gioco prescindendo da considerazioni circa la meritevolezza o la scusabilità dell'affidamento che il privato ha riposto sulla legittimità (e soprattutto sulla stabilità) del provvedimento favorevole.

In quest'ottica “il soddisfacimento dell'interesse del privato procede dunque dal bilancio del costo sociale dell'annullamento”⁶⁸⁶ e si basa su di un delicato raffronto del peso essenzialmente economico dei rispettivi interessi. Laddove l'interesse del privato risulti subvalente nei termini obiettivi così indicati, esso risulterà legittimamente sacrificato.

Questa impostazione afferma la diversità - e sottolinea la necessità di non operare improprie commistioni - fra l'affidamento legittimo (che si correla a tale obiettivo confronto di interessi) e la diversa forma di affidamento incolpevole, o secondo buona fede, che esiste nel diritto privato e che è stata ripresa e valorizzata dalla Cassazione (cfr. *infra*). In questo diverso tipo di affidamento che gode di una tutela diretta e risarcitoria (a prescindere ed anzi proprio sul presupposto della definitiva legittimità dell'intervento in autotutela) e che

L'impossibilità di conseguire poste risarcitorie a fronte di un affidamento su di un provvedimento illegittimo è stata peraltro ribadita anche di recente dalla giurisprudenza amministrativa (quasi ignara del parallelo sviluppo sul punto della giurisprudenza della Cassazione, su cui subito *infra*). Così in particolare si è sostenuto che “non può essere configurato alcun affidamento legittimo, in specie ai fini risarcitori, il quale risulti fondato su un provvedimento illegittimo. Si è osservato al riguardo che può essere non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; ma quando tali condizioni sono rispettate non vi è spazio per la tutela patrimoniale” (Cons. Stato, Ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8; che a sua volta richiama, *ex multis*, Cons. Stato, VI, 27 settembre 2016, n. 3975).

Peraltro, al riguardo, si segnala che, per un dato periodo, l'art. 1, comma 136 della l. n. 311/2004 ha configurato la possibilità di riconoscere un *indennizzo* anche nel caso di *determinati tipi* di annullamenti legittimi, a prescindere, almeno in linea teorica, dal comportamento complessivo dell'amministrazione (fattispecie richiamata espressamente da Cons. Stato, 14 gennaio 2013, n. 156 (caso n.6). Sui caratteri dell'ipotesi prevista dalla norma e sulle possibili criticità applicative si veda R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XIV ed., Nel Diritto, 2020, 1106 ss. Tale - controversa - ipotesi è comunque stata abrogata dalla l. 124/2015.

⁶⁸⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., par. 5.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, par. 4.

assume una valenza sostanziale, l'atteggiamento delle parti in gioco ed in particolare l'idoneità della condotta a giustificare il formarsi di un affidamento incolpevole gioca un ruolo essenziale.

Tale ricostruzione è stata espressamente ripresa dalla Cassazione nel suo fondamentale arresto del 2020 in materia di affidamento durante la fase procedimentale (cfr. subito *infra*); ed ha a parere di chi scrive il pregio, da un lato, di aver messo in risalto come sussistano diverse nozioni di affidamento pur nell'ambito dell'ordinamento italiano e, dall'altro, di aver proposto un (insieme di) criteri discretivi che giustificano la compresenza di tali diverse nozioni.

In particolare, essa fornisce una possibile spiegazione sul perché anche nel caso in cui sia ritenuto prevalente – nel bilanciamento di interessi previsto dall'art. 21 nonies l. proc. amm – l'interesse pubblico, sia comunque possibile, in presenza di determinati presupposti e sulla base di un diverso giudizio che tenga conto – stavolta sì – dell'atteggiamento delle parti in gioco, riconoscere una tutela sostanziale, di carattere risarcitorio, all'affidamento leso. In ultima analisi, questa lettura consente di giustificare perché si ammetta il risarcimento di un 'interesse illegittimo'⁶⁸⁷.

Tuttavia, questa ricostruzione non rispecchia il modo in cui il meccanismo di annullamento d'ufficio (ed invero come subito *infra* si vedrà neppure quello di revoca) viene inteso dalla giurisprudenza prevalente; e più in generale si discosta da chi propone una ricostruzione unitaria del concetto di affidamento, sulla base dei tre elementi enucleati a livello europeo (obiettivo, soggettivo e temporale; cfr. *supra*)⁶⁸⁸.

Significativamente si riporta quanto sostenuto dal giudice amministrativo proprio nel caso n. 8 della rassegna giurisprudenziale proposta nel secondo capitolo⁶⁸⁹. Dopo aver ribadito l'importanza che venga correttamente svolto il bilanciamento di interessi (e ne sia data adeguata motivazione), la pronuncia così argomenta:

“Ovviamente, deve trattarsi di un affidamento tutelabile, di cui devono essere evidenziati tre elementi costitutivi: quello oggettivo, quello soggettivo e, infine, quello cronologico.

Principiando dall'elemento oggettivo, che rende l'affidamento *ragionevole*, esso impone che il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non

⁶⁸⁷ Sul punto cfr. *infra* par. V.4. ss.

⁶⁸⁸ Su punto si rinvia in particolare alla ricostruzione offerta da A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., 142 ss. In dottrina non è mancato chi ha ritenuto che i due lemmi 'legittimo' ed 'incolpevole' possano persino essere considerati come sinonimi, così C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'adunanza plenaria*, in *Riv. giur. dell'edil.*, 2022, 1, 3, par. 5.

⁶⁸⁹ Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440. La pronuncia si contraddistingue, a parere di chi scrive, per una particolare ambiguità argomentativa. E questo in quanto, dapprima identifica in maniera unitaria gli elementi che ritiene necessari affinché si costituisca un affidamento giuridicamente meritorio di tutela, poi prosegue ritenendo affermando che forse l'elemento temporale non sussista pienamente, in ogni caso prosegue affermando che l'affidamento del privato sia recessivo rispetto all'interesse pubblico ed infine riprende il solo elemento soggettivo dell'affidamento del privato, lo ritiene sussistente e a quel punto sufficiente per giustificare comunque una pretesa risarcitoria. Non si può quindi non ravvisare una notevole confusione fra i piani dell'affidamento come elemento da bilanciare ovvero come elemento meritorio di una tutela sostanziale autonoma.

essendo all'uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endo-procedimentale ed impotente; nel caso di specie, come detto, l'aggiudicazione definitiva è capace di radicare una posizione soggettiva stabile in capo al privato.

Venendo all'elemento soggettivo, che rende l'affidamento *legittimo*, è necessario che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo (ad esempio inducendo in errore con false informazioni la P.A. o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l'atto, come in qualche modo ricorda l'accento che l'art. 21-quinquies pone sulla decifrabilità dell'errore come fattore che refluisce sulla misura dell'indennizzo da revoca. [...])

Infine, l'ultimo tratto distintivo dell'affidamento, quello cronologico, che rende l'affidamento stabile; il passaggio del tempo, infatti, è un fattore che rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale".

Mettendo da parte per un momento le considerazioni sull'elemento temporale (su cui subito *infra*)⁶⁹⁰, emerge l'assoluta centralità riconosciuta all'elemento soggettivo del privato, che, secondo questa ricostruzione, è proprio ciò che rende l'affidamento legittimo⁶⁹¹.

Si recupera così quel duplice step di giudizio già visto nella giurisprudenza comunitaria in cui prima si valuta se il soggetto può vantare un affidamento meritevole di considerazione (in quanto sorto sulla base di un comportamento diligente e di buona fede) e solo se si è risposto positivamente a questo primo quesito, lo stesso verrà poi sottoposto al giudizio di bilanciamento (da cui, è appena il caso di ribadire, potrà comunque uscire legittimamente sacrificato)⁶⁹².

Si tende in particolare a valorizzare il peso riconosciuto alla condotta del privato quale elemento in grado di escludere il sorgere di un affidamento in forza di una lettura particolarmente estensiva della previsione contenuta nel comma 1 bis dell'art. 21 nonies.

Si può tuttavia osservare che in questo modo gli interpreti finiscono per andare oltre il dato legislativo che fa un riferimento solo a comportamenti dolosi e dichiarazioni false accertate

⁶⁹⁰ Peraltro, il Consiglio di Stato ha ritenuto, sotto questo profilo, che "Nel caso di specie, l'immediatezza dell'annullamento, molto prossima al provvedimento di aggiudicazione, ha reso l'affidamento dell'appellante nella stabilità e nella conservazione dell'aggiudicazione della gara, pur sussistente, molto debole e, chiaramente, recessivo rispetto agli interessi pubblici azionati, da ritenersi *ictu oculi* prevalenti".

⁶⁹¹ Si può argomentare che, in questo senso, la sovrapposizione fra la nozione di affidamento legittimo ed affidamento incolpevole è completa. Sul punto cfr *anche infra*.

⁶⁹² Nel caso specifico è stato ritenuto, in maniera invero a parere di chi scrive non pienamente condivisibile, sussistente l'elemento soggettivo di affidamento del privato. Dopo aver sostenuto, come visto, che è tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l'atto" ritiene che "nel caso di specie, il vizio pur riconoscibile e, anzi, riconosciuto è stato, tuttavia, segnalato tempestivamente all'appellante; dunque, il comportamento della P.A. che, scientemente, ha proseguito nella gara e ha emanato il provvedimento di aggiudicazione, può radicare un affidamento legittimo anche sotto il profilo soggettivo".

giudizialmente. E si potrebbe obiettare che se questa costituisce una delle ipotesi più estreme considerate dalla giurisprudenza quale ragione per escludere il formarsi di un affidamento tutelabile è altrettanto vero che qui l'atteggiamento del privato incide direttamente - e si vorrebbe dire sostanzialmente - sul corretto formarsi della valutazione dell'amministrazione e che è prima di tutto per questo che la sua posizione non dovrebbe meritare considerazione⁶⁹³.

In conclusione, il frastagliato panorama in materia di legittimo affidamento sembra restituirci una duplice tendenza restrittiva, sia pure sulla base di logiche differenti, da parte prima di tutto dell'amministrazione che svolge il bilanciamento e poi del giudice che valuta il bilanciamento svolto.

In primo luogo, come visto, ci si limita spesso a valutare la sussistenza di un interesse pubblico, sostanzialmente obliterando il contro interesse del privato⁶⁹⁴. Ci si contenta in particolare di constatare che l'annullamento non miri unicamente a ripristinare la legalità violata ma si fondi su di un interesse sia concreto ed attuale (quando invece questo costituisce solo uno dei due interessi in gioco). Inoltre, proprio perché manca una sostanziale e differenziata considerazione dell'interesse del privato, la valutazione appare qui svolta piuttosto secondo criteri di ragionevolezza (sull'attualità e concretezza dell'interesse pubblico perseguito) piuttosto che di proporzionalità in senso stretto (in rapporto al sacrificio dei diversi interessi coinvolti).

L'altra vista tendenza è quella - prendendo a modello le tecniche di sindacato del giudice europeo - di far partire indagine sulla meritevolezza soggettiva dell'affidamento del privato, prescindendo (all'opposto) di valutare se comunque sussista - come la norma impone - un interesse attuale e concreto all'intervento in autotutela. E più in generale, secondo la contestazione svolta da TRIMARCHI BANFI, operando una commistione di piani e di elementi da considerare e mescolando le valutazioni circa la consistenza obiettiva ed economica degli interessi in gioco con i caratteri della condotta affidante della p.a. e del comportamento tenuto dal privato⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Cfr *infra* par. V.5. il ragionamento seguito da Ad. plen. 19 del 2021 e le considerazioni ivi svolte.

⁶⁹⁴ Peraltro, il panorama, al riguardo, resta variegato e, come anticipato, vi sono state importanti 'smentite' giurisprudenziali sul punto: cfr in particolare la citata Ad. plen. n. 8 del 17 ottobre 2017, par. 9.3. secondo cui "il riconoscimento di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (la cui sussistenza è di intuitiva evidenza, anche a notevole distanza di tempo dall'originaria adozione dell'atto) non sta necessariamente a significare che tale interesse sia l'unico fattore idoneo a orientare le scelte discrezionali dell'amministrazione in caso di risalenti violazioni in materia urbanistica, si da esonerare in radice l'amministrazione da qualunque motivata valutazione in ordine ad ulteriori fattori e circostanze rilevanti. Si intende con ciò rappresentare che la sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione di un atto amministrativo illegittimo (anche a prescindere dal ricorso alla formula dell'interesse in re ipsa) è oggettivamente connaturata alla rilevata sussistenza di una situazione antigiusuridica. Ma ciò non sta a significare che il riconoscimento di un tale interesse (peraltro, espressamente richiamato dal comma 1 del più volte richiamato articolo 21-nonies) comporti di per sé la pretermissione di ogni altra circostanza rilevante (come gli interessi dei destinatari dell'atto, di cui la disposizione chiede espressamente di tener conto) ed esoneri l'amministrazione da qualunque seppur succintamente motivata valutazione sul punto". Per un commento a tale importante pronuncia si vedano, *ex multis*, G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urb. e app.*, 2018, 1, 45; N. POSTERARO, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1090.

⁶⁹⁵ Si mostra consapevole di questa commistione e soprattutto dell'incertezza che caratterizza la valutazione di questi ultimi due elementi V. CERULLI IRELLI che, in un suo scritto in materia di legittimo affidamento, dopo

Siano a questo punto consentite alcune osservazioni sul requisito temporale, che completa, secondo la sopravvissuta impostazione, la triade dei caratteri propri dell'affidamento tutelabile ed è in grado di 'consolidare' l'affidamento del privato⁶⁹⁶.

Innanzitutto, vi è da dire che in passato la norma faceva riferimento solo all'incerta nozione di intervento 'entro un tempo ragionevole' senza fissare un parametro preciso⁶⁹⁷. Il legislatore è recentemente intervenuto per arginare le incertezze legate all'interpretazione di tale parametro, fissando un termine massimo dapprima di diciotto mesi e ora di dodici mesi per tutti i provvedimenti di autorizzazione ed attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato con il silenzio assenso⁶⁹⁸. Così si è finito con l'introdurre per tutti questi tipi di provvedimento un limite tassativo⁶⁹⁹ secondo una logica più simile a quanto visto in altri ordinamenti e segnatamente quello francese⁷⁰⁰.

aver ripercorso la variegata panoramica giurisprudenziale in materia afferma che: "Il punto delicato (che resta del tutto perplessa nelle applicazioni pratiche) di questa problematica è quello di stabilire quali debbano essere i caratteri della pregressa attività pubblica tali da produrre l'affidamento del terzo circa la stabilità della stessa e perciò l'illegittimità della successiva attività pubblica che rimuova o modifichi favorevolmente gli effetti della prima. Invero, l'esame della giurisprudenza, da quella della Corte europea sino a quella dei nostri giudici amministrativi, induce ad affermare l'impossibilità di una determinazione a priori di codesti requisiti, la cui individuazione in concreto non può che essere lasciata alla prudente valutazione del giudice, che sarà indotto anche a seguire linee interpretative differenti a seconda del settore nel quale le singole controversie insorgono con riferimento agli interessi pubblici che in esse sono coinvolti nella loro variegata intensità e preminenza. D'altro canto, il carattere eminentemente soggettivo che il rilievo del legittimo affidamento presenta nei diversi casi necessita di un'indagine, sempre opinabile invero (e perciò necessariamente affidata alla responsabile valutazione del giudice) circa le condizioni del soggetto che reclama il legittimo affidamento in lui prodotto da precedenti atti o fatti dell'autorità pubblica. (V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. scienze giurid.*, 2016, 7).

⁶⁹⁶ Nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il fattore tempo finisce essenzialmente per rilevare come criterio limite di ponderazione degli interessi, da valutare caso per caso secondo i canoni di ragionevolezza ed opera spesso, come osservato, a sfavore del riconoscimento di un affidamento tutelabile. In particolare, da un lato, sono stati individuati elementi in grado di mitigare la rilevanza del fattore temporale, tra cui la particolare difficoltà del caso concreto e l'assenza di buona fede del soggetto privato (come visto questo è il primo fondamentale elemento in grado di escludere *tout court* la rilevanza della posizione di affidamento); dall'altro la giurisprudenza della Corte tende ad affiancare al fattore temporale in senso stretto anche la 'prevedibilità del mutamento della normativa in vigore o dell'assetto determinato dal provvedimento. Sul punto si rinvia all'analisi di M.T.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit., 169-170.

⁶⁹⁷ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 1999, n. 1812; id. Sez. V, 20 agosto 1996, n. 939 che già in tempi risalenti e ben prima che il parametro di ragionevolezza fosse fissato dal legislatore affermavano la necessità di prendere in considerazione anche il parametro temporale. Per la progressiva "maturazione" del tempo con il passare del tempo si veda da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, para 10.3. Per una posizione sostanzialmente divergente si veda invece Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2021, n.19, sulla cui analisi si rinvia *infra* a para V.5.

⁶⁹⁸ Il riferimento ad un termine puntuale di diciotto mesi era stato previsto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124; la riduzione al termine di dodici mesi è stato inserito dal d. l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con modif. in l. 29 luglio 2021, n. 108. La stessa *ratio* limitativa si può rinvenire nell'art. 21 quinquies l. 241/1990 che esclude il potere di revoca "per diversa valutazione dell'interesse originario" nel caso di provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

⁶⁹⁹ Salvo l'ipotesi prevista dal comma 2 bis ed altresì salve alcune ipotesi di annullamento doveroso rispetto alle quali tale limite pacificamente non opera: da questo punto di vista una delle ipotesi più significative si rinviene in materia di recupero di aiuti di stato illegittimi.

⁷⁰⁰ Per un'analisi al riguardo si veda in particolare il raffronto operato da D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit.

Si è poi osservato come il fattore temporale andrebbe interpretato non tanto dal punto di vista del privato quanto piuttosto nel senso di valutare l'attualità e la concretezza dell'interesse pubblico rispetto alla rimozione dell'atto⁷⁰¹. Invero, anche questo profilo risente del diverso peso riconosciuto agli interessi in gioco nel giudizio di bilanciamento.

Inoltre, secondo una critica più radicale e suggestiva, la questione circa il trascorrere del tempo è mal posta ove valutata in quanto tale e non piuttosto in termini di quante e quali scelte ed azioni economiche sono state frattanto intraprese sulla convinzione della legittimità e quindi della stabilità del provvedimento attributivo di una situazione favorevole (di un bene della vita)⁷⁰².

Sul meccanismo di revoca. Si impongono, infine, alcune riflessioni specifiche sul meccanismo di revoca previsto dall'art. 21 quinquies in rapporto, in particolare, al modo in cui lo stesso persegue una tutela del principio di affidamento⁷⁰³.

Dall'analisi della norma che disciplina il potere di revoca emerge una tutela dell'affidamento del privato essenzialmente di tipo compensativo laddove la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti interessati. E trattandosi di attività lecite, si qualifica come un indennizzo e non come un risarcimento⁷⁰⁴.

Inoltre, la norma individua diverse ipotesi che possano giustificare un provvedimento di revoca⁷⁰⁵. E questa circostanza è stata da ultimo valorizzata dalla giurisprudenza amministrativa per limitare la possibilità di riconoscere una contestuale ipotesi di scorrettezza al solo caso in cui la revoca sia frutto di *ius poenitendi* in senso stretto e cioè di un ripensamento, di una diversa valutazione dell'interesse originario⁷⁰⁶; l'imprevedibilità

⁷⁰¹ *Ibidem*.

⁷⁰² Sul punto si è osservato che "il pieno sfruttamento dell'atto amministrativo, anche se avvenuto in tempi brevi, ma con grande impiego di mezzi economici e con l'avviamento dell'attività imprenditoriale conseguente, determina un consolidamento della situazione e un affidamento del privato di certo maggiore di quelli che potrebbero ipotizzarsi quando il privato, pur avendo ottenuto da molto tempo provvedimenti favorevoli richiesti, non li utilizza ... non è quindi (solo) il tempo a determinare il consolidamento delle situazioni, ma gli elementi di cui quel tempo si è riempito". In conclusione: "non è tanto il tempo ad avere importanza quanto l'uso che il privato ha fatto del provvedimento" (G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Varenna, Giuffrè, Milano, 2002, 209 ss. In termini analoghi si è espressa di recente anche F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., par. 4.

⁷⁰³ In generale, sul punto, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 861. Per alcuni spunti di riflessione si veda anche A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecite della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 7, 1688 ss.

⁷⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156.

⁷⁰⁵ In particolare, l'art. 21 quinquies prevede che: "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo". L'inciso iniziale, qui in corsivo è stato introdotto successivamente dal d.l. 12 settembre 2004, n. 133, convertito con modificazione nella l. 11 novembre 2004, n. 164.

⁷⁰⁶ Cfr. in particolare il ragionamento seguito in Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2358, con nota critica di F. GAFFURI, *La responsabilità della P.A. per revoca di una gara d'appalto in Urb. e app.*, 2020, 6, 829. Invero tale impostazione è tuttavia nel complesso discussa, dal momento che finisce piuttosto col compiere una scelta di

dell'interesse sopravvenuto o della diversa situazione di fatto escluderebbero invece in radice qualsiasi rimproverabilità in capo al contraente pubblico.

Così come pure spesso la giurisprudenza ha limitato il riconoscimento del rimedio indennitario alla luce del carattere provvisorio ed instabile del provvedimento revocato, che non sarebbe idoneo a qualificarsi come 'provvedimento ad efficacia durevole'⁷⁰⁷.

Questo aspetto è invero spesso valorizzato proprio con riferimento nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica in cui, secondo la giurisprudenza prevalente, l'unico provvedimento ad efficacia durevole che possa dar luogo, ove revocato, ad un indennizzo sarebbe costituito dall'aggiudicazione definitiva. Viceversa, non sarebbero qualificabili come provvedimenti ad efficacia durevole né l'aggiudicazione provvisoria, né tantomeno il bando di gara⁷⁰⁸.

Infine, come già anticipato, anche rispetto al meccanismo di revoca emerge la tendenza, sia in dottrina che in giurisprudenza, a valorizzare l'atteggiamento soggettivo del privato quale elemento idoneo ad escludere la sussistenza di un affidamento meritorio di tutela⁷⁰⁹. In questo caso, peraltro, conoscibile deve essere non l'illegittimità, bensì l'*inopportunità* del provvedimento oggetto di autotutela, i.e. la sua contrarietà all'interesse pubblico.

Nel caso del meccanismo di revoca, i sostenitori di questa impostazione valorizzano le indicazioni offerte dallo stesso legislatore al comma 2 dell'art. 21 quinquies, secondo cui nella liquidazione del danno si 'tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico'. Non è tuttavia superfluo osservare come, sebbene i sostenitori della suesposta impostazione tendano a riconoscere al principio una portata generalizzata, questa regola venga imposta dal legislatore solo con riferimento all'ipotesi particolare di revoca che vada ad incidere su atti negoziali.

Evidente risulta il parallelismo con quanto previsto in generale in materia di responsabilità provvedimento dall'art. 30, comma 3 c.p.a., per come in particolare da ultimo reinterpretato dall'Adunanza plenaria n. 3 del 2011. Più in generale, si ritrova una certa

politica del diritto, andando a stabilire su chi - se il soggetto pubblico o privato - debba gravare il costo di sopravvenienze fattuali o normative. Sul punto si vedano altresì, sempre in tale prospettiva critica, le riflessioni più generali compiute in Cons. Stato, Ad. plen. n. 7/2021, che si è occupata proprio del fenomeno delle sopravvenienze normative rispetto all'ipotesi generale di responsabilità della p.a. per adozione tardiva di provvedimento favorevole.

⁷⁰⁷ Cfr. eg. Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4966. Con specifico riferimento alla giurisprudenza in materia di appalti cfr. nota subito *infra*.

⁷⁰⁸ Cfr. in particolare caso n. 4 della rassegna giurisprudenziale proposta e in generale cap. II, par. IV.2. In termini si vedano anche eg. Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136; id. Sez. V, 21 dicembre 2017, n. 6002.

Questa diversa forma di limitazione sembra piuttosto richiamare il regime degli atti di autotutela del modello francese che distingue appunto sulla natura dell'atto idonea o meno a costituire pretese stabili. Sul punto si rinvia all'analisi di D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit., par. 2 ss.

⁷⁰⁹ Cfr. il ragionamento della già più volte citata Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440 (caso n. 8). Questa tendenza è stata salutata, come detto, con favore da quella dottrina che auspica una concezione unitaria dell'affidamento, basata proprio sui tre visti parametri oggettivo, soggettivo e temporale; sul punto si rinvia ancora alla ricostruzione di A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., 142 ss e gli Autori ivi richiamati.

tendenza della giurisprudenza amministrativa, volta a ribaltare, anche in tempi recenti, gran parte degli oneri di diligenza e leale collaborazione sul privato, con ciò in qualche modo obliterando la circostanza che un simile onere grava altrettanto (e secondo alcuni, ancor di più, atteso proprio lo status professionale 'qualificato') sul soggetto pubblico⁷¹⁰.

V.4. La nozione di affidamento 'incolpevole' sviluppata dalla giurisprudenza della Cassazione nell'ambito dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione ...

Nell'ambito dello scenario sin qui esposto interviene un nuovo, dirompente quanto controverso, orientamento della Cassazione che riconosce il diritto al risarcimento per la lesione dell'affidamento incolpevole derivante da un provvedimento favorevole ma illegittimo e successivamente annullato, in autotutela o per effetto di una pronuncia giurisdizionale.

Le Sezioni Unite di Cassazione hanno sviluppato questa impostazione a partire da tre notissime ordinanze 'gemelle' del 23 marzo 2011 sorte nell'ambito di regolamenti di giurisdizione e relative a tre diverse tipologie di procedimenti amministrativi⁷¹¹.

⁷¹⁰ Un esempio significativo in tal senso può rinvenirsi anche nei numerosi obblighi proattivi imposti sul privato dalla citata Ad. plen. n. 7 del 2021 in materia di danno da ritardo, pur in assenza di chiare indicazioni normative in tal senso; cfr sul punto il commento di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, cit. e, più in generale le riflessioni di P. PATRITO, *La responsabilità del privato nei confronti dell'amministrazione: prime riflessioni*, cit.

⁷¹¹ Cass. Sez. Un., ord., 23 marzo 2011, n. 6594, 6595, 6596, con note di A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, 2387; id. *In tema di giurisdizione ordinaria in Foro. It.*, 2011, 9, 2398; di L. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1209; di G. D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività* in *Giur. it.*, 2012, 192; di C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione* in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1743; di M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896; di R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1515 ss; di A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.* in *Corr. Giur.*, 2011, 940 ss; di R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente* in *Urb. e app.*, 2011, 916; di M. CLARICH, *Giurisdizione ordinaria. Al giudice civile l'affidamento sull'atto illegittimo* in *Guida dir.*, 2011, 9, 29.

Volendo offrire una breve ricostruzione in fatto: (i) Cass. Sez. Un., ord., 23 marzo 2011, n. 6594, era relativa ad un'azione di risarcimento danni derivanti dalla mancata utilizzabilità a fini edificatori di una superficie di terreno. In particolare, il ricorrente era stato prima destinatario di un provvedimento favorevole di concessione edilizia per la realizzazione di un complesso immobiliare. Tuttavia, dopo aver iniziato ad edificare il manufatto, il Comune aveva provveduto ad annullare in autotutela tale concessione sul presupposto che la stessa non fosse conforme ad altro P.R.G. cui si sarebbe dovuto invece fare riferimento. (ii) Cass. Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6595 era relativa ad un'azione risarcitoria in una fattispecie in cui il Comune aveva, sulla base di un'erronea certificazione urbanistica, rilasciato ai ricorrenti una concessione edilizia per la costruzione di un edificio. Successivamente tale concessione era stata annullata dal giudice amministrativo per effetto di un ricorso giurisdizionale di soggetti controinteressati alle opere di costruzione ed il Comune aveva poi provveduto ad ordinare la demolizione del manufatto nel frattempo costruito. (iii) Cass., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6596 era relativa ad un'azione risarcitoria nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica. Nello specifico la p.a. aveva aggiudicato e stipulato il contratto con una determinata impresa. Successivamente tuttavia, su ricorso di operatore controinteressato, il giudice aveva annullato il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'impresa che aveva quindi proposto azione di risarcimento

Si è sostenuto che tale controverso orientamento sia nato con un duplice obiettivo da parte del giudice ordinario. Il primo – ed il principale – è quello di riappropriarsi di uno spazio di giurisdizione⁷¹². E di farlo in quanto si ritiene – ed in questo sta il secondo obiettivo – in questo modo di offrire una tutela al privato più effettiva e completa⁷¹³.

Più in generale si è osservato che lo scontro si è giocato (e tuttora si gioca) sul piano del riparto di giurisdizioni, ma esso si fonda altresì sulla constatazione dell'avvertita insufficienza della tutela - essenzialmente ponderativa ed indiretta - offerta dall'affidamento legittimo⁷¹⁴.

Tuttavia, che la preoccupazione fosse innanzitutto incentrata sulle conseguenze in punto giurisdizione si coglie dal focus delle argomentazioni ed, in particolare, da come le stesse abbiano inizialmente sorvolato l'approfondimento di fondamentali questioni sostanziali connesse alla presa di posizione in punto riparto di giurisdizione.

In questa sede, al di là della questione relativa al riparto di giurisdizione ed alla connessa possibilità o meno di far ricadere tale ipotesi nell'ambito della giurisdizione esclusiva⁷¹⁵, si vogliono approfondire soprattutto le premesse e le prese di posizioni sostanziali connesse all'affermazione della giurisdizione ordinaria.

Le Sezioni Unite di Cassazione hanno in particolare affermato che:

“una volta annullato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale, il provvedimento favorevole sulla cui legittimità il beneficiario ha fatto incolpevole affidamento, viene in considerazione un danno che prescinde dalla valutazione sull'esercizio del potere pubblico⁷¹⁶ e residua la possibilità di invocare una tutela risarcitoria che, non essendo collegata all'impugnabilità di un atto di cui è già stata accertata l'illegittimità, non può essere attratta nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo ed è quindi azionabile unicamente dinanzi al giudice ordinario, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione fatta valere”⁷¹⁷.

danni nei confronti della p.a. per le spese sostenute nell'esecuzione del contratto ed altresì di un'ulteriore somma (qualificata a titolo di indennizzo) per aver confidato sulla legittimità degli atti di gara e della conseguente aggiudicazione.

⁷¹² Sul punto si vedano le caustiche ma stimolanti riflessioni di A. POLICE, *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni in Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013; 25 ss.

⁷¹³ Cfr. in particolare G.D. COMPORLI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, cit., 194.

⁷¹⁴ In questi termini si vedano, *ex multis*, le riflessioni di F. TRIMARCHI BANFI, in *Affidamento legittimo ed affidamento incolpevole*, cit., par. 9 ss.

⁷¹⁵ Su cui si rinvia a cap. IV, par. VIII.

⁷¹⁶ La Cassazione ricostruisce il collegamento con il potere in termini stringenti affermando che “il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, perché vittima di danno ricollegabile con nesso di causalità immediato e diretto al provvedimento impugnato, è colui che si è visto, a seguito di una fondata richiesta, ingiustamente negare o adottare con ritardo il provvedimento amministrativo richiesto; qualora si tratti di atto o provvedimento amministrativo rispetto al quale l'interesse tutelabile si configura come oppositivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo è soltanto colui che è portatore dello interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio, che vengono direttamente pregiudicati dall'atto o provvedimento amministrativo contro il quale ha proposto ricorso. Soltanto in queste situazioni la tutela risarcitoria si pone come tutela consequenziale e comporta, quindi, la concentrazione della fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa e quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, dinanzi all'unico giudice amministrativo” (*Ibidem*).

⁷¹⁷ Cass. Sez. Un., ord., 23 marzo 2011, n. 6595.

E declinando tale impostazione con specifico riferimento ad un caso di affidamento sorto nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, si è sostenuto che:

“A seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione [da parte dell'organo giurisdizionale] adito dall'impresa concorrente, affiora in capo all'[originaria] aggiudicataria un bisogno di tutela, non derivante dall'emanazione del provvedimento ma dall'affidamento dallo stesso ingenerato, tutelabile solo in via risarcitoria dinanzi al giudice ordinario⁷¹⁸.”

Tale impostazione equipara, ai fini della possibilità di configurare una responsabilità da affidamento incolpevole, l'ipotesi in cui l'annullamento del provvedimento favorevole discenda da un intervento in autotutela e quella in cui sia frutto di una pronuncia giurisdizionale⁷¹⁹.

Secondo la Cassazione, tale provvedimento poi definitivamente annullato continua a rilevare per l'originario destinatario quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*⁷²⁰.

Si vuole sottolineare il ragionamento della Cassazione nel passaggio in cui identifica, ad un tempo, le ragioni e l'oggetto dell'affidamento, affermando che la responsabilità dell'amministrazione si configura ... “per avere tale atto [poi annullato] con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (*avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa*)” di agire legittimamente e correttamente⁷²¹.

Altrettanto significativamente si vuole riportare il breve passaggio in cui la Cassazione identifica quale sia la colpa del soggetto pubblico in tale fattispecie comportamentale:

“La parte che invoca la tutela risarcitoria non postula dunque un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la *colpa che connota un comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela*, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare”⁷²².

A ben vedere, la colpa del soggetto pubblico non viene qui indagata ma piuttosto fatta discendere in maniera 'obiettiva' ed automatica dalla sequenza complessa di fatti ed atti che hanno portato alla lesione dell'affidamento.

⁷¹⁸ Cass. Sez. Un., ord., 23 marzo 2011, n. 6596.

⁷¹⁹ Tale equiparazione è stata sempre mantenuta, come si vedrà, nell'impostazione della Cassazione e tuttavia essa è stata talvolta criticata sia in dottrina che, da ultimo, da una certa giurisprudenza amministrativa. Per l'analisi di questo profilo si rinvia a cap. IV, par. V.

⁷²⁰ La Corte ha in particolare precisato che il danno che il ricorrente ha subito è imputabile ad una condotta scorretta della parte pubblica, consistita “nell'emissione di atti favorevoli, poi ritirati [...] in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare”.

⁷²¹ *Ibidem*, corsivo mio.

⁷²² *Ibidem*, corsivo mio.

Così come pure in tali prime pronunce sembra mancare una specifica indagine circa l'atteggiamento soggettivo del privato. Si assume, piuttosto, come sopra visto, che il suo affidamento sia incolpevole in quanto egli ha diritto di fare affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione. Così formulata, invero, la regola appare una declinazione particolare della c.d. presunzione della legittimità amministrativa.

Le pronunce della Cassazione del 2011 sono apparse tanto dirompenti negli effetti e nelle affermazioni di principio (non solo con riferimento al riparto di giurisdizione), quanto controverse nei ragionamenti proposti e, soprattutto, laconiche con riferimento ad alcuni aspetti fondamentali di inquadramento della fattispecie complessa in esse regolata. In maniera non sorprendente, hanno così dato origine ad un dibattito intensissimo⁷²³. Ed il contrasto è emerso anche nella giurisprudenza sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo⁷²⁴.

La Cassazione è successivamente intervenuta con un'altra importante - e questa volta assai più argomentata - pronuncia nel 2015⁷²⁵ col dichiarato intento, da un lato, di confermare il proprio orientamento anche in seguito all'intervento del codice del processo

⁷²³ Per i commenti alle pronunce si rinvia in particolare alla nota *infra* n. 220. Alcuni Autori hanno salutato con favore, sia pure in modo variegato, tale nuovo orientamento (così in particolare COMPORTI, SCOGNAMIGLIO, DI MAJO e LAMORGESE nelle opere *infra* citate); altri invece hanno assunto posizioni critiche, ritenendo che nei casi qui esaminati la posizione del privato leso dall'annullamento a sé favorevole dovesse qualificarsi in termini di interesse legittimo (in questo senso, sia pur con diverse declinazioni di pensiero, si sono espressi ad esempio TRAVI, VILLATA, MAZZAMUTO, MASERA sempre nelle opere *supra* citate). Per una posizione intermedia, che riconosce alla posizione in gioco natura di diritto soggettivo, ma ritiene che la stessa debba essere ricondotta nelle materie di giurisdizione esclusiva nell'alveo della giurisdizione del G.A. si vedano in particolare M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi.it*, 2011, 7; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 11, 24.

⁷²⁴ La Cassazione ha aderito in maniera prevalente al proprio orientamento inaugurato con le ordinanze del 2011 (cfr. in particolare, Cass. Sez. Un. 2013, n. 10305; Cass. Sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 1162, richiamata dalla stessa Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, su cui subito *infra*). Si è tuttavia formato all'interno della stessa giurisprudenza del giudice ordinario un orientamento, sia pur minoritario, volto a sostenere la sussistenza della giurisdizione del g.a. nelle materie di giurisdizione esclusiva (cfr. in particolare Cass. Sez. Un., 21 aprile 2016, n. 8057; id. Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454). Anche la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni diversificate: in senso adesivo all'orientamento inaugurato nel 2011 si veda Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059; id. Sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798; a favore della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo su questa tipologia di domanda risarcitoria si sono invece pronunciati ad esempio Tar Lombardia, Milano, 20 gennaio 2015, n. 218; id. 17 maggio 2013, n. 1307; Tar Campania, Napoli, 10 dicembre 2014, n. 6461; Tar Toscana, 2 maggio 2012, n. 851. In senso critico si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, 165.

⁷²⁵ Il riferimento è in particolare a Cass. Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586. Per un commento specifico si veda M. SINISI, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 5, 1059; in senso critico anche C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 564;

Più in generale, il tema non ha mai smesso di essere oggetto di dibattito ed approfondimento da parte della dottrina, alla luce anche del permanere del contrasto giurisprudenziale e delle 'sacche di incertezza' rispetto all'ipotesi di risarcimento qui in questione. In disparte tutti i contributi conseguenti all'importante presa di posizione della Cassazione, con l'ordinanza n. 8236 del 2020 (su cui subito *infra*), si segnala qui, *ex multis*, G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto*, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, 1990C; S. CARLUCCI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi pretensivi caratterizzati da un giustificato affidamento* (nota a Cass. 24 maggio 2017, n. 12991) in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1, 0175B. Per una panoramica sul dibattito emerso si rinvia altresì a A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., 233-239.

amministrativo⁷²⁶ e, dall'altro, di specificare meglio il significato ed i caratteri della "situazione giuridica individuata nell'affidamento incolpevole creato nel privato da parte della p.a. con l'adozione del provvedimento favorevole poi caducato in via giurisdizionale o per autotutela perché illegittimo"⁷²⁷.

La variante con cui si confronta la Cassazione in questo caso è di un annullamento intervenuto in seguito a pronuncia giurisdizionale; tuttavia, si ribadisce espressamente come i principi valgano identici anche laddove l'annullamento lesivo derivi da un intervento in autotutela.

Formalmente, la Cassazione si limita a precisare il significato di quanto sostenuto nel 2011. In realtà, come spesso avviene, opera un delicato quanto essenziale aggiustamento del tiro circa l'inquadramento della fattispecie complessa costitutiva di danno che (ri)configura nei seguenti termini:

"La fattispecie costitutiva del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 risulta così derivare dalla lesione della integrità del patrimonio del beneficiario riconducibile ad una fattispecie complessa, rappresentata dall'essere stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile"⁷²⁸.

Innanzitutto, avvedutasi della laconicità circa la consistenza della posizione soggettiva fatta valere e preoccupata di ribadire che si tratti di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, la Cassazione precisa che si tratta di diritto soggettivo 'alla conservazione dell'integrità patrimoniale'. In un tentativo di specificazione della nozione la Cassazione chiarisce che tale diritto alla conservazione patrimoniale viene in rilievo:

"sotto il profilo dell'aver egli sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell'agire della p.a. concretatosi nell'illegittima emissione del provvedimento, peraltro non già considerata sic et simpliciter come tale, cioè solo per la sua illegittimità, bensì in quanto, per le circostanze e le modalità concrete in cui l'agire illegittimo della p.a. concretatosi nell'adozione del provvedimento si è verificato, risulti che esso è stato idoneo sul piano causale a determinare un suo affidamento nella legittimità del provvedimento e quindi nella conservazione del beneficio attribuito

⁷²⁶ È interessante notare come lo stesso Pubblico Ministero nelle sue conclusioni avesse condiviso la tesi dei resistenti circa la riconducibilità della controversia alla giurisdizione del g.a. sulla base del nuovo c.p.a., assumendo che la conclusione opposta a quella delle decisioni del 2011 "si giustificerebbe per l'applicabilità alla controversia dell'art. 7 c.p.a. il quale, disciplinando come la L. n. 205 del 2000, art. 7 il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo da esso si discosta reintroducendo (comma 1), sia pur meglio specificando, il riferimento espunto dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 204 e 281 del 2004 ai comportamenti della pubblica amministrazione, estendendo. rendendola esclusiva (comma 5), la giurisdizione amministrativa anche alla tutela dei diritti soggettivi in materie determinate - specificamente in materia urbanistica (art. 133 c.p.a. lett. A)), tra le quali indubbiamente rientra la presente controversia - ed escludendo il requisito della consequenzialità prima necessario e riservato ora ai soli casi di giurisdizione generale di legittimità (comma 4)".

⁷²⁷ Cass. Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, par. 8.

⁷²⁸ *Ibidem*, par. 8.3.; corsivo mio.

dal provvedimento illegittimo e nella conseguente legittimità dell'attività (onerosa per il patrimonio del privato posta in essere in base al provvedimento)".

Ecco quindi il secondo fondamentale punto di svolta – il ripensamento – rispetto alla configurazione iniziale della fattispecie: l'affidamento non discende automaticamente e direttamente dall'illegittimità del provvedimento poi annullato, bensì si richiede che le modalità concrete del comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione nell'adozione di tale provvedimento illegittimo siano state tali da indurre, incolpevolmente, il privato a fare affidamento sulla sua legittimità, così condizionandone l'agire e le scelte rivelatesi poi fonte di perdite economiche⁷²⁹.

L'attenzione si sposta, quindi, sulla condotta complessiva delle parti, con la precisazione che dal lato dell'amministrazione la valutazione è compiuta secondo standard sostanzialmente oggettivi ("oggettiva idoneità"⁷³⁰), con ciò richiamando quel fenomeno di obiettivizzazione della colpa dell'amministrazione apparato di cui si è già detto⁷³¹.

Si riscopre altresì – e si valorizza – il carattere incolpevole dell'atteggiamento del privato⁷³².

E si conclude ritenendo che non solo nel comportamento dell'amministrazione deve essere ravvisato un *quid pluris* oggettivamente idoneo a fondare l'affidamento, non solo deve sussistere un'incolpevolezza di tale affidamento (con evidente richiamo al modello ex art. 1338 c.c.⁷³³) ma – e la circostanza non è di poco rilievo – l'onere di dimostrare questa duplice complessa circostanza ricade sul privato che chiede il risarcimento. Questi è pertanto tenuto ad allegare ulteriori circostanze la cui attitudine a fondare la fiducia incolpevole deve essere valutata caso per caso⁷³⁴.

⁷²⁹ *Ibidem*, par. 8.3. Operazione che taluna dottrina ha osservato con particolare favore ritenendo che: "La costruzione delle Sezioni unite ha il pregio di collocare l'affidamento del privato nei confronti dell'amministrazione sul terreno concreto. L'affidamento (incolpevole) non è una situazione che si accompagna, in via generale e astratta, all'emanazione del provvedimento favorevole: esso sussiste oppure no secondo le circostanze del caso" Ed è proprio in questo quadro che recupera rilievo il requisito soggettivo – l'incolpevolezza – dell'affidamento del privato. Cfr F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., par. 9.

⁷³⁰ In particolare, secondo la Corte, la questione non riguarda "l'apprezzamento del comportamento tenuto dalla p.a. come espressione dell'esercizio del potere, bensì nella sua oggettiva idoneità a determinare l'affidamento".

⁷³¹ Cfr. *infra* par. IV.4. Sul punto si vedano, tuttavia, anche le riflessioni in cap. IV, par. V.

⁷³² In particolare, si afferma – in maniera condivisibile ma con una certa disinvoltura, tenuto conto di quanto ciò differisca dai principi affermati nel 2011 – che: "è palese che, se fosse rilevante il solo fatto dell'emanazione del provvedimento ampliativo in modo illegittimo, non solo non si comprenderebbe il rilievo dell'incolpevolezza dell'affidamento, ma, a monte, si affermerebbe un principio che non avrebbe alcuna giustificazione logica e ciò perché dalla mera emissione del provvedimento favorevole non è dato desumere che chi lo abbia ottenuto abbia per ciò solo ragione per essere convinto che il provvedimento è stato emesso a seguito di un'attività della p.a. legittima" (*ibidem*, par. 9.2.). E subito dopo aggiunge, con ciò – parrebbe – escludendo che in siffatte ipotesi possa dirsi radicato un affidamento tutelabile, che "è sufficiente osservare che il privato, quando ha chiesto il provvedimento ampliativo, ben poteva essere addirittura consapevole che esso non avrebbe dovuto essergli concesso perché non ne ricorrevano le condizioni di legittimità. Oppure poteva essere dubbioso su di esse e nel provvedimento non risultassero sciolti proprio i dubbi che egli aveva o alcuni di essi." (*ibidem*).

⁷³³ Cfr. ancora le riflessioni in cap. IV, par. V.

⁷³⁴ Questo perché: "l'oggetto del giudizio di cui trattasi postula la deduzione e, quindi, l'allegazione delle ragioni per cui l'agire della pubblica amministrazione in allora concretatosi con l'adozione del provvedimento illegittimo abbia avuto efficacia causale dell'affidamento, ed anzi di un affidamento incolpevole, nel

Peraltro, la Cassazione viene in soccorso su questo punto ed offre, sia pure a titolo esemplificativo, alcuni esempi di ciò che può esser allegato⁷³⁵; tuttavia, il catalogo risulta così ampio che non pare ravvisarsi sino in fondo un criterio distintivo e tutto dipenderà dalle circostanze del caso concreto e dalla valutazione che di esse ne darà, complessivamente, il giudice⁷³⁶. Inoltre – ma la questione verrà ripresa nel prossimo capitolo – si tratta di elementi, almeno in parte, così intimamente connessi con la formazione della volontà dell'amministrazione e con lo svolgimento della sequenza procedimentale nel suo complesso che pare difficile prescindere integralmente da un'indagine sul modo in cui tale potere sia stato concretamente esercitato⁷³⁷.

La premessa mai messa in discussione dell'orientamento sin qui delineato è che la fattispecie complessa di danno da affidamento abbia come presupposto di fatto il rilascio di un provvedimento favorevole (generatore dell'affidamento) ed il successivo venir meno dello stesso (delusione della fiducia). In altre parole, la sussistenza di un precedente provvedimento ampliativo (o di un comportamento qualificato ad esso equiparabile) è visto come elemento non sufficiente, ma necessario ai fini della configurazione di un danno da affidamento, per come sin qui delineato.

Tuttavia, nel 2020, la Cassazione, fa un passo avanti e sostanzialmente sconfessa tale premessa⁷³⁸.

beneficiario, sì da indurlo a compiere attività ed a sopportare costi incidenti sul suo patrimonio proprio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento” (*ibidem*).

⁷³⁵ Chiarendo in particolare che potrà trattarsi “sia di elementi inerenti lo stesso contenuto del provvedimento poi riconosciuto illegittimo (tanto se essi siano stati rilevanti - con apprezzamento oramai non discutibile - in funzione di tale riconoscimento, e dunque siano stati idonei ad integrare la controversia sull'esercizio del potere cui allude l'art. 7 c.p.a. comma 1, che si sia svolta in sede giurisdizionale, oppure siano stati posti a base del potere di autotutela, quanto se essi non siano stati invece rilevanti in quelle sedi), sia di elementi estranei al diretto esercizio del potere dell'amministrazione espressosi con il provvedimento, sia eventualmente di elementi pregressi relativi all'agire dell'amministrazione nelle fasi precedenti, sia ancora di elementi successivi, sia ancora di elementi derivanti da comportamenti dei terzi noti al beneficiario ed all'amministrazione, sia di elementi relativi alla situazione in cui si trovava lo stesso beneficiario o a fatti a lui noti” (*ibidem*, par. 9.3).

⁷³⁶ Non a caso al riguardo, anche la dottrina che ha salutato con favore l'operazione ricostruttiva operata dalla Cassazione ha osservato che: “L'aspetto problematico della costruzione sta nella difficoltà di individuare quegli “ulteriori elementi” in concorso con i quali l'adozione del provvedimento rivela la propria efficacia causale per l'insorgere dell'affidamento. Soprattutto se – come parrebbe necessario – si esclude la rilevanza di eventuali assicurazioni ricevute dall'interessato nell'ambito di relazioni informali con i soggetti che impersonano gli uffici competenti. L'elenco, esemplificativo, che si legge nell'ordinanza suggerisce che le circostanze idonee a concorrere nella determinazione dell'affidamento si collocano per lo più all'esterno del provvedimento. La difficoltà prospettata qui attiene comunque ai fatti che, in concreto, possono essere considerati idonei realizzare la fattispecie, ma non inficia la tenuta giuridica della costruzione” (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., par. 9).

⁷³⁷ Sul punto si rinvia all'analisi in cap. IV, par. VIII.

⁷³⁸ Il riferimento è qui alla notissima Cass. Sez. Un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, oggetto di numerose note e commenti. Si rinvia in particolare a G.D. COMPORI, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur. It.*, 2020, 9, 2530; P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2020, 4, 1193; G. TULUMELLO, *Le Sezioni unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale* (9 maggio 2020) accessibile su giustizia-amministrativa.it; V. BONTEMPI, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 6, 805; V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. e app.*, 2020, 6, 794; G. TROPEA E A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e*

In particolare, si pone la questione se un danno da affidamento sia configurabile – ipotesi sino a quel momento esclusa⁷³⁹ – anche a fronte della pacifica non sussistenza di un provvedimento favorevole ampliativo. In questo caso l'affidamento leso avrebbe ad oggetto la positiva conclusione dell'*iter* procedimentale; aspettativa alimentata dall'atteggiamento 'incoraggiante ed ondivago' dell'amministrazione precedente che avrebbe a lungo procrastinato la decisione finale, chiedendo numerosi adempimenti istruttori, compiendo atti intermedi che avrebbero fatto ben sperare circa la positiva conclusione del procedimento, salvo infine adottare una decisione in senso negativo⁷⁴⁰.

Naturalmente la Cassazione si pone il problema dal punto di vista delle conseguenze in tema di riparto di giurisdizione⁷⁴¹ che, tuttavia, implicano prese di posizione sull'inquadramento sostanziale del fenomeno. Ed in sintesi afferma: (i) che un danno da lesione dell'affidamento può sorgere in forza di un comportamento complessivamente scorretto della p.a. nei suoi rapporti privati anche in assenza di un precedente provvedimento favorevole; (ii) che questa condotta si qualifica come un comportamento mero in cui l'esercizio del potere rileva come contesto e/o fatto storico e pertanto sussiste la giurisdizione del giudice ordinario; (iii) che questo comportamento scorretto integra una responsabilità da contatto sociale qualificato, sostanzialmente inquadrabile nel regime della responsabilità da inadempimento contrattuale *ex art.* 1218 c.c.

La Cassazione giunge a questi approdi sulla base di una serie articolata di argomentazioni che, tuttavia, al netto di qualsiasi ulteriore valutazione circa la condivisibilità o meno delle conclusioni raggiunte, non paiono pienamente coerenti rispetto alle premesse che si è data, né soprattutto rispetto al proprio precedente orientamento inaugurato con le sentenze del 2011 e rispetto al quale dichiara nondimeno di volersi porre in continuità.

In particolare, l'ordinanza muove dalla considerazione per cui:

giurisdizione del g.o. (15 maggio 2020) su *giustiziainsieme.it*; A. DI MAJO, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 4, 291.

⁷³⁹ L'ordinanza del 2020 qui in commento si pone in risposta in particolare a Cass. Sez. Un. n. 13194/2018 in cui si è sostenuto che i principi fissati dalle ordinanze del 2011 (per come meglio specificati dall'ordinanza del 2015) non siano applicabili qualora difetti il presupposto della sussistenza di un "provvedimento ampliativo".

⁷⁴⁰ Nello specifico si verteva in una controversia in materia di urbanistica, il cui il ricorrente deduceva di aver riposto proprio affidamento non in un provvedimento concessorio (pacificamente mai emesso) ma nel comportamento dell'amministrazione municipale, la quale avrebbe protratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo (con la comunicazione di atti endoprocedimentali, con la formulazione di apprezzamenti positivi sul piano dell'opera, con la divulgazione sui giornali del progetto di intervento edilizio) a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa (*ibidem*, par. 20).

⁷⁴¹ "Ai fini del giudizio sul regolamento di giurisdizione si tratta quindi, in definitiva, di stabilire se la giurisdizione del giudice ordinario, affermata dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 in relazione a domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo ... debba essere affermata anche, e con maggior forza, quando nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero un comportamento dell'amministrazione; o se, al contrario, nel caso in cui nessun provvedimento ampliativo sia mai venuto ad esistenza, l'affidamento riposto dal privato nella futura emanazione di un provvedimento a lui favorevole non costituisca altro che un mero riflesso, ininfluenza sulla giurisdizione, di un'azione amministrativa - intesa come sequela di atti intrinsecamente connessi la cui legittimità/illegittimità costituisce, in definitiva, l'oggetto della controversia; con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte che si versi in una materia di giurisdizione esclusiva del medesimo" (*ibidem*, par. 21).

“la lesione di cui si discute non è causata dal provvedimento favorevole (illegittimo - e, perciò, giustamente annullato - ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento dell'atto stesso”.

Senonché, si può obiettare, nella richiamata fattispecie complessa il provvedimento favorevole c'è ed è, come sopra visto, elemento necessario ancorché non sufficiente.

E prosegue, affermando che:

“La lesione, cioè, discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità”.

Si introduce un riferimento, sinora sostanzialmente assente nei ragionamenti della Cassazione, alla distinzione fra regole di validità e regole di condotta e si richiama espressamente la posizione assunta sul punto dalla Adunanza plenaria del 2018 in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Rinviando l'analisi compiuta di tale pronuncia al capitolo successivo, si può dire che essenzialmente la Cassazione si pone in linea con quell'orientamento già ampiamente visto nel corso del presente capitolo secondo cui la violazione del canone di buona fede, pur rilevante rispetto a tutta l'attività della pubblica amministrazione, configuri unicamente un obbligo risarcitorio (quale regola di responsabilità) senza incidere sulla validità del provvedimento stesso.

Conseguentemente ribadisce poi – al fine di poter confermare la propria giurisdizione – come non sussista alcun collegamento nemmeno mediato col potere pubblicistico nel comportamento della p.a. che abbia leso l'affidamento del privato perché contrario al canone di buona fede e correttezza. E questo in quanto:

“il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato, infatti, si pone - e va valutato - su un piano diverso rispetto da quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimentoale di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto (come nel caso oggetto del presente giudizio) o, addirittura, essere legittimo, così da risultare «un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico»⁷⁴².

Nel percorrere questa linea argomentativa la Cassazione richiama espressamente la citata dottrina che ha proposto di distinguere tra 'affidamento legittimo' ed 'affidamento

⁷⁴² *Ibidem*, facendo espreso richiamo al principio affermato da Cons. Stato, Ad. plen n. 5 del 2018, cfr infra cap. IV, par. I.

incolpevole', dove il primo sarebbe rappresentato dal meccanismo previsto soprattutto dall'art. 21 nonies l. 241 del 1990 in cui non assumerebbe rilievo l'elemento soggettivo delle parti quanto piuttosto l'obiettivo contemperamento degli interessi in gioco, mentre il secondo avrebbe consistenza di situazione autonoma, tutelata in sé, sul modello dell'affidamento civilistico e che si sostanzierebbe in un'aspettativa, fondata sulla buona fede, di coerenza e non contraddittorietà del comportamento del soggetto pubblico⁷⁴³.

Tuttavia, poco oltre, per rafforzare le proprie posizioni, richiama anche il principio di affidamento nel diritto europeo che, tuttavia, se è vero che valorizza l'elemento soggettivo è altresì vero che si ricollega piuttosto all'affidamento legittimo ed a sua volta viene invocato quale principio ispiratore del meccanismo *ex art. 21 nonies*, poco prima distinto concettualmente dall'ipotesi in esame⁷⁴⁴.

Inoltre, la pronuncia, sempre nel solco della citata dottrina, riqualifica la posizione soggettiva lesa: non è il diritto all'integrità patrimoniale, bensì l'affidamento stesso, che si qualifica quindi come situazione soggettiva, piuttosto che come principio⁷⁴⁵.

Ancora, la pronuncia richiama più volte, con evidente apprezzamento delle conclusioni ivi raggiunte, l'Adunanza plenaria del 2018 in materia di responsabilità precontrattuale senza quasi avvedersi, tuttavia, che lì il giudice amministrativo ha finito col ribadire, sia pure implicitamente non essendo la questione espressamente oggetto di discussione, la propria giurisdizione proprio rispetto ad ipotesi di scorrettezza (e quindi violazione di una regola di responsabilità) nell'ambito di un procedimento amministrativo, sia pure di evidenza pubblica.

Così come non sembra avvedersi che sebbene tale plenaria faccia richiamo al contatto sociale qualificato, essa finisca poi per richiedere la dimostrazione - ai fini del conseguimento di un risarcimento per comportamenti scorretti in sede di formazione contrattuale - di tutti gli elementi dell'illecito extracontrattuale⁷⁴⁶.

Sempre con riferimento all'inquadramento del tipo di responsabilità connessa al 'danno da affidamento' è pacifico - stante i ripetuti espressi richiami testuali all'art. 2043 c.c. (cfr. citazioni *infra*) - che le ordinanze del 2011 e quelle successive configuravano la stessa in termini extracontrattuali. Qui invece le Sezioni Unite hanno ritenuto di riprendere espressamente gli approdi raggiunti con la già vista pronuncia in materia di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione (Cass. n. 14188 del 2016) e così:

“valorizzare - generalizzandone gli esiti oltre il mero ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione - l'orientamento che connota la responsabilità da

⁷⁴³ Il riferimento è in particolare alle riflessioni di F. TRIMARCHI BANFI in *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*. Tale impostazione è stata espressamente ripresa anche da Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615 ed in maniera ancora più argomentata da Cass. Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428.

⁷⁴⁴ Cfr. *infra* parr. V.2. e V.3. Peraltro, la stessa operazione di commistione di modelli viene di fatto compiuta anche dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2018, cfr. cap. successivo.

⁷⁴⁵ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., secondo cui, in generale, quest'orientamento della Cassazione ha il pregio di riscoprire la dimensione sostanziale dell'affidamento. Il dibattito circa la natura dell'affidamento quale situazione soggettiva ovvero quale principio è, come ormai già visto, un *liet motiv* dell'inquadramento dommatico del fenomeno qui in esame; sul punto si rinvia alle considerazioni svolte in cap. IV, par. IV.

⁷⁴⁶ Su tale discrepanza interna nell'impianto della plenaria del 2018 cfr. *infra* e capitolo successivo, par. I.

lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni «in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile⁷⁴⁷.

Si richiama ancora una volta, rinviando la discussione al capitolo successivo, la difficoltà di considerare la valutazione sul rapporto come completamente slegata dall'indagine sull'esercizio del potere e quindi si avanzano dubbi circa l'adeguatezza della soluzione raggiunta in punto giurisdizione⁷⁴⁸.

Dal punto di vista sostanziale, si osserva come, con tale pronuncia, la Cassazione abbia di fatto cambiato l'oggetto dell'affidamento incolpevole: non più stabilità di un atto - *rectius* la stabilità dell'atto in quanto l'amministrazione ha posto in essere condotte specifiche e ulteriori idonee a suggerirne la legittimità - ma prevedibilità e coerenza di un comportamento, a prescindere dalla sussistenza di una precedente determinazione favorevole. E spingendosi ancora oltre si potrebbe dire che di fatto l'oggetto dell'affidamento diventa qui direttamente la correttezza dell'agire dell'amministrazione⁷⁴⁹.

Il principale pregio, a parere di chi scrive, di tale pronuncia sta nell'aver riunito in maniera più evidente due mondi, *rectius* due sviluppi giurisprudenziali che continuavano in un certo senso a correre paralleli (il raffronto è in particolare all'evoluzione in materia di responsabilità precontrattuale, su cui si è già in parte detto e su cui si tornerà *amplius* nel capitolo successivo) ed abbia così messo in luce la necessità, prima di tutto per gli interpreti, di affrontare la questione con uno sguardo d'insieme.

La sussistenza di approdi giurisprudenziali e dottrinari divergenti e sostanzialmente tuttora incompatibili fra loro (cfr. *subito infra*) conferma, peraltro, quanto ancora il dibattito sia aperto e meritorio di approfondimento, ben al di là della sola problematica connessa al riparto di giurisdizione.

V.5. ... e la risposta della giurisprudenza amministrativa: la presa di posizione dell'Adunanza plenaria nel 2021

A completamento della panoramica di inquadramento di questa 'diversa forma di affidamento', occorre dare atto della significativa presa di posizione, in un confronto

⁷⁴⁷ *Ibidem*, par. 33.

⁷⁴⁸ Cfr. cap. IV, par. VIII.

⁷⁴⁹ Sul punto si vedano le riflessioni di P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione*, cit.; G. TULUMELLO, *Le Sezioni unite e il danno da affidamento procedimentale*, cit.

continuo fra le corti dei due plessi, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, tramite le tre correlate pronunce n. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021⁷⁵⁰.

In tale occasione l'Adunanza plenaria ha avuto modo di esprimersi, quasi sul modello delle ordinanze di Cassazione del 2011, a fronte di tre diverse ordinanze di rinvio concernenti un procedimento di evidenza pubblica e due altri procedimenti amministrativi⁷⁵¹. Il tutto a conferma del riconoscimento trasversale dei principi di buona fede ed affidamento, con riferimento a tutte – indistintamente – le tipologie di procedimenti amministrativi.

In questa sede verranno analizzate puntualmente le pronunce n. 19 e 20. Nella pronuncia n. 21 la plenaria si occupa dell'ipotesi specifica delle procedure di evidenza pubblica e, per una scelta interna di trattazione della materia, questa verrà piuttosto affrontata nell'ambito dell'*excursus* proposto nel prossimo capitolo, cui in questa sede si rinvia. Peraltro, le tre sentenze 'gemelle' devono essere necessariamente considerate quale un manifesto complessivo, una presa di posizione appunto dell'Adunanza plenaria in materia di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento e quindi i principi espressi nelle singole pronunce vanno letti in maniera unitaria. Non appare superfluo sottolineare questo aspetto tenuto conto che, come si avrà modo di vedere, vi sono alcuni profili specifici in cui le diverse pronunce non appaiono pienamente coerenti fra loro.

La *plenaria n. 19 del 2021* esordisce affermando che:

“L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come *situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno*”⁷⁵².

La pronuncia richiama espressamente i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 6 del 2005 e n. 5 del 2018 circa l'autonomia del piano dell'illegittimità da quello della scorrettezza e richiama altresì l'ormai nota distinzione fra regole di validità e regole di condotta⁷⁵³.

Ribadisce il carattere trasversale e generalizzato degli obblighi reciproci di buona fede nell'ambito dei rapporti tra privato ed amministrazione (ormai positivizzato nell'art. 1,

⁷⁵⁰ Per un commento si veda, *ex multis*, C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 1, 3; S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara di appalto*, in *Gior. dir. amm.* 2022, 4, 524; M. BALDARI, *Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a.*, accessibile su *Giustiziainsieme.it* (17 marzo 2022); G. CAPRA, *La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato (Nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021)*, (29 luglio 2021) accessibile su *giustiziainsieme.it*.

⁷⁵¹ La plenaria si è espressa sulla variante tipica di annullamento di provvedimento favorevole poi dichiarato illegittimo in via di autotutela o per effetto di una pronuncia giurisdizionale.

⁷⁵² Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2011, n. 19, par. 9.

⁷⁵³ In particolare, nel rifarsi agli approdi raggiunti dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2018, la plenaria afferma che “le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi” (*ibidem*, para 10). Tale riferimento appare tuttavia problematico alla luce del diverso inquadramento della posizione soggettiva che viene in rilievo (qui ricostruito in termini di interesse legittimo, mentre nel caso dell'Adunanza plenaria in senso di diritto soggettivo). Sul punto si rinvia alle considerazioni espresse in cap. IV, par. I.

comma 2 bis della l. 241 del 1990); espressione, secondo la plenaria, di una regola generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione che trae fondamento nei principi di imparzialità ed affidamento sanciti dall'art. 97 Cost. Ed afferma il seguente principio di diritto:

“nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”⁷⁵⁴

In sostanza, vi è un riconoscimento dell'idea di fondo presentata dalla Cassazione circa l'esistenza di un danno da affidamento ulteriore rispetto a quello derivante dalla mancata considerazione dell'interesse del privato nel giudizio comparativo⁷⁵⁵.

Così, secondo il *plenum*, ci sono degli obblighi generalizzati di buona fede che intervengono già durante il procedimento (ed in questo caso l'affidamento ha ad oggetto la correttezza dell'agire durante l'*iter* procedimentale) e vi è altresì un affidamento connesso alla stabilità di un procedimento favorevole già intervenuto. In questo senso, si potrebbe dire che la plenaria individua un duplice oggetto dell'affidamento a seconda che si abbia a che fare con un procedimento ancora in corso oppure sia già presente un provvedimento apparentemente legittimo ed, in quanto tale, stabile.

La plenaria prosegue individuando quali siano i *limiti* entro cui può esser riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento o, detto diversamente, quali siano i caratteri che tale affidamento deve avere perché possa dirsi meritorio di tutela. E da questo punto di vista sposa pienamente la posizione assunta dalla Cassazione, specialmente nella sopravvissuta pronuncia del 2015, secondo cui l'affidamento deve essere incolpevole, in base al modello delineato dall'art. 1338 c.c.⁷⁵⁶

Nel valutare quali siano gli elementi che rendono l'affidamento del privato incolpevole svolge alcune significative considerazioni con riferimento alla colpa dell'amministrazione affermando in particolare che:

“il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa

⁷⁵⁴ *Ibidem*, par. 11.

⁷⁵⁵ Dalla rassegna giurisprudenziale esposta in questo e nei precedenti paragrafi sembra infatti emergere in maniera evidente che l'affidamento di cui qui si tratta sia sostanzialmente diverso rispetto alla nozione di affidamento legittimo, inteso quale tecnica di contemperamento di interessi su cui *infra* para V.3.

⁷⁵⁶ Cfr. riflessioni in cap. IV, par. V.

dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole⁷⁵⁷.

Molteplici le implicazioni che si possono desumere da tale snodo argomentativo. Innanzitutto, nel richiamare l'elemento della colpa, sia con riferimento alla responsabilità provvedimentale che con riferimento alla lesione da affidamento (intesa quale espressione di una responsabilità comportamentale) la plenaria sembra implicitamente sostenere la natura extracontrattuale di entrambe. Con ciò disattendendo apertamente, almeno con riferimento alla seconda tipologia di responsabilità, la ricostruzione da ultimo offerta dalla Cassazione nel 2020 e ponendosi piuttosto in linea con quanto precedentemente affermato dalla stessa nelle pronunce del 2011 e 2015. E ponendosi altresì in linea con quanto recentemente ribadito dalla stessa plenaria n. 7 del 2021 con riferimento alla natura generale della responsabilità dell'amministrazione per illegittima attività provvedimentale⁷⁵⁸.

Conferma poi il carattere 'obiettivizzato della colpa' e l'inversione della prova connessa all'errore scusabile. Inoltre, rifacendosi al modello europeo di colpa, si afferma che tanto più grave e manifesta sarà la violazione, tanto maggiore sarà la colpa dell'amministrazione con riferimento all'illegittimità provvedimentale e tanto più difficile sarà dimostrare l'errore scusabile.

Nel caso di responsabilità da affidamento, tuttavia, l'effetto sarà sostanzialmente l'opposto: tanto più grave e manifesta sarà la violazione ed il vizio sarà quindi 'riconoscibile', tanto meno il privato potrà sostenere di aver fatto incolpevole affidamento sulla legittimità (e quindi sulla stabilità) dello stesso. Conseguentemente, ritiene che:

“un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario⁷⁵⁹.”

In sostanza, si osserva, vengono ripresi gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di affidamento legittimo, con particolare riferimento ai provvedimenti di autotutela. Ecco quindi che ancora una volta i piani si mescolano ed i requisiti (e le valutazioni) finiscono col sovrapporsi⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, par. 16.

⁷⁵⁸ Cfr. *infra* par. VI.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, par. 17. È interessante notare come la plenaria faccia riferimento a quella che definisce come una “regola di carattere generale in ambito civile” posta dall'art. 1147, comma 2 c.c. secondo cui la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave (cfr *infra* analisi in par. II.1).

⁷⁶⁰ Cfr. *infra* par. V.3. ed, in particolare, le obiezioni svolte, al riguardo, da F. TRIMARCHI BANFI. Rileva tali criticità anche BALDARI, che al riguardo sembra tuttavia suggerire nel suo commento alle pronunce della plenaria “una sorta di graduazione nel livello di affidamento: uno più intenso, che preclude a monte l'annullamento ex art 21-nonies l. 241/1990 e dunque opera come regola di validità; uno meno intenso che, pur essendo sacrificabile in ragione di un prevalente interesse pubblico, appare comunque meritevole di tutela risarcitoria e quindi agisce sotto forma di regola di comportamento” (M. BALDARI, *Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a.*, cit.).

Il corollario che pare sotteso a tale impostazione è che spetti al privato sorvegliare la conformità al parametro legale di un dato atto amministrativo e non, viceversa, all'amministrazione, in ragione proprio di quei poco sopra invocati canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, verificare la rispondenza del proprio operato ai parametri normativi fissati ed al concreto perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁶¹.

Sempre in linea con questa lettura del carattere scusabile (o meno) dell'affidamento ritiene altresì - e la circostanza è rilevante tenuto conto della struttura tipica della variante che viene qui in oggetto - che l'affidamento (e le connesse scelte negoziali assunte dal privato e poi lese dal successivo annullamento) può dirsi sussistente solo fino al momento in cui non viene proposto ricorso nei confronti del provvedimento favorevole⁷⁶². Nel momento in cui il controinteressato propone azione di annullamento, per ciò solo, viene meno l'affidamento incolpevole del privato sulla stabilità dello stesso poiché, da un lato, questi "è posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole" e, dall'altro, comunque, l'annullamento diviene un'evenienza non imprevedibile⁷⁶³.

Nell'ambito di questa discussione vale la pena riportare (come fa la stessa plenaria) l'obiezione fondamentale dedotta dal privato, qui leso dall'annullamento del provvedimento favorevole per contrarietà al parametro normativo, secondo cui "compete in via esclusiva all'amministrazione interpretare ed applicare la normativa urbanistica ed edilizia applicabile. A fronte di ciò il privato richiedente il titolo a costruire deve poter confidare che l'interpretazione della norma da parte dell'autorità preposta a tale compito non costituisca un inganno, per cui, in caso di errata interpretazione e conseguente illegittimità del provvedimento emesso, l'amministrazione è tenuta a risarcire il privato." Prosegue significativamente ritenendo che "il rischio correlato all'esecuzione del provvedimento favorevole, e nello specifico di un titolo ad edificare, non può sempre essere assunto dal privato «in base ad un malinteso principio di autoresponsabilità» ... [e] ... ad eccezione del caso in cui il privato «abbia proposto istanze infedeli», il rischio va invece posto a carico dell'amministrazione, nella sua qualità di «operatore qualificato» preposto all'interpretazione ed applicazione delle norme attributive del pubblico potere e responsabile dell'attuazione degli scopi di interesse pubblico stabiliti dalla legge"⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Cfr. in generale le riflessioni in cap. IV, par. V. Peraltro, la plenaria, con ciò respingendo l'approccio ancora più rigoroso proposto nelle ordinanze di rimessione, afferma che "L'atteggiamento psicologico di quest'ultimo può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come suppone l'ordinanza di rimessione. Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua legittimità. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

⁷⁶² In particolare, la plenaria afferma il seguente principio di diritto: "la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento" (*ibidem*, par. 20).

⁷⁶³ *Ibidem*, par. 20.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, par. 22.

Sul punto la plenaria non risponde direttamente ma restituisce gli atti alla Sezione, affinché decida sulla base dei principi di diritto affermati. Tuttavia, nel complesso, la pronuncia del *plenum* sembra fornire indicazioni potenzialmente discordanti.

Da un lato, infatti, la plenaria sostiene che l'atteggiamento psicologico del privato può essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo nel caso in cui ci sia il dolo oppure l'illegittimità sia 'evidente' e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto (con ciò disattendendo l'impostazione estremamente restrittiva proposta dall'ordinanza di rimessione). E questo sul presupposto che

“sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. È invece sempre l'amministrazione che rimane titolare della cura dell'interesse pubblico e che dunque è tenuta a darvi piena attuazione, se del caso sacrificando l'interesse privato; pertanto, se quest'ultimo trova soddisfazione è perché esso è ritenuto conforme alla norma e all'interesse pubblico primario dalla stessa tutelato. Malgrado gli istituti partecipativi introdotti con la sopra citata legge n. 241 del 1990, e la recente positivizzazione dei doveri di collaborazione e buona fede, il potere amministrativo mantiene infatti la sua tipica connotazione di unilateralità, che si correla alle sovraordinate esigenze di attuazione dei fini di interesse pubblico stabiliti dalla legge, di cui l'amministrazione è responsabile”⁷⁶⁵.

Dall'altro, però, in chiusura afferma che la Sezione dovrà valutare:

“se a fondamento della domanda risarcitoria non sia stata dedotta un'aspettativa alla legittimità dell'azione amministrativa, indistinguibile da quella del *quavis de populo*; da questa, se non consegue con carattere di automatismo un rischio a carico del privato che abbia attivato il potere, nemmeno può per converso predicarsi con altrettanto automatismo un diritto al risarcimento del danno a favore di quest'ultimo, se non nei casi in cui sia allegata e dimostrata una convinzione non inficiata da colpa sulla legittimità dell'iniziativa intrapresa e del provvedimento favorevole ottenuto”⁷⁶⁶.

In sostanza, la sentenza finisce col ribadire, in linea con quanto già affermato dalla Cassazione nel 2015, che il privato non ha diritto a fare affidamento sulla legittimità del provvedimento per il solo fatto di esser stato emanato da un soggetto pubblico⁷⁶⁷. Sarà invece sua cura verificare che lo stesso non contenga un vizio evidente, giacché, ove così fosse il suo affidamento sarebbe escluso. E sarà sua cura anche dimostrare puntualmente, sempre in linea con quanto già ipotizzato dalla Cassazione, quegli elementi ulteriori che, per come

⁷⁶⁵ *Ibidem*, par. 19.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, par. 23.

⁷⁶⁷ In senso critico al riguardo si è espresso G. CAPRA, *La lesione dell'affidamento*, cit., osservando, in termini tuttavia forse un po' troppo assolutistici, che “l'Amministrazione, lungi dall'essere un soggetto incapace per il quale l'ordinamento deve apprestare una particolare tutela, occupa una posizione che genera di per sé un affidamento – lato *sensu inteso* – in capo ai cittadini, vieppiù quando riscontra l'istanza del privato con un provvedimento espresso”. In generale, si rinvia alle considerazioni svolte in par. V.4. e cap. IV, par. V.

si è svolto il rapporto procedimentale con il soggetto pubblico, possano giustificare il carattere incolpevole del proprio affidamento.

Al riguardo vi è da dire che - in maniera invero non del tutto sorprendente ove si consideri l'approccio ancor più restrittivo proposto dalla stessa in sede di ordinanza di rimessione - la Sezione ha sostanzialmente preso come riferimento solo il secondo ordine di indicazioni fornite dalla plenaria ed ha escluso che nel caso di specie vi fosse un affidamento tutelabile⁷⁶⁸.

Pur ammettendo che lo stesso Comune (in particolare l'avvocatura comunale) fosse persuaso della correttezza dell'interpretazione della normativa che è stata poi dichiarata illegittima in sede giurisdizionale (ed avendo quindi fornito indicazioni in tal senso al privato già in sede procedimentale), la Sezione ha ritenuto che quella non fosse l'unica interpretazione possibile, né quella più corretta e soprattutto che fosse compito del privato, in quanto operatore economico qualificato, studiare e approfondire quale fosse l'interpretazione più adeguata ed agire conseguentemente. Da qui, l'esclusione di qualsiasi affidamento scusabile dello stesso.

Su un aspetto si può convenire con le argomentazioni del privato: sembra trattarsi di un problema di ripartizione del rischio della cattiva interpretazione della norma. Con tali ultime pronunce, il giudice amministrativo finisce, di fatto, per ribaltare integralmente il rischio a carico del privato, in linea con il tradizionale orientamento giurisprudenziale relativamente all'art. 1338 c.c., che riconosce il principio *ignorantia legis non excusat*⁷⁶⁹.

Sempre nell'ottica di indicare i presupposti (e quindi anche i limiti) dell'affidamento tutelabile, il *plenum* afferma un ulteriore importante principio con riferimento al requisito temporale di cui occorre dare conto. Nello specifico si afferma che:

“Non costituisce, infine, elemento costitutivo dell'affidamento il fattore temporale, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l'istanza per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso dalla sua emanazione costituisce semmai fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e che peraltro, con le recenti modifiche all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, da originaria regola di comportamento dell'amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene

⁷⁶⁸ Cons. Stato, 13 giugno 2022, n. 4768.

⁷⁶⁹ Cfr. sul punto l'inquadramento in par. III.1.1. e soprattutto le riflessioni svolte in cap. IV. par. V. Peraltro, la posizione assunta dalla plenaria su questo aspetto specifico assume un'ulteriore sfumatura di ambiguità laddove si raffrontino queste conclusioni con quanto dalla stessa affermato nella correlata pronuncia n. 20 del 2021. In particolare, in detta pronuncia, la plenaria afferma il principio per cui: “Non ha invece carattere esimente [nel senso di escludere il formarsi di un affidamento incolpevole] il fatto che l'amministrazione abbia con pervicacia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, come ipotizza l'ordinanza di rimessione. Come infatti esposto in precedenza, ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione nei confronti del destinatario, è la riconoscibilità dell'illegittimità da parte di quest'ultimo. Pertanto, le ulteriori iniziative adottate dall'amministrazione a difesa del proprio provvedimento lungi dall'escludere un affidamento possono semmai rafforzarlo” (par. 23). Insomma, qui parrebbe che l'atteggiamento, anche processuale, tenuto dall'amministrazione possa rilevare ai fini del rafforzamento della fiducia del privato circa la legittimità e quindi stabilità del provvedimento.

esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell'ambito delle regole di validità dell'atto, attraverso la previsione di un termine massimo, ora fissato in dodici mesi⁷⁷⁰.

Si osserva pertanto che mentre rispetto all'elemento soggettivo la plenaria sembra attingere grandemente agli approdi raggiunti in materia di annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento legittimo, lo stesso non avviene con riferimento all'elemento temporale che viene qui ricostruito in termini diversi⁷⁷¹.

La *plenaria n. 20 del 2021* si concentra piuttosto sull'identificazione della posizione soggettiva che viene in rilievo a fronte della lesione dell'affidamento. E disattendendo apertamente e consapevolmente le posizioni assunte dalla Cassazione – soprattutto quelle espresse nella citata pronuncia del 2020 – fa propria l'impostazione secondo cui l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»⁷⁷².

Nello specifico, l'affidamento si colloca, senza andare a costituire un *tertium genus* nell'ambito della fondamentale dicotomia tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, che costituiscono le uniche due posizioni espressamente riconosciute a livello costituzionale e rappresenta un principio generale in grado di riferirsi ad entrambe alternativamente senza tuttavia andare a costituire un'autonoma e diversa posizione soggettiva.

Secondo tale prospettiva, il principio dell'affidamento, pur traendo origine dal diritto civile, ha oggi assunto un ruolo di "*principio* regolatore di ogni rapporto giuridico" e, quindi, anche di quelli di diritto amministrativo⁷⁷³, in cui in particolare si traduce nella "aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato"⁷⁷⁴.

Anche se, si può osservare, abbiamo visto come poi la legittimità non sia di per sé certo elemento sufficiente né, verrebbe da dire, decisivo.

Inoltre, la chiara qualificazione dell'affidamento in termini di principio trova un difficile coordinamento con l'altra stentorea massima pronunciata 'poco prima' nella sentenza n. 19 in cui si afferma che l'affidamento nella legittimità dei provvedimenti e nella correttezza della sua azione è riconosciuto da tempo quale *situazione giuridica soggettiva* tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Cons. Stato, Ad. plen. n. 20/2021, para 25. Che in questo modo respinge la diversa – e più in linea con l'orientamento tradizionale in materia di affidamento legittimo, anche sulla luce di quanto previsto a livello europeo – impostazione secondo cui "un affidamento incolpevole va rapportato al tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento favorevole, per cui in tanto l'affidamento è tutelabile sul piano risarcitorio in quanto «si sia consolidato nel tempo, con la conservazione della utilità per un lasso di tempo tale da rendere ragionevole la sua stabilità», mentre all'opposto un simile presupposto «difficilmente si può ravvisare quando si ottenga un atto abilitativo di per sé impugnabile e in concreto già impugnato»." *Ibidem*, para 16.

⁷⁷¹ Cfr. ancora *infra* par. V.3.

⁷⁷² Cons. Stato, Ad. plen. 20/2021 che cita espressamente Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

⁷⁷³ *Ibidem*, par. 5.

⁷⁷⁴ *Ibidem*, par. 6.

⁷⁷⁵ Cfr subito *supra*; e ribadita in apertura anche nella pronuncia n. 21/2021.

Al netto di qualsiasi preferenza per una soluzione piuttosto che un'altra⁷⁷⁶, sembra comunque venir meno la necessaria coerenza interna che un simile arresto giurisprudenziale avrebbe richiesto; e risultano viceversa confermate le perduranti incertezze e contraddizioni che animano la materia.

Ad ogni modo, il *plenum* prosegue, sempre in consapevole disaccordo con l'impostazione della Cassazione⁷⁷⁷, affermando che:

“la giurisdizione amministrativa va invece affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva⁷⁷⁸. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la “fiducia” su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un “mero comportamento” - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”⁷⁷⁹.

La premessa concettuale fondamentale da cui muove la plenaria - decisiva ai fini del riconoscimento della propria competenza giurisdizionale - è che l'operato dell'amministrazione costituisca comunque espressione di poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura anche se il comportamento non si è manifestato in atti amministrativi. Tale operato è riferibile all'amministrazione che “agisce in veste di autorità” e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale - e costituzionalmente previsto - è quello amministrativo⁷⁸⁰.

In altre parole, i doveri di buona fede cui riconnettere la tutela dell'affidamento sono sì riconosciuti a livello generale e reciproco sia a carico della p.a. che del privato (sulla scorta di quanto affermato in art. 1, comma 2 bis l. 241 del 1990), ma si inseriscono comunque nell'ambito di una relazione di diritto pubblico ed in cui, pertanto, non muta la consistenza delle situazioni giuridiche in esso configurabili⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ Su cui sia consentito il rinvio a cap. IV, par. III.

⁷⁷⁷ Assertivamente la plenaria afferma che “Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'articolo 99 cod. proc. amm.” (*ibidem*, para 15). È appena il caso di dire che la Cassazione non ha tardato a ribadire, nella pronuncia n. 1778 del 2022, il proprio diverso orientamento.

⁷⁷⁸ Sull'irrelevanza del riferimento qui alla giurisdizione esclusiva cfr. cap. IV, par. VIII.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, par. 7. Tale impostazione si pone in linea con quella corrente di pensiero dottrinale, invero numerosa, che riconduce comunque la posizione che fronteggia anche questo affidamento ad un interesse legittimo ed è per questo che si ritiene sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo; cfr note *infra*.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, par. 8.

⁷⁸¹ *Ibidem*, par. 10. In particolare “il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; tale dovere comportamentale si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel

In particolare, da questo punto di vista, la plenaria ritiene che siano speculari in quanto comunque afferenti al cattivo esercizio del potere pubblico – e pertanto non suscettibili di regimi differenziati anche in punto riparto di giurisdizione – la posizione di chi chiede (e ottiene) l’annullamento del provvedimento amministrativo e la posizione di chi si è visto annullare il provvedimento favorevole (circostanza che la plenaria finisce per configurare come un comportamento comunque connotato dall’inerenza al pubblico potere)⁷⁸².

La plenaria conclude nel senso che la mancata osservanza dei doveri di buona fede si traduce “nella lesione di un’aspettativa correlata ad una posizione di interesse legittimo concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere”. E quindi la posizione sottostante deve essere qualificata in termini di interesse legittimo⁷⁸³.

È interessante notare come sul punto la pronuncia richiami espressamente le conclusioni raggiunte dalla precedente plenaria n. 6 del 2005 in materia di responsabilità precontrattuale, obliterando tuttavia di considerare come in tale pronuncia la stessa plenaria abbia espressamente configurato la posizione del privato leso dalla scorrettezza del contraente pubblico in termini di diritto soggettivo. Considerazioni analoghe valgono con riferimento al richiamo fatto alla distinzione fra regole di validità e regole di correttezza operata nell’Adunanza plenaria n. 5 del 2018⁷⁸⁴.

Più in generale, si ha ancora la sensazione che l’obiettivo (l’affermazione della giurisdizione amministrativa) finisca per offuscare in qualche modo l’indagine sull’inquadramento sostanziale e sulle conseguenze ultime delle affermazioni assunte per radicare tale giurisdizione⁷⁸⁵. Una cosa è certa: il dibattito è ancora aperto e le posizioni sul punto restano controverse tanto in dottrina⁷⁸⁶ quanto in giurisprudenza⁷⁸⁷.

corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i principi che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive autonome, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e in primis all’amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza”. In questo modo la plenaria finisce con il riprendere l’insegnamento classico di quella dottrina secondo cui “l’interesse legittimo si manifesta come una posizione tipicamente relazionale” (M. NIGRO, *Ma che cos’è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 10, 481).

⁷⁸² *Ibidem*, par. 8.

⁷⁸³ *Ibidem*, par. 11. Nello specifico la plenaria conclude nel senso che: ““la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell’amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all’esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell’esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta “qualificata” dall’inerenza al pubblico potere. Si tratta, quindi, di aspettative correlate ad «interessi legittimi (...) concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo» ai sensi dell’art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo”.

⁷⁸⁴ Cfr. cap. IV, par. I.

⁷⁸⁵ Sul punto si rinvia in generale alle osservazioni in cap. IV, par. VIII.

⁷⁸⁶ Oltre alle opere, variegata e discordanti, sin qui richiamate, per una recentissima disamina della questione nel suo complesso si veda ancora G. TULUMELLO, *La tutela dell’affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica* (9 maggio 2022), accessibile su [giustizia-amministrativa.it](https://www.giustizia-amministrativa.it).

⁷⁸⁷ Come anticipato, la replica della Cassazione (Cass., ord. 1778 del 2022) non si è fatta attendere e si è posta in consapevole contrasto con le conclusioni qui analizzate raggiunte dall’Adunanza plenaria.

VI. Spunti di riflessione sulla controversa natura della responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi di correttezza comportamentale e di affidamento

Una volta ammessa in linea di principio la possibilità di configurare una responsabilità che prescinde da valutazioni circa la legittimità della sequenza procedimentale e del provvedimento finale e che si fonda sulla violazione di obblighi di correttezza nell'ambito dei rapporti fra privato e pubblica amministrazione ed avendo altresì aderito all'impostazione che configura tali obblighi quale lesione giuridicamente rilevante di una posizione qualificabile in termini di diritto soggettivo, si pone la questione di stabilire quale sia la natura (e quindi il regime) di tale responsabilità.

Che sia questione particolarmente controversa ed oggetto di mai sopito dibattito si avverte già dalla espressa – ancorché più formale che reale⁷⁸⁸ – astensione di una presa di posizione sul punto da parte dell'Adunanza plenaria nella pronuncia n. 5 del 2018 in materia di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nell'ambito di procedure di evidenza pubblica.

E se ne ha la conferma nel momento in cui si osserva l'ampiezza e l'intensità del dibattito interpretativo emerso sul punto, sia nell'ambito civilistico che del diritto amministrativo.

La questione, invero, si iscrive nel più generale dibattito circa la natura della responsabilità eventualmente nascente per danni ingiusti (nel senso di danni ad interessi ritenuti giuridicamente rilevanti dall'ordinamento) sorti nell'ambito di una relazione fra soggetti non qualificabile in termini contrattuali, ma neppure pienamente riconducibile alla nota figura della responsabilità del passante.

Lo sviluppo più significativo di tale dibattito si è avuto proprio con riferimento al modello della responsabilità precontrattuale, la quale, a sua volta, ha costituito il parametro di riferimento per lo sviluppo, come anticipato, della c.d. teorica del contatto sociale qualificato e delle teorie circa la sussistenza di diversi obblighi di protezione ed informazione rispetto al principale obbligo di prestazione⁷⁸⁹.

Peraltro, occorre dire che proprio in quanto si tratta di dibattito relativo in senso ampio ad un rapporto relazionale, esso ha investito in generale anche la qualificazione della c.d. responsabilità *da provvedimento*, da contrapporsi a quella, qui in esame, *da comportamento*.

Invero, tanto la teorica del contatto sociale quanto quella degli obblighi senza prestazione hanno nel tempo interessato, favorendo una certa confusione di piani, anche

⁷⁸⁸ Come meglio chiarito nel capitolo successivo, par. I, l'Adunanza plenaria, pur non prendendo apertamente posizione in favore del regime extracontrattuale richiede, ai fini del sorgere di una responsabilità precontrattuale la sussistenza di tutti gli elementi dell'illecito previsti dall'art. 2043 c.c. Per contro vi è da dire che, pur avendo chiarito i requisiti necessari per il sorgere di tale responsabilità, la plenaria non abbia tuttavia chiarito quale sia il regime operante con riferimento ad altri profili che tradizionalmente distinguono le due ipotesi, quali ad esempio il regime di prescrizione (profilo centrale proprio rispetto a Cass. n. 14188/2016; cfr. *infra* par. III.1.).

⁷⁸⁹ Cfr. *infra*, parr. II.2. e III.1. anche per i necessari riferimenti dottrinali.

l'inquadramento della stessa responsabilità derivante da attività amministrativa illegittima; in altre parole, la responsabilità da provvedimento⁷⁹⁰.

Da questo punto di vista occorre precisare come l'Adunanza plenaria abbia recentemente confermato, disattendendo la proposta di rimeditazione avanzata dalla Sezione rimettente⁷⁹¹, la qualificazione in termini extracontrattuali di tale ultima tipologia di responsabilità ed abbia negato espressamente cittadinanza in tale ambito alla teorica del contatto sociale qualificato, così ponendosi sostanzialmente in linea con l'insegnamento tradizionale inaugurato dalla stessa Cassazione con la pronuncia n. 500 del 1999⁷⁹².

Ritornando alla responsabilità da comportamento, qui al centro dell'indagine, si vogliono innanzitutto fare alcune precisazioni con l'obiettivo di smussare l'antagonismo delle alternative possibili.

⁷⁹⁰ La tesi della responsabilità precontrattuale quale modello generale della responsabilità della p.a. è stata ad esempio sostenuta in dottrina da R. GAROFOLI, G. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; in termini si vedano anche le riflessioni di G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, CEDAM, Padova, 2001; per una ricostruzione della responsabilità *provvedimentale* della p.a. quale responsabilità per violazione di obblighi di protezione si veda anche CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1579; M. PROTTO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ.*, 2001, 213.

In giurisprudenza, a sostegno della tesi minoritaria della responsabilità da contatto amministrativo qualificato, si vedano Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796; Cass. Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157; Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; Tar Veneto, 20 novembre 2003, n. 5778; Tar Lazio, Roma, 21 febbraio 2007, n. 1527; Id. 5 novembre 2007, n. 10852. Espressamente in senso contrario alla configurabilità, sul piano generale ed astratto, della responsabilità civile della p.a. "per contatto sociale" si veda invece, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010, n.8291 e la giurisprudenza ivi richiamata.

Per una critica puntuale a questa possibilità si rinvia alle riflessioni R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 608 e gli Autori ivi citati; in tema si veda anche l'approfondita ricostruzione di V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 3, 601.

⁷⁹¹ Cons. giust. amm., sentenza non definitiva, 15 dicembre 2020 n. 1136. Per un commento si veda M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, 17 febbraio 2021, accessibile su giustiziainsieme.it.

⁷⁹² Il riferimento è in particolare a Cons. Stato, Ad. plen. 23 aprile 2021, n. 7. In termini netti il *plenum* ha ritenuto che "la fattispecie in esame [i.e. la responsabilità da attività provvedimento illegittima] non può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di "contatto sociale", in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del "rapporto amministrativo", la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di "supremazia", cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul "contatto sociale" che si fondano sulla relazione paritaria" (par. 4).

Non è qui possibile ricostruire interamente l'iter argomentativo - invero piuttosto stringato - seguito dall'Adunanza plenaria n. 7 del 2021, che peraltro riconosce come l'inquadramento nel modello extracontrattuale richieda comunque qualche 'fisiologico adattamento'. Invero, al di là della conclusione raggiunte, le scelte argomentative poste alla base di tale soluzione si sono prestate a più di un rilievo. Sul punto si rinvia in particolare alle stringenti riflessioni di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?* In *Dir. proc. Amm.* 2022, 1, Il 143. Per un commento alla pronuncia si veda anche C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione dell'interesse legittimo*, in *Urb. e app.*, 2021, 5, 621; E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, 30 luglio 2021, accessibile su giustiziainsieme.it.

Entrambe le ricostruzioni riconoscono la sussistenza di una relazione precedente alla violazione che possa fondare una responsabilità, i.e. al fatto/comportamento produttivo di danno.

Anche chi accede ad una ricostruzione in termini extracontrattuali di tale responsabilità non ritiene infatti che si tratti di un'ipotesi assimilabile a quella del passante, ma parte piuttosto dalla convinzione che la responsabilità extracontrattuale in forza dell'art. 2043 c.c. "è il *genus* della responsabilità civile, e non è più la responsabilità del passante, ma può avere una dimensione relazionale che non si traduca in uno specifico rapporto obbligatorio, caratterizzato dall'obbligo di adempimento di una prestazione a fronte di una pretesa risarcitoria"⁷⁹³.

D'altro canto, i fautori dell'opposto orientamento esortano a non farsi trarre in inganno dall'espressione 'responsabilità contrattuale' che si risolve in una sineddoche per indicare la violazione di ogni *obbligazione*, nascente o meno da contratto⁷⁹⁴; e per questo da ultimo tendono piuttosto a qualificarla in termini di 'responsabilità relazionale'⁷⁹⁵ ovvero, con specifico riferimento al rapporto amministrativo (ed all'ipotesi in cui la scorrettezza preceda la conclusione del procedimento) anche in termini di responsabilità 'preprovvedimentale'⁷⁹⁶.

Nell'ambito di coloro che ricostruiscono la responsabilità in termini relazionali e vi correlano l'applicabilità del regime contrattuale previsto dall'art. 1218 c.c. si ravvisano comunque posizioni variegatae cui, in questa sede si può solo fare rinvio: così vi è chi accede apertamente alla teorica del contatto sociale qualificato⁷⁹⁷, chi preferisce piuttosto rifarsi alla

⁷⁹³ F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 542. In adesione a tale impostazione altresì F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 317, nota 114.

⁷⁹⁴ P. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX (Milano 1998), 1073, ora in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di) *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 300; Anche secondo altra dottrina la recente evoluzione giurisprudenziale e dottrinale ha confermato che "la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non si basa sulla sussistenza o meno di un contratto, ma sulla violazione di un obbligo che, indipendentemente da una prestazione, si iscriva in una relazione giuridicamente vincolante fra due soggetti" (A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale*, cit., par. 2; il quale a sua volta richiama il pensiero di C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. privato*, 2011, 72).

⁷⁹⁵ Su tutti cfr. G.D. COMPORI, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur.it.*, 2020 (nota a Cass 8236/2020). Alcuni dottrina ha invero ritenuto che l'elaborazione della nozione della responsabilità relazionale "va annoverata fra gli sviluppi più significativi della teoria contemporanea delle obbligazioni in cui si distinguono ormai due tipi fondamentali: l'obbligazione con prestazione, secondo il modello tradizionale, e l'obbligazione senza prestazione, secondo il modello della responsabilità precontrattuale, nella quale la buona fede è cifra della relazione tra le parti a tutela dell'interesse di protezione contro danni occasionati dal rapporto stesso" (A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2021, 1 ss che richiama la teorizzazione dell'obbligazione senza prestazione compiuta da C. CASTRONOVO, per cui si rinvia, *ex multis*, a *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto* in AA.VV. *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1995, 147 ss.).

Sul punto si vedano altresì i commenti in senso favorevole all'importante pronuncia di Cass. n. 14188 del 2016, su cui diffusamente *infra* par. III.1.1.

⁷⁹⁶ In questi termini A. NICOLUSSI, F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità "preprovvedimentale" della pubblica amministrazione*, cit.

⁷⁹⁷ *Ex multis*, Cass. 13 dicembre 2018, n. 32314; da ultimo si veda M. PROTTO, *Le nuove frontiere della responsabilità della pubblica amministrazione*, cit. Più in generale si rinvia ai commenti in letteratura favorevoli richiamati *infra*

categoria degli obblighi di protezione ed informazione o direttamente a parametri normativi: in ambito civilistico, al parametro fissato dall'art. 1337 c.c.⁷⁹⁸; nell'ambito del rapporto amministrativo, all'insieme degli obblighi nascenti dalle regole sul rapporto procedimentale⁷⁹⁹ in linea con i parametri generali fissati a livello costituzionale⁸⁰⁰.

Dal punto di vista del regime applicabile, coloro che accedono ad una responsabilità relazionale affermano, pur con diverse sfumature, la non necessità per il privato di dimostrare l'elemento soggettivo del soggetto 'scorretto'⁸⁰¹. Questo è invero uno degli aspetti storicamente più significativi del confronto fra i due modelli⁸⁰². La diversità di regime, peraltro, come è noto, investe anche altri aspetti tra cui in particolare il diverso limite di prescrizione dell'azione⁸⁰³ e l'inoperatività della regola fissata dall'art. 1224 c.c.

Con riferimento alla quantificazione ed alla dimostrazione del danno, le posizioni sembrano avvicinarsi nel senso di ritenere che, da un lato, esso vada comunque allegato e dimostrato da chi lo invoca⁸⁰⁴ e, dall'altro, che lo stesso sia limitato al c.d. interesse negativo⁸⁰⁵.

Ciò preliminarmente precisato, si possono ora passare in rassegna alcune delle argomentazioni dei rispettivi orientamenti.

In favore di una qualificazione della responsabilità da comportamento in termini relazionali viene innanzitutto proposta la consistenza 'puntuale' degli obblighi procedurali imposti prima di tutto dalla l. 241 del 1990. Le disposizioni poste dalla legge sul procedimento amministrativo - la cui *ratio* viene spesso ricondotta (anche) ad un principio di leale collaborazione - costituirebbero, oltre a regole dell'azione amministrativa, anche autonomi e puntuali obblighi costitutivi di un vincolo obbligatorio⁸⁰⁶.

Nella medesima ottica si valorizza, quale *proprium* di questa responsabilità, lo *status* 'qualificato e professionale' dell'amministrazione, facendo rinvio in particolare all'art. 97

in par. III.1. con riferimento alla pronuncia di Cass. 14188/2016 ed *infra* in par. V.4. con riferimento alla pronuncia Cass. 8236/2020.

⁷⁹⁸ Così A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2572, che ritiene superfluo e inappropriato il richiamo al "contatto sociale qualificato" posto che il dovere di protezione discende direttamente dall'obbligo di buona fede previsto ex lege; in senso critico si veda anche G. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. e impr.*, 2017, 2, 335 at 347; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344;

⁷⁹⁹ Così, *ex multis*, M. TRIMARCHI *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, cit. in *Foro amministrativo (C.d.S.)* 2009, 1, 149.

⁸⁰⁰ Cfr. *infra* par. IV.3.1.

⁸⁰¹ Su tutti si rinvia alla ricostruzione offerta da Cass. 14188/2016 e presentata *infra* in par. III.1.

⁸⁰² Così osserva, fra i tanti, R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit. In termini anche F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile della pubblica amministrazione*, cit.

⁸⁰³ Che costituiva infatti l'aspetto principale rispetto al quale la Cassazione ha poi sviluppato la propria ricostruzione nella sopravvissuta pronuncia n. 14188/2016.

⁸⁰⁴ In questo senso si esprime, sia pur sinteticamente, la più volte invocata Cass. 14188/2016. Questo profilo, tuttavia, non è privo di complessità tenuto conto che, invece, secondo l'impostazione tradizionale della responsabilità ex art. 1218 c.c., il danno può essere semplicemente allegato.

⁸⁰⁵ Questa è invero la posizione ribadita da ultimo dall'Ad. plen. n. 5 del 2018. Sulla necessità di dimostrare il danno e sulla sua quantificazione cfr. riflessioni svolte in cap. IV, par. VI.

⁸⁰⁶ Per una ricostruzione di tali ragioni si veda M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, cit.

Cost. ed a quelle teorie che attribuiscono un canone di diligenza qualificata ed uno sforzo maggiore in capo al soggetto pubblico⁸⁰⁷.

Inoltre, i fautori di quest'orientamento richiamano la – *supra* analizzata – netta presa di posizione in favore della natura relazionale – con espressa adesione, nell'ambito di questa opzione, alla teorica del contatto sociale qualificato – da parte della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione⁸⁰⁸.

Viceversa, a sostegno della natura comunque extracontrattuale della responsabilità comportamentale, si può partire osservando sempre il dato giurisprudenziale e rilevando come, al netto di un evidente richiamo alla teorica del contatto sociale qualificato, la plenaria n. 5 del 2018 costruisca la fattispecie di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in termini essenzialmente extracontrattuali, richiedendo espressamente, fra l'altro, la dimostrazione della colpa o del dolo in capo all'amministrazione. Così pure, come visto, aderiscono implicitamente alla natura extracontrattuale sia le ultime pronunce dell'Adunanza plenaria in materia di danno da affidamento che quelle precedenti della Cassazione⁸⁰⁹.

Spunti in chiave extracontrattuale sembrano scorgersi pure nella disciplina del danno da ritardo che sembra comunque richiedere, anche nella ricostruzione del danno da mero ritardo, la dimostrazione del danno e del carattere colposo del ritardo⁸¹⁰.

Inoltre, alla luce del perdurante inquadramento in termini extracontrattuali della responsabilità *da provvedimento* (cfr *supra*), si potrebbe obiettare che l'adesione ad un modello extracontrattuale anche con riferimento alla responsabilità *da comportamento* garantirebbe una maggiore coerenza complessiva. In altre parole, pare da un certo punto di vista difficile sostenere che la violazione delle previsioni contenute nella l. 241 del 1990, quando si traduce in un vizio di legittimità (ed in una lesione del connesso bene sostanziale), venga qualificata come atto illecito al di fuori di un rapporto obbligatorio, mentre ove le stesse regole vengano valutate in quanto tali vadano a fondare un vincolo obbligatorio connesso ad una responsabilità di tipo relazionale.

Al riguardo, peraltro, i fautori della natura relazionale oppongono, in senso speculare, che: “la rimproverabilità di condotte della PA che abbiano generato affidamento riceve senso proprio in funzione della rilevanza del profilo relazionale, laddove in termini di responsabilità aquiliana sarebbe incoerente reputare illecito un fatto che costituisce applicazione di un potere e quindi chiamare ingiusto un danno reso possibile dallo stesso ordinamento giuridico”⁸¹¹. Sotto altro profilo, si può altresì obiettare come lo stesso diritto civile ammetta senza troppe difficoltà la concorrenza (il cumulo) di regimi di responsabilità differenziate.

⁸⁰⁷ In tal senso, e non senza un certo grado di ambiguità, tenuto conto dei requisiti comunque importi per la dimostrazione di tale responsabilità, si è espressa sempre l'Ad. plen. n. 5 del 2018. Cfr *infra* cap. IV, para I.

⁸⁰⁸ Il riferimento è in particolare all'ormai nota Cass. 8236/2020, su cui *infra* par. V.4.

⁸⁰⁹ Cfr. *infra* parr. V.4., V.5.

⁸¹⁰ Cfr. cap. IV, par. VII.

⁸¹¹ Così A. NICOLUSSI, F. ZECCHIN, *La natura relazionale*, cit., che si rifanno altresì al pensiero di A. DI MAJO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 295-296.

La consapevolezza della perdurante complessità del dibattito, che non può certo dirsi esaurito, e l'autorevolezza e varietà delle argomentazioni emerse da entrambi i lati inducono chi scrive, più che a manifestare una preferenza in favore di una soluzione, a svolgere in questa sede alcune considerazioni sugli elementi costituiti di tale responsabilità.

In particolare, si ha la sensazione che i due modelli finiscano per avvicinarsi dal punto di vista dell'onere concretamente posto a carico del privato. Così se l'impostazione contrattuale esonera il privato dal dimostrare la colpa, è pur vero che anche nell'ambito del modello extracontrattuale vigente il requisito della colpa dell'agente pubblico tende a 'scompare' o, più precisamente, a sovrapporsi alla dimostrazione della 'scorrettezza' che investe piuttosto il profilo dell'antigiuridicità dell'azione e che pertanto dovrebbe comunque essere provato dal privato anche nella diversa ottica relazionale⁸¹².

Quest'ultima considerazione si ricollega direttamente ad un ulteriore aspetto. Si ha invero la sensazione che nella responsabilità relazionale l'elemento soggettivo venga comunque recuperato proprio nell'indagine - che tale ricostruzione finisce con l'imporre, così generalizzando i parametri previsti dall'art. 1338 c.c. - sul carattere scorretto delle rispettive condotte e sulla dimostrazione della lesione di un affidamento meritorio di tutela⁸¹³.

Infine, ed in ogni caso, occorre ribadire la necessità di identificare il nesso di causalità ed il danno connesso alla violazione della regola di correttezza giacché si esclude che la configurabilità di una tutela risarcitoria a fronte delle scorrettezze del soggetto pubblico (e viceversa) possa tradursi nella configurazione di una posta risarcitoria automatica, sulla base di un danno *in re ipsa*⁸¹⁴. Questa peraltro, si anticipa è la posizione pure assunta - e che si ritiene di condividere - dalla citata Adunanza plenaria n. 5 del 2018⁸¹⁵.

⁸¹² Cfr. riflessioni svolte *infra* in par. IV.4.

⁸¹³ Cfr. cap. IV, par. V.

⁸¹⁴ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte sia con riferimento ai danni per violazioni meramente procedurali (cfr *infra* par. IV.3.4.) ed altresì con riferimento al danno da ritardo (cfr. cap. IV, par. VII).

⁸¹⁵ Cfr. ancora cap. IV, par. VI.

CAPITOLO IV

La tutela delle scorrettezze nella fase di formazione dei contratti di evidenza pubblica fra coerenza generale ed aporie di sistema

I. Sulla sussistenza di una lesione giuridicamente rilevante: evoluzione storica e quadro attuale

Il riconoscimento di una tutela avverso le scorrettezze in sede di formazione dei contratti pubblici ha visto un lento e progressivo sviluppo, che ha risentito sia dell'impianto ideologico tradizionale sulla contrattualistica pubblica⁸¹⁶, sia della presa di posizione della dottrina tradizionale circa l'operatività della clausola di buona fede in generale nei rapporti di diritto amministrativo⁸¹⁷. Sviluppo che, è bene osservare, ha a lungo conosciuto un percorso autonomo rispetto all'attività autoritativa *tout court* ed in cui per primo, proprio in ragione della complessiva veste contrattuale del rapporto, si è avuta la rottura del dogma dell'inapplicabilità della clausola di buona fede all'attività dell'amministrazione⁸¹⁸.

Da qui la scelta di operare, in apertura, un *excursus* diacronico che evidenzia i passaggi fondamentali che hanno portato al riconoscimento, oggi ormai pacifico, di una lesione giuridicamente rilevante e meritoria di tutela a fronte di scorrettezze nella fase di formazione dei contratti con la pubblica amministrazione.

In tale percorso, come si vedrà, si ritroveranno molte delle questioni già in parte affrontate nel precedente capitolo e sarà ora possibile approfondirle nello specifico contesto oggetto di indagine, per mettere in luce i caratteri, specificità e potenziali aporie del sistema attuale.

Inizialmente si è escluso che nell'ambito della *formazione* dei contratti pubblici potesse configurarsi una *culpa in contrahendo* dell'amministrazione, in grado di far sorgere una responsabilità in capo a quest'ultima⁸¹⁹.

Questa impostazione era, a ben vedere, un'espressione della specialità del contraente pubblico ed una declinazione della stessa in termini di immunità e privilegio. Da un punto

⁸¹⁶ Cfr. in generale cap. I, par. II.

⁸¹⁷ Cfr. cap. III, par. IV.1.

⁸¹⁸ Sul tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione la letteratura è ampia e stratificata nel tempo. Senza pretese di esaustività e salvi gli ulteriori riferimenti rispetto a questioni specifiche inseriti altrove nel testo, si rinvia a: G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra risarcimento e indennizzo*, in *Danno e resp.*, 2008, 6, 641; id. *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e resp.*, 2006, 4, 3; M.C. AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della Pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 56; S. AMATO, *I nuovi confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2014, 1, 1; L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 39; R. CARANTA, *La tutela dell'affidamento presa sul serio*, in *Urb. e app.*, 2017, 2, 240; id., *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 566; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000; G.M. RACCA- S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2015, 7-8, 1963; G. SDANGANELLI, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in *giustamm.it* (marzo 2018).

⁸¹⁹ Così ad es. in giurisprudenza: Cass. 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. completa della Cass. civ.*, 1951, III, p.1; Cass. 20 aprile 1962, n. 792 in *Foro amm.*, 1962, II, p. 334. In dottrina, per una panoramica generale si veda R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III ed., Giuffrè, Milano, 1955; D.L. BIANCO, *Pubblica amministrazione e "culpa in contrahendo"*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 374; G. COLETTI, *Appunti in tema di efficacia dei contratti di diritto privato stipulati dalla pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 457; A. M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.* 1962, I, 1357; M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 457; E. DI SALVO, *Annotazioni sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1691.

di vista concettuale si argomentava soprattutto nel senso che l'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione, anche laddove si avvalessse di strumenti e moduli privatistici, fosse da considerarsi come un limite all'applicazione dei canoni di buona fede e correttezza all'attività contrattuale pubblicistica⁸²⁰.

L'esclusione risentiva altresì del tradizionale riparto di giurisdizione: l'accertamento di tale violazione (ed eventualmente il formarsi di un obbligo risarcitorio) sarebbe naturalmente spettato al giudice ordinario e tuttavia si escludeva un accertamento da parte di quest'ultimo di tale profilo, posto che ciò si sarebbe tradotto in un inammissibile sconfinamento nella sfera del merito e della discrezionalità amministrativa⁸²¹.

E non essendo, d'altro canto, a lungo nemmeno concepibili azioni risarcitorie avanti il giudice amministrativo, l'eventuale violazione del canone di buona fede in sede precontrattuale restava sostanzialmente priva di tutela, a differenza di quanto invece si era ormai già affermato in ambito civilistico in forza degli artt. 1337 e 1338 c.c.⁸²².

Alcuni Autori, peraltro, proponevano una distinzione, con evidente richiamo alla bipartizione operata proprio dagli artt. 1337 e 1338 c.c., fra due diverse fattispecie astrattamente sussumibili nell'alveo della *culpa in contrahendo*⁸²³.

La prima, fatta risalire all'elaborazione di Jhering, poteva aversi "nel periodo di formazione del contratto, in quanto chi si pone in relazioni contrattuali con altri, desta per ciò solo, nell'altra parte, la fiducia che il rapporto non sarà invalido, o per *impossibilità* dell'oggetto o *incapacità* di chi propone il contratto, o per altro motivo a questi imputabile. Se accade pertanto che più tardi, per una di queste cause, il contratto venga ad essere annullato, l'altra parte che aveva avuto ragionevole motivo di fare assegnamento sulla validità del rapporto, può ritenere responsabile il primo del danno che l'annullamento le reca, potendo bene imputarsi a costui la colpa di non avere più accuratamente verificato, se per la sua capacità personale, per la natura della prestazione, e così via, il rapporto avrebbe potuto validamente contrarsi"⁸²⁴. La seconda ipotesi si configurava invece qualora, indipendentemente da un successivo annullamento del rapporto, ed anzi in caso di mancata stipulazione del contratto,

⁸²⁰ Si veda in giurisprudenza Cass. 12 luglio 1951, n. 1912, cit., in cui si afferma che "una culpa in contrahendo da parte della p.a. non è concepibile perché questa, nel determinarsi a contrattare con i privati, usa di un libero potere discrezionale e può sempre annullare ogni trattativa, pur quando il privato abbia prestato il suo consenso e si sia già obbligato verso di essa". In toni sferzanti ma efficaci S.A. RASI, osservava "Sono noti a tutti i caratteri della supremazia gerarchica ricorrentemente invocati ogni qualvolta la pubblica amministrazione stessa si celi dietro il velo del rapporto organico. Gli organi agiscono sempre e solo nell'interesse generale ... talchè parrebbe che sia loro concesso qualsiasi comportamento, quand'anche tra i privati possa essere giudicato scorretto o di mala fede, purchè trovi la sua giustificazione in una personale interpretazione dell'interesse pubblico. E non si azzardi il privato incolpevole che abbia riposto la sua buona fede nell'intrapresa contrattazione, condotta dagli agenti della pubblica amministrazione, ad invocare giustizia davanti al giudice ordinario, che mai quest'ultimo potrebbe insinuarsi a sindacare il merito e la discrezionalità dei processi amministrativi di formazione della volontà negoziale, tutti dominati dall'intento di realizzare il pubblico interesse di fronte al quale dovrebbe soggiacere ogni legittima pretesa del privato alla lealtà delle trattative" (in *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 510 ss).

⁸²¹ *Ibidem*, che a sua volta rinvia al pensiero di R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 248.

⁸²² Cfr. cap. III, par. III.2. Sul punto cfr. riflessioni di E. CASETTA, in *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol. II, CEDAM, Padova, 2003, 381.

⁸²³ R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III ed., Giuffrè, Milano, 1955, cit.

⁸²⁴ *Ibidem*, 145.

una delle parti avesse durante le trattative trasgredito quei doveri di correttezza imposti dalla necessità di un'ordinata convivenza sociale⁸²⁵.

Secondo tale dottrina, non sarebbe stata ammissibile una responsabilità in questo secondo caso proprio in quanto "è evidente che per accertare l'esistenza di una *culpa in contrahendo*, in tal caso, il giudice dovrebbe sindacare la correttezza o meno del comportamento dell'amministrazione, vale a dire dovrebbe sindacare se l'organo amministrativo che ha condotto le trattative si sia condotto o meno da *corretto amministratore*: sindacato ovviamente inammissibile da parte del giudice ordinario, involgendo esso l'esame di questioni amministrative"⁸²⁶.

Viceversa, era ritenuta possibile una *culpa in contrahendo* derivante da annullamento - da parte dello stesso contraente o di altri organi di controllo - o mancata approvazione del contratto per un vizio di legittimità. E questo proprio in quanto, in tali ipotesi, il sindacato sulle 'questioni amministrative' sarebbe stato già stato svolto da un organo amministrativo ad esso deputato. Tale conclusione si basava sul duplice presupposto che: "l'emanazione di atti viziati da illegittimità costituisce atto di *scorretta* amministrazione" e che addivenendo alla stipulazione del contratto, "l'amministrazione ha creato nel contraente privato la ragionevole aspettativa, l'affidamento, di un contratto legittimamente formato, onde il danno che dall'annullamento di esso eventualmente derivi al privato stesso, costituisce indubbiamente da un lato trasgressione all'*obbligo* di *neminem laedere* e, dall'altro, *lesione* del diritto privato"⁸²⁷. Peraltro, in quest'ultimo caso, si ribadiva la necessità di valutare l'imputabilità - *rectius*, la rimproverabilità - dell'annullamento e quindi del danno in capo all'amministrazione⁸²⁸.

Al di là di tali particolari ricostruzioni, le prime timide aperture hanno riguardato le ipotesi in cui si riteneva che l'amministrazione agisse *iure privatorum*⁸²⁹, proprio sul

⁸²⁵ *Ibidem* 145.

⁸²⁶ *Ibidem* 146, corsivo dell'Autore.

⁸²⁷ *Ibidem* 146, corsivo dell'Autore.

⁸²⁸ È interessante riportare gli esempi dell'Autore di danni imputabili o meno in quanto in essi già echeggiano argomentazioni che si ritrovano nel dibattito attuale sul tema in cui, tuttavia, si tende ormai a giungere a conclusioni di segno opposto. In particolare, l'Autore ritiene che l'annullamento sia imputabile - ai fini risarcitori - "laddove l'imputabilità risulterà *prima facie*: così nel caso di annullamento per vizio di forma, per incompetenza del funzionario stipulante o dell'organo deliberante, o per violazione di legge, in vista della competenza giuridica che necessariamente si richiede nei funzionari amministrativi... tale imputabilità può invece essere senz'altro esclusa nel caso di mancata approvazione per motivi di merito, in quanto qui si tratta di un diverso apprezzamento dell'interesse pubblico da parte di organi diversi" (*ibidem*, 147). Infine, l'Autore chiosa affermando che "naturalmente inoltre, la risarcibilità stessa non è ammissibile allorché il privato fosse consapevole del vizio inficiante il contratto, giacché in tal caso *imputet sibi* il danno derivatone" (*ibidem*, 146). Si nota agevolmente come tale impostazione si discosti da quella da ultimo proposta dalla Adunanza plenaria nel 2021 ed anche dalla stessa Cassazione, che hanno a più riprese ribadito come la semplice violazione di legge del provvedimento non è per ciò solo ragione di illiceità della condotta ed in cui anzi, più che valutare la competenza giuridica del funzionario, occorre valutare non solo se il privato fosse a conoscenza dell'illegittimità, ma anche se ci si poteva ragionevolmente aspettare che lo fosse in ragione delle sue competenze (cfr. cap III, par. V.5 e *infra* par. V).

⁸²⁹ Come anticipato nel precedente capitolo, l'autorevole opinione che aveva escluso l'operatività della clausola di buona fede nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione aveva lasciato aperto uno spiraglio - senza peraltro eccessivamente approfondirne modalità, limiti ed effetti - proprio con riferimento alla c.d. attività *iure privatorum*. Questa impostazione ha mantenuto a lungo una sua suggestione ed un suo seguito soprattutto nella giurisprudenza, che ha continuato, sia pure in maniera sempre più sporadica, a sostenere l'estraneità dei canoni di correttezza e buona fede dall'ambito delle procedure selettive, trattandosi di principi propri ed esclusivi delle negoziazioni fra privati ed al più di quelle in cui la p.a. agisca *iure privatorum*; cfr. in

presupposto che in tali casi questa non spendesse un potere amministrativo, né fosse sottoposta a speciali regole e procedure di stampo pubblicistico⁸³⁰. Successivamente, argomentazioni simili sono state spese per estendere il principio anche alle ipotesi in cui la disciplina pubblicistica in materia di contratti pubblici consentiva il ricorso alla trattativa privata, che “tra le forme di scelta del contraente è quella che meglio si presta ad una valutazione del comportamento amministrativo secondo la buona fede, in quanto comporta un vero e proprio confronto negoziale con il privato”⁸³¹. Si sanzionava in particolare la rottura ingiustificata delle trattative da parte del contraente pubblico laddove il privato avesse potuto riporre un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto⁸³².

Peraltro, la timidezza iniziale si ravvisava non solo con riferimento all’ambito di applicabilità del principio ma anche con riferimento al suo contenuto. Le primissime pronunce hanno infatti enucleato un contenuto minimo di dovere di correttezza, inteso quale dovere di non agire dolosamente⁸³³, e già in questi casi si poneva il problema di stabilire i limiti di imputabilità alla p.a. apparato dei comportamenti dolosi dei propri funzionari⁸³⁴.

A partire dagli anni ‘60, si è cominciato proprio a mettere in discussione l’approccio originario ed a configurare la possibilità di riconoscere una *culpa in contrahendo* della p.a. nella stipula dei contratti pubblici⁸³⁵, incluse le ipotesi di evidenza pubblica⁸³⁶. Ed anzi si è

particolare Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389 e ancor più di recente Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 10413, che ha affermato che la responsabilità precontrattuale della p.a. ha riguardo solo al suo agire *iure privatorum* in occasione di trattative finalizzate alla stipulazione di un contratto di diritto privato. Per una riflessione critica sul punto cfr. L. BERTONAZZI, *La tutela dell’affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 39, par. 8. Per una riflessione circa le criticità connesse all’utilizzo, specialmente in tempi odierni, della nozione di attività *iure privatorum* si rinvia a cap. I, par. IV.

⁸³⁰ A lungo invece – ed anche ben oltre le rimediazioni generali intervenute a partire dagli anni ‘60 (cfr. subito *infra*) – si è continuata a negare la configurabilità di una responsabilità precontrattuale poichè l’art. 1337 c.c. non sarebbe applicabile in ipotesi di scelta del contraente attraverso procedure concorsuali, poichè in questo caso non sarebbero individuabili una trattativa o delle parti e, soprattutto, perché la situazione giuridica del contraente privato sarebbe sempre solo quella di interesse legittimo: cfr. Cass., 29 luglio 1987, n. 6545.

⁸³¹ A. BENEDETTI, cit., 98. Si osservi però che il riferimento al confronto negoziale va comunque coordinato con i limiti generali alla c.d. autonomia negoziale della p.a., sui quali si rinvia a cap. I, par. IV.

⁸³² Cfr. Cass. 8 febbraio 1972, n. 330, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 72; Cass. 21 ottobre 1974, nn. 2974 e 2972, in *Giust. civ.*, 1975, I, 16 ss.

⁸³³ A titolo di esempio Cass. Sez. Un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, c. 98, che riguardava un caso di omissione dolosa da parte dell’amministrazione di una causa di invalidità del contratto.

⁸³⁴ Sempre BENEDETTI (ult. op. cit., 98) ha osservato come già dai primi casi che hanno affrontato il fenomeno la giurisprudenza si sia posta il problema di imputabilità all’amministrazione dei comportamenti dei propri funzionari: eg. Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2691, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 888; Cass. 20 maggio 1976, n. 1803, in *Giur.it.* 1977, I, 1, c. 1126. In questi casi la responsabilità veniva qualificata come espressione del principio del *neminem laedere* e quindi qualificata in termini extracontrattuali.

⁸³⁵ Peraltro, gli interpreti erano fermi nel ribadire che tali aperture facevano riferimento a quei contratti sostanzialmente privatistici, sottoposti in maniera più o meno estensiva a deroghe e correzioni date dalla natura pubblica del soggetto coinvolto, e non invece alla diversa e, come visto, sin dall’origine molto controversa ipotesi di contratti di diritto pubblico (cfr. cap. I, par. II, III e VII; sul punto si veda in particolare R. ALESSI, ult. op. cit., 143). La possibilità di riconoscere una responsabilità per violazione del canone di buona fede in sede di conclusione di accordi amministrativi è infatti conquista molto più recente; si veda sul punto G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 234 ss.

⁸³⁶ Tuttora fondamentale, sia pur concepito nell’ambito di un quadro interpretativo e normativo profondamente diverso da quello attuale, rimane il contributo di M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’Amministrazione pubblica*, cit. Per una ricostruzione dei rispettivi influssi tra dottrina e giurisprudenza si veda anche la ricostruzione in A. MASSERA, *I contratti pubblici*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di Diritto*

cominciato ad affermare che solo per queste ipotesi, eventualmente, potesse porsi un problema di applicabilità della tutela risarcitoria; laddove invece l'amministrazione non fosse tenuta al rispetto delle regole di contabilità pubblica il problema non si poneva proprio ed erano certamente e direttamente applicabili le tutele ed i meccanismi privatistici⁸³⁷.

L'apertura concettuale è avvenuta sia in giurisprudenza⁸³⁸ che in dottrina⁸³⁹ operando una distinzione tra lo Stato 'amministratore' e lo Stato 'contraente'. Si è in particolare iniziato a riconoscere che nella seconda veste lo Stato è tenuto al rispetto dei principi generali che regolano i rapporti tra privati⁸⁴⁰. Conseguentemente, l'eventuale violazione del canone di buona fede e correttezza diveniva una lesione giuridica rilevante e, come tale, meritoria di tutela. In quest'ottica "...ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia condotto da corretto amministratore, ma se si sia condotto da corretto contraente, non di accertare se abbia bene o male apprezzato il pubblico bisogno, ma se, nel comportamento conseguente a tale apprezzamento o ad esso afferente, si sia comportato in modo tale da violare i principi codicistici"⁸⁴¹. Pertanto, questa responsabilità eventualmente investiva l'amministratore in quanto soggetto di diritto comune⁸⁴².

L'importanza di tale separazione concettuale e le sue ricadute sul piano della tutela si colgono soprattutto ove si rammenti il più generale contesto giuridico in cui esse si andavano a inserire.

Amministrativo, Tomo II, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2003, 1625; e la ricostruzione operata da A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 97 ss.

In giurisprudenza, il *leading case* si rinviene tradizionalmente in Cass. n. 2110/1974 che ha riconosciuto la configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche in materia di contratti ad evidenza pubblica, in tutti i casi in cui l'ente pubblico nelle trattative con i terzi abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto. Per una conferma in tempi molto più recenti si rinvia a Cass. n. 477/2013; n. 27678/2011; 23393/2008, 4856/07; 12313/05. In ambito amministrativo tale principio è stato consacrato dalla fondamentale Cons. Stato, Ad. plen. 5 settembre 2006, n. 5.

⁸³⁷ In particolare, nel suo noto saggio, GIANNINI ha sostenuto che "un problema di responsabilità precontrattuale per un'amministrazione pubblica può porsi in termini particolari solo per quelle amministrazioni che debbono usare le norme della legge di contabilità pubblica e per i contratti che si concludano sotto l'impero di tali norme. Se chiamiamo questi - giusta un ordine di concetti che sembra preferibile - contratti ad evidenza pubblica, possiamo cominciare a stabilire che solo per i contratti di evidenza pubblica possono sorgere particolari problemi in ordine alla responsabilità precontrattuale, mentre invece per i contratti posti in essere da amministrazioni non assoggettate alla legge di contabilità pubblica, e per quelli posti in essere da amministrazioni assoggettate anche a questa legge, ma in quei settori o in quei casi nei quali essa non deve essere applicata o almeno può non essere applicata, non si pongono problemi particolari: siamo in presenza di contratti regolati interamente dal diritto comune, e anche le amministrazioni che li concludono, quando li pongono in essere sono solo ed esclusivamente soggetti di diritto comune: per esse la responsabilità precontrattuale si pone come per qualsiasi soggetto di diritto comune" (*La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit. 266).

⁸³⁸ Cass., Sez. Un. n. 1675/1961; Tra le prime si segnala anche Cass. n. 1142/1963.

⁸³⁹ Su tutti: M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 267.

⁸⁴⁰ Come è stato acutamente osservato "la separazione fra la figura del corretto contraente e quella del corretto amministratore ha rappresentato la via attraverso la quale la dottrina ha dichiarato inammissibili tutta una serie di ulteriori privilegi dell'amministrazione definiti dalle corti attraverso la disapplicazione delle norme privatistiche" A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 95 ss; per un'analisi critica sul perdurare attuale di tale attitudine da parte della giurisprudenza A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali di diritto amministrativo e loro evoluzione*, Jovene, Napoli, 2018.

⁸⁴¹ M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, 457.

⁸⁴² M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 267.

Come detto, in quel momento godeva di pieno seguito l'impostazione che escludeva in generale l'applicabilità del canone di buona fede all'attività autoritativa, lasciando margini di apertura solo con riferimento all'attività *iure privatorum*. Inoltre, era fermo il principio di irrisarcibilità degli interessi legittimi, quali erano considerati essere quelli in capo ai privati operatori economici nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica⁸⁴³. E, come noto, ci sarebbero voluti ancora quasi quarant'anni per il riconoscimento di una tutela risarcitoria nei confronti dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa⁸⁴⁴.

Pertanto, lo sdoppiamento dei piani consentiva, da un lato, di allontanare l'accusa di invasione del merito amministrativo, pur ampliando concretamente lo spazio di sindacato del giudice ordinario⁸⁴⁵, dall'altro, importando in via analogica quanto previsto nel codice civile, si cominciava a garantire una tutela risarcitoria in un ambito che ne era sostanzialmente privo.

Peraltro, come è facile immaginare, tale operazione concettuale non ha trovato un consenso unanime fra gli interpreti. Ed anzi è interessante ricordare che critiche sono giunte proprio da BENVENUTI che, nel suo celebre scritto sul diritto amministrativo paritario, ha affermato che "secondo un abusato malvezzo dottrina e giurisprudenza hanno pedissequamente trasferito soluzioni e formule proprie del diritto privato nel campo di quello pubblico", così tralasciando la specificità "di quella fattispecie composita nella quale il negozio è solo il momento strumentale dell'attività pubblicistica". Secondo l'Autore, invece, "la soluzione al problema della responsabilità in *contrahendo* deve essere ricercata "secondo i moduli di diritto pubblico" e nell'ambito di un "ordine concettuale pubblicistico". Conseguentemente

⁸⁴³ Tale impostazione è ben scolpita nelle parole dell'ALESSI, secondo cui: "...essendo la responsabilità la soggezione alla sanzione predisposta per la violazione della sfera giuridica altrui, non ogni forma di anti-giuridicità venga in considerazione, ma bensì soltanto quella che si concreta nella violazione della sfera giuridica pertinente ad un soggetto giuridico: vale a dire nella violazione di diritti soggettivi altrui. Ora la violazione di un diritto soggettivo, ovviamente, implica da un lato l'esistenza di un diritto soggettivo, del danneggiato nei confronti dell'agente (nella specie nei confronti dell'amministrazione pubblica); dall'altro, la violazione dello stesso per parte dell'amministrazione agente". E al riguardo aggiunge: "si ha un diritto soggettivo allorchè da parte dell'ordinamento giuridico vi ha la garanzia della realizzazione di un interesse diretto e sostanziale di un soggetto: garanzia, cioè, di un'utilità sostanziale diretta, rappresentata da un agere ovvero dell'aspettativa di una prestazione altrui: nel primo caso si hanno i diritti assoluti, nel secondo caso i diritti di credito (diritti relativi). Nel primo caso la garanzia, come sappiamo, è fornita. Dal principio "neminem laedere" sotto la sanzione disposta dall'art. 2043, estendendosi a tutti quegli interessi che il giudice ritenga meritevoli di tutela. Nel secondo caso la garanzia è fornita da una norma espressa di legge, sotto la sanzione disposto dall'art. 1218 c.c. Non si può parlare di una responsabilità, pertanto, allorchè l'anti-giuridicità del comportamento dannoso stia semplicemente nella trasgressione di una norma che non garantisca affatto la realizzazione di interessi sostanziali del danneggiato, sibbene semplicemente la realizzazione di un interesse strumentale alla eliminazione di atti non aderenti all'interesse pubblico: non garantendo, in altri termini, alcuna utilità sostanziale diretta per il danneggiato (*agere* o aspettativa di prestazione) ma bensì semplicemente una utilità strumentale rappresentata dall'aderenza del comportamento dell'amministrazione all'interesse pubblico." (R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 78-79).

⁸⁴⁴ Sul punto, peraltro, è stato acutamente osservato come la svolta sia avvenuta proprio per effetto di un necessario adeguamento, nella materia della procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, imposta dall'ordinamento comunitario (e non quindi - o almeno non soltanto e non veramente - per effetto di un vero ripensamento di paradigma a livello di ordinamento interno). Per una sferzante analisi sul punto cfr. A. POLICE, *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni in Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013, 32 ss. In generale, per un'analisi dello stato dell'arte prima dell'intervento della pronuncia n. 500/1999 si veda, *ex multis*, R. CARANTA, *La responsabilità della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁸⁴⁵ Cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999, 96.

“il ricorso ai principi della buona fede contrattuale appare del tutto inconferente: la realtà è che il privato può pretendere l’adempimento degli atti amministrativi, generali o speciali, che precedono il negozio e può far valere avanti le giurisdizioni amministrative la violazione di interessi legittimi collegati a tali pretese”⁸⁴⁶. In altre parole, per l’Autore il punto non era traslare impropriamente meccanismi di stampo privatistico, ma piuttosto superare in maniera più radicale il dogma di irrisarcibilità degli interessi legittimi⁸⁴⁷.

Al di là di queste critiche più radicali, l’impostazione di sdoppiamento delle posizioni dello Stato quale contraente e quale amministratore, e quindi del piano dell’illegittimità da quello dell’illiceità secondo il parametro generale fissato dall’art. 2043 c.c., ha iniziato ad avere ampia fortuna e seguito in dottrina e giurisprudenza.

È tuttavia importante sottolineare che, inizialmente, si ammetteva la possibilità – comunque non automatica – di riconoscere un risarcimento per attività illecita nell’ambito di procedure di evidenza pubblica solo nel caso in cui l’attività fosse stata *altresì* ritenuta illegittima, posto che: “è evidente che sino a quando l’amministrazione usa legittimamente di un potere (discrezionale) che le è attribuito, non viola né diritti né interessi legittimi, ossia compie atto lecito e non può incorrere in responsabilità di sorta”⁸⁴⁸.

Coerentemente, si sosteneva che l’esercizio valido del potere di revoca non potesse dar luogo ad un illecito civile, che restava invece possibile solo a fronte di revoche illegittime⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, 849-850. Sul punto si vedano le riflessioni di L. BERTONAZZI, *La tutela dell’affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 39, nota 43, che acutamente osserva come “l’Autore che ha inventato la fortunata formula di “diritto amministrativo paritario” negava autonomia concettuale alla responsabilità in contrahendo dell’Amministrazione, facendola refluire indistintamente nel tema della risarcibilità dell’interesse legittimo pretensivo del partecipante alla procedura selettiva, sul presupposto della totale “inconferenza” del “ricorso ai principi della buona fede contrattuale””. In senso contrario ad una sorta di “pregiudiziale civilistica” volta ad estendere analogicamente le regole privatistiche si vedano anche le riflessioni di E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo* in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol. II, CEDAM, Padova, 2003 *Buona fede e diritto amministrativo*, 381.

⁸⁴⁷ Ad oggi invece, secondo l’impostazione prevalente, già esposta nel sistema di varianti presentato nel cap. II, par. 4 ss, i due piani vengono tenuti distinti. Tema che, peraltro, si ricollega alla già vista questione se la violazione del canone di buona fede possa tradursi o meno in un vizio di legittimità, in particolare di eccesso di potere, e come tale correlarsi – piuttosto – ad una posizione di interesse legittimo.

⁸⁴⁸ M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 269. In particolare, l’Autore porta l’esempio – precisando che la conclusione vale tuttavia per ogni ‘fattispecie simile’ – di un organo di controllo che non approvi un contratto concluso. E chiarisce che se la disapprovazione è legittima, allora non possono sorgere responsabilità di sorta né per l’amministrazione contraente, né per quella di controllo. “Basta però – aggiunge l’Autore – che l’Amministrazione eserciti illegittimamente un potere (discrezionale) perché si profili la possibilità di qualificare il suo fatto volontario come illecito civile; non già che questo avvenga necessariamente, perché non sarebbe esatto ritenere che ogni illegittimità ridondi in illiceità civile; ai nostri fini basta però che la possibilità si ponga”. Ed in questo caso, chiosa GIANNINI, laddove all’Amministrazione risulti quindi imputabile un illecito civile, essa non si presenterà più come autorità, bensì come soggetto di diritto comune.

Si coglie, nell’impostazione seguita da GIANNINI, l’eco di quanto già affermato qualche anno prima dall’Alessi secondo cui (solo) ‘l’emanazione di atti viziati da illegittimità costituisce atto di scorretta amministrazione’ (R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 147).

⁸⁴⁹ M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 279. In sintesi, l’Autore riteneva che tanto per (i) le revoche, (ii) gli annullamenti e (iii) le mancate approvazioni illegittime potesse – sia pure non in automatico – configurarsi un illecito civile. Viceversa, questo era da escludersi quando tali provvedimenti erano legittimo esercizio di una valutazione di opportunità tanto dell’Amministrazione contraente quanto dell’organo di controllo (ibidem, 281-282).

In questo senso, dunque, l'illiceità era un *quid pluris* rispetto all'illegittimità secondo i parametri del diritto amministrativo.

Il successivo punto di svolta si è avuto nel momento in cui si è invece operato un ulteriore sdoppiamento concettuale basato sulla premessa di autonomia tra il piano della legittimità dell'azione procedimentalizzata e quello della liceità e correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione. E ciò si è fatto sulla base dell'assunto, tuttora spesso riportato in svariate pronunce giurisprudenziali che si occupano del tema, per cui:

“La fase di formazione dei contratti pubblici, come è noto, è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplano normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a.”⁸⁵⁰

Questa ulteriore svolta argomentativa consentiva di considerare l'illiceità del comportamento non come un *quid pluris*, ma piuttosto come un qualcosa di diverso e sostanzialmente slegato rispetto al piano della legittimità secondo i parametri di diritto pubblico. Evidente è il richiamo a quell'impostazione generale, presentata nel primo capitolo, che ha concettualmente 'sdoppiato' la procedura di evidenza pubblica in una serie 'negoziale' ed in una serie 'procedimentale'⁸⁵¹, consentendo di analizzare le due serie in maniera indipendente⁸⁵² e di riconoscere una violazione – ed un possibile risarcimento da valutarsi secondo i canoni civilistici della responsabilità precontrattuale *ex artt.* 1337 e 1338 c.c. – a fronte di un'illiceità complessiva della condotta della p.a., pur nella riscontrata legittimità dei singoli atti della sequenza procedimentale e/o, soprattutto, del provvedimento di autotutela⁸⁵³.

Sul punto, peraltro, occorre subito fare una precisazione con riferimento al concetto di legittimità degli atti della sequenza procedimentale, posto che a seconda della variante che viene in gioco⁸⁵⁴, tale espressione può risultare una semplificazione imprecisa. In caso di *revoca* (dell'aggiudicazione o dell'intera procedura) giudicata legittima, infatti, si può dire che non sussistono né a monte né a valle atti della sequenza procedimentale propriamente illegittimi. Viceversa, il presupposto di un *annullamento* legittimo resta comunque la

⁸⁵⁰ Spec. Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; id. 7 novembre 2012, n. 5638.

⁸⁵¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 363 ss. Cfr. *amplius* cap. I, par. V.

⁸⁵² Peraltro, lo sdoppiamento delle due serie non fu mai inteso in senso assoluto, essendo comunque necessario un raccordo fra le stesse, rappresentato dall'efficacia degli atti della serie negoziale: “Alcuni atti della serie procedimentale condizionano gli atti della serie negoziale, agendo come fatti permissivi o impeditivi, e pertanto attribuendo efficacia ad atti dell'altra serie, o impedendo che l'acquistino, o creando presupposti che legittimano l'esercizio di situazioni soggettive della parti del rapporto negoziale” (A. E S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit, 116, riprendendo il pensiero di GIANNINI) Cfr. *amplius* cap. I, par. V.

⁸⁵³ Tra le prime si segnala, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, con nota di G.M. RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione* (nota a) in *Urb. e app.*, 2003, 948. È interessante notare, a margine, come questa impostazione generale riferita all'evidenza pubblica, ampiamente utilizzata per riconoscere il risarcimento a fronte di comportamenti illeciti pur in presenza di atti legittimi, sia stata elaborata da GIANNINI che, come visto, predicava invece l'illegittimità come presupposto per l'ulteriore piano dell'illiceità e della risarcibilità.

⁸⁵⁴ Per cui si rinvia sempre allo schema generale enucleato in cap. II, par. V.

presenza di un profilo di illegittimità dell'atto che viene annullato⁸⁵⁵. Ed in questo senso non è esatto dire che non sussiste alcun profilo di illegittimità procedimentale. Tuttavia, la legittimità valutata e richiamata da questa impostazione - in antitesi con la citata precedente ricostruzione teorica - è quella del provvedimento di autotutela, piuttosto che, eventualmente, quella degli atti precedenti su cui lo stesso interviene.

È bene poi evidenziare la premessa concettuale sottesa a questa nuova impostazione: la violazione dei canoni di buona fede e correttezza non assume rilevanza - né gli stessi costituiscono un parametro di valutazione - ai fini della legittimità dell'atto amministrativo, tipicamente di autotutela, e/o della procedura amministrativa di evidenza pubblica nel suo complesso.

Ed in questo sta, a parere di chi scrive, la ragione profonda del grande successo di questa impostazione: in tanto si ammette l'ampliamento del riconoscimento di una lesione giuridica rilevante in quanto si allontana il rischio - sempre percepito e temuto - di uno sconfinamento del sindacato e di un'interferenza sulle scelte di merito compiute dall'amministrazione. Lo sdoppiamento consente un'analisi del profilo comportamentale complessivo, slegato dall'indagine circa il perseguimento dell'interesse pubblico⁸⁵⁶.

In tempi più recenti, tale impostazione è stata altresì declinata sotto un altro punto di vista, cui si è già fatto riferimento nel precedente capitolo e che occorre qui richiamare. In particolare, il riconoscimento in via generale, a partire dalla fondamentale sentenza Cass 500/1999, della responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimentale illegittima ha posto gli interpreti di fronte al problema di stabilire in che rapporto si ponessero le due forme di responsabilità a questo punto astrattamente ascrivibili all'amministrazione per il suo operato nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica⁸⁵⁷. Si è andato così affermando l'ulteriore visto principio, anch'esso ormai tralattivamente riportato in via predominante dagli interpreti, per cui la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel corso delle procedure di evidenza pubblica per violazione dei canoni di correttezza costituisce:

“responsabilità *da comportamento* e non da *provvedimento*, che non investe la legittimità degli atti amministrativi posti in essere dall'Amministrazione, nè richiede l'annullamento, ma postula unicamente la lesione dell'affidamento dell'altra parte nella fase formativa del contratto. Essa può dunque sussistere anche in presenza di atti di autotutela (revoca, annullamento, diniego di stipula o di approvazione) pienamente legittimi, ove assistiti dai presupposti per la loro emanazione, e va pertanto tenuta distinta dalla responsabilità per lesione di un interesse legittimo, che,

⁸⁵⁵ Cfr cap. III, par. V.3.

⁸⁵⁶ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel capitolo precedente, soprattutto in rapporto al vizio di eccesso di potere (cfr *infra* par. IV.3.) ed altresì alle considerazioni che verranno svolte nel paragrafo successivo.

⁸⁵⁷ Per un'analisi sul punto F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir proc. amm.*, 2015, 1, 1., Chiariscono la distinzione anche M. CLARICH, G. FIDONE nel loro commento all'importante pronuncia Cass. Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656, *La giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura*, in *Corr. giur.*, 2008, 10, 1388; in particolare gli Autori propongono di qualificare come responsabilità precontrattuale spuria quella c.d. provvedimentale e viceversa come responsabilità precontrattuale pura quella comportamentale. Per un distinguo tra le due forme di responsabilità, proprio nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, si veda in giurisprudenza *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14 e l'ampia giurisprudenza ivi richiamata. Sul punto rinvia anche alla schematizzazione delle varianti del cap. II, para IV ed alla discussione in cap. III, para VI.

pur facendo anch'essa capo ai canoni della correttezza e della buona fede (cfr Cass. n. 500/99) ha come presupposto, non unico, ma comunque necessario, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo⁸⁵⁸.

Peraltro, il *discrimen* fra le due forme di responsabilità non è dato, sempre secondo questa prevalente impostazione, dall'illegittimità o meno del provvedimento, posto che:

“con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza, sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia⁸⁵⁹.”

L'asserita autonomia dei piani significa 'solo' che la legittimità degli atti, valutata secondo i diversi parametri pubblicistici, non preclude il formarsi di una responsabilità da comportamento⁸⁶⁰.

La citata impostazione si fonda pertanto sull'assunto - già enucleato in sede di presentazione delle varianti del fenomeno - che la responsabilità per comportamento scorretto sia ontologicamente diversa ed autonoma rispetto a quella per illegittima attività provvedimentale. Quest'ultima è parametrata all'interesse positivo, prevede un termine di decadenza stringente per la proposizione della relativa azione (cfr art. 30, comma 3 c.p.a.) e presuppone, come visto, un giudizio sulla spettanza del bene finale, che in questo contesto consiste in particolare nell'aggiudicazione e la stipula del contratto⁸⁶¹. Il corollario di tale impostazione è dato dall'accoglimento - via via sempre più dichiarato - nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica della già nota distinzione civilistica fra 'regole di validità' e 'regole di condotta'⁸⁶².

⁸⁵⁸ Cons. Stato, Sez. III, ord., 24 novembre 2017, n. 5492 corsivo mio. Si tratta, in particolare, dell'ordinanza di rimessione che ha portato all'Ad. plen. n. 5/2018. L'ordinanza richiama, sul punto, proprio Cass. civ. Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656 (cfr. subito *supra*). Peraltro, è bene rammentare che i canoni di buona fede e correttezza vengono richiamati dalla Cass. 500 del 1999, con riferimento alla responsabilità provvedimentale, soprattutto ai fini della valutazione dell'elemento psicologico, più che per la valutazione dell'antigiuridicità della condotta (cfr *infra* cap. III, para IV).

⁸⁵⁹ Cons. Stato, Sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8731 (revoca riconosciuta illegittima e contestuale valutazione della domanda risarcitoria a titolo precontrattuale). Cons. Stato, Sez. III, ord., 24 novembre 2017, n. 5492, cit., che rinvia in particolare, come giurisprudenza rilevante, a: Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; Sez. VI, 5 aprile 2006, n. 1763; Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, Cons. Giust. Amm. Sic., 15 aprile 2009, n. 230; Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 5245. Più di recente si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674.

⁸⁶⁰ Talvolta, la giurisprudenza è parsa persino più tentata di suggerire - o quantomeno non si è spesa compiutamente nell'escludere - che il presupposto per un'indagine sulla scorrettezza della condotta complessivamente tenuta dall'Amministrazione sia dato proprio dalla legittimità dei singoli atti procedimentali. Così ad esempio si è da ultimo affermato che: “il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, *ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale*” (Ad. plen, 4 maggio 2018, n. 5; corsivo mio).

⁸⁶¹ Cfr. *infra* par. III.

⁸⁶² Cfr. cap. III, par. IV.3. e *infra* par. IV. *Ex multis* in giurisprudenza - e salvo quanto si dirà *infra* nell'analisi dell'Ad. plen. n. 5/2018 - si rinvia per la cristallizzazione di tale impostazione a Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674 secondo cui: “in seno ad un procedimento ad evidenza pubblica può configurarsi, accanto ad una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo, derivante dalla illegittimità degli atti

Ancora una volta, tuttavia, tale evoluzione non è stata uniforme, né pienamente condivisa. Così come è bene sottolineare che in parallelo il dibattito si è concentrato sul problema – strettamente legato alla concezione della procedura di evidenza pubblica *anche* come procedura negoziale – di identificazione del momento in cui poteva considerarsi instaurata una trattativa rilevante ai fini dell'eventuale riconoscimento di una responsabilità precontrattuale.

Innanzitutto, a fianco della citata e sempre più prevalente prospettiva di autonomia fra il profili di illegittimità ed illiceità, non sono mancate ricostruzioni, sia pure più isolate, che sono giunte a conclusioni diametralmente opposte.

Una prima linea di pensiero emerge ad esempio nelle riflessioni della pronuncia del Tar che ha poi portato, in sede di appello, alla prima fondamentale Adunanza plenaria in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione⁸⁶³. In tale occasione, a fronte di un intervento in autotutela, si è sostenuto che l'illiceità del comportamento complessivo tenuto dalla p.a. nel corso della procedura selettiva, valutato come contrario ai canoni di correttezza e buona fede oggettiva, finisse per "comporre il parametro alla stregua del quale qualificare come illegittimo il provvedimento di autotutela, finendo per atteggiarsi a guisa di fonte esclusiva della sua legittimità". In altre parole, la pronuncia ha ritenuto che il provvedimento di autotutela fosse illegittimo⁸⁶⁴ in quanto espressione di un comportamento che, globalmente considerato, si era rivelato contrario ai canoni di correttezza e buona fede⁸⁶⁵. Viene così meno l'autonomia dei piani di illiceità ed illegittimità e si assume una posizione più radicale di inglobamento dei canoni civilistici di correttezza e buona fede quali parametri rispetto a cui valutare *anche* l'illegittimità dell'attività e degli atti amministrativi⁸⁶⁶.

Peraltro, né l'ordinanza di rimessione, né la pronuncia dell'Adunanza plenaria hanno accolto questa impostazione. In particolare, in sede plenaria, il Consiglio di Stato si è implicitamente reinserito nel solco dell'impostazione prevalente affermando che:

"la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti. È restato però - dopo tale revoca (caducatoria dell'aggiudicazione e degli altri atti del

o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono "regole di condotta", da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica. Le predette regole "di validità" e "di condotta", come ribadito più volte dalla giurisprudenza amministrativa, operano su piani distinti: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento".

⁸⁶³ Si fa in particolare riferimento alla pronuncia del Tar Lazio, Roma, 7 luglio 2003, n. 5991 che in appello ha portato alla rimessione, culminata nell'Ad. plen. n. 6/2005. Cfr. in generale, anche per l'analisi in fatto, il caso n. 1 della rassegna giurisprudenziale nel capitolo secondo. Per un commento al riguardo si rinvia a L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 39; G. SDANGANELLI, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in *giustamm.it*, marzo 2018. L'adunanza plenaria n. 6/2005 si è rivelata fondamentale soprattutto con riferimento ai profili legati al riparto di giurisdizione per cui si rinvia infra al par. VIII.

⁸⁶⁴ Che come visto nel sistema di varianti costituisce l'atto amministrativo in cui tipicamente 'precipita' e assume rilevanza l'atteggiamento complessivamente scorretto del contraente pubblico. Cfr. cap. II, par. V ss.

⁸⁶⁵ Cfr. L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, cit., par. 6.

⁸⁶⁶ Si è visto che questa impostazione, volta a tradurre la violazione del canone di buona fede in un vizio di legittimità, è stata avvalorata anche da una certa dottrina; sul punto cfr. analisi in cap. III, par. IV.2

procedimento) - il fatto incancellabile degli “affidamenti” suscitati nell’impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (affidamenti che sono perdurati fino a quando non è stata comunicata alla parte privata la revoca degli atti avanti ricordati)”⁸⁶⁷.

Viceversa, verso l’estremo opposto, si sono altresì registrate, ancora in tempi relativamente recenti, pronunce di netta chiusura rispetto alla possibilità di configurare una violazione rilevante dei canoni di buona fede e correttezza a fronte di interventi in autotutela legittimi. Pronunce, in altre parole, che hanno ripreso la precedente impostazione per cui l’illegittimità è condizione ‘pregiudiziale’ ad un possibile risarcimento del danno per attività illecita.

Un esempio significativo può rinvenirsi nella sentenza del Consiglio di Stato n. 6389 del 2002 in cui si è sostenuto che:

“l’eventuale illiceità della condotta della p.a., idonea a determinare il diritto al risarcimento del danno a favore del privato, presuppone dunque il preventivo accertamento da parte del giudice amministrativo dell’illegittimo esercizio della funzione amministrativa che può sostanziarsi sia nella emanazione di un atto *contra legem*, sia nella mancata, ingiustificata adozione di un provvedimento conforme alle aspettative giuridicamente tutelate del privato destinatario e non già della considerazione di tali “comportamenti” alla stregua dei principi di buona fede e correttezza”⁸⁶⁸. Sulla base di tali coordinate, il Consiglio di Stato ha quindi escluso, alla luce della riscontrata legittimità del provvedimento di annullamento rispetto a tutti gli atti della gara, qualsiasi risarcimento in favore dell’impresa.

Peraltro, è interessante rilevare come i toni netti della pronuncia in questione si accompagnino ad una certa incertezza ed ambiguità di fondo. In particolare, la stessa si chiude con la seguente affermazione:

“L’emanazione del bando, successivamente annullato, è risultata espressione dell’illegittimo esercizio della funzione amministrativa da parte della p.a. Essa tuttavia è in grado di rilevare in termini di illiceità solo in presenza degli ulteriori requisiti che concorrono a formare la fattispecie di responsabilità civile. Requisiti questi che era onere della stessa ricorrente in primo grado indicare in modo preciso

⁸⁶⁷ Cons. Stato, Ad. plen. 16 maggio 2005, n. 6, par. 6.

⁸⁶⁸ Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, con nota di R. CARANTA in *Urb e app.*, 2003, 569 e nota di B. LUBRANO, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede* in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1247. Più di recente si vedano poi le considerazioni di L. BERTONAZZI, *La tutela dell’affidamento nelle procedure selettive*, cit., para 8.

In termini radicali la citata pronuncia afferma che: “Buona fede e correttezza sono infatti parametri propri ed esclusivi della autonomia privata e risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell’ordinamento positivo. Buona fede e correttezza, in altri termini, sono parametri di comportamento dei soggetti privati alla cui stregua il giudice ordinario risolvere i conflitti intersoggettivi nascenti dal loro mancato rispetto. Un compito diverso spetta al giudice amministrativo che, come è noto, non impinge nel merito dell’attività amministrativa, ma si limita al solo controllo di legalità delle modalità con le quali essa è stata svolta in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.”

Da notare che invece il Tar in primo grado (Tar Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609) in linea con l’impostazione prevalente, aveva riconosciuto un risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di buona fede e correttezza, pur a fronte dell’acclarata legittimità del provvedimento di annullamento in autotutela.

ed in equivoco, tanto più che la sua particolare professionalità in materia di pubblici appalti la poneva in condizione di verificare con immediatezza i vizi che inficiavano il bando di gara, rendendola immediatamente consapevole dei vizi intrinseci del provvedimento assunto dalla p.a. e della possibilità che esso fosse impugnato da altri privati interessati. Concludendo: il ricorso principale va accolto perché non si ravvisano nel nostro ordinamento principi generali di tutela dell'affidamento nell'espletamento di attività provvedimentale".

A ben vedere, in questa chiosa finale, il Consiglio di Stato sembra sostenere qualcosa di diverso - ed incompatibile - con quanto subito prima affermato. E cioè che l'illegittima espressione del potere amministrativo (rappresentata dall'emanazione di un bando di gara pieno di vizi ed incongruenze rispetto alle esigenze della stessa stazione appaltante) sarebbe in grado di rilevare solo in presenza degli ulteriori requisiti che concorrono a formare la fattispecie di responsabilità civile. Ma - è questo è il profilo problematico - sembra quindi che gli stessi possano rilevare anche a fronte del legittimo annullamento del bando viziato⁸⁶⁹. Conclusione che, quindi, finisce col contraddire in radice la premessa precedente e si pone piuttosto in linea con la citata impostazione prevalente.

Un ulteriore profilo di ambiguità concettuale si coglie laddove il risarcimento viene contemporaneamente escluso sia perché *in generale* non si ammette la configurazione di un affidamento nell'ambito di attività provvedimentale, sia perché - ed è evidente che si tratta di *ratio* ben diversa - in questo caso l'impresa, forte della sua capacità professionale ben avrebbe potuto rendersi conto *ab origine* dei vizi di configurazione della procedure, con ciò escludendosi il formarsi di qualsiasi affidamento *rilevante*⁸⁷⁰.

Ciò che traspare - e che restituisce il senso di una visione radicata fra gli interpreti, anche se non sempre esplicitata - è un atteggiamento di arroccamento che ricorre, in maniera forse non troppo meditata e coordinata, diversi strumenti concettuali con l'obiettivo ultimo, ben rilevato da alcuni commentatori, di proteggere l'amministrazione (e in ultima analisi la collettività) dai suoi errori più che dall'invasione nel merito delle proprie scelte discrezionali⁸⁷¹.

Vi è poi un ulteriore profilo che merita di essere menzionato in questo *excursus* e che attiene all'evoluzione interpretativa circa il momento a partire dal quale sorge una lesione giuridicamente rilevante.

Il nodo fondamentale è se possa configurarsi una responsabilità precontrattuale solo dopo il provvedimento di aggiudicazione che identifica il contraente privato, oppure se già prima - proprio nello svolgersi di quella procedura amministrativa che porta all'identificazione del contraente - possa rilevare la violazione dei canoni di buona fede e correttezza da parte dell'Amministrazione. Come esposto nel primo capitolo, l'evidenza pubblica in senso ampio ricomprende diverse fasi; tuttavia il cuore dell'evidenza pubblica è da rinvenirsi proprio in quella sequenza procedimentale che dalla pubblicazione del bando sino

⁸⁶⁹ Si richiama la precisazione svolta *infra* sul concetto di legittimità degli atti della procedura in ipotesi di annullamento.

⁸⁷⁰ Cfr sul punto le riflessioni di B. LUBRANO, *op. ult. cit.*, 1247.

⁸⁷¹ Sul punto in particolare R. CARANTA, *op. ult. cit.*, osserva che il "pregiudiziale rifiuto di tecniche civilistiche di tutela" si spiega con la preoccupazione che le "stazioni appaltanti siano indotte a mantenere ferme delle procedure di scelta del contraente illegittimamente iniziate per il timore di essere esposte a forme di responsabilità per interruzione o recesso dalle trattative".

all'aggiudicazione (definitiva) porta all'identificazione della controparte del contraente pubblico.

Una volta affermatasi, almeno in via prevalente, la linea argomentativa di separazione fra illegittimità amministrativa e illiceità comportamentale, questa problematica ha costituito uno degli aspetti centrali del dibattito teorico e soprattutto giurisprudenziale.

Traccia evidente di tale dibattito evolutivo si ha nella vicenda che ha portato alla recente – e fondamentale – Adunanza plenaria n. 5 del 2018. Per l'inquadramento fattuale si rinvia al caso n. 7 della rassegna giurisprudenziale del capitolo secondo; in questa sede ci si vuole piuttosto soffermare sulle diverse *ratio* argomentative emerse, per come ben rappresentate in particolare nell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato.

Tale rimessione esordisce affermando che “nessun dubita dell'assoggettabilità della pubblica amministrazione al disposto dell'art. 1337 c.c., disposizione quest'ultima avente ad oggetto il comportamento, quale “corretto contraente”, di qualunque soggetto dell'ordinamento⁸⁷².

La parabola di riconoscimento di una lesione giuridicamente rilevante sembra quindi compiuta. E tuttavia l'ordinanza ripercorre alcune delle tappe fondamentali di tale percorso evolutivo sopravisto per ribadire come la responsabilità precontrattuale sia stata riconosciuta “sempre e solo nel caso di intervenuta aggiudicazione”⁸⁷³.

A sostegno l'ordinanza richiama, da un lato, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha a lungo escluso la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale prima del provvedimento di aggiudicazione proprio in quanto è solo da quel momento che può dirsi iniziata una relazione specifica fra soggetti assimilabile ad una trattativa ai fini dell'art. 1337 c.c., mentre prima il partecipante è titolare unicamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione contraente⁸⁷⁴; dall'altro, richiama quella giurisprudenza amministrativa, intervenuta successivamente alla citata Adunanza plenaria del 2005, che ha riconosciuto una responsabilità precontrattuale in tutta una serie di casi in cui la p.a. intervenga con provvedimenti di vario tipo (annullamenti, revoche, dinieghi etc.) che vanifichino gli esiti della procedura di selezione⁸⁷⁵.

⁸⁷² Cons. Stato, Sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492, cit., par. 6.

⁸⁷³ *Ibidem*, par. 7.2.

⁸⁷⁴ In particolare: “l'apertura della competizione ad una pluralità di concorrenti non instaura ancora una relazione specifica tra soggetti, paragonabile allo svolgimento di trattative cui è riferibile in sede privatistica l'art. 1337 c.c., e che il partecipante alla gara non può nutrire alcun legittimo affidamento sull'esito della stessa e sulla conclusione del relativo contratto, ma è unicamente titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione”. *Ibidem*, par. 6.2., e l'ulteriore giurisprudenza di Cassazione ivi richiamata.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, par. 7.1. Anche nel caso sottoposto all'attenzione della plenaria del 2005 era già intervenuta un'aggiudicazione ma vi è da dire che il profilo non era stato oggetto di specifica contestazione ed analisi; né era stato, quindi, posto dalla stessa plenaria quale requisito indefettibile. Ed anzi, come opportunamente osservato dai sostenitori dell'opposta tesi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831), la citata plenaria aveva invero sostenuto che “nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune”. Con ciò implicitamente dimostrando piuttosto un'apertura verso il riconoscimento di una responsabilità per scorrettezze intervenute anche durante la fase di selezione del contraente e cioè nell'ambito della procedura di evidenza pubblica in senso stretto.

La rimessione dà tuttavia conto del progressivo formarsi di un diverso e minoritario orientamento che ammetteva il configurarsi di una responsabilità precontrattuale anche antecedentemente e a prescindere dall'intervenuto procedimento di aggiudicazione (anche solo provvisoria).

È interessante notare come tanto la giustificazione teorica data dalla giurisprudenza espansiva richiamata dall'ordinanza, quanto la replica critica operata da quest'ultima si muovano su un piano squisitamente civilistico, traendo argomenti, in un senso o nell'altro, dettati (quasi) esclusivamente dal raffronto con la disciplina prevista dal codice civile ed in particolare dal meccanismo dell'offerta al pubblico⁸⁷⁶.

Così in particolare, si parte richiamando il citato principio per cui la fase di formazione dei contratti pubblici è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale, disciplinati rispettivamente da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplano normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. E si aggiunge il principio per cui:

“La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una *formazione necessariamente progressiva del contratto*, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un *comportamento che si presenta unitario* e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”⁸⁷⁷.

E si dà atto di aperture anche da parte della Cassazione, che – sempre in un'ottica di spiegazione civilistica del fenomeno – configura l'instaurazione di trattative multiple e parallele con i diversi operatori coinvolti⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, par. 10.1.

⁸⁷⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; corsivo mio. L'ordinanza richiama, quale espressione di tale orientamento nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, anche Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, in cui si era affermato il principio teorico favorevole al riconoscimento di una responsabilità anche prima e a prescindere dal provvedimento di aggiudicazione, ma si era negato che sussistesse una scorrettezza nel caso concreto. Sul punto si rinvia alla nota di S. AMATO, *I nuovi confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. ed.* 2014, 1, 1. Per un'affermazione in termini ancora più diretti si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156 (caso n. 6).

⁸⁷⁸ In particolare: Cass. 3 luglio 2014, n. 15260, secondo cui: “in materia, si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico ed in cui l'amministrazione entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, con ciascuno dei quali instaura trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo

Inoltre, il giudice ordinario sembra chiarire in maniera più decisa e aperta quale sia la ragione sostanziale sottesa a questa interpretazione estensiva, laddove afferma che:

“non può farsi a meno di rilevare come l'interpretazione restrittiva, che esclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase pubblicistica che precede l'aggiudicazione, finisca con l'offrire una giustificazione a possibili condotte elusive dell'amministrazione, che potrebbe porre in essere comportamenti non conformi ai principi generali di buona fede oggettiva e correttezza cui deve essere improntato il suo agire, fino al punto di sfavorire artatamente un concorrente per favorirne un altro, nella consapevolezza di non essere tenuta a risponderne”.

La replica dell'ordinanza di rimessione sul punto è netta e lapidaria:

“Nessuna “trattativa” si realizza durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare. È innegabile l'instaurazione di un “contatto sociale” tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, ma esso è unicamente governato da regole di procedura che la legge e la *lex specialis* di gara impongono. Non da trattative”⁸⁷⁹.

In altre parole, la fase pubblicistica della competizione – pur caratterizzante l'attività contrattuale dell'amministrazione – viene considerata come estranea alla formazione dello stesso – ed in questo senso ad essa non è applicabile l'art. 1337 c.c., poiché essa è strumentale all'individuazione del soggetto contraente e, quindi, prima della sua conclusione non è neppure ravvisabile una trattativa o una formazione in senso tecnico⁸⁸⁰. Pertanto, “in pendenza della fase pubblicistica, non possono “strutturalmente” verificarsi comportamenti che in mala fede intervengano sulla “formazione” del contratto”⁸⁸¹.

Dopo questa forte presa di posizione sul punto, l'ordinanza chiarisce che l'unico elemento sussumibile nel concetto di trattativa o formazione contrattuale è da rinvenirsi nel bando,

un'impostazione che risulta rafforzata dall'irrevocabilità delle stesse. È pertanto già nell'ambito di ognuno di tali rapporti che la p. a. è tenuta al rispetto di principi generali di comportamento posti dalla legge a tutela indifferenziata degli interessi delle parti in contatto, con la conseguenza che il mancato rispetto di tale precetto, anche anteriore alla conclusione della gara, determina l'insorgere della sua responsabilità precontrattuale a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante. La disciplina in materia di *culpa in contrahendo* non necessita, infatti, di un "rapporto personalizzato" fra p. a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte del provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”.

⁸⁷⁹ Cons. Stato, Sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492, cit., par. 10.4. In termini ancora più netti, più avanti, l'ordinanza, nel perorare il parallelismo con l'istituto civilistico dell'offerta *ad incertam personam*, afferma che “l'offerta *ad incertam personam*, fatta dall'amministrazione per il tramite di una procedura di evidenza pubblica, non contempla trattative, essendo sin dall'inizio completa degli elementi essenziali del futuro contratto (art. 1366 cc), come tale esposta alla sola accettazione dell'ablato rivelatosi tale all'esito della selezione”. Sul punto sia consentito osservare, in prospettiva critica, che nel fare una simile affermazione la giurisprudenza sembra avere in mente solo un certo tipo di procedura di evidenza pubblica, tralasciando invece, in particolare, le molteplici varianti introdotte sulla spinta del legislatore europeo e caratterizzate da una forte flessibilità e confronto fra le parti in gioco sin dalle prime fasi, così come dall'assenza di una chiara definizione iniziale persino dei bisogni del contraente pubblico.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, par. 10.7.

⁸⁸¹ *Ibidem*, par. 10.8.

che deve essere qualificato in termini di “proposta di contratto *in incertam personam*”, per la quale il codice civile prevede che sia sempre possibile la revoca purché fatta in forma identica o equipollente alla proposta (art. 1336 c.c.). Conseguentemente l’ordinanza aggiunge che “se non c’è malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, la sola buona fede dell’aspirante contrente non può giustificare alcuna forma di ristoro economico”⁸⁸².

Sul punto si potrebbe obiettare, riprendendo le elaborazioni concettuali viste nel precedente paragrafo, che se è vero che la semplice buona fede (soggettiva) del privato non pare costituire elemento sufficiente a fondare una pretesa risarcitoria⁸⁸³ è altresì vero che qui, più che valutare la presenza di dolo o colpa della p.a., si dovrebbe valutare la condotta complessivamente tenuta dalla stessa e la possibilità di configurare questa come obiettivamente contraria ai canoni di buona fede⁸⁸⁴.

È peraltro interessante notare come l’approccio restrittivo proposto dalla pronuncia si giustifichi formalmente sulla base di considerazioni, per così dire, ‘tecniche’ e di raffronto letterale con la disciplina codicistica (ma vedi *infra* sulle possibili ragioni sostanziali) e non – come invece si è a lungo sostenuto – in quanto l’amministrazione, nello svolgere le proprie funzioni, anche attraverso atti autoritativi non sia ontologicamente in grado di porre in essere comportamenti scorretti e contrari a buona fede.

Tanto è vero che subito dopo il Consiglio di Stato aggiunge che “non c’è dubbio che tutte le volte in cui, a seguito dell’individuazione del contraente, l’amministrazione adduca, in mala fede o colposamente, ragioni pubblicistiche o privatistiche per non stipulare il contratto, essa ne debba rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale (è il caso di autoannullamento, o di revoca)”⁸⁸⁵. E quindi si conferma la presa di posizione iniziale circa l’applicabilità dell’art. 1337 c.c. *anche* all’amministrazione.

Inoltre, l’ordinanza di rimessione si sente in dovere, comunque, di introdurre delle eccezioni correttive – che tuttavia finiscono in qualche modo con indebolire l’impalcatura teorica – nel caso in cui la scorrettezza sia già riscontrabile prima e nel momento della formulazione della proposta⁸⁸⁶.

⁸⁸² *Ibidem*, par. 10.5.

⁸⁸³ Questo si ricollega con il dibattito circa la (im)possibilità più di attribuire alla sola buona fede soggettiva di una parte effetti giuridici specifici, al di là delle ipotesi espressivamente previste normativamente. Ed invero le parole del Consiglio di Stato sembrano tradurre proprio quel timore antico di riconoscere eccessivo peso alla sola convinzione psicologica del privato piuttosto che al comportamento obiettivo e complessivo delle parti; timore che secondo MERUSI aveva comportato tanto ritardo a riconoscere un peso al canone di buona fede nell’ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione (cfr. cap. III, par. IV ss.).

⁸⁸⁴ Questo aspetto, peraltro, richiama la citata sovrapposizione concettuale fra antigiuridicità della condotta ed imputabilità colposa della stessa nel caso in cui si debba andare a valutare se l’amministrazione (apparato) si sia comportata scorrettamente; sul punto cfr. cap. III, parr. IV.4 e VI.

⁸⁸⁵ Peraltro, si può osservare come questa affermazione crei un significativo ponte di collegamento con il vizio di eccesso di potere. Invero, in questo caso, proprio laddove si riscontri un atteggiamento colposo o addirittura doloso del contraente pubblico di “addurre motivi di interesse pubblico” sarà innanzitutto necessario, a parere di chi scrive, verificare che questi motivi di interesse pubblico siano effettivi e giustificati; che se così non fosse si ricadrebbe in un vizio di legittimità (tipicamente dell’atto di autotutela) e quindi, a ben vedere, in una diversa forma di responsabilità; sul punto si rinvia alle considerazioni svolte in cap. III, par. IV.3.

⁸⁸⁶ In particolare, si afferma che: “La buona fede del proponente potrebbe al più essere vagliata e giudicata con esclusivo riguardo al momento della formulazione della proposta. Solo ove si dimostri che al momento del bando, l’amministrazione era già consapevole di non poter portare avanti la proposta di contratto ad *incertam personam*, ad es. per insussistenza dei fondi, per impossibilità della prestazione, etc., il comportamento, in

In chiusura l'ordinanza lascia trasparire quella che sembra essere la ragione sostanziale, peraltro già da tempo individuata dalla più attenta dottrina⁸⁸⁷, sottesa all'impostazione restrittiva proposta: negare la possibilità di riconoscere poste risarcitorie nei confronti di tutti i partecipanti che hanno confidato nella legittimità delle procedure e così scongiurare 'paralisi difensive' del contraente pubblico⁸⁸⁸. Nello specifico: "l'esposizione sul versante risarcitorio nei confronti di tutti i concorrenti, prima ed a prescindere dall'individuazione del contraente, potrebbe generare, all'opposto, il rischio che le amministrazioni si vincolino a bandi erronei, inopportuni e soprattutto svantaggiosi, pur di sottrarsi alla responsabilità precontrattuale. Comportamento quest'ultimo che invece sfuggirebbe al giudice amministrativo stante la connotazione squisitamente soggettiva della tutela giurisdizionale"⁸⁸⁹.

Questo argomento sembra, in un dialogo immaginario fra corti, una risposta al timore, avanzato dalla Cassazione, di abusi da parte dell'amministrazione durante la fase di evidenza pubblica in senso stretto⁸⁹⁰.

Il punto di arrivo di questa parabola evolutiva è rappresentato - salvo quanto si dirà *infra* sugli approdi raggiunti dall'Adunanza plenaria n. 21 del 2021 - dalla già tante volte evocata Adunanza plenaria n. 5 del 2018 che prende posizione sul contrasto di vedute sopra delineato ed opera una panoramica ed una ricostruzione generale del fenomeno delle scorrettezze nella fase di formazione dei contratti pubblici⁸⁹¹. Ivi si afferma il principio generale che il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) è configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e tale responsabilità è configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara⁸⁹².

Un aspetto interessante ai fini della presente analisi è che la plenaria giunge ad affermare i suddetti principi assumendo una prospettiva strutturalmente diversa rispetto a quella proposta sia dall'ordinanza di rimessione che dai precedenti da questa richiamati.

Nello specifico, la plenaria si smarca "dalla premessa teorica che il dovere di correttezza e buona fede trovi il suo presupposto in una "trattativa" già in stato avanzato, tale da far

quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative, potrebbe sussumersi nel disposto dell'art. 1337 cc. ed estendersi a tutti i soggetti (inutilmente) partecipanti alla procedura" (*ibidem*, par. 11.1).

⁸⁸⁷ Cfr. R. CARANTA, ult. op. cit.

⁸⁸⁸ Cons. Stato, Sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492, cit., par. 12.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, par. 14.

⁸⁹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

⁸⁹¹ Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5. La pronuncia è stata oggetto di numerosi commenti. Si rinvia in particolare a F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1547; G.D. COMPORTI, *Responsabilità dell'amministrazione - regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione* in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1983; S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1598B; L. GIAGNONI, commento in *Urb. e app.*, 2018, 5, 645 ss; F.F. GUZZI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'Adunanza plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*, in *Federalismi.it*, 2019, 3.

⁸⁹² *Ibidem*, par. 18.

sorgere un ragionevole *affidamento nella conclusione del contratto* (cd. trattativa affidante)⁸⁹³ e sposta l'indagine sul piano dei principi piuttosto che sul raffronto di compatibilità delle singole norme codicistiche⁸⁹⁴.

L'operazione concettuale svolta per sostenere la propria posizione è duplice: più che dire che una trattativa esiste anche prima dell'individuazione del contraente finale tramite il provvedimento di aggiudicazione, la plenaria afferma, da un lato, che non è indispensabile l'esistenza di una trattativa, dall'altro che, comunque, l'amministrazione deve rispettare gli obblighi di correttezza anche nella procedura di evidenza pubblica – inclusa la fase di scelta del contraente – in quanto è ormai pacifico che essa sia tenuta al rispetto degli obblighi di correttezza in *tutte* le procedure amministrative.

Con riferimento al primo profilo, si afferma la necessità di aderire ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1337 c.c. che superi la precedente impostazione corporativistica – tutta incentrata alla conclusione di contratti validi, quale manifestazione dell'interesse economico nazionale – e riscopra la dimensione di solidarietà sociale e di tutela della libertà dell'individuo. In quest'ottica, richiama la nota impostazione⁸⁹⁵ secondo cui “il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione”⁸⁹⁶. E conseguentemente afferma che: “il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel *diritto* (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza”⁸⁹⁷.

In quest'ottica dunque viene proprio a cambiare la funzione dell'obbligo di correttezza, che non è più tanto quella di favorire la conclusione di un contratto valido, quanto piuttosto di tutelare la libera autodeterminazione negoziale dell'individuo. E se il focus non è più sulla conclusione del contratto, allora non è più indispensabile che sussista una trattativa in senso tecnico e tantomeno che la stessa sia giunta ad un livello avanzato⁸⁹⁸. A ben vedere in questo

⁸⁹³ *Ibidem*, par. 19. Peraltro, l'ordinanza di rimessione non fa riferimento alla nozione di trattativa affidante, ma, come visto, fonda la sua impostazione critica sulla considerazione che prima dell'aggiudicazione non si dà proprio l'esistenza di una trattativa in quanto manca l'identificazione della controparte privata della stessa.

⁸⁹⁴ Peraltro, dopo aver svolto le proprie argomentazioni principali su un diverso piano, la plenaria si cura comunque di replicare all'ordinanza di rimessione sul piano da questa proposto chiarendo che “Non sono decisivi, in senso contrario, nemmeno gli argomenti strettamente civilistici che l'ordinanza di rimessione desume dalla considerazione secondo cui il bando di gara andrebbe qualificato alla stregua di un'offerta al pubblico, alla quale non sarebbe applicabile l'art. 1328, primo comma, cod. civ., che prevede, solo in capo a colui che revoca la proposta individualizzata, l'obbligo di indennizzare l'accettante in buona fede “delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto” (ibidem, 45). Duplice la controreplica: da un lato, il confronto con l'art. 1328 c.c. non è conferente in quanto in tal caso si verte in un'ipotesi di responsabilità da atto lecito dannoso, che prescinde dall'accertamento della violazione di un dovere di correttezza e, per questo, a differenza della responsabilità precontrattuale, impone un indennizzo e non un risarcimento integrale, sia pure nei limiti dell'interesse negativo, del danno subito; dall'altro, comunque, l'applicabilità dell'art. 1328, comma 1 c.c. all'ipotesi di offerta al pubblico sarebbe tuttora controversa ed oggetto di dibattito nello stesso panorama civilistico.

⁸⁹⁵ Cfr. cap. III, par. II.2.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, par. 23.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, par. 25; corsivo mio.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, par. 26 in cui in particolare si afferma che “Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l'impostazione precedente che legava

modo cambia l'oggetto dell'affidamento: che non è più sulla positiva conclusione del contratto, bensì sul fatto che in generale la controparte pubblica agisca in maniera corretta e diligente⁸⁹⁹.

Ancora più interessante, ai fini della presente indagine, è il secondo passaggio argomentativo svolto dalla plenaria a sostegno della propria impostazione, laddove afferma che il progressivo ampliamento del dovere di correttezza - anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto - ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo⁹⁰⁰. In particolare, richiamando a sostegno una serie di precedenti della giurisprudenza civile ed amministrativa⁹⁰¹, si ribadisce che:

“anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento

alla correttezza la tutela dell'interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto. Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative”. A sostegno di tale impostazione, la plenaria richiama (ibidem, paras 29 ss) una serie di ‘formanti giurisprudenziali’. In particolare, le ipotesi in cui la giurisprudenza riconosce: (i) una responsabilità precontrattuale (per violazione del dovere di correttezza) da contratto valido ma svantaggioso (*ex multis* Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 26725); (ii) una responsabilità precontrattuale anche in capo a terzi, ove caratterizzati da particolari status professionali (eg. responsabilità da prospetto veritiero, Cass. Sez. Un. 8 aprile 2011, n. 8034, o in riferimento alle c.d. lettere di patronage deboli); (iii) responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società (cfr. Cass., Sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403).

⁸⁹⁹ Da questo punto di vista si può cogliere un certo scarto concettuale tra l'impostazione qui seguita dalla plenaria e l'ormai nota, e precedentemente analizzata, ordinanza di Cassazione n. 8236 del 2020, in quanto l'affidamento richiamato dalla Cassazione a fronte di una procedura non conclusa è da intendersi come un'aspettativa, fondata sulla buona fede, di coerenza e non contraddittorietà del comportamento del soggetto pubblico, ma sostanzialmente in vista di una positiva conclusione della stessa (cfr. cap. III, par. V.4.). Lo stesso scarto, invero, lo si coglie pure in raffronto alla già richiamata Adunanza plenaria n. 6 del 2005 che per prima si è sistematicamente occupata del tema della responsabilità precontrattuale ed in cui, invero, l'oggetto dell'affidamento del privato, suscettibile di tutela ai sensi dell'art. 1337 c.c., è proprio alla positiva conclusione del contratto. In particolare, in quella sede il plenum ha affermato che “l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla “possibilità” di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso” (par. 6).

⁹⁰⁰ *Ibidem*, par. 32; corsivo mio.

⁹⁰¹ In particolare, si richiama: Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass., Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250. È interessante notare come la prima sentenza qui richiamata (redatta peraltro dal medesimo estensore della plenaria) abbia effettivamente anticipato molti dei principi e dei corollari espressi nella plenaria; tuttavia in essa si era mantenuto il principio per cui l'affidamento fosse proprio dato dalla presenza di un'intervenuta aggiudicazione.

Più in generale, occorre ammettere che il principio affermato dalla plenaria non costituisca un fulmine a ciel sereno nell'ambito, in quanto era stato affermato, sia pure non con riferimento all'evidenza pubblica, in termini relativamente netti già in altre pronunce giurisprudenziali. Si veda in particolare la tanto nota quanto controversa Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 (il c.d. caso del Comune di Fiesole). Sempre in un'ottica di ampio respiro si può poi osservare come un principio analogo potesse desumersi dalle stesse ordinanze di Cassazione del 2011 (cfr. cap. 3 e *infra* in questo paragrafo).

civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul *diritto soggettivo* di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.”⁹⁰²

A sostegno di tale impostazione la plenaria richiama altresì una serie di indici normativi. Tra questi meritano in particolare menzione, da un lato, quello all'art. 1 della l. 241/1990 che impone il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario 'tra i quali assume rilievo primario quello dell'affidamento'⁹⁰³; dall'altro, il rinvio all'art. 2-bis, comma 1 della medesima legge che ha previsto un danno da mero ritardo che si configura a prescindere dal bene della vita, quale lesione al bene del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale e che configura pertanto un'ipotesi tipizzata di danno da comportamento scorretto (su cui *infra*)⁹⁰⁴.

Quale conseguenza di tale presa di posizione, la plenaria conferma i principi che già si erano andati ormai consolidando: (i) la responsabilità da comportamento può sussistere, nei limiti dell'interesse negativo, nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento⁹⁰⁵ (ii) nell'ambito del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, le regole pubblicistiche e privatistiche operano “in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di violazione”. Si riafferma conseguentemente la piena operatività della dicotomia *nell'ambito dell'attività amministrativa* fra regole di validità e regole di condotta, secondo la già nota formula per cui:

“Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, la regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”⁹⁰⁶.

Nell'ambito della citata rilettura costituzionale delle norme in materia di responsabilità precontrattuale, il *plenum* affronta altresì il rapporto della tematica in questione con la c.d. teoria del contatto sociale qualificato⁹⁰⁷.

⁹⁰² *Ibidem*, par. 32.

⁹⁰³ Sulle criticità connesse a tale richiamo, compiuto anche dalla citata Cass. n. 8236/2020, cfr cap. III, par. V.4.

⁹⁰⁴ La plenaria fa altresì riferimento l'art. 10 dello Statuto del contribuente e soprattutto alla riforma legislativa del d. lgs. 124 del 2015 che ha modificato la formulazione dell'art. 21 nonies l. 241/1990 “imponendo sempre di considerare l'affidamento del privato rispetto ad un precedente provvedimento ampliativo rispetto al quale lo stesso basa una propria strategia imprenditoriale”. Sul punto so rinvia alle considerazioni svolte in generale in cap. III, par. V.3.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, par. 33.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, par. 34.

⁹⁰⁷ Sull'inquadramento generale di tale teorica, cfr. cap. III., parr. II.2. e III.1.

Come anticipato⁹⁰⁸, cautamente, si astiene dal prendere espressamente posizione circa la questione centrale – e storicamente più dibattuta – relativa alla possibilità per il ‘contatto sociale qualificato’ di assurgere a fonte autonoma e ‘atipica’ di obbligazioni. Tuttavia, la pronuncia conferma una delle premesse fondamentali di questa teoria. E cioè che: “Il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull’altrui condotta corretta e protettiva”⁹⁰⁹.

L’altra premessa fondamentale che viene fatta propria dal *plenum* è che il contatto sociale, quale fonte di doveri e obblighi, sorge in forza del particolare *status* professionale o istituzionale di una delle parti della relazioni e, soprattutto, che: “da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno *sforzo maggiore*, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell’affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*”⁹¹⁰. In altre parole, l’amministrazione non è sottoposta ai doveri di buona fede e correttezza in quanto tutti i soggetti dell’ordinamento sono tenuti al rispetto dei principi costituzionali, ma proprio in quanto soggetto istituzionalmente qualificato; insomma proprio in quanto amministrazione pubblica⁹¹¹.

Il ribaltamento di prospettiva rispetto alle premesse iniziali di questo *excursus* è evidente.

Se in origine si è cominciato ad ammettere l’operatività della clausola di buona fede nei rapporti contrattuali dell’amministrazione in quanto in essi l’amministrazione non spendeva la propria veste istituzionale di ‘amministratore’, bensì quella di contraente, ed era inserita nell’ambito di rapporti di diritto privato sottoposti anche a regole codicistiche, ora si arriva ad affermare che la stessa è tenuta a rispettare i medesimi obblighi soprattutto in quanto soggetto istituzionale qualificato e proprio in quanto la procedura di scelta di contraente si qualifica come una *species* di procedimento amministrativo⁹¹².

In quest’ottica, sfuma la distinzione originaria tra il ruolo di ‘contraente’ e di ‘amministratore’ e si tende ormai, alla luce anche dell’attuale quadro normativo, ad imporre il rispetto degli obblighi di correttezza anche qualora l’amministrazione agisca pacificamente come autorità e non come contraente⁹¹³.

Da questo punto di vista, quindi, non convince pienamente l’affermazione diffusa dei primi commentatori di tale importante pronuncia secondo cui l’Adunanza plenaria del 2018 avrebbe completato l’equiparazione dell’amministrazione ad un contraente privato⁹¹⁴. Tale

⁹⁰⁸ Cfr. cap. III, par. VI.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, par. 24.

⁹¹⁰ *Ibidem*, par. 24; corsivo mio.

⁹¹¹ Sul raffronto fra i due fondamentali principi costituzionali invocati (artt. 2 e 97 Cost.) si rinvia a cap. III, par. IV.3. Peraltro, dall’analisi appena svolta, si ha conferma dell’uso un po’ eclettico di entrambi i principi.

⁹¹² Questa ottica è stata espressamente, ribadita dalla giurisprudenza successiva; cfr. eg. Cons. Stato, Sez. II, 12 novembre 2020, n. 6945.

⁹¹³ L’introduzione dell’art.1, comma 2 bis, l. 241 del 1990 può essere vista come una positivizzazione dell’impostazione qui esposta.

⁹¹⁴ Cfr. S. FOÀ, M.R. CALDERARO., *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, cit.; F.F. GUZZI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l’Adunanza Plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*. Si mostra invece consapevole di tale impostazione G.D. COMPORRI nel suo commento (*Responsabilità*

assunto può esser vero quanto agli effetti, in quanto di fatto la pronuncia ha sancito la piena applicabilità della clausola di buona fede contenuta nell'art. 1337 c.c. all'attività contrattuale della p.a., ma appare in qualche modo impreciso quanto alla *ratio* argomentativa prescelta.

Se è vero che non manca il richiamo all'art. 2 Cost, è altresì vero che la plenaria è infatti giunta a tale risultato essenzialmente riscoprendo i doveri imposti all'amministrazione ed anzi valorizzando l'intensità di tali doveri proprio sul presupposto che chi svolge una funzione pubblica è chiamato ad uno sforzo ulteriore in termini di diligenza e correttezza a tutela dell'altrui affidamento⁹¹⁵.

L'ambiguità della presa di posizione della plenaria circa la teorica del contatto sociale qualificato si coglie tuttavia nel raffronto con il regime che la stessa puntualmente prevede - con pregevole sforzo di chiarezza ed indirizzo - per la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione⁹¹⁶. Così:

“Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione”⁹¹⁷.

Si può quindi osservare che la plenaria aderisce alle premesse concettuali della teorica del contatto sociale qualificato, ma non alle sue conclusioni in punto regime applicabile, posto che uno degli obiettivi fondamentali di tale teoria consiste proprio nel riconoscere il più favorevole regime probatorio - soprattutto in punto requisito soggettivo - previsto per la responsabilità contrattuale⁹¹⁸. Tuttavia, emerge chiaramente come la plenaria abbia qui in mente il modello di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ed imponga - in linea con lo schema particolare dell'art. 1338 c.c. - un duplice requisito soggettivo di colpa o dolo dell'amministrazione e di affidamento incolpevole del privato.

dell'amministrazione. Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'Amministrazione, in Giur. it., 2018, 8-9, 1983), che in apertura saluta l'intervento della plenaria come “una sentenza importante per l'affermazione della logica unitaria del rapporto nei procedimenti di evidenza pubblica e nei normali procedimenti amministrativi”. Anche la giurisprudenza comincia da ultimo a mostrarsi consapevole di questo esito e della portata più ampia (rispetto ai soli procedimenti di evidenza pubblica) dei principi espressi dall'Adunanza plenaria del 2018: cfr. in particolare Cons. Stato, Sez. II, 5 aprile 2022, n. 2536.

⁹¹⁵ Peraltro, l'ambiguità di fondo sottesa a questa impostazione si ritrova già nella nota Cass. 12 maggio 2015, n. 9636 (caso n. 9) in cui, dopo essersi affermato che il riconoscimento di una responsabilità dell'amministrazione discende dalla piena equiparazione della p.a. al privato, si è poi sostenuto che la p.a. sia tenuta a rispettare i vincoli di buona fede proprio in quanto operatore professionale e titolare di una posizione di garanzia nei confronti del privato.

⁹¹⁶ Cfr. infra cap. III, par. VI.

⁹¹⁷ *Ibidem*, par. 55.

⁹¹⁸ Cfr. infra cap. III, par. III.1. e VI.

Più in generale è interessante operare un confronto fra le affermazioni in punto di principio svolte dalla plenaria e le conclusioni in punto regime applicabile. Se le prime appaiono dirimpenti - quasi a voler confermare tutti i peggiori timori espressi dall'ordinanza di rimessione - le seconde finiscono invece, a parere di chi scrive, col ridimensionare molto tale rischio in concreto, alla luce degli stringenti requisiti richiesti al fine di ottenere un risarcimento da parte dell'amministrazione⁹¹⁹.

A completamento dell'*excursus* qui proposto, occorre richiamare il parallelo sviluppo di quel filone giurisprudenziale della Cassazione volto a riconoscere un risarcimento in caso di danno derivante da provvedimenti illegittimi ma favorevoli⁹²⁰ cui, per il vero, la stessa Adunanza plenaria del 2018 fa riferimento, quale argomento ad ulteriore sostegno delle proprie posizioni⁹²¹.

Per l'inquadramento generale si rinvia all'analisi compiuta nel precedente capitolo. In questa sede, si può tuttavia osservare, raffrontando tale filone con l'*excursus* qui svolto, come l'evoluzione giurisprudenziale in materia di lesione dell'affidamento derivante da provvedimenti favorevoli illegittimi e quella relativa alla responsabilità precontrattuale si siano sviluppati in qualche modo in maniera parallela e secondo le diverse sensibilità giuridiche dei rispettivi plessi giudiziari⁹²². Solo di recente la giurisprudenza sembra essersi

⁹¹⁹ In particolare, su questo punto, la plenaria ha affermato che: "Le pur meritorie preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva, non possono, quindi, essere affrontate introducendo aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, ma vanno superate attraverso una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno". Una conferma empirica dell'efficacia della rete di contenimento predisposta dalla plenaria può aversi in qualche modo dalla stessa conclusione della vicenda che ha portato alla pronuncia della plenaria (Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2019, n. 2181; cfr sempre cap. II, caso n. 7, per la ricostruzione in fatto) in cui in particolare la Sezione ha riconosciuto che "non possa dubitarsi che il confezionamento della complessiva disciplina di gara, articolata in modo poco chiaro e contraddittorio quanto alla durata della procedura e, conseguentemente, al valore annuale dell'appalto, così come il progressivo incedere del relativo iter fino quasi alla soglia della fase dell'aggiudicazione, nonostante i vizi genetici che obiettivamente ne condizionavano la legittimità, abbiano, nel loro complesso, leso l'affidamento incolpevole delle società all'utile partecipazione alla procedura in argomento, condizionando, in tal modo, le strategie e le scelte aziendali inutilmente convogliate verso la prospettiva di acquisizione di tale commessa pubblica che, viceversa, è poi risultata vana per le irregolarità solo successivamente neutralizzate attraverso un atto di ritiro, la cui legittimità risulta oramai definitivamente accertata"; ed ha accertato che tale violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione. Tuttavia ha infine escluso il riconoscimento di una tutela risarcitoria per mancanza de "l'elemento indefettibile del danno, di cui non risulta offerta la relativa prova ovvero perché rivendicato in riferimento a voci non configurabili nel caso di responsabilità precontrattuale".

⁹²⁰ Cfr. cap. 3, par. IV.4.

⁹²¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen, 4 maggio 2018, n. 5, cit., par. 35: "...in tale direzione si inserisce il recente orientamento giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ammesso, ad esempio, la configurabilità (anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. Sez. Un., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; id. Sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 1162; id. Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586).

⁹²² Di questa circostanza dà conto G.D. COMPORTELLI, il quale in maniera condivisibile, proprio nell'analizzare la più volte citata Cass. n. 8236/2020 osserva, da un lato, che "allorché la scena si sposta sul versante dei rapporti tra cittadini e amministrazioni pubbliche, tutto diventa più instabile e assume ritmi e toni particolari in ragione della carica anche ideologica delle forze in gioco" e, dall'altro, che il peculiare "andamento spezzato, diversificato e parallelo, che assume il dibattito e la lettura dei medesimi fenomeni, per effetto della concorrente analisi agli stessi riservata da distinti versanti della giurisdizione" (in *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini* in *Giur. it.*, 2020, 9, a p. 2531). Questa opinione, vista dallo specifico punto di

compiutamente avveduta dell'evidente intersezione che sussiste fra questi due mondi⁹²³. Il tutto, peraltro, come già si è cercato di anticipare, senza approfondire sino in fondo la coerenza e l'omogeneità dei risultati rispettivamente raggiunti.

A ben vedere, le citate ordinanze del 2011 hanno indirettamente sostenuto, ben prima della plenaria del 2018, l'equiparazione, ai fini del riconoscimento di una posta risarcitoria legata a scorrettezze comportamentali, di tutte le tipologie di procedimenti amministrativi⁹²⁴. Le tre ordinanze sono infatti giunte al riconoscimento di una responsabilità da comportamento dell'amministrazione, in quanto colposamente generatrice di un affidamento poi tradito, a fronte di tre diverse tipologie di provvedimenti: due sostanzialmente riconducibili all'attività autoritativa *tout court* ed uno relativo ad un'ipotesi di evidenza pubblica.

Tuttavia, le conclusioni cui giunge il giudice ordinario risultano tuttora divergenti rispetto a quelle della giurisprudenza amministrativa sin qui richiamata. La Cassazione continua infatti a muoversi dalla convinzione - invero essenziale per affermare la propria giurisdizione - secondo cui la lesione derivi da un mero comportamento dell'amministrazione in cui l'esercizio di poteri viene in rilievo come mero accadimento storico⁹²⁵. Il tutto senza peraltro rinunciare, da ultimo, al richiamo alla nota teorica del contatto sociale qualificato, applicando il più favorevole regime probatorio connesso al modello contrattuale⁹²⁶.

Infine, per restituire tutta la complessità ed il continuo e tumultuoso evolvere degli approdi in materia, occorre altresì richiamare brevemente la posizione da ultimo raggiunta dall'Adunanza plenaria nell'ambito delle pronunce nn. 19, 20, 21 del 2021⁹²⁷. In questa sede, è opportuno riportare alcune delle conclusioni raggiunte dalla plenaria n. 21 del 2021⁹²⁸ con

vista del riparto di giurisdizione, era stata invero espressa già altrove e sia consentito il rinvio a B. BIANCARDI, *Responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?* in *Giur. it.*, 7, 2021, 1708.

⁹²³ In particolare, la fattispecie storica presa a riferimento dalla Cassazione costituisce una delle varianti principali del fenomeno qui oggetto di analisi (cfr. cap. II, para IV ss); peraltro, come pure si è cercato di dire, a partire da Cass. 8236 del 2020, l'inquadramento dell'affidamento incolpevole è stato esteso anche ad ipotesi che precedono la positiva conclusione del provvedimento ed, in questo modo, la sovrapposizione con l'ipotesi di scorrettezze nell'ambito di procedure di evidenza pubblica diviene ancora più forte.

⁹²⁴ E sul punto, non è superfluo precisare, si era già espressa autorevole dottrina, così ad es. E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol II, CEDAM, Padova, 2003, 371 e F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. Si rinvia in generale all'analisi in cap. III, para IV. 2.

⁹²⁵ Significativamente, in questo senso, si è affermato che nella tutela risarcitoria fondata sull'affidamento viene in considerazione "un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza." (Cass. 23 marzo 2011, n. 6594).

⁹²⁶ Questa posizione è stata in particolare, come visto, affermata da Cass n. 8236 del 2020, che si è posta in linea di discontinuità rispetto ai precedenti arresti in materia (cfr. disamina cap. III).

⁹²⁷ Cfr cap. III, par. V.5.

⁹²⁸ Cfr. caso n. 11 della panoramica giurisprudenziale. Per un commento a questa sentenza: S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara di appalto*, in *Gior. dir. amm.* 2022, 4. 524.

specifico riferimento alle procedure di evidenza pubblica, in quanto presentano evidenti tratti di discontinuità rispetto a quanto affermato dalla stessa Adunanza plenaria nel 2018⁹²⁹.

Anche tali pronunce hanno favorito la messa in comunicazione degli approdi raggiunti in materia di responsabilità precontrattuale della p.a. con quelli raggiunti in tema di responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento derivante da provvedimento favorevole poi annullato. Il che appare un'operazione senz'altro apprezzabile. E non mancano i punti di convergenza con quanto affermato nel 2018: così è in particolare con riferimento alla tipologia di affidamento incolpevole richiesto in capo al privato, su cui si avrà modo di tornare *infra*⁹³⁰.

Tuttavia, vi sono altri aspetti rilevanti su cui si riscontrano prese di posizione difficilmente conciliabili fra loro. Per cogliere la portata di questi ultimi, occorre rammentare che, sia pure nella pronuncia n. 20, la plenaria ha affermato espressamente che la posizione correlata alla violazione del dovere di correttezza si qualifica in termini di (aspettativa correlata ad un) interesse legittimo⁹³¹. Evidente, quindi, lo scarto rispetto al riferimento contenuto nella plenaria n. 5 del 2018 ad un 'diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale'. Scarto che il generale richiamo, pure contenuto nella pronuncia n. 21/2021, alla nota distinzione fra regole di validità e regole di condotta non pare invero sufficiente a colmare e finisce, viceversa, per risultare problematico rispetto all'inquadramento complessivo offerto.

Inoltre, nel 2021 la plenaria sembra proporre nel complesso una restrittiva rimediazione dei principi affermati nel 2018 proprio con riferimento alla possibilità di configurare, almeno in linea di principio, una lesione dell'affidamento giuridicamente rilevante prima ed a prescindere dall'intervenuta aggiudicazione⁹³².

⁹²⁹ E si pongono altresì in discontinuità sia con l'orientamento prevalente nella giurisprudenza civilistica, su cui si rinvia all'analisi nel precedente capitolo.

⁹³⁰ Cfr. in particolare *infra* par. V.

⁹³¹ In particolare, come visto, si è affermato che "anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che "agisce in veste di autorità" e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1) ... Non sembra quindi condivisibile interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della giurisdizione amministrativa. Attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, che nella misura in cui è correlata ad un pubblico potere è e rimane oggetto di un interesse legittimo". (par. 8). Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte *infra* in par. VIII.

⁹³² In particolare, inizia il ragionamento richiamando un precedente che configura l'affidamento tutelabile autonomamente solo una volta che sia intervenuta un'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237) e ritiene che tale impostazione si ponga in contrasto con alcuni precedenti della Cassazione (Cass, Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260) e non - sorprendentemente - con quanto pure affermato dalla stessa plenaria del 2018. Alla fine, peraltro, la plenaria smussa i toni affermando che "La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico - che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile - ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva" dovendosi, in buona sostanza, svolgere un'analisi in concreto circa la 'qualità' che tale affidamento ha assunto nell'ambito della procedura. In particolare, riprendendo i principi affermati da Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, ribadisce che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che «il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale» (Ad plen. n. 21/2021, par. 14). In sostanza, assume una

II. Appalti pubblici e procedimento amministrativo: il problema dell'identificazione dell'interesse pubblico tutelato

Nel precedente paragrafo si è visto come, da ultimo, la giurisprudenza amministrativa abbia affermato una sostanziale equiparazione - dal punto di vista dell'operatività della clausola di buona fede, della tutela dell'affidamento del privato e del conseguente riconoscimento di una responsabilità in caso di sua violazione - fra procedure di evidenza pubblica e procedimento amministrativo. In particolare, la citata plenaria del 2018 compie un'interessante inversione rispetto alla prospettiva del passato laddove afferma che *dal momento che il dovere di correttezza sussiste in generale in capo all'amministrazione nella sua attività autoritativa ed in tutti i procedimenti amministrativi, allora sussiste necessariamente anche nell'ambito dell'evidenza pubblica*⁹³³.

Questa impostazione suscita, tuttavia, qualche riflessione ulteriore alla luce della panoramica interpretativa e giurisprudenziale sin qui esaminata.

Certamente un simile approccio consente di ridimensionare l'urgenza - invero avvertita più nel passato - di stabilire la natura essenziale delle procedure di evidenza pubblica, in termini pubblicistici o privatistici. Così come quella di stabilire se, pur assodata la qualificazione dell'evidenza pubblica come procedimento amministrativo prodromico alla conclusione di un vincolo contrattuale, lo stesso debba ritenersi peculiare in quanto inserito all'interno di un contesto non propriamente autoritativo⁹³⁴.

Tuttavia, come già anticipato nel primo capitolo, le procedure di evidenza pubblica mantengono - soprattutto con riferimento all'ipotesi paradigmatica degli appalti pubblici - una certa peculiarità data dal fatto che, attraverso gli appalti pubblici, la p.a. si procura e soddisfa propri bisogni, strumentali al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Da qui l'affermazione che tale attività non sia autoritativa, nel senso che non sia espressione di amministrazione attiva, bensì un'attività in cui il perseguimento dell'interesse pubblico avviene indirettamente. Come rilevato, in questi casi la p.a. non potrebbe, nell'attuale configurazione ordinamentale, costringere l'operatore economico a negoziare e concludere il contratto; il che peraltro non significa che essa non abbia comunque poteri autoritativi nel senso di poter intervenire unilateralmente sulla procedura di evidenza pubblica (eg. tipicamente con un intervento in autotutela).

La peculiarità qui richiamata viene talvolta interpretata nel senso che le procedure di evidenza pubblica non rappresenterebbero - come invece si afferma con riferimento al

posizione di per sé compatibile con i principi espressi dalla plenaria del 2018, ma che lascia trasparire nel complesso un *favor* per un approccio sensibilmente più restrittivo.

⁹³³ In particolare, il *plenum* ritiene che alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale presentato (su cui cfr. *supra*), emerge chiaramente che "doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato" (Cons. Stato, Ad. plen, 4 maggio 2018, n. 5, par. 44).

⁹³⁴ Sul punto si rinvia alle riflessioni del cap. I, par. V. Cfr. anche le incisive riflessioni sull'unicità dello statuto dell'azione amministrativa di F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 7 ss.

procedimento amministrativo *tout court*⁹³⁵ – propriamente il luogo di contemperamento fra l’interesse pubblico primario e gli interessi, pubblici e privati, secondari. Con la conseguenza che se manca questo contemperamento allora l’uso dei poteri autoritativi (e specialmente di autotutela) dovrà sì mantenersi nell’ambito del rispetto della legalità e del vincolo di scopo, ma non incontra un vero e proprio limite nel controinteresse del privato⁹³⁶.

Detto diversamente, se si accede a questa impostazione, l’interesse del privato operatore economico non costituisce un elemento da prendere in considerazione in sede di adozione di una scelta – soprattutto una scelta di autotutela rispetto alla procedura di formazione del contratto – ma piuttosto un elemento rilevante ai fini delle modalità con cui l’amministrazione porta avanti quello che resta un suo bisogno strumentale al perseguimento di un più generale fine istituzionale⁹³⁷.

Questa peculiarità di fondo sembra invero riflettersi anche sul piano delle modalità di sindacato giurisprudenziale in materia di appalti pubblici ed, in particolare, nell’inquadramento dell’interesse/i pubblico/i tutelato/i e nel loro contemperamento rispetto all’affidamento del privato.

⁹³⁵ Come è noto, la concettualizzazione del procedimento amministrativo come luogo di contemperamento dell’interesse primario con gli interessi secondari si deve a M.S. GIANNINI.

Da ultimo tale concettualizzazione è stata espressamente richiamata dall’Adunanza plenaria n. 19 del 2021 (su cui cfr infra) in rapporto al principio di affidamento. Circa la consistenza ed i limiti di tale principio, il *plenum* ha affermato che l’art. 1, comma 2 bis l. 241/1990 rappresenta una concretizzazione proprio della concezione secondo cui il procedimento amministrativo, quale forma tipica di esercizio della funzione amministrativa, è il luogo di composizione del conflitto fra l’interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell’esercizio del primo (Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, par. 12).

Al riguardo sempre attuali risultano le riflessioni di F. MANGANARO in risposta alla fondamentale obiezione secondo cui, nel diritto amministrativo, la funzione del principio di buona fede sarebbe interamente assorbita da quella esplicita dall’interesse pubblico (cfr. cap. III, par. IV.1.): “Il conflitto tra interessi pubblici eterogenei, tutti ugualmente tutelati dalle norme, dimostra chiaramente che l’interesse pubblico non è ontologicamente esistente come tale, ma che esso è la risultante dell’incontro (e dello scontro) tra differenti interessi di cui sono portatori molteplici soggetti pubblici e privati. La mancata previsione di un interesse pubblico normativo comporta l’ampliamento dei poteri di scelta dell’amministrazione che diventa il luogo di determinazione dell’interesse pubblico” (*Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 126 ss); sul punto si rinvia altresì alle riflessioni di U. ALLEGRETTI analizzate in cap. III, par. II.

⁹³⁶ Il limite, non meno rilevante, sembra piuttosto arrestarsi alla verifica della sussistenza, comunque, di un interesse pubblico concreto ed attuale all’intervento in autotutela; interesse che deve emergere puntualmente in sede motivazionale. Per uno spunto in tal senso si veda ad esempio il ragionamento in Tar Lazio, Roma, 27 luglio 2021, n. 8981. Sul grado di motivazione richiesto al provvedimento di revoca e sui presupposti per la sua legittimità si vedano anche Cons. di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2018, n. 1147 e Cons. di Stato, Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026. Per un’interessante ipotesi di revoca dell’intera procedura di una concessione, le cui motivazioni sono state ritenute illegittime si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415 con nota in *Giur. it.* 2022, 1, 173 di M. CERUTI, *La revoca dell’intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima*.

⁹³⁷ Eco di questa impostazione sembra cogliersi nelle parole della stessa adunanza plenaria n. 5 del 2018 in cui si afferma in particolare che “Nel caso di contratti stipulati all’esito delle procedure di evidenza pubblica... è in gioco, oltre alla libertà contrattuale della stazione appaltante, anche l’interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l’esercizio dei poteri di autotutela provvedimentale sugli atti di gara” (para 52). E subito si aggiunge che “chi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell’interesse pubblico), si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto”. In altre parole, quindi, sembra emergere che l’esercizio di autotutela è preposto unicamente alla cura dell’interesse pubblico, nella cui composizione non rientra l’interesse (economico) del privato.

Per una riflessione in generale su questo tema si rinvia all’analisi di M. ALLENA, *L’annullamento d’ufficio. Dall’autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 155 ss.; F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2022.

Proprio in forza del citato sdoppiamento dei piani di legittimità e liceità dell'azione amministrativa e del riconoscimento di un'autonoma tutela per i diversi profili, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica gli interpreti appaiono particolarmente restii ad indagare la correttezza della scelta discrezionale di un intervento in autotutela sulla procedura, sotto il profilo in particolare della proporzionalità tra l'attualità dell'interesse pubblico in gioco e l'interesse del privato alla conservazione dell'aggiudicazione positiva, ove già intervenuta e, più in generale, alla positiva conclusione della procedura⁹³⁸.

In altre parole, appaiono spesso particolarmente restii a compiere un bilanciamento fra i diversi interessi in gioco analogo a quello ormai invalso, almeno a livello di principio, in caso di applicazione del meccanismo ex art. 21 nonies l. 241/1990 rispetto ad attività provvedimentale 'classica'⁹³⁹.

Tale impostazione non può peraltro dirsi unanimemente condivisa e non mancano pronunce che hanno invece valorizzato proprio l'affidamento del privato (nel caso specifico fondato su di un'aggiudicazione provvisoria) quale elemento da prendere in considerazione e da *controbilanciare* all'interesse pubblico. E per questo si richiede una motivazione stringente non solo rispetto alla sussistenza di un interesse pubblico, ma in grado altresì di giustificare "la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario"⁹⁴⁰.

⁹³⁸ Sul punto, si richiama lo spunto offerto da VILLATA che, nell'ambito di un'indagine teorica circa il bene della vita (su cui vedi *infra* par. 3), e dopo aver affermato che il bene materiale della vita non è per definizione garantito, attraverso il processo, in presenza di discrezionalità, così osserva: "al riguardo ho la netta impressione che, distorcendo la correttezza delle analisi, si abbia soprattutto in mente il contenzioso sugli appalti, in cui le parti si contendono il "bene della vita" rappresentato dall'affidamento della commessa, così trascurando che siffatto contenzioso, pur divenuto purtroppo forse addirittura prevalente, risulta tuttavia estraneo al focus di un giudice la cui missione sia quella di difendere il cittadino a fronte dell'esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione; mentre immaginare che il giudice amministrativo sia o diventi il giudice dei rapporti economici mi pare proprio incompatibile con un sistema fondato sulla concorrenza ed il mercato" (R. VILLATA, *Processo Amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 1, 369).

⁹³⁹ Cfr. cap. III, par. V.3. Uno spunto in questo senso pare offerto ad esempio dalle considerazioni del Consiglio di Stato nel caso n. 4 della rassegna giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. III, 6 agosto 2019, n. 5597). Viceversa, talvolta appare così evidente che il riferimento all'interesse pubblico compiuto dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un mero espediente argomentativo che il giudice si mostra meno preoccupato di disporre l'annullamento del provvedimento in autotutela (un esempio in questo senso è offerto dal caso n. 6 della rassegna: Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156).

⁹⁴⁰ Così in particolare Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026, con il commento di R. CARANTA, *La tutela dell'affidamento presa sul serio*, in *Urb e app.*, 2017, 2, 240. Più in generale, secondo taluna dottrina la parabola evolutiva di revisione dei rapporti amministrazione-cittadino si accompagna anche una mutata concezione del ruolo dello Stato nel mercato, così "assumendo che l'impatto dell'attività amministrativa sulla sfera dei cittadini e delle imprese non possa essere assorbito o ridotto «in considerazione di una cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente», attribuiscono all'amministrazione pubblica, oltre ad una tradizionale e imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, fra l'altro, anche «un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale»" (F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto*, cit., para 1). L'Autrice riprende in particolare, a sostegno delle sue osservazioni, il ragionamento seguito in Cons. Stato, 6 marzo 2018, n. 1457 e, più in generale, il noto arresto della Cassazione, n. 8236 del 2020.

L'analisi del dato giurisprudenziale ci restituisce invero un quadro variegato che si coglie soprattutto nell'ipotesi paradigmatica, e molto utile ai fini della presente discussione, di mancanza di fondi⁹⁴¹.

Nella maggioranza di casi, la carenza di fondi - originaria o sopravvenuta - è ritenuta circostanza *comunque* valida e sufficiente a legittimare un intervento unilaterale del contraente pubblico, "quale espressione di tutela dell'interesse pubblico"⁹⁴². In tali giudizi si ha talvolta la sensazione che, proprio per le ragioni anzidette, *ai fini della scelta in autotutela* non si compia un vero bilanciamento fra gli interessi in gioco e non si prenda proprio in

⁹⁴¹ Per un'interessante panoramica giurisprudenziale che restituisce la varietà di soluzioni raggiunte proprio su questo punto si veda M.P. CAPUTI JAMBREGHI, *Il principio di legittimo affidamento*, cit. 180 ss.

Invero, la carenza di fondi e, più in generale, la possibilità di conseguire dei risparmi costituisce da sempre un tema particolarmente delicato e complesso, su cui lo stesso legislatore ha assunto nel tempo soluzioni particolari. Un esempio in questo senso può ravvisarsi - seppur non specificamente riferito alla materia dei contratti pubblici - proprio nella disciplina prevista dal comma 136 dell'articolo 1 della l. 30 dicembre 2004, n. 311, che consentiva in ogni tempo alle amministrazioni pubbliche di disporre l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi fosse ancora in corso, a condizione che tale annullamento mirasse "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari". Secondo gli interpreti questa disposizione 'rappresentava il più evidente richiamo alla nozione di interesse pubblico *in re ipsa*' (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, par. 9.2.). La scelta successiva del legislatore di espungere dall'ordinamento tale possibilità (la norma è stata abrogata dal comma 2 dell'articolo 36 della l. 7 agosto 2015, n. 124) deve peraltro essere letta proprio come una testimonianza dell'impossibilità di riconoscere sempre un valore preminente all'interesse di cui si fa portatrice il soggetto pubblico, in ossequio alla teorica dell'interesse *in re ipsa* ed alla connessa teorica dell'inesauribilità del potere (cfr. in generale Ad. plen. cit.).

⁹⁴² Un esempio di tale impostazione pare rinvenirsi proprio nella citata Adunanza plenaria n. 6 del 2005 (cfr. caso 1) che, come ricordato, ha semplicemente affermato - in ciò disattendendo l'impostazione del giudice di primo grado - che: "la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti". Nello stesso senso si era invero espresso anche il Consiglio di Stato nella propria ordinanza di rimessione, affermando in particolare che dal punto di vista della legittimità del provvedimento di autotutela e della sua motivazione, "l'inadeguatezza o l'esaurimento della copertura finanziaria costituiscono un fattore obiettivamente preclusivo all'adozione di provvedimenti di spesa ... in virtù dei principi desumibili dalle norme di contabilità e prima ancora dagli artt. 81 e 97 Cost". Chiarito questo, la plenaria subito dopo riconosce il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (affidamenti che sono perdurati fino a quando non è stata comunicata alla parte privata la revoca degli atti avanti ricordati)". Tuttavia, questi, come si vede, subentrano in un passaggio successivo ed ai fini di una diversa valutazione, ma non costituiscono elemento da contemperare - sia pure ammettendo che possano essere recessivi - ai fini della scelta discrezionale di intervento in autotutela. In termini più sfumati, ma a parere di chi scrive sostanzialmente aderenti a questa impostazione di fondo, si veda anche il caso n. 4 (Cons. Stato, n. 5597/2019), secondo cui è noto che "motivazioni di carattere finanziario, ed in particolare sopravvenute difficoltà economiche, possono indubbiamente costituire valide ragioni di revoca degli atti di una gara" sebbene tale pronuncia si premura di aggiungere ... " ...e ciò viepiù a dirsi rispetto a manifestazioni di *ius poenitendi* che non impattano su una situazione di affidamento qualificato quale quello espresso dall'aggiudicazione definitiva" (par. 5.4.). Altrettanto può dirsi anche con riferimento alle valutazioni sulla legittimità del provvedimento di revoca svolte nel caso n. 7 della rassegna contenuta nel capitolo secondo in cui, a questi fini, non rileva che la sopravvenuta impossibilità sia sostanzialmente dovuta ad errori della stazione appaltante in sede di configurazione del bando.

Al di là dei casi proposti in rassegna si segnalano altresì le argomentazioni in Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2015, n. 2019 in cui si è affermato che: "costituiscono valida ragione del provvedimento di revoca dell'atto amministrativo l'esigenza di conseguire risparmi di spesa imposti per *factum principis* in ragione di una crisi economica (Cons. di Stato, Sezione V, 29 dicembre 2014 n. 6406) e delle mutate condizioni delle risorse finanziarie disponibili (Consiglio di Stato, Sezione III, 26 settembre 2013, n. 4809)". In termini, ed anzi ribadendo la natura in qualche modo "*in re ipsa*" dell'interesse a conseguire un risparmio di spesa si veda Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662.

considerazione l'interesse del privato, anche se già destinatario di un provvedimento di aggiudicazione. In questo modo si assiste ad un'attenuazione del divario concettuale tra interesse pubblico ed interesse soggettivo dell'amministrazione contraente⁹⁴³.

Altre volte invece gli interpreti si preoccupano di svolgere - e soprattutto di esplicitare - un simile bilanciamento, chiarendo in particolare che:

“l'interesse pubblico all'annullamento degli atti (nella specie, di una gara d'appalto pubblico) non coincide soltanto con l'interesse dell'Amministrazione, ma consiste nella protezione dell'interesse della collettività, laddove venga meglio garantito dall'esercizio dei poteri di autotutela, a prescindere dal carattere doloso, colposo o semplicemente incolpevole dell'illegittimità degli atti che vengano in tal modo ritirati e a prescindere dal fatto che, agendo tempestivamente, come nella specie, l'Amministrazione avrebbe potuto evitare di incidere su un provvedimento come l'aggiudicazione definitiva, che è già idonea a radicare una posizione soggettiva stabile in capo al privato. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'interesse generale che costituisce il fondamento del potere di autotutela deve, naturalmente, essere controbilanciato dall'affidamento ingenerato nell'impresa aggiudicataria, il cui interesse deve essere tenuto in considerazione. In particolare, deve rimanere fermo l'obbligo, nell'esercizio di tale delicato potere, proprio in considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, di rendere effettive le garanzie procedurali, di fornire *un'adeguata motivazione* in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione e di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco”⁹⁴⁴.

In linea con tali premesse teoriche, nel caso di specie il Consiglio di Stato è arrivato comunque a confermare la validità dell'atto di annullamento in autotutela preoccupandosi tuttavia di identificare espressamente un interesse pubblico che non coincidesse con quello della stazione appaltante, ma fosse di più ampio respiro e, come tale, in grado di prevalere sull'affidamento del privato⁹⁴⁵. In alcuni - rarissimi - casi si è arrivato a dire, proprio a valle dello svolgimento di tale bilanciamento, che *l'interesse pubblico* non era adeguatamente assicurato dall'annullamento nonostante la difficoltà a reperire i fondi⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Divario da tempo messo in luce dalla dottrina soprattutto rispetto agli interventi in autotutela nei procedimenti amministrativi. Su tutti si rinvia alle riflessioni di F. MERUSI, secondo cui “l'interesse tutelato nell'annullamento d'ufficio non è l'interesse soggettivo dell'Amministrazione in quanto ente organizzato, ma l'interesse oggettivo individuato dalla norma che disciplina l'esercizio del potere” (*L'affidamento del cittadino*, cit. 96; cfr anche 115 ss.)

⁹⁴⁴ Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440; corsivo mio.

⁹⁴⁵ Nello specifico si è affermato che “il provvedimento adottato in autotutela è giustificato sotto il profilo dell'interesse pubblico, di rilevante importanza nell'attuale momento storico, di evitare la lievitazione dei costi dei lavori pubblici; dall'altro, il provvedimento adottato in autotutela trova giustificazione nell'interesse delle imprese alla più ampia partecipazione secondo regole pro-competitive” E cita in senso analogo anche Cons. di Stato, Sez. V, 19 agosto 2011, n. 4793.

⁹⁴⁶ Emblematico l'esempio della citata pronuncia del Tar Lazio, 7 marzo 2003, n. 5991 (cfr. caso n. 1). Sia pur non riferito alla mancanza di fondi, appare significativo altresì il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato nel caso n. 6 della rassegna in cui viene seccamente smentita la qualificazione come interesse pubblico di argomentazioni che appaiono invero come mere esigenze soggettive - se non addirittura semplici scuse - dell'amministrazione contraente.

Per una rilettura dei limiti sistematici alla discrezionalità amministrativa sul potere di revoca, in favore di “un'adeguata considerazione e un'appropriata protezione delle esigenze, sempre più avvertite come ineludibili, connesse alla tutela dell'affidamento” si veda altresì il ragionamento in Cons. Stato, Sez. III, 29

Questa seconda impostazione rispetto al problema di identificazione dell'interesse prevalente appare, invero, più coerente con l'approccio unificante da ultimo adottato dal *plenum* dell'Adunanza plenaria fra procedure di evidenza pubblica e procedimento amministrativo (e sostanzialmente avallato da ultimo anche dalla Cassazione). Nondimeno, un simile metodo di sindacato finisce con l'introdurre una crepa alla teoria – pure professata nella citata plenaria - di piena separazione fra regole di validità e regole di responsabilità.

Nell'ambito di queste riflessioni occorre peraltro richiamare la critica spesso rivolta al sindacato sull'affidamento del privato ai fini della valutazione di legittimità di un provvedimento di secondo grado. E cioè che anche laddove gli interpreti professano la necessità di effettuare un bilanciamento fra i diversi interessi in gioco, incluso l'affidamento del privato, si ha netta la sensazione che lo sguardo sia asimmetricamente posto verso l'interesse pubblico e che l'indagine si arresti alla verifica della sussistenza di quest'ultimo⁹⁴⁷.

In altre parole, sia nel caso in cui l'interesse pubblico venga equiparato in maniera più o meno netta all'interesse soggettivo dedotto dal contrente pubblico, sia laddove ci si sforzi di individuare un interesse di carattere più generale (corrispondente anche alla semplice volontà di prevenire che l'amministrazione resti legata a bandi e contratti non convenienti o mal strutturati), l'indagine sostanzialmente si arresta nel momento in cui tale interesse viene individuato⁹⁴⁸ e, a quel punto, l'affidamento esce come termine dell'equazione per entrare a far parte di una diversa valutazione esclusivamente di carattere risarcitorio⁹⁴⁹.

Inoltre, è interessante sottolineare come entrambe le impostazioni concordino su di un punto specifico: la valutazione ponderativa relativa al perseguimento dell'interesse pubblico prescinde dalle modalità di comportamento dell'amministrazione e, quindi, anche dal carattere colpevole della sua azione e dal fatto che la stessa possa persino aver concorso al venir meno di tali fondi⁹⁵⁰. In questo senso, pertanto, l'impostazione prevalente in materia

novembre 2016, n. 5026, con il commento di R. CARANTA, *La tutela dell'affidamento presa sul serio*, in *Urb e app.*, 2017, 2, 240.

⁹⁴⁷ Cfr. cap. III, par. V.3. e, con riferimento all'eccesso di potere, par. IV.3.

⁹⁴⁸ Taluno osserva, in senso critico, come spesso tale interesse pubblico venga evocato in maniera generica e poco attento al risultato complessivo ed effettivo rispetto al fenomeno della contrattazione pubblica (e quindi, al fine ultimo – di interesse pubblico – per cui tale contrattazione viene svolta). In particolare, con toni sferzanti, Comporti ha parlato di “un interesse pubblico che, per quanto ripetutamente evocato in senso fideistico, come salvifico termine di riferimento di ogni sua vicenda, finisce per rappresentare null'altro che un astratto luogo di “nessuno”, denunciando – al di là del mito – un'assenza di significato, un vero e proprio vuoto, che, ai fini che qui interessano, rileva quale incapacità reale di discernimento e di scelta delle soluzioni più adatte al caso concreto” (G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2017, 178; cfr anche sul punto cap.1, par. V, ultima parte).

⁹⁴⁹ Ed invero si può osservare come, anche approcci più restrittivi, tendano comunque a valorizzare la cattiva gestione dei fondi da parte dell'amministrazione contraente quale fonte di responsabilità precontrattuale. Così ad esempio si può ricordare la citata ordinanza di rimessione de Consiglio di Stato che ha portato all'adozione dell'Ad. plen. n. 5 del 2018 che, pur aderendo all'ipotesi restrittiva, ha ammesso che vi fossero delle ipotesi eccezionali in cui si sarebbe potuta configurare una responsabilità precontrattuale anche prima ed a prescindere dalla sussistenza di un provvedimento di aggiudicazione; e segnatamente nel caso in cui la stazione appaltante sapesse, già prima di indire la gara, di essere priva dei fondi necessari per l'aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto.

⁹⁵⁰ Cfr. in particolare il ragionamento in Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440 (caso n. 8), secondo cui, l'intervento in autotutela è volto a garantire la protezione dell'interesse pubblico “a prescindere dal carattere doloso, colposo o semplicemente incolpevole dell'illegittimità degli atti che vengono in tal modo ritirati e a prescindere dal fatto che agendo tempestivamente, come nella specie, l'Amministrazione avrebbe potuto

sembra porsi in linea con quella distinzione concettuale cui si è fatto riferimento, in linea generale, nel precedente capitolo fra affidamento legittimo ed affidamento incolpevole⁹⁵¹.

III. Riflessioni sulla posizione soggettiva lesa e sul rapporto col bene della vita

Nell'ambito del precedente capitolo si è anticipato come il riconoscimento di una forma di tutela autonoma a fronte di comportamenti (solo) scorretti da parte del soggetto pubblico ponga il problema di verificare quale sia la posizione soggettiva che viene in gioco e come la stessa si rapporti al bene della vita cui si ricollega la pretesa sostanziale del privato.

Le considerazioni generali lì avanzate devono essere qui riprese e calate nell'ambito dello specifico contesto dell'evidenza pubblica.

Così, innanzitutto, vi è da dire che secondo l'impostazione tradizionale, l'unico bene sostanziale che viene in rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica è quello all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto. Più precisamente, si è chiarito che nel contestare la legittimità degli atti della procedura, la posizione di interesse legittimo che viene fatta valere si correla a tale specifico bene della vita⁹⁵².

evitare di incidere su un provvedimento come l'aggiudicazione definitiva, che è già idonea a radicare una posizione soggettiva stabile in capo al privato".

In termini si pongono poi anche i ragionamenti della giurisprudenza nei casi n. 2 e 7 (cfr. cap. II).

Sul punto concorda altresì Cons. Stato, n. 5597/2019, (caso n. 4), secondo cui: "E', poi, di tutta evidenza come non possa fare argine al legittimo esercizio del potere di revoca, che involge esclusivamente l'apprezzamento dei profili di permanenza delle condizioni di fatto e di diritto che reggevano l'atto pubblico e le esigenze di interesse pubblico che lo stesso era chiamato a soddisfare, l'antidoverosità del contegno serbato dalla stazione appaltante nel corso della vicenda amministrativa, rilevante semmai a fini risarcitori sotto il diverso paradigma della responsabilità cd. precontrattuale" (par. 6). Peraltro, il Tar, nel medesimo caso n. 4, si era invece espresso in senso diverso, attribuendo rilevanza alla colpa dell'amministrazione anche ai fini dell'illegittimità del provvedimento di autotutela.

⁹⁵¹ Il riferimento è in particolare alle riflessioni elaborate da F. TRIMARCHI BANFI, su cui *infra* in generale cap. III, para V.3. Peraltro, vi è da dire che qui gli interpreti si dicono concordi nel ritenere irrilevante l'atteggiamento soggettivo della stazione appaltante e non invece quello dell'operatore economico.

⁹⁵² Il principio è stato ribadito dall'Adunanza plenaria del 23 gennaio 2001, n. 3, secondo cui, con riferimento "all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione. L'aggiudicazione costituisce il bene della vita che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo bene della vita che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione". La plenaria ha precisato che: "L'affermazione talvolta operata in giurisprudenza secondo cui l'interesse al quale l'ordinamento garantirebbe tutela non sarebbe quello di ottenere un risultato vantaggioso ma l'altro, "a che la scelta del contraente sia effettuata nel rispetto delle norme che impongono all'amministrazione comportamenti obbligati nel disciplinare, a mezzo del bando, il relativo procedimento" si risolve, oggettivamente, in una confusione tra l'oggetto dell'interesse ed il tipo di protezione ad esso accordato. L'oggetto dell'interesse protetto riguarda, infatti, l'aggiudicazione, mentre tale interesse è protetto dall'ordinamento - come esattamente si osserva nell'ordinanza di rimessione - nei limiti della legittimità del procedimento di gara". Questa impostazione è stata confermata anche dalla Adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4 che era stata chiamata a valutare un ripensamento dei principi affermati dalla citata plenaria n. 1 del 2003 con riferimento alla possibilità di impugnazione diretta di clausole del bando illegittime ma non immediatamente escludenti. Per un commento sia concesso il rinvio a B. BIANCARDI, R. CASINI, G. GAGLIARDINI,

Tuttavia, come anticipato, si è nel tempo affermata l'idea che sussistesse altresì un diritto alla corretta conduzione delle trattative *a prescindere* dalla spettanza del bene finale di aggiudicazione e stipulazione del contratto⁹⁵³. Questo è invero il fondamentale corollario comunemente sotteso all'ormai invalsa prospettiva di autonomia tra il piano della validità degli atti e quello della correttezza del comportamento complessivo della stazione appaltante, da ultimo ribadito anche dall'adunanza plenaria del 2018⁹⁵⁴.

L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali in Federalismi.it (7 febbraio 2018).

Ex multis, da ultimo, per una conferma del principio si veda altresì Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2018, n.6290, secondo cui "il bene della vita che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di gara è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, quale che sia l'utilità strumentale immediatamente perseguita". In termini Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 2016, n.4959.

In dottrina si è altresì sottolineato che "Nella gara d'appalto, il "bene della vita" oggetto di potere amministrativo a cui aspirano i partecipanti è uno ed uno solo e può essere attribuito ad un unico concorrente, per cui il rapporto processuale, quando è impugnata l'aggiudicazione, è sempre trilaterale o plurilaterale ed intercorre tra chi non ha ottenuto il bene ed aspira ad averlo, la stazione appaltante e chi ha ottenuto il bene ed aspira a conservarlo. Nel giudizio avverso il provvedimento di esclusione, invece, il rapporto processuale è bilaterale in quanto gli altri candidati, prima dell'aggiudicazione, non hanno una posizione qualificata, ma un interesse di mero fatto ad evitare una maggiore concorrenza, fermo restando che, se nelle more del giudizio interviene l'aggiudicazione a favore di un terzo, il rapporto investe almeno tre soggetti, essendo necessario impugnare la disposta aggiudicazione, pena l'improcedibilità dell'originario gravame avverso l'esclusione per sopravvenuta carenza di interesse" (R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *giustamm.it*, aprile 2020). L'Autore in particolare sottolinea come la circostanza che nella gara d'appalto, così come in ogni procedura concorsuale con un numero di aspiranti superiore al numero dei beni disponibili, il "bene della vita" sia una risorsa "scarsa" comporti il fatto che il contenzioso in materia di appalti pubblici abbia proprie peculiarità soprattutto nella complessa interazione fra i diversi soggetti coinvolti nella procedura.

Peraltro, di recente, soprattutto sulla spinta della Corte di giustizia dell'Unione Europea si è andata affermando altresì la rilevanza dell'*interesse strumentale* dell'operatore economico. Per una valida ricostruzione dello stato dell'arte sul punto cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 2 aprile 2020, n. 10 (par. 14.2. ss.), secondo cui l'interesse dell'operatore utilmente classificato in graduatoria a conoscere dell'andamento dell'esecuzione del contratto è strumentale non solo a favorire, in caso di inadempimenti, un subingresso diretto nell'esecuzione dell'affidamento, ma altresì a sollecitare una riedizione della gara; tale circostanza viene configurata quale *bene intermedio*, collegato alla finale eventuale aggiudicazione in favore del nuovo operatore.

⁹⁵³ A partire dal fondamentale arresto del Cons. Stato, Ad. plen. n. 6 del 2005, su cui si veda, in particolare, il commento di E. RAGANELLA, in *Urb. e app.*, 2006, 72. Per una specifica presa di posizione con riferimento al bene della vita si veda *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674. Tale pronuncia, in particolare, analizza l'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo oltre che illegittimo sia altresì contrario ai principi di correttezza e buona fede, chiarendo che nel lamentare questo secondo profilo il danneggiato non chiede il risarcimento per lesione del bene della vita.

⁹⁵⁴ Invero, ivi viene esplicitato nella parte relativa alla responsabilità per danno da mero ritardo, in cui si è in particolare sostenuto che, alla luce dell'attuale dettato normativo, sussiste "la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento" (para 42). Tuttavia, la plenaria ritiene che tale fattispecie sia sostanzialmente assimilabile sotto questo punto di vista a quella relativa a scorrettezze nella fase precontrattuale (cfr *infra*, par. 7). Il concetto viene altresì esplicitato, sia pur in termini più sfumati e imprecisi, anche dalla Ad. plen 29 novembre 2021, n. 19 che afferma che: "La tutela risarcitoria [dell'affidamento] non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse" (par. 15). Peraltro, come anticipato nel precedente capitolo, cui si rinvia, non sono mancati tentativi volti piuttosto ad affermare l'esistenza di un diverso bene della vita, che si correla alla scorrettezza comportamentale dell'agente

L'emancipazione dal 'bene della vita' non fa tuttavia venir meno la necessità, sia teorica che pratica, di dare comunque una qualificazione giuridica alla posizione soggettiva lesa dalla scorrettezza dell'amministrazione.

Si è visto che l'impostazione prevalente, cui si ritiene di aderire, qualifica la posizione del privato lesa dalla scorrettezza della pubblica amministrazione in sede di formazione contrattuale in termini di diritto soggettivo⁹⁵⁵.

Tuttavia, si rinviene una diversità di vedute sul 'tipo' di diritto soggettivo che viene in gioco ed occorre dare brevemente conto della specifica evoluzione interpretativa sul punto⁹⁵⁶.

Così, vi è da dire che le citate ordinanze di Cassazione del 2011, pur qualificando chiaramente la posizione in termini di diritto soggettivo, non ne hanno chiarito la natura o la fisionomia. Carenza cui la stessa Cassazione ha tentato di porre successivamente rimedio qualificando la posizione in termini di "diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità patrimoniale"⁹⁵⁷.

Il ricorso a tale concettualizzazione da parte della Cassazione non è nuovo, né riservato a tale ipotesi, ma si ritrova, come acutamente osservato, "quando la stessa ravvisa una esigenza sostanziale di tutela mediante il rimedio della responsabilità civile ma sussistono oggettive difficoltà ad individuare la situazione giuridica lesa e, dunque, l'effettiva consistenza del "danno ingiusto"⁹⁵⁸.

Il limite di tale affermazione è dato dalla notevole indeterminatezza della nozione, tanto che le stesse Sezioni unite, con il successivo ed altrettanto noto *revirement* nel 2020, hanno sostenuto che la situazione giuridica soggettiva non possa essere il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale trattandosi di una nozione "priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto"⁹⁵⁹.

Al contrario, in tale occasione la Cassazione ha affermato che la posizione soggettiva è da identificarsi direttamente nell'affidamento⁹⁶⁰, quale "situazione autonoma, tutelata in sè, e

pubblico. Questa ricostruzione è invero particolarmente avvertita con riferimento al danno da ritardo in cui si è spesso parlato del tempo quale autonomo bene della vita (cfr *infra* par. VII).

⁹⁵⁵ Su tutti, si rinvia ai principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 6 del 2005 e ribaditi, in maniera ancora più esplicita ed argomentata dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 (cfr *excursus* in par. I).

⁹⁵⁶ Sul punto si rinvia alla ricostruzione di F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 7.

⁹⁵⁷ Cass. Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586 su cui cfr analisi in cap. III, par. V.4. Tale nozione di diritto alla conservazione del patrimonio è stata poi ripresa in numerose pronunce della Cassazione: *ex multis* Cass. n. 12799/2017; n. 1654/2018; n. 6885/2019.

⁹⁵⁸ Così si esprime, richiamando riflessioni già svolte in sede civilistica, Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

⁹⁵⁹ Cass., Sez. Un., n. 8236/2020, in cui si legge che "il patrimonio di un soggetto, infatti, è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo. La conservazione all'integrità del patrimonio, pertanto, altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni soggettive attive, che lo compongono".

⁹⁶⁰ Vale la pena ribadire che tutte le pronunce della Cassazione si occupano in generale del problema della lesione dell'affidamento (nello specifico nell'ambito di un procedimento amministrativo e precedente alla formazione di un provvedimento conclusivo) derivante da annullamento di provvedimento favorevole ma illegittimo o, da ultimo, per effetto della pronuncia della Cass. Sez. Un., n. 8236/2020, per la mancata adozione di un provvedimento favorevole. Tuttavia, per le ragioni ampiamente sopra esposte, i due filoni meritano di essere analizzati assieme e messi a confronto posto che la stessa Cassazione non opera una distinzione a

non nel suo collegamento con l'interesse pubblico". Tale impostazione sembra da ultimo esser stata ripresa, sia pure con un certo grado di ambiguità di cui si è cercato di dare conto nel precedente capitolo, anche dalla citate plenarie del 2021 in materia di affidamento⁹⁶¹.

Questa lettura non appare tuttavia condivisibile, in quanto si ritiene che l'affidamento rappresenti un *principio* e non una posizione soggettiva dotata di una sua materialità o differenziazione ontologica rispetto alle (uniche) due posizioni soggettive giuridicamente tutelate nel nostro ordinamento. Un principio che può attribuire rilevanza sostanziale ad una posizione lesa pur nell'assodata legittimità degli atti della procedura, ovvero nell'assodata legittimità della loro rimozione (in autotutela o per effetto di una pronuncia giurisdizionale); ma pur sempre un principio che interviene in presenza di una determinata situazione di fatto⁹⁶².

Tale lettura non appare neppure coerente con la ripetuta adesione compiuta dalla citata ordinanza di Cassazione del 2020 alle ulteriori statuizioni dell'Adunanza plenaria del 2018, che si fondano sulla diversa premessa per cui la posizione tutelata consista nel più volte citato diritto alla libera autodeterminazione negoziale, da intendersi quale "diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza"⁹⁶³.

A parere di chi scrive, quest'ultima ricostruzione ha il pregio di aver riconosciuto una più precisa - e condivisibile - fisionomia alla posizione soggettiva che viene qui in gioco. Infatti, pur nella sua innegabile generalità e astrattezza, l'inquadramento qui proposto sembra restituire una maggior determinatezza alla posizione soggettiva e, soprattutto, appare in

seconda che il procedimento in cui interviene il cd affidamento tradito sia di evidenza pubblica o di altro tipo (cfr. *supra* fine par. I).

⁹⁶¹ In particolare, si è affermato che: "L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno" (Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21, par. 2). Ed è interessante notare come, secondo il plenum, tale impostazione si possa far risalire all'arresto della plenaria n. 5 del 2006 (cfr. *ibidem*, par. 3). A parere di chi scrive, tuttavia, la plenaria del 2005 ha consacrato uno spazio di tutela ma non ha configurato una nuova ed autonoma situazione giuridica soggettiva. In generale, su questo profilo, si rinvia alle riflessioni svolte in cap. III, par. V.5.

⁹⁶² Da questo punto di vista si rinvia alla ricostruzione generale offerta da R. SACCO di cui si è dato conto nel precedente capitolo (cfr. cap. III, par. III). Se è vero che lì l'Autore aveva in mente soprattutto ipotesi di buona fede soggettiva, resta nondimeno valida, a parere di chi scrive, la ricostruzione dell'affidamento in termini di principio e di circostanza di fatto piuttosto che di situazione giuridica soggettiva autonoma.

Sul punto, F.G. COCA ha ritenuto l'affidamento "...un (elemento di) fatto consistente nel convincimento sulla stabilità del risultato, ottenuto al termine del procedimento amministrativo, mediante il provvedimento favorevole". Peraltro, il linea con la propria ricostruzione dell'interesse legittimo, l'Autore ritiene che esso si ricolleggi ad un interesse legittimo, piuttosto che ad un diritto soggettivo chiarendo che "è un fatto che, insieme ad altri elementi (il carattere incolpevole del convincimento, il comportamento colpevole dell'amministrazione, la rimozione del provvedimento favorevole), fa parte della fattispecie complessa lesiva dell'interesse legittimo (pretensivo o oppositivo...) e, quindi, titolo per la risarcibilità del danno. (*L'interesse legittimo*, cit., 467),

Non è poi superfluo richiamare, in questa sede come in questo senso si siano espresse anche - con la ravvisata contraddizione interna - le Adunanze plenarie nn.19-21 del 2021 (cfr. cap. III, para V.5.) e, implicitamente, la stessa Adunanza plenaria n. 5 del 2018. Il principio è stato poi espressamente ribadito in giurisprudenza anche in altre pronunce: cfr. su tutti la citata Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

⁹⁶³ Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5, par. 25.

grado di cogliere più adeguatamente l'oggetto di tutela rispetto al quale viene valutato complessivamente il comportamento delle parti ed, in caso, parametrato il danno.

Tuttavia, si impone un'importante precisazione al riguardo. L'Adunanza plenaria del 2018 ha individuato una situazione giuridica - il diritto all'autodeterminazione negoziale - che solo ad un primo ed approssimativo sguardo può ritenersi circoscritta all'attività negoziale ed alle procedure di formazione dei contratti pubblici.

Si ritiene invece che la stessa dovrebbe riferirsi a qualsiasi procedimento amministrativo, posto che di per sé la libera autodeterminazione negoziale di un soggetto, intesa quale libertà e possibilità di determinare le proprie scelte - private, imprenditoriali etc. senza indebite scorrettezze ed interferenze altrui - ben può essere incisa da procedimenti amministrativi anche diversi dall'evidenza pubblica⁹⁶⁴.

In questo senso si ritiene che il carattere 'negoziale' non possa esser posto in relazione alle procedure di evidenza pubblica, quali procedimenti strumentali alla conclusione di un contratto, ma debba riguardare in generale le scelte della controparte che risultano danneggiate dal comportamento scorretto. In altre parole, il diritto a non essere coinvolti in trattative inutili non appare diverso da quello a non esser trascinato in accordi amministrativi inutili; o a non esser inutilmente trattenuto in procedimenti - evidentemente strumentali all'esercizio della propria attività di impresa o anche solo di gestione dei propri affari e delle proprie scelte individuali - legati alla concessione di beni; rilascio licenze, contributi, permessi etc...

Tale conclusione appare peraltro in linea con il carattere trasversale, nel senso di riferibile a tutti i procedimenti amministrativi e non solo a quelli di evidenza pubblica, ormai riconosciuto ai principi di correttezza e buona fede, posti a presidio di tale autodeterminazione negoziale.

IV. Un richiamo ai limiti della distinzione fra regole di validità e regole di condotta nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica

Sulla diffusione dell'impostazione che distingue nettamente regole di validità e regole di responsabilità, si è già ampiamente detto. Così come si è cercato di chiarire perché si ritiene che tale distinzione, pur utile ai fini del riconoscimento di una tutela a fronte di comportamenti 'solo' scorretti, presenti degli inconvenienti nell'ambito del diritto amministrativo⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Per questo non convincono pienamente le opinioni volte a circoscrivere la portata dei principi espressi dalla citata plenaria alle sole ipotesi di c.d. attività negoziale. In questo senso si esprime ad esempio G. TULUMELLO nel proprio commento a Cass. n. 8236/2020 *'Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa del contatto sociale" (9 maggio 2020)*, accessibile su giustizia-amministrativa.it. Sul punto si rinvia anche alle considerazioni svolte *infra* nel par. VII con riferimento al danno da ritardo mero ed, in particolare, alla critica svolta nei confronti dell'operazione ermeneutica svolta dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 358 del 15 gennaio 2019.

⁹⁶⁵ Cfr. riflessioni in cap. III, par. IV.3.

In questa sede, si vuole solo brevemente ribadire come le medesime difficoltà – *rectius* i medesimi punti di contatto fra i due sistemi di regole - si riscontrino puntualmente anche nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica.

Con la panoramica giurisprudenziale presentata nel secondo capitolo si è tentato di mostrare come, in concreto, l'agire dell'amministrazione contraente sia valutato nel complesso prima di tutto rispetto ai profili di legittimità e di miglior perseguimento dell'interesse pubblico. In altre parole, il sindacato di violazione di legge e soprattutto di eccesso di potere, seppur riferito tipicamente all'atto che annulla l'aggiudicazione e/o l'intera gara, svolge una valutazione complessiva sull'operato, sulle modalità di espletamento della propria azione da parte del soggetto pubblico⁹⁶⁶. L'indagine mostra altresì come le valutazioni circa uno stesso operato varino e siano state ritenute, nell'ambito dei diversi gradi della medesima controversia, come solo scorrette o altresì come illegittime.

Il tutto a conferma del fatto, di cui si è cercato di dare conto nel precedente capitolo, che nel diritto amministrativo l'analisi sul comportamento del soggetto pubblico non possa dirsi completamente slegata da un'indagine di legittimità dello stesso e che anzi la valutazione compiuta dal giudice circa il comportamento dell'amministrazione passi anche – preliminarmente – attraverso una valutazione in termini di violazione di legge e soprattutto di eccesso di potere rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

V. Riflessioni sull'elemento soggettivo delle parti coinvolte

Nell'ambito del diversificato panorama interpretativo di cui si è sin qui cercato di dare conto sembra riscontrarsi una tendenza di fondo comune volta ad identificare il paradigma offerto dall'art. 1338 c.c. - più che quello ex art. 1337 c.c. - come modello generale rispetto al quale valutare il fenomeno delle scorrettezze in sede di formazione contrattuale⁹⁶⁷.

Tralasciando per un momento la questione circa l'oggetto dell'affidamento, il momento dal quale può sorgere etc., le più recenti ricostruzioni in materia sembrano infatti convergere sulla necessità che l'affidamento del privato sia incolpevole. E questo, si badi, non solo nell'ipotesi di annullamento (che appare invero più facilmente assimilabile a quella, prevista dalla norma, di sussistenza di una causa di invalidità) ma anche in ipotesi di revoca⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ Un riconoscimento puntuale in tal senso sembra offerto, *ex multis*, dalla stessa ordinanza di rimessione dell'Ad. plen. n. 5 del 2018 in cui, dopo aver chiarito i limiti entro cui può esser riconosciuta una responsabilità precontrattuale, si ribadisce che comunque “i provvedimenti ed i comportamenti connessi che si appalesino viziati da eccesso di potere o da sviamento non sfuggono al sindacato del giudice amministrativo”.

⁹⁶⁷ Per l'inquadramento generale, sul piano civilistico, della norma si rinvia a cap. III, par. III.1.1. Sull'applicazione dell'art. 1338 c.c. all'attività dell'amministrazione si veda, *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 122.

⁹⁶⁸ È appena il caso di rilevare che l'Ad. plen. n. 5 del 2018 aveva come provvedimento di autotutela una revoca e non un annullamento (cfr analisi in fatto caso n. 7).

Questo modello è stato storicamente invocato soprattutto con riferimento ad ipotesi di mancata approvazione o registrazione del contratto a seguito di aggiudicazione⁹⁶⁹. Tuttavia, da ultimo la giurisprudenza appare incline ad estendere questa impostazione al fenomeno in generale⁹⁷⁰. Su questo aspetto specifico concordano sia l'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 che quelle del 2021⁹⁷¹ e, come visto, al riguardo si erano già espresse anche le Sezioni unite.

Nel 2018 la plenaria ha precisato che, affinché possa sorgere la responsabilità dell'amministrazione, è necessario "che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose"⁹⁷². Ma ciò non è sufficiente: si richiede anche che il comportamento, oggettivamente considerato, si appalesi scorretto e che questa scorrettezza sia imputabile a titolo di dolo o colpa all'amministrazione⁹⁷³. Parimenti, nel 2021 ha sottolineato il carattere necessariamente incolpevole dell'affidamento del privato anche con riferimento alle procedure di evidenza pubblica⁹⁷⁴.

Si può quindi osservare che il giudizio non è condotto unicamente secondo una valutazione obiettiva del comportamento delle parti, ma si concentra innanzitutto sull'elemento soggettivo del privato (i.e. sul carattere scusabile del suo convincimento). L'indagine su questo profilo finisce con l'assumere carattere preliminare e, ove mancante, assorbente rispetto alla valutazione (e valorizzazione) dell'atteggiamento eventualmente scorretto

⁹⁶⁹ Emblematico al riguardo è il caso n. 9 della rassegna, in cui come visto, era stata negata la registrazione da parte della Corte dei conti (Cass. 12 maggio 2015, n. 9636 e si veda anche la giurisprudenza ivi richiamata).

⁹⁷⁰ Significativa è Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2016 che, nel fare espresso richiamo al modello ex art. 1338 c.c., finisce con l'escludere *tout court* la possibilità di inserire l'affidamento del privato nel bilanciamento compiuto in sede di adozione del provvedimento di autotutela. La stessa afferma infatti che "essendo nel diritto amministrativo applicabile un principio corrispondente a quello di cui all'art. 1338 c.c., chi chiede il rilascio di un provvedimento amministrativo, in assenza dei relativi presupposti e dunque chiede ciò che non ha titolo di ottenere, non si può dolere del fatto che, in applicazione doverosa del principio di legalità, il provvedimento medesimo sia annullato o in sede giurisdizionale (su ricorso di chi vi abbia interesse) o in sede di autotutela (da parte dell'autorità emanante)" Peraltro, subito dopo aggiunge la possibilità di valutare comunque la sussistenza di un affidamento incolpevole del privato, ai fini del riconoscimento di una posta risarcitoria, e si pone da questo punto di vista in linea con l'approccio proposto dalla Cassazione nella nota pronuncia n. 9636 del 2015, cfr subito *infra*.

⁹⁷¹ Non dissimili appaiono altresì le conclusioni tradizionali della Cassazione in materia di affidamento incolpevole (su cui cfr. cap. III, par. V.4., in particolare si rinvia al ragionamento seguito dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 4 settembre 2015, n. 17586 ivi analizzato).

⁹⁷² *Ibidem*, par. 51.

⁹⁷³ Taluna giurisprudenza ha rilevato la peculiarità di tale impostazione 'cumulativa', valevole nei confronti dei soggetti pubblici, mentre invece nei rapporti interprivati, "fondamento (alternativo) di responsabilità può essere sia la mera scorrettezza (cfr. art. 1337 c.c.), sia la colpa (secondo la regola generale di responsabilità extracontrattuale che - al di là della non necessaria ed opinabile qualificazione della fattispecie - impone ai consociati di improntare le trattative ad un canone di ordinaria diligenza relazionale)" (Cons. Stato, Sez. II, 12 novembre 2020, n. 6945).

⁹⁷⁴ In particolare, l'affidamento è tutelabile solo laddove sia *ragionevole* e sia frutto di colpa dell'amministrazione; tuttavia la plenaria declina il concetto di ragionevolezza in termini di *scusabilità*, proprio sulla base del modello proposto dall'art. 1338 c.c. E richiamando la giurisprudenza civile sul punto. Conseguentemente conclude affermando il seguente principio di diritto: "nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa" (Cons. Stato, Ad. plen. n. 21 del 2021, par. 20).

dell'agente pubblico⁹⁷⁵. Il che, peraltro, si pone in linea di continuità con quanto già visto nel precedente capitolo, con riferimento all'affidamento legittimo⁹⁷⁶.

Inoltre, come anticipato, l'indagine sul profilo soggettivo dell'amministrazione tende a fondersi - a dispetto della valorizzazione che pure ne fa l'Adunanza plenaria del 2018 - con l'indagine sull'obiettivo scorrettezza e negligenza della condotta. Ferma restando comunque la possibilità per la p.a. di dimostrare che il proprio comportamento - oggettivamente fuorviante, affidante, inerte etc. - sia imputabile ad un errore o a circostanze non altrimenti ad essa imputabili che ne escludano la rimproverabilità soggettiva⁹⁷⁷.

L'indagine del profilo soggettivo assume peraltro contorni particolari nell'ambito degli appalti pubblici, in cui, in linea con quella tendenza già espressa a livello di diritto dell'Unione Europea, si tende a valorizzare particolarmente la professionalità del privato che si interfaccia col soggetto pubblico. In altre parole, l'idea di fondo che traspare è che il contraente pubblico sia il soggetto debole della relazione e il player privato sia invece quello più in grado di - ed in ogni caso tenuto a - verificare preliminarmente la regolarità della procedura, ad avvedersi di eventuali violazioni di legge e/o errori, infattibilità del bando di gara etc.⁹⁷⁸

Da questo punto di vista, una delle ipotesi più controverse è data dall'ipotesi in cui l'intervento in autotutela (specificatamente l'annullamento) sia dovuto alla violazione di 'regole generali' e soprattutto delle norme che disciplinano lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica.

Come visto nell'inquadramento civilistico, l'impostazione prevalente esclude la possibilità di chiedere un risarcimento laddove la causa di invalidità (in questo caso soprattutto degli atti di gara e non necessariamente del contratto a valle) dipenda da una norma di carattere generale e come tale nota o comunque conoscibile alla generalità dei consociati, secondo il brocardo *ignorantia legis non excusat*⁹⁷⁹.

Sotto questo profilo, tuttavia, si deve riscontrare tuttora una notevole diversità di vedute nell'ambito dei giudizi in materia di evidenza pubblica; diversità che si ritiene traduca una diversa visione di fondo, ideologica prima ancora che giuridica, degli equilibri che regolano il rapporto fra operatore privato ed amministrazione contraente.

Talvolta, infatti, si è affermato che il rischio di un annullamento derivante dalla violazione di norme di diritto obiettivo ricada esclusivamente sul privato, in ossequio al principio per cui se il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in

⁹⁷⁵ In questo senso, invero, si può leggere anche l'ordine con cui la stessa plenaria del 2018 presenta gli elementi che devono sussistere affinché sia configurabile una responsabilità della stazione appaltante.

⁹⁷⁶ Cfr. cap. III, par. V.3.

⁹⁷⁷ Cfr. in generale cap. III, par. IV.4.

⁹⁷⁸ Così ad esempio la citata Cons. Stato, Sez. II, 12 novembre 2020, n. 6945 esclude il risarcimento del danno in quanto "le spese sostenute nella fase precontrattuale sono imputabili alla mancanza di diligenza della società, che non ha provveduto a svolgere le necessarie - e sommarie - indagini sulla regolarità della procedura" (che era poi risultata affetta da una violazione normativa di particolare gravità. In generale sul punto si vedano le riflessioni di D. CASALINI, *L'interpretazione delle clausole di esclusione della gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Serv. Pubbl. e app.*, 2005, 2, 412B; P. MALANETTO, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, 18 aprile 2018, accessibile su giustizia-amministrativa.it L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 39.

⁹⁷⁹ Cfr. cap. III, par. III.1.1. e la giurisprudenza ivi richiamata.

autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi⁹⁸⁰.

Talvolta si è invece optato per una gradazione del principio affermando che al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenendo conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità⁹⁸¹.

Questa impostazione riprende invero la generale rimeditazione dell'art. 1338 c.c. operata dalla Cassazione soprattutto con la nota sentenza n. 9636 del 2015 (caso n. 9), in cui si è valorizzato in termini ancora più netti non tanto il carattere scusabile o meno dell'affidamento quanto piuttosto la circostanza che l'altra parte conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità. In tale occasione, la Cassazione ha invero sostenuto che "in presenza di norme che l'Amministrazione è tenuta istituzionalmente a conoscere ed applicare in modo professionale (come, ad esempio, quelle che disciplinano il procedimento di scelta del contraente), essa ha l'obbligo di informare il privato delle circostanze che potrebbero determinare l'invalidità o inefficacia e, comunque, incidere negativamente sulla eseguibilità del contratto, pena la propria responsabilità per colpa in contraendo, salva la possibilità di dimostrare in concreto che l'affidamento del contraente sia irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche"⁹⁸².

Quest'ultimo orientamento non solo tende ad escludere l'operatività automatica del principio *ignorantia legis non excusat*, ma pone anche significativamente a carico dell'amministrazione la dimostrazione che nel caso specifico l'affidamento non sia incolpevole⁹⁸³. Il che, a ben vedere, si pone in aperto contrasto con quanto precedentemente affermato dalla stessa Cassazione nell'ambito della responsabilità da provvedimento

⁹⁸⁰ Così Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21 ed in termini ancora più netti le relative ordinanze di rimessione.

⁹⁸¹ Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674.

⁹⁸² Cass. 12 maggio 2015, n. 9636, cit.

⁹⁸³ Nella pronuncia qui analizzata la Cassazione sottolinea l'inadeguatezza del riferimento al principio *ignorantia legis non excusat* in tale materia "dal momento che il contraente non evidenzia la propria ignoranza al fine di evitare la produzione degli effetti ricollegati dall'ordinamento alla mancata osservanza della norma di legge, ma agisce soltanto per il risarcimento del danno conseguente alla violazione dell'obbligo di informazione che è posto dalla legge a carico dell'altra parte". E precisa che "l'art. 1338 C.C. pone, invece, significativamente a carico di una sola delle parti, cioè di quella che, in ragione delle circostanze di fatto e tenuto conto della sua posizione sociale o professionale, conosca o debba conoscere l'esistenza di una causa di invalidità o inefficacia, l'obbligo specifico di informare l'altra parte, la quale ha diritto a ricevere l'informazione e, in mancanza, al risarcimento del danno per avere ragionevolmente confidato nella validità ed efficacia del contratto. La parte obbligata ha la facoltà di dimostrare che l'altra parte aveva confidato nella validità del contratto colpevolmente e non "senza sua colpa" (come richiesto dall'art. 1338), ma dovrà dedurre fatti e circostanze specifiche che dimostrino che, in quel determinato rapporto, fosse effettivamente a conoscenza della causa che viziava il contratto concluso o da concludere".

In termini Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674 ha affermato come "esista sempre, in presenza di norme (di azione) che l'amministrazione è tenuta istituzionalmente ad applicare (come ad esempio quelle che disciplinano il procedimento di scelta del contraente), la possibilità di dimostrare in concreto che l'affidamento del contraente sia irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche" (par 11.2.4.1.).

Al riguardo si rinvia alle osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, cit. In giurisprudenza si veda altresì, *ex multis*, Cass. n. 11135/2009, con nota in *Giur. it.*, 2010, 3, 568.

favorevole ma illegittimo⁹⁸⁴. E finisce col porsi altresì in antitesi con la visione volta a valorizzare, invece, il carattere professionale dell'operatore economico, proprio al fine di escludere il risarcimento a titolo precontrattuale (cfr *supra*).

Il dibattito - e l'incertezza di vedute - in materia si coglie anche rispetto ad un'ipotesi tipica dell'evidenza pubblica, in cui l'annullamento dipenda da una cattiva interpretazione da parte dell'amministrazione non direttamente del dato normativo, ma della *lex specialis*, i.e. delle regole di gara. Questa fattispecie merita, a parere di chi scrive, una riflessione specifica.

Talvolta la *lex specialis* si limita a positivizzare una regola che si pone in aperto contrasto con la normativa in materia di evidenza pubblica (o di altro genere) e quindi di fatto si ricade sostanzialmente nell'ipotesi appena analizzata. Spesso tuttavia il collegamento non è così evidente o l'interpretazione attiene a clausole che non si occupano di profili espressamente disciplinati dalla normativa a livello generale ma più semplicemente fissano le caratteristiche e le modalità di quella data procedura.

Così, ad esempio, nella controversia che ha dato origine alla plenaria n. 21 del 2021 la rimozione del provvedimento favorevole dell'aggiudicazione nei confronti del soggetto che chiede il danno da lesione dell'affidamento è stato disposto (con una revoca) perché, come accertato definitivamente dal Consiglio di Stato, la stazione appaltante aveva erroneamente interpretato le clausole del proprio bando di gara, così giungendo illegittimamente ad escludere una concorrente.

Come espressamente riportato dalla stessa plenaria, in tale giudizio è stata accertata la colpa del Comune "consistita nell'ambigua formulazione delle clausole relative alle modalità di esecuzione del sopralluogo e di presa visione degli atti di gara, che l'amministrazione aveva inteso come richiesta per tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo e non della singola mandataria, come in effetti avvenuto, in assenza tuttavia di base testuale e in violazione al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici"⁹⁸⁵. A ben vedere, dunque, qui non si è trattato di un'erronea interpretazione della normativa vigente, bensì dell'erronea interpretazione della stazione appaltante rispetto al significato da attribuire ad una clausola dalla stessa posta.

In questo diverso caso non pare quindi pienamente condivisibile il riferimento generale alla *riconoscibilità* dell'illegittimità ed alla *scusabilità* dell'errore compiuta dalla plenaria nel 2021⁹⁸⁶. Si ritiene invece preferibile l'approccio seguito dalla plenaria nel 2018, secondo cui "sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta - in applicazione del principio di autoresponsabilità - che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo

⁹⁸⁴ Cfr. in particolare cap. III, par. V.4 così ad esempio nella nota pronuncia n. 17586 del 2015, la Cassazione ha previsto che il privato allegli la presenza di quegli elementi ulteriori in grado di rendere l'affidamento incolpevole e tutelabile.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, par. 5.

⁹⁸⁶ Sul punto cfr. riflessioni anche in cap. III, par. V.

incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse”⁹⁸⁷. Tanto più laddove, come spesso avviene, sia la stessa stazione appaltante ad aver fornito chiarimenti agli operatori economici⁹⁸⁸.

Questo aspetto si riconnette, da un lato, al valore ‘affidante’ o meno da riconoscersi alle dichiarazioni rese dalla stazione appaltante e, dall’altro, al più generale dibattito circa la possibilità per l’operatore economico di contestare eventuali profili di illegittimità (o infattibilità) del bando di gara. Non a caso infatti quando si è – infruttuosamente- tentato di rimeditare la regola consolidata secondo cui eventuali illegittimità non direttamente escludenti non possono essere impugnate direttamente ma solo al momento di mancata aggiudicazione, si sia fatto proprio riferimento ai principi di buona fede e collaborazione fra le parti⁹⁸⁹.

La questione è certamente delicata ed interseca profili di politica del diritto, più che di teoria. Si tratta invero di stabilire su chi debbano ricadere le conseguenze economiche di un successivo annullamento nel caso ad esempio in cui l’operatore economico abbia sì evidenziato alla stazione appaltante l’ingrueza o l’illegittimità di una determinata disposizione di gara (e quindi non può più dirsi ignaro del rischio di un successivo intervento in autotutela o giurisdizionale sulla stessa), ma abbia altresì ottenuto rassicurazioni e chiarimenti dalla stessa proprio su quel profilo⁹⁹⁰. Così come si tratta di coordinare l’impossibilità per l’operatore di contestare subito eventuali vizi ed ingrueze del bando di gara (pur non immediatamente escludenti) con l’orientamento che esclude la possibilità di ottenere, poi, un risarcimento proprio sul presupposto che tale vizio fosse evidente e riconoscibile dall’inizio della procedura di evidenza pubblica⁹⁹¹.

Infine, sia consentito uno spunto di riflessione circa la rimproverabilità del soggetto pubblico nella frequente ipotesi in cui l’annullamento dell’aggiudicazione o degli atti di

⁹⁸⁷ Ad. plen. n. 5/2018, par. 4.3. In argomento, si rimanda anche alle riflessioni di F. ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. e contr.*, 2015, 109. C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, cit.

⁹⁸⁸ Taluna dottrina ha in proposito ritenuto che “in una logica di allocazione dei rischi, un procedimento di valutazione delle condotte secondo buona fede potrebbe, quindi, indurre a ritenere più equo che sia la p.a. ad assumere implicitamente il rischio connesso al venire meno delle condizioni di efficacia e di validità del contratto, ove queste dipendano da sua negligenza o mala fede” F. DEGL’INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto*, cit., par. 5).

⁹⁸⁹ Si fa in particolare riferimento all’Adunanza plenaria n. 4/2018 che ha respinto le proposte di apertura dell’ordinanza di rimessione, riaffermando il principio consolidato in materia, a partire dalla nota Adunanza plenaria n. 1 del 2003.

⁹⁹⁰ Emblematica della difficoltà nel trovare un punto di equilibrio sotto questo punto di vista appare il caso n.8 della rassegna giurisprudenziale proposta nel secondo capitolo. Nel caso specifico il giudice ha ritenuto che siano state proprio le rassicurazioni offerte dalla stazione appaltante a vestire di ‘incolpevolezza’ il successivo comportamento tenuto dall’operatore economico (e ciò si aggiunge anche se nel caso di specie appare verosimile escludere l’effettiva buona fede dello stesso. Degno di nota è il passaggio della sentenza, con cui prima si identifica l’elemento soggettivo dell’affidamento in generale ... “è necessario che il privato difenda un’utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l’affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l’aspirazione all’intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo [...] o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l’atto” ... e poi quello in cui lo si ritiene sussistente: “Nel caso di specie, il vizio pur riconoscibile e, anzi, riconosciuto è stato, tuttavia, segnalato tempestivamente all’appellante; dunque, il comportamento della P.A. che, scientemente, ha proseguito nella gara e ha emanato il provvedimento di aggiudicazione, può radicare un affidamento legittimo anche sotto il profilo soggettivo”.

⁹⁹¹ Sul punto si segnala il rinvio operato all’art. 1338 c.c. da parte di Cons. Stato, Sez. III, ord., 7 novembre 2017, n. 5138.

gara dipenda da una pronuncia caducatoria del giudice, per effetto del ricorso di un controinteressato⁹⁹². A ben vedere, in questo caso, l'atteggiamento altalenante, la fiducia tradita, il ripensamento non dipende direttamente dall'amministrazione, bensì è frutto dell'opera di sindacato del giudice, sollecitato dal soggetto controinteressato. E ben può capitare che l'amministrazione sia convinta sino all'ultimo della bontà e legittimità della propria scelta, interpretazione etc. e che invero 'subisca' la diversa valutazione operata dal giudice al pari dell'operatore destinatario del provvedimento favorevole poi annullato. Appare quindi problematico equiparare automaticamente questa ipotesi a quella in cui la stazione appaltante eserciti discrezionalmente il proprio *ius poenitendi* sotto il profilo della rimproverabilità soggettiva dell'agente pubblico⁹⁹³.

Si può discutere infatti se il profilo ulteriore della colpa, e quindi della rimproverabilità soggettiva, debba necessariamente essere verificato ai fini del riconoscimento di una responsabilità⁹⁹⁴. Laddove si acceda ad una ricostruzione in termini più obiettivi di valutazione della scorrettezza tale profilo non appare indispensabile. Tuttavia, posto che l'interpretazione attualmente prevalente sembra orientata nel senso di richiedere il positivo accertamento anche di quest'ulteriore profilo (su tutte, ancora, la plenaria n. 5 del 2018), si ritiene che le due ipotesi di annullamento in autotutela ed annullamento per effetto di una pronuncia giurisdizionale non possano *sic et simpliciter* essere equiparate⁹⁹⁵.

⁹⁹² L'equiparazione delle ipotesi di annullamento per effetto di un intervento *ex officio* in autotutela della stazione appaltante o di una pronuncia caducatoria giurisdizionale è stata costantemente ribadita dalla Cassazione a partire dalle note ordinanze gemelle del 2011, su cui cfr. cap. III, par. V.4. Per la presentazione delle varianti cfr. anche cap. II, par. IV. Sulla validità concettuale della scelta operata dalla Cassazione si è spesa taluna dottrina che, nel notare tale equiparazione, ha affermato che "La ragione della risposta indifferenziata sta in questo, che mentre l'affidamento legittimo è tutelato in via preventiva, quando il sacrificio (o la lesione) del medesimo non ha ancora avuto luogo, al contrario l'affidamento incolpevole chiede tutela a delusione avvenuta. Nella fattispecie dell'affidamento incolpevole, il giudizio si appunta quindi sul fatto che ha dato origine alla fiducia, e sull'attitudine di questo fatto a giustificare la condotta dell'interessato ed a configurare la responsabilità dell'amministrazione per il danno che ne è seguito. Che la delusione della fiducia sia dovuta alla condotta della stessa amministrazione o, invece, alla pronuncia giudiziale, è dunque irrilevante" (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., par. 7).

⁹⁹³ Con ciò peraltro, non si vuole certo escludere *tout court* che possano comunque ravvisarsi profili di colpevolezza e rimproverabilità della stazione appaltante alla luce delle complessive circostanze del caso concreto.

⁹⁹⁴ Coloro che ricostruiscono la responsabilità precontrattuale in termini di responsabilità da contatto qualificato (o comunque la riconducono al modello contrattuale prescindono integralmente dall'accertamento della colpa (cfr. cap. III, par. III.1., IV.4. e VI). Sull'irrilevanza della colpa nella violazione dell'obbligo di buona fede anche con riferimento all'ipotesi dell'art. 1338 c.c. si veda in particolare A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, 1128.

⁹⁹⁵ In questo senso si veda anche F.G. SCOCA, secondo cui "occorre distinguere l'annullamento in autotutela dall'annullamento in sede giurisdizionale; in quanto il primo è comunque il risultato dell'esercizio del potere, appunto, di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione, mentre il secondo è totalmente estraneo a qualsiasi nuovo intervento (nuova valutazione, nuovo procedimento, nuovo provvedimento) dell'amministrazione" (*L'interesse legittimo*, cit., 465). A favore di una distinzione dell'ipotesi di annullamento per effetto di una pronuncia giurisdizionale (rispetto all'ipotesi di un annullamento d'ufficio della stazione appaltante) si è recentemente espressa taluna giurisprudenza. In particolare, l'ordinanza di rimessione (Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753) che ha poi dato luogo all'Ad. plen. n. 21/2021, ha svolto il seguente ragionamento: "... nelle ipotesi, in cui rientra la vicenda oggetto del presente giudizio, in cui il provvedimento favorevole al privato sia revocato in esecuzione di una pronuncia giudiziale, l'eventuale affidamento del privato (ammesso che vi sia) sarebbe pregiudicato non da una condotta dell'amministrazione, la quale non ha modificato unilateralmente, *melius re perpensa* o alla luce di sopravvenienze, l'assetto d'interessi precedentemente delineato nell'esercizio del suo potere pubblicistico, ma, in sostanza, da un provvedimento

VI. La perimetrazione e dimostrazione del danno risarcibile

Un ulteriore profilo su cui gli interpreti sembrano storicamente concordi rispetto al fenomeno in esame attiene alla perimetrazione del danno risarcibile⁹⁹⁶. Secondo l'impostazione tradizionale, già consolidatesi con riferimento alla responsabilità precontrattuale in ambito civilistico⁹⁹⁷, il danno risarcibile si configura nei limiti dell'interesse negativo, e cioè "dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale"⁹⁹⁸ e si contrappone all'interesse positivo che è interesse all'esecuzione del contratto⁹⁹⁹.

La giurisprudenza appare complessivamente concorde sul punto, come peraltro emerge anche dalla rassegna giurisprudenziale presentata nel secondo capitolo¹⁰⁰⁰.

È appena il caso di precisare che un discorso diverso varrà laddove invece la scorrettezza si sia tradotta anche in un cattivo esercizio del potere e, quindi, in un'illegittimità del provvedimento che ne è espressione. In questo caso, il danno dovrà invece parametrarsi all'interesse positivo in quanto la scorrettezza ha illegittimamente sottratto al privato la possibilità di conseguire il bene finale rappresentato dall'aggiudicazione e dalla

promanante dal potere giurisdizionale, nei cui confronti non può esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni". L'argomentazione è ripetuta anche nell'ordinanza di rimessione, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013 che ha dato origine all'Ad. plen. n. 19/2021. In termini critici si è espressa anche Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753.

Sul punto sia consentito anche il rinvio alle considerazioni di TRAVI, il quale, da un lato, sottolinea in generale come l'esito dell'azione di annullamento risulti, per alcuni profili, analogo a quello perseguibile attraverso un annullamento d'ufficio della p.a., dall'altro, tuttavia, sottolinea come l'annullamento d'ufficio abbia presupposti tipici, ex art. 21 nonies, diversi ed ulteriori rispetto al riscontro, da parte della p.a., della sussistenza della lesione di un interesse legittimo, richiedendosi altresì l'accertamento di un interesse pubblico specifico. In questo senso, chiosa l'Autore, non è possibile "ritenere che l'annullamento d'ufficio sia istituto di giustizia amministrativa, stabilito a garanzia dell'interesse legittimo del cittadino" (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 213-214).

⁹⁹⁶ Per un'analisi generale su questo profilo si rinvia a G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e resp.*, 2006, 4, 3; Id. *Il quantum di danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁹⁹⁷ Cfr cap. III, par. III.1.

⁹⁹⁸ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Ad. plen., 16 maggio 2005, n. 6; Cass., Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250; cfr in particolare Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156 in cui si afferma che "il danno proprio dell'interesse negativo consiste nel pregiudizio che il soggetto subisce per avere inutilmente confidato nella conclusione e nella validità del contratto, ovvero per avere stipulato un contratto che senza l'altrui ingerenza avrebbe non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni differenti". Peraltro, con riferimento a quest'ultima ipotesi del c.d. contratto valido ma svantaggioso, la dottrina ha recentemente messo in discussione che l'interesse negativo sia sufficientemente adeguato a soddisfare le aspettative della parte lesa. Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto*, cit., para 5 e gli Autori ivi citati. Si rinvia altresì alla disamina in cap. III, par. III.1.

⁹⁹⁹ In particolare, "Mentre l'interesse positivo consiste nella perdita che il soggetto avrebbe evitato (danno emergente) e nel vantaggio economico che avrebbe conseguito (lucro cessante) se il contratto fosse stato eseguito, al contrario il danno proprio dell'interesse negativo consiste nel pregiudizio che il soggetto subisce per avere inutilmente confidato nella conclusione e nella validità del contratto ovvero per avere stipulato un contratto che senza l'altrui ingerenza non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni diverse" (*ibidem*).

¹⁰⁰⁰ Così, tra le più significative, Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5; Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Ad. plen., 16 maggio 2005, n. 6; Cass., Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

conseguente stipula del contratto. In questo caso potrà trovare applicazione, ove non sia più esperibile il risarcimento in forma specifica e non sia tuttavia ricostruibile in termini certi l'esito della procedura (e quindi il conseguimento finale del bene della vita), la tecnica risarcitoria della *chance*.

Invero, il riferimento, sempre nell'ambito delle voci rientranti nell'interesse negativo alle cosiddette *chances* alternative perdute non deve portare a confondere questa posta con la sopracitata tecnica risarcitoria della *chance*. Nel primo caso si risarcisce la perdita della possibilità di conseguire direttamente l'aggiudicazione (e la stipula del contratto e lo svolgimento della prestazioni in esso previste); nel secondo caso invece si risarciscono le occasioni che si sono perse a causa del coinvolgimento nella procedura di formazione contrattuale poi rivelatasi infruttuosa¹⁰⁰¹.

L'interesse negativo di cui qui ci si occupa deve pertanto intendersi limitato, da un lato, al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (è questa la quota di *danno emergente*); dall'altro al ristoro della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (è questa la quota di *lucro cessante*)¹⁰⁰².

Occorre tuttavia dare atto dell'esistenza, emersa nella panoramica giurisprudenziale, di alcune discordanze nella giurisprudenza amministrativa circa la possibilità di far rientrare o meno alcune poste di danno all'interno della nozione di interesse negativo.

Un esempio in questo senso si può rinvenire in particolare nel caso n. 6 della rassegna giurisprudenziale proposta nel presente lavoro¹⁰⁰³. In tale occasione il Consiglio di Stato, dopo aver ribadito che la responsabilità precontrattuale comporta l'obbligo di risarcimento del danno nei limiti del cd. interesse negativo e che lo stesso si può comporre sia di una quota di danno emergente che di lucro cessante, ritiene di poter aggiungere a tali voci anche il c.d. danno curriculare "cioè quel danno consistente nell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito"¹⁰⁰⁴.

Quest'ultima impostazione non pare tuttavia condivisibile - e non è invero condivisa dalla prevalente giurisprudenza amministrativa¹⁰⁰⁵ - per la decisiva considerazione che tale posta si riconnette alla mancata stipula ed esecuzione proprio di quel vincolo contrattuale oggetto di controversia, tanto che si parla appunto di 'valore dell'appalto non eseguito'. Una tale

¹⁰⁰¹ Chiarisce bene questa distinzione Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697 (caso n. 2). Per una pregevole ricostruzione della nozione di perdita di chance si veda da ultimo in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268; si veda altresì l'approfondita ricostruzione operata. In dottrina, per un valido inquadramento: P. PATRITO, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1620B; F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873. Per un raffronto sulle diverse teorie, ontologica ed eziologica, che si contendono il campo in questa materia e per un possibile superamento: V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo, una timida proposta*, in *Urb. e app.*, 2018, 3. Per un'approfondita panoramica giurisprudenziale in materia si rinvia altresì a R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in *Riv. trim degli app.*, 2020, 1.

¹⁰⁰² In generale, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2017, n. 1364; id., Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; id., sez. V, 6 marzo 2013, n. 1357.

¹⁰⁰³ Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, par. 9.

¹⁰⁰⁵ L'orientamento prevalente esclude il danno curriculare dalle poste risarcibili in caso di responsabilità precontrattuale: *ex multis* Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237; id. Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633.

posta di danno appare concettualmente riconducibile alla nozione di interesse positivo ed è, in quanto tale, da escludersi rispetto alla fattispecie di responsabilità precontrattuale.

La posta di lucro cessante si rivela tendenzialmente la più problematica anche sotto il profilo della quantificazione e delle tecniche di liquidazione¹⁰⁰⁶.

Si ravvisano invero in giurisprudenza posizioni contrastanti con riferimento alla possibilità di procedere ad una liquidazione di tipo forfettario equitativa, oppure alla necessità di dimostrare puntualmente le occasioni perse.

Così, ad esempio, secondo la citata Adunanza plenaria n. 6 del 2005 per la liquidazione con riferimento alla perdita di altre occasioni sembra in generale preferibile conformarsi al criterio equitativo. E tuttavia individua un criterio di calcolo che finisce in qualche modo per ricollegarsi proprio all'utilità data dal contratto non concluso (i.e. in particolare propone un riconoscimento forfettario in misura del 10% dell'ammontare dell'offerta)¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ Peraltro, non sono mancate incertezze pure con riferimento alla voce di danno emergente. Un profilo particolarmente delicato, di cui si è occupata in particolare Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, attiene alla possibilità di riconoscere integralmente le spese sostenute per partecipare alla gara anche laddove il provvedimento di revoca in autotutela intervenga prima che si sia addivenuti ad un'aggiudicazione e quindi prima che si potesse avere certezza sull'esito della gara. Sul punto la pronuncia assume un approccio pragmatico e di buon senso laddove afferma che, nella liquidazione del danno emergente, si deve tener conto del fatto che la lesione della libertà negoziale è avvenuta in un momento antecedente la scelta del contraente quando, pertanto, era ancora incerto chi sarebbe stato l'aggiudicatario. La fase procedimentale in cui è stata posta in essere la condotta giustifica, pertanto, il riconoscimento, in via equitativa, di una somma inferiore rispetto a quella oggetto di domanda".

In termini più netti si è invece espressa ad esempio Cons. Stato, Sez. III, 18 gennaio 2013, n. 279, che ha escluso del tutto la risarcibilità delle spese sostenute per partecipare alla gara, sul presupposto che "le spese relative alla partecipazione alla gara sarebbero state comunque sopportate dall'offerente, senza alcuna possibilità di recupero".

¹⁰⁰⁷ In una prospettiva simile si muove, più di recente, anche Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237. In senso critico, invece, si veda espressamente Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633.

Talvolta si è invece esclusa la possibilità *tout court* di poter sopperire alle mancate puntuali allegazioni del privato attraverso una valutazione equitativa¹⁰⁰⁸, richiedendosi, viceversa, una dimostrazione puntuale e rigorosa delle occasioni perdute¹⁰⁰⁹.

Un interessante punto di bilanciamento fra le opposte tendenze sembra essere quello raggiunto dalla giurisprudenza proprio in occasione della definizione della controversia che ha portato all'Adunanza plenaria n. 5 del 2018. In tale occasione il Consiglio di Stato ha ribadito il principio per cui spetta al privato dimostrare, quantomeno con un principio di prova, le possibili alternative occasioni di guadagno cui l'operatore leso avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'amministrazione, indicandole e comprovandone la concreta praticabilità. E questo in quanto "solo in relazione ad un substrato fattuale compiutamente tracciato nella domanda di parte può innestarsi, in via di ausilio, ed in presenza di obiettive situazioni di difficoltà di misurazione dei danni, il ricorso alla liquidazione equitativa"¹⁰¹⁰. In altre parole, riprendendo l'impostazione spesso seguita

¹⁰⁰⁸ Così in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, cit., rifacendosi alla c.d. concezione ontologica della chance (peraltro solitamente riferita piuttosto alla sopravvita tematica di risarcimento della chance di conseguire proprio quel contratto) ha sostenuto che l'onere di dimostrare tali poste risarcitorie gravava sull'impresa ricorrente "in base al consolidato orientamento secondo cui il pregiudizio per perdita di chance di aggiudicazione di un appalto pubblico (nelle ipotesi in cui è ammesso, quali quelle che qui rilevano) consiste in un danno patrimoniale relativo alla perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo secondo una valutazione ex ante collegata al momento in cui il comportamento illegittimo ha inciso su tale possibilità. La perdita di chance si configura quindi come danno attuale e risarcibile, sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni. Ne consegue, altresì, che alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non l'esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare. In altri termini, la perdita di chance di rilievo risarcitorio, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e non mera aspettativa di fatto o generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire un determinato bene".

In termini simili si è espressa anche Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156 (caso n. 6) che ha escluso il risarcimento per tale posta di danno, sul presupposto che l'impresa ricorrente non avesse idoneamente provato sia l'esistenza di occasioni contrattuali non sfruttate, sia il nesso di causalità tra "concentrazione" delle energie imprenditoriali verso la stipulazione del contratto de quo e mancata stipulazione di altri contratti. Peraltro, tale pronuncia aggiunge un inciso che pare invero discutibile, non foss'altro in quanto di difficile dimostrazione sul piano concreto, laddove afferma che "la perdita di occasioni contrattuali per costituire evento di danno e quindi presupposto di obbligazione risarcitoria della P.A. non deve proporsi come effetto di una scelta imprenditoriale "libera", anche se dettata da criteri di maggiore convenienza o opportunità, ciò rientrando nella piena disponibilità dell'imprenditore. Al contrario, essa deve costituire la conseguenza di una situazione in cui -per la natura dell'appalto, lo stato della procedura di affidamento, le modalità di esecuzione e i contenuti del contratto da stipularsi - la scelta dell'imprenditore appare "necessitata", in relazione alle obbligazioni che egli assumerebbe per effetto del contratto alla stipulazione del quale non si è pervenuti per responsabilità dell'amministrazione appaltante" (par. 6).

¹⁰⁰⁹ Così ad esempio si è sostenuto che ai fini della necessaria dimostrazione del lucro cessante, non sia sufficiente "l'allegazione della mera indizione di procedure selettive, né la produzione di dichiarazioni di rinuncia alla partecipazione ad esse 'per impegni in precedenza assunti', non accompagnati da elementi univoci circa l'andamento e l'esito delle relative procedure, in un periodo contestuale a quello considerato" (Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368; in termini id. Sez. V, 6 giugno 2008 n. 2680). Questa pronuncia merita altresì di essere menzionata in quanto traspone il concorso di colpa del danneggiato sul piano della quantificazione del danno risarcibile ed, in via presuntiva, in difetto di elementi di prova offerti da entrambe le parti, ritiene che la corresponsabilità possa essere attribuita in misura paritaria, con la conseguenza che il danno va riconosciuto all'impresa solo nella misura del 50 %. Questo profilo è interessante in quanto qui la conoscenza - e addirittura compartecipazione al danno - non porta ad un'esclusione dell'affidamento (e quindi di un ristoro) *tout court* ma si traduce in una riduzione percentuale del danno.

¹⁰¹⁰ Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2019, n. 2181, par. 17.2. Ciò in quanto, chiarisce la pronuncia, "siffatte evenienze, ricadendo comunque nella sfera di signoria dell'interessato, avrebbero dovuto essere allegare e

anche in ambito civilistico, la valutazione equitativa può intervenire solo laddove vi sia difficoltà ad identificare il *quantum* della pretesa, e non anche l'*an* o il nesso causale¹⁰¹¹. Da questo punto di vista, è interessante notare come spesso la giurisprudenza amministrativa tenda a ricorrere al meccanismo previsto *ex art. 34*, comma 4 c.p.a.¹⁰¹².

Peraltro, questa impostazione non pare risolvere il problema circa il livello minimo di prova richiesto, né soprattutto su quali siano i criteri di riferimento più adeguati attraverso i quali condurre, in caso di difficoltà, la valutazione equitativa. Anche sotto questo profilo si ravvisa un panorama assai frammentato¹⁰¹³. La creatività pretoria che si può riscontrare

circostanziate onde renderne obiettiva evidenza in vista del conseguimento del rivendicato ristoro sostitutivo”.

¹⁰¹¹ In questo senso la citata pronuncia afferma, richiamando la giurisprudenza civilistica in materia (*ex plurimis*, Cass., Sez. II, 22 febbraio 18, n. 4310) che “l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, che, pertanto, da un lato è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare, dall'altro non ricomprende anche l'accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta, presupponendo già assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno, nè esonera la parte stessa dal fornire gli elementi probatori e i dati di fatto dei quali possa ragionevolmente disporre, affinché l'apprezzamento equitativo sia per quanto possibile, ricondotto alla sua funzione di colmare solo le lacune insuperabili nell'iter della determinazione dell'equivalente pecuniario del danno”.

In una prospettiva simile si è espressa anche Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, affermando che “Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è quindi, necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva (nella specie: revoca dell'aggiudicazione) e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto (nella specie: aggiudicazione di altri appalti) e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta)”. Tuttavia, l'ultima citata pronuncia ricorre infine ad un meccanismo presuntivo di quantificazione della posta di lucro cessante. Così si esprime

¹⁰¹² Cfr. ancora Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156.

Peraltro, spesso la giurisprudenza tende a ricorrere a tale meccanismo in generale, e cioè anche con riferimento alle poste di danno emergente che pure risultano già puntualmente documentate. Sul punto si veda ad Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674; *id.*, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440; Tar Molise, 26 marzo 2019, n. 117. Sull'inopportunità, in generale, del ricorso ad un tale metodo si vedano le sferzanti osservazioni di A. POLICE, *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni in Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013, 25.

¹⁰¹³ Sul punto ci si limita qui a riportare tre esempi (in cui a sua volta si richiama giurisprudenza conforme).

In Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, si ribadisce innanzitutto che “Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è quindi, necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva (nella specie: revoca dell'aggiudicazione) e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto (nella specie: aggiudicazione di altri appalti) e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta)”. E poi si aggiunge che “l'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene: - o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori; - o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza; - ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. 'più probabile che non' (Cass. n. 22022/2010), e cioè 'alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali' (Cass., Sez. III, n. 22837/2010)”. Il Collegio infine ha scelto di applicare quest'ultimo criterio ed ha ritenuto di poter assumere come comprovata la sussistenza di una certa voce di lucro cessante (secondo il criterio del 'più probabile

sotto questo profilo rappresenta evidentemente un tentativo pragmatico di soluzione del problema. Tuttavia, le soluzioni via via offerte appaiono comunque prive di un valido aggancio normativo e non riescono a raggiungere quel livello di omogeneità che pure sarebbe auspicabile per scongiurare un approccio eccessivamente casistico al problema.

A completamento, si vuole svolgere una breve riflessione circa l'ipotesi particolare di scorrettezza intervenuta prima della stipula del contratto ma con richiesta di esecuzione anticipata dei lavori. Come anticipato, si tratta di ipotesi molto frequente nella pratica, tanto che da ultimo il legislatore ha sentito l'opportunità di regolarla specificatamente ed individuare restrittivamente le ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici possano ricorrere a tale meccanismo, nel verosimile tentativo di arginare proprio fenomeni distortivi e scorretti da parte del soggetto pubblico¹⁰¹⁴.

che non'), determinando per essa, in via equitativa e tenendo anche conto del criterio probabilistico utilizzato, l'entità del risarcimento nella misura dell'uno per cento del valore dell'appalto, a sua volta determinato sulla base dell'offerta economica presentata al seggio di gara.

In Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633 si è affermato che “ai fini del riconoscimento di questo tipo di danno, non si richiede che il contratto alternativo poi “rinunciato” sia già stato concluso, ed è al contrario sufficiente (anzi è proprio questo il presupposto del danno) che si dimostri che vi era una reale e concreta possibilità di concludere un diverso e fruttuoso contratto e che questo non è stato concluso proprio per effetto dell'affidamento concretamente e seriamente ingenerato dall'aggiudicazione poi indebitamente ritirata dalla stazione appaltante. Ed una volta ammessa, in linea di principio, nel caso di specie, la risarcibilità della chance contrattuale alternativa, la pronuncia si pone il problema di determinare l'ammontare del relativo danno. Si nega il rinvio al parametro della percentuale presunta di profitto calcolata come pari al 10% in quanto “si tratta di un criterio che già da tempo una parte consistente della giurisprudenza ha abbandonato, anche con riferimento al danno c.d. da mancata aggiudicazione, perché foriero di risarcimenti eccessivi e ingiustificati”. E si conclude: “In assenza di un criterio legale di determinazione del danno e a fronte della difficoltà di determinare nel suo preciso ammontare questo tipo di pregiudizio patrimoniale, non resta che ricorrere alla valutazione equitativa. A tal proposito, considerate le circostanze e tenuto conto del fatto che quella che viene in considerazione è, comunque, una semplice chance contrattuale (sia pure significativa per il livello avanzato cui erano giunte le trattative), e non un contratto alternativo definito e dunque definitivamente “certo”, appare equo riconoscere un importo pari al 5% dell'importo del contratto alternativo come sopra determinato”.

¹⁰¹⁴ Nello specifico, l'art. 32, comma 8 c.c.p. attualmente dispone che: “Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per

Rispetto a questa ipotesi particolare l'analisi giurisprudenziale proposta nel secondo capitolo ci restituisce una certa diversità di *rationes* che in parte si può giustificare con l'evoluzione del disposto normativo, ma, in parte, sembra il risultato di una diversa sensibilità giuridica¹⁰¹⁵.

In particolare, come anticipato, da ultimo la giurisprudenza amministrativa ha affermato che "in presenza di un ricorso per l'annullamento degli atti di gara neppure l'esecuzione anticipata dei lavori ordinata dall'amministrazione può di per sé essere sintomatica di un affidamento tutelabile sul piano precontrattuale, posto che per questa ipotesi l'ordinamento giuridico prevede una tutela di tipo indennitario"¹⁰¹⁶. Quest'ultima, pertanto, secondo tale giurisprudenza, costituisce una responsabilità da fatto lecito 'logicamente incompatibile' con quella (extracontrattuale) che si fa valere laddove si lamenti una scorrettezza.

Questa affermazione, tuttavia, sembra suggerire una lettura poco compatibile con l'interpretazione e l'inquadramento complessivo del fenomeno delle scorrettezze precontrattuali. Pare invero poco comprensibile che a fronte di una delle ipotesi più penalizzanti per l'impresa, sia configurabile - sempre e soltanto - un rimedio di tipo indennitario con un *quantum* di ristoro complessivamente più basso.

Appare invece più corretto leggere il dettato normativo nel senso di ritenere che il rimborso (indennitario) per le spese sostenute sia dovuto *comunque* e cioè anche laddove il comportamento dell'amministrazione sia valutato come complessivamente corretto (sul modello previsto dall'art. 21 quinquies l. 241/1990)¹⁰¹⁷. Viceversa, laddove la consegna anticipata sia scorretta il privato dovrebbe essere ammesso ad ottenere il risarcimento previsto, in generale, per le ipotesi di responsabilità precontrattuale¹⁰¹⁸.

l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari".

¹⁰¹⁵ In particolare, le soluzioni offerte dalla giurisprudenza nel caso n. 9 e nel caso n. 11 fanno emergere il diverso valore che gli interpreti hanno dato alla circostanza di consegna anticipata per ragioni di urgenza e le diverse conseguenze che ne hanno tratto sia sul piano della formazione di un affidamento tutelabile, sia del tipo di rimedio percorribile.

¹⁰¹⁶ Cons. Stato, Ad. plen. n. 29 novembre 2021, n. 21, par. 22.

¹⁰¹⁷ In questo senso sembra muoversi anche la Cassazione nel citato caso n. 9 della rassegna, i.e. Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, in NGCC, 2015, I, 983, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2015, 1963 ss., con nota di G.M. RACCA-S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*; in *Corr. giur.*, 2016, 56, M.C. AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della Pubblica amministrazione*. In termini, sia in fatto che per le conclusioni raggiunte, si segnalano altresì Cass., 3383/1981; Cass. civ., 23393/2008; Cass. civ., 11135/2009, con nota in *Giur. it.*, 2010, 3, 568.

¹⁰¹⁸ Ed, anzi, non sono mancate stimolanti proposte dottrinali volte a ricondurre in questi casi il danno risarcibile ad una posta essenzialmente positiva. Cfr. in particolare F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, cit, para 5 ss. e gli Autori ivi richiamati.

VII. Danno da ritardo e scorrettezze precontrattuali: due sistemi di tutela a confronto

La gestione dei tempi delle procedure amministrative è stata oggetto ormai di positiva regolazione da parte del legislatore che ha stabilito, in via generale, termini precisi da rispettare (cfr. art. 2 l. 241/1990). Anche con riferimento alle procedure di evidenza pubblica sono stati previsti termini puntuali (cfr. in particolare art. 32 c.c.p.)¹⁰¹⁹.

Vi è peraltro da dire subito che, per orientamento costante, tanto nei procedimenti amministrativi, quanto in quelli di evidenza pubblica, il mancato rispetto dei termini previsti dalla normativa non inficia, di regola, la validità dei provvedimenti successivamente adottati¹⁰²⁰. In altre parole, il ritardo in quanto tale non preclude di regola l'adozione di provvedimenti tardivi, né si traduce in un vizio di legittimità dell'atto. L'inerzia o il ritardo può tuttavia dare luogo, da ultimo per espressa previsione normativa, ad un ristoro economico.

Si tratta a questo punto di raffrontare brevemente le conclusioni raggiunte in tale materia con quelle sin qui analizzate rispetto al fenomeno delle scorrettezze.

Questi due 'fenomeni' non possono dirsi esattamente sovrapponibili; tuttavia, l'inerzia, l'inspiegabile protrarsi delle procedure, il ritardo nel procedere all'ottenimento delle necessarie autorizzazioni, così come alla stipula del contratto costituiscono, come visto, importanti sintomi di scorrettezza in sede di formazione dei contratti pubblici¹⁰²¹. Si ritiene perciò che le due discipline debbano risultare complessivamente coerenti fra loro.

Si può osservare come molte delle questioni sin qui viste con riferimento alle scorrettezze precontrattuali si ritrovino anche nell'ambito delle riflessioni relative alla violazione dei termini procedimentali ed alla connessa configurabilità di un danno da ritardo¹⁰²². Così in particolare si è posto il problema se si tratti di un (mero) interesse procedimentale o se

¹⁰¹⁹ Cfr. cap. I, par. V.3 e, sulle criticità dell'art. 32, comma 8 rispetto al tipo di compensazione riconosciuta, par. VI. Peraltro, la giurisprudenza ha spesso affermato il carattere non perentorio di tali termini (a dispetto dei recenti tentativi legislativi aventi il precipuo obiettivo di assicurare celerità, certezza ed efficienza soprattutto nell'ambito delle commesse pubbliche; cfr. in particolare D.L. 76/2020, convertito in L. 112/2020) chiarendo che "il termine di sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione per la sottoscrizione del contratto non ha carattere perentorio, bensì ordinatorio sollecitatorio e derogabile (eventualmente anche in ragione della necessità di completare l'acquisizione della documentazione necessaria); laddove la stipulazione non avvenga in tale termine, all'aggiudicatario è riconosciuto il diritto potestativo di sciogliersi dal vincolo obbligatorio nascente dalla sua offerta (con il rimborso delle spese contrattuali documentate e ferma, in presenza dei relativi presupposti, l'eventuale responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione); tuttavia, ove l'impresa intenda conseguire il contratto, ha la possibilità di ricorrere avverso il silenzio innanzi il giudice amministrativo" (Tar Lazio, Latina, 22 ottobre 2021, n. 569; in termini Tar Liguria, Sez I, 22 marzo 2021, n. 248 in *Foro amm* (il), 2021, 3, 535). Per una discussione si veda L. DELL'OSTA., *Il silenzio dopo l'aggiudicazione: responsabilità precontrattuale della stazione appaltante e profili di tutela dell'aggiudicatario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, 506.

¹⁰²⁰ Il principio vale in particolare per i ritardi che si traducono in silenzi 'non significativi', i.e. silenzi-inadempimento. A considerazioni diverse, che tuttavia esulano dalla presente analisi, si deve giungere, fermo restando il potere di intervento in autotutela, in presenza di silenzi c.d. significativi, su cui da ultimo ha inciso anche la sanzione di inefficacia riservata per alcune categorie di provvedimenti prevista dall'art. 2, comma 8 bis l. 241/1990, introdotto dal D.L. Semplificazioni n. 76/2020.

¹⁰²¹ Si veda la panoramica giurisprudenziale del capitolo secondo. Gli stessi fenomeni, peraltro, costituiscono tradizionali fattispecie fondatrici di responsabilità precontrattuale; cfr. sul punto, per tutti, G. DE NOVA., R. SACCO, *Il contratto*, IV ed., UTET, Vicenza, 2016.

¹⁰²² Sia consentito il rinvio alla ricostruzione generale, ancorché di stampo manualistico, operata in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Nel Diritto, Molfetta, 2022.

ricollegli ad una posizione autonoma e se questa sia eventualmente configurabile in termini di interesse legittimo o diritto soggettivo. Parimenti, si è riproposto, con particolare riferimento all'ipotesi del c.d. danno da mero ritardo, il problema dell'individuazione del bene della vita cui la posizione soggettiva lesa si correla¹⁰²³.

Il presente raffronto si concentra proprio sulla disciplina e sull'inquadramento dogmatico previsto per il c.d. danno da mero ritardo, inteso quale possibilità di riconoscere al privato un ristoro per il sol fatto che il provvedimento, pur legittimamente sfavorevole, sia giunto in ritardo rispetto al termine normativamente previsto¹⁰²⁴.

Il panorama interpretativo rispetto a questa ipotesi può dirsi tradizionalmente¹⁰²⁵ e tuttora particolarmente controverso. E si osserva come le diverse modifiche legislative succedutesi in materia non siano valse a neutralizzare il dibattito generale, dal momento che il testo normativo (il riferimento è in particolare all'art. 2-bis l. 241 del 1990) si è prestato ad interpretazioni diversificate¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Cfr. F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit. 314; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in *giustamm.it*, 2014, 3.

¹⁰²⁴ Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti occorre precisare come il 'danno da ritardo' si ricollega a fattispecie diverse fra loro e che non si discute qui della diversa ipotesi di tardivo godimento del bene della vita poi concesso attraverso l'emanazione di un provvedimento favorevole. Invero, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia di danno da ritardo si è sviluppato essenzialmente con riferimento a due distinte questioni problematiche. La prima, qui al centro di indagine, è se, nel caso di adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole, il privato possa comunque ottenere un ristoro in ragione della violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento in termini e, quindi, pur nell'assodato presupposto, si anticipa, di mancata spettanza del bene della vita; la seconda è se, nel caso di adozione di provvedimento finale favorevole ma tardivo, il danno da ritardo debba essere riconosciuto in via automatica o se, invece, debba essere regolarmente provato sia nell'*an* che nel *quantum*. Su quest'ultimo punto l'opinione prevalente è nel senso di richiedere una puntuale dimostrazione di entrambi gli elementi. Sulla necessità di distinguere concettualmente il danno per il mancato rispetto del termine per provvedere dal danno derivante dall'intempestiva emanazione di un provvedimento favorevole (quest'ultimo da intendersi come ritardo nel godimento medio tempore al bene della vita) si rinvia al commento di M. CLARICH e G. FONDERICO alla Ad. plen. n. 7 del 2005, in *Urb. e app.*, 2006, 1, 62.

¹⁰²⁵ Nell'ambito di questa discussione, vale la pena richiamare un confronto fra i risultati raggiunti dall'Adunanza plenaria nel 2005, a pochi giorni di distanza, rispettivamente in materia di responsabilità precontrattuale e di danno da ritardo. Da un lato, l'Adunanza plenaria n. 6 del 5 settembre 2005, come già ampiamente visto (cfr *supra* par. I), ha ammesso la configurabilità di una responsabilità precontrattuale pur a fronte di provvedimenti legittimi in presenza di un comportamento complessivamente scorretto dell'amministrazione. Dall'altro, l'Adunanza plenaria n. 7 del 15 settembre 2005 ha negato, la risarcibilità del c.d. danno da mero ritardo, proprio sul presupposto che, in questo caso, non venisse in gioco un giudizio di spettanza. Si può argomentare che la compresenza di questi orientamenti derivi dal fatto che, a differenza di quanto qui proposto, i due fenomeni non venivano ricondotti nell'ambito di uno schema concettuale unitario. Così, con riferimento alla responsabilità precontrattuale, la plenaria considerava che il risarcimento discendesse dalla violazione dei canoni comportamentali imposti a tutti i soggetti dell'ordinamento in forza dell'art. 1337 c.c. e configurava quindi - sia pur implicitamente - una posizione di diritto soggettivo. Viceversa, con riferimento al danno da ritardo, la plenaria riteneva che venisse in gioco - unicamente - una posizione di interesse legittimo pretensivo; conseguentemente, in linea con l'impostazione prevalente sul punto, affermava che l'interesse pretensivo suscettibile di tutela risarcitoria potesse essere unicamente quello legato al conseguimento dell'utilità finale richiesta con l'istanza; in altre parole, al rilascio di un provvedimento vantaggioso per l'istante (cui a sua volta si ricollega il bene della vita). E, quindi, ove il provvedimento, ancorché tardivo, fosse legittimamente sfavorevole e, pertanto, risultasse preclusa la spettanza del bene della vita, era da escludersi qualsiasi tipo di ristoro.

¹⁰²⁶ Il riferimento è in particolare: (i) all'intervento della legge n. 69 del 2009, che ha introdotto l'art. 2 bis nella l. 241 del 1990 rubricato significativamente "conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento", secondo cui: "le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter,

In particolare, secondo l'orientamento tradizionale, e tuttora prevalente soprattutto in giurisprudenza, si esclude la possibilità di conseguire un risarcimento per il mero ritardo cui è poi seguito un provvedimento legittimamente sfavorevole, dal momento che in questo caso non viene in rilievo un positivo giudizio di spettanza rispetto al bene della vita cui il provvedimento, tardivo ma legittimo, si correla¹⁰²⁷. In questa ipotesi, sarebbe unicamente possibile conseguire l'indennizzo previsto dall'attuale formulazione dell'art. 2-bis, comma 1-bis l. 241 del 1990.

Questa lettura non ha tuttavia convinto tutti gli interpreti ed occorre in particolare evidenziare la diversa posizione assunta dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 con riferimento all'attuale codificazione dell'art. 2, comma 1 bis, secondo cui:

“Secondo l'interpretazione più accreditata, con tale norma il legislatore – superando *per tabulas* il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento). Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione”¹⁰²⁸.

La plenaria ha così stabilito, sia pure nell'ambito di un lungo *obiter dictum*, un ponte di collegamento fra l'ipotesi (ed il regime di tutela previsto) della responsabilità per scorrettezza nell'ambito di formazione dei contratti pubblici e l'ipotesi del danno da mero ritardo. Anche in questa ipotesi infatti, secondo la plenaria, si prescinde da un giudizio sulla spettanza del bene della vita¹⁰²⁹, venendo il rilievo un'autonoma posizione di diritto

sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”; (ii) all'intervento del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che ha introdotto il comma 1 *bis* dell'art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, secondo cui: “fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento”. Per una disamina complessiva delle interpretazioni emerse in materia si veda, *ex multis*, M. RENNA, *Art. 2 bis*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di BARTOLINI, FANTINI, FERRARI, Roma, 2010; G. SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?* (3 agosto 2009) in *giustamm.it*.

¹⁰²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 21 dicembre 2020, n. 8199, id. 25 maggio 2020, n. 3318; id. Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755; id. Sez. IV, 8 marzo 2021, nn. 1921 e 1923, id. 1 dicembre 2020, n. 7622, id. 20 ottobre 2020, n. 6351, id. 22 luglio 2020, n. 4669; Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210; Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1354, id. 26 marzo 2020, n. 2121.

¹⁰²⁸ Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5, cit.

¹⁰²⁹ Cfr. sul punto le riflessioni di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 314 ss. Per una riflessione generale si rinvia altresì a M. PROTTO, *Il danno da ritardo: alla ricerca del tempo (e del bene) perduto* in *Giur. it.*, 2021, 5, 1171.

soggettivo, e si conferma che l'atteggiamento scorretto del ritardo e dell'inerzia, in quanto tale, non incide *di regola*¹⁰³⁰ sulla legittimità del provvedimento¹⁰³¹.

Si ritiene che questa prospettazione risulti complessivamente più coerente rispetto agli approdi raggiunti nella materia qui in esame e sia pertanto, alla luce della matrice unitaria dei fenomeni, da preferirsi.

Tuttavia, occorre constatare che mentre i principi espressi dalla plenaria n. 5 del 2018 con riferimento alla responsabilità precontrattuale sono stati complessivamente salutati con favore dalla giurisprudenza successiva, si è invece cercato di neutralizzare e minimizzare i connessi approdi raggiunti dalla stessa in materia di danno da mero ritardo.

Non sono invero mancate anche importanti pronunce che hanno confermato l'impostazione del *plenum*¹⁰³². Tuttavia, nonostante gli apparenti sforzi conciliativi e le adesioni formali, buona parte della giurisprudenza amministrativa successiva si è distaccata da tale impostazione, ricorrendo ai più diversificati percorsi argomentativi ed ha riaffermato come non vi possa mai essere un risarcimento per danno da mero ritardo in assenza di un prodromico giudizio positivo circa la spettanza del provvedimento favorevole, connesso al bene della vita¹⁰³³.

¹⁰³⁰ Non sfugge come il 'tempo' sia altresì uno degli elementi costitutivi da valutare in rapporto alla sussistenza di un affidamento legittimo. Inoltre, il tempo può incidere sulla valutazione in termini di concretezza ed attualità dell'interesse pubblico, rilevante ai fini di un sindacato in termini di eccesso di potere (cfr. considerazioni svolte in cap. III, par. V.3.).

¹⁰³¹ La plenaria precisa che: "Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali."

¹⁰³² Si può in particolare citare l'ormai nota Cass. n. 8236/2020; cfr. in particolare par. 30.

¹⁰³³ Un'apparentemente "confusa" presa di posizione sul punto si può rinvenire nella pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 7 del 2021, che ha affrontato il tema della natura della responsabilità della pubblica amministrazione (con specifico riferimento ad un'ipotesi di adozione tardiva del provvedimento favorevole), in cui si afferma in particolare che il ritardo va a "ledere il bene "tempo", che ha dignità di interesse risarcibile ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990, se e nella misura in cui, per effetto di tale lesione, si sia prodotto un «danno ingiusto». La "confusione" discende, a parere di chi scrive nel fatto che, da un lato, la plenaria afferma che non ci sia incompatibilità con quanto precedentemente affermato nella pronuncia n. 5 del 2018 e richiama principi astrattamente compatibili con l'impianto ivi seguito, secondo cui si deve comunque dare prova di aver subito un danno ingiusto. Tuttavia, successivamente richiama quella giurisprudenza secondo cui l'unico danno risarcibile è quello connesso alla lesione del bene della vita cui il provvedimento favorevole si correla; ed ancora più cripticamente fa riferimento alla "diversa ipotesi" del mero danno da ritardo senza chiarire quali siano i (a questo punto diversi?) requisiti imposti, né tantomeno se intenda aderire o meno all'impostazione così proposta dalla plenaria del 2018. Per un commento generale si veda, *ex multis*, C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione dell'interesse legittimo*, in *Urb e App.*, 2021, 5, 621 ss; M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?* In *Dir. proc. Amm.* 2022, 1, Il 143.

Un ulteriore e – si consenta – ancor meno condivisibile tentativo di circoscrivere l'operatività dei principi espressi dalla plenaria del 2018 è stato compiuto dalla giurisprudenza con specifico riferimento al danno da mero ritardo in cui come visto, l'Adunanza plenaria ha affermato principi tanto coerenti con le proprie premesse, quanto dirompenti rispetto all'impostazione prevalente in materia di risarcimento da danno da mero ritardo. Rinviando per la discussione generale al para IV, si fa qui riferimento in particolare alla tesi formulata in Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358, secondo cui l'operatività dei principi espressi dalla plenaria del 2018 presupporrebbero necessariamente la 'natura imprenditoriale' del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'adozione del provvedimento (ancorché legittimamente

Si ha peraltro la sensazione che, al di là della ovviamente sempre possibile e stimolante diversità di vedute sul piano teorico, parte della perdurante diffidenza della giurisprudenza sia forse alimentata dalla mai sopita preoccupazione di evitare un eccessivo ampliamento delle ipotesi di risarcibilità dei danni a carico della pubblica amministrazione¹⁰³⁴. Ed una rassicurazione può di nuovo giungere ove si osservi più da vicino il regime che la plenaria del 2018 concretamente impone (anche) per il danno da mero ritardo¹⁰³⁵.

Più in generale, una volta affermata la preferenza per tale impostazione, si tratta ora di analizzarne brevemente i caratteri costitutivi.

La plenaria ha in linea di principio sottoposto questa ipotesi allo stesso regime delineato per il riconoscimento per la responsabilità precontrattuale, configurando quindi la possibilità di un risarcimento che viene essenzialmente ricondotto al modello aquiliano e viene distinto dall'ipotesi di indennizzo automatico e forfettario, previsto in ipotesi particolari dal citato art. 2 bis, comma 1 bis l. 241 del 1990¹⁰³⁶.

Pertanto, il privato sarà innanzitutto tenuto a dimostrare il danno subito ed il nesso di causalità. In questo senso si era invero da tempo espressa la dottrina più accorta, secondo cui "ben può ammettersi in astratto che il privato possa subire un danno per il ritardo procedimentale anche quando il provvedimento finale è per lui (legittimamente) sfavorevole, ma tale danno dovrà essere provato sia nella sua esistenza, sia nel rapporto di causalità con il ritardo"¹⁰³⁷. In altre parole, la plenaria afferma, proprio come fa con riferimento alla responsabilità precontrattuale, che il privato sia tenuto a dimostrare il danno eventualmente derivato dal ritardo nel conoscere la, pur sfavorevole, delibazione dell'amministrazione rispetto alle proprie scelte personali, imprenditoriali etc.¹⁰³⁸

di segno negativo); dovendosi invece ritenere che negli altri casi sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo. Sul punto, una valida risposta sembra offerta da quanto da C.g.a. 4 novembre 2010, n. 1638) secondo cui il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione ed attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica.

In generale, per la necessaria sussistenza e superamento di un giudizio di spettanza si vedano da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755; Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 4897; Cons. Stato, Sez. IV, 1° luglio 2021, n. 5033 in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 5, 1738.

¹⁰³⁴ Sul punto CLARICH E FONDERICO (ult. op. cit., 68) osservano che, in questi casi "la scelta dei giudici, in ultima analisi, riguarda l'allocazione del danno, non la sua sussistenza" e che, tuttavia, tali ragioni di politica del diritto potrebbero - *rectius* dovrebbero - essere assicurate in altri modi.

¹⁰³⁵ Sul punto si rinvia alle considerazioni generali espresse *infra* in par. I. Per un'interessante analisi in tema, con ampi riferimenti giurisprudenziali, si rinvia al recente lavoro di S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 3, 783.

¹⁰³⁶ Per un inquadramento di questa diversa ipotesi, sia sotto il profilo dei requisiti richiesti che del più ristretto ambito di applicazione, sia consentito il rinvio alla trattazione manualistica in R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, VI ed., Giuffrè, 2021, 1100 ss. Il riferimento pare significativo in particolare ove si consideri che uno degli Autori del trattato manualistico è lo stesso estensore della plenaria n. 5 del 2018.

¹⁰³⁷ R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno*, cit., par. 3.

¹⁰³⁸ Da questo punto di vista si ha la sensazione che permanga nella giurisprudenza più recente un fraintendimento di fondo che contribuisce al permanere di un'incertezza generale sulla materia. Spesso infatti, le pronunce mescolano il requisito della prova del danno ingiusto - cui pure l'impostazione qui proposta non si sottrae - con l'affermazione per cui l'unico danno ingiusto possibile e dimostrabile sia quello al bene della vita ed in ciò si pongono, a dispetto di qualsiasi adesione formale, in aperto contrasto con i principi espressi sul punto dalla plenaria n. 5 del 2018. Tale ambiguità si scorge sia nella già citata Ad. plen n. 7 del 2021 ed altresì ad esempio Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 4897.

Il che, tuttavia, non è ancora sufficiente, in quanto nella valutazione del danno da mero ritardo non si ritiene sufficiente la sussistenza della circostanza obiettiva del ritardo ma anche della rimproverabilità del ritardo in capo all'amministrazione¹⁰³⁹, in linea con quanto visto in generale per l'affidamento (cfr *supra* par. V).

Tuttavia, nel caso del ritardo si assistono ad alcuni 'correttivi' rispetto a quanto visto in materia di affidamento (in cui comunque, il panorama è tuttora particolarmente variegato).

Se nell'affidamento si tende prima di tutto a valutare la mancanza di colpa del privato, nel caso del ritardo sembra piuttosto sussistere una presunzione di scorrettezza dell'amministrazione e si potrebbe argomentare che ciò si correla alla sussistenza di un obbligo generale di concludere l'azione in un determinato termine¹⁰⁴⁰. L'indagine si sposta piuttosto sulla scusabilità del ritardo da parte dell'amministrazione, dal momento che, appunto, la norma parla di violazione dolosa o colposa del termine del procedimento.

Tuttavia si osserva come, ancora una volta, l'indagine circa la rimproverabilità dell'amministrazione venga svolta secondo parametri obiettivizzati e, dall'altro, appaia preferibile configurare il riparto dell'onere della prova in linea con quanto previsto per la colpa dell'amministrazione, e cioè facendo ricadere sull'amministrazione ritardataria l'onere di dimostrare che il ritardo non sia dovuto a negligenza ed errori, bensì a fattori che possano ricadere, in senso ampio, nell'ipotesi dell'errore scusabile.

VIII. *Il posterius della giurisdizione ed alcune osservazioni finali sul principio di effettività della tutela*

A partire dalla fondamentale Adunanza plenaria n. 6 del 2005 si è affermata la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo relativamente alle

¹⁰³⁹ Sembra assumere questa impostazione Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2021, n. 5648 secondo cui: "La risarcibilità del danno derivante dalla violazione del termine per provvedere presuppone la sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo e soggettivo. Con l'ulteriore precisazione che la valutazione di questi ultimi (dolo o colpa della p.a.) non può essere fondata soltanto sul dato oggettivo del superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo; in ogni caso, infatti, occorre quantomeno verificare se il comportamento dell'apparato amministrativo abbia travalicato i canoni della correttezza e della buona amministrazione, ovvero sia trasmodato in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili; ne consegue che la responsabilità deve essere negata quando la violazione dei termini procedurali sia dipesa dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali o dall'incertezza del quadro normativo di riferimento o dalla complessità della situazione di fatto". In termini anche Cons. Stato, Sez. IV, 2 gennaio 2019, n. 20. Coglie l'impostazione proposta dal plenum anche Tar Lazio, Roma, 3 marzo 2020, n. 2765 secondo cui: "A differenza dell'indennizzo forfettario, il danno da ritardo della P.A. non costituisce un ristoro automatico collegato alla mera violazione del termine, ma, ai fini del suo risarcimento, è preciso onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere. Spetta dunque al danneggiato dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, sul piano oggettivo (la prova del danno e del suo ammontare, l'ingiustizia dello stesso, il nesso causale) e soggettivo (il dolo o la colpa dell'Amministrazione).

¹⁰⁴⁰ Peraltro, l'indagine, rectius il tentativo di limitare il risarcimento per 'carenze' dal lato del privato viene da ultimo recuperata in altro modo dalla giurisprudenza attraverso un'interpretazione rigorosa - e francamente un po' creativa - dell'art. 2 spec. par. 9 bis ss. Un esempio emblematico in tal senso è offerto dai recenti approdi dell'Adunanza plenaria nella citata pronuncia n. 7/2021.

controversie in materia di responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica¹⁰⁴¹. In tale pronuncia si è in particolare ritenuto che sussiste rispetto a tali controversie "quella situazione di interferenza tra diritti soggettivi e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono come *conditio sine qua non* - secondo la Corte [Costituzionale¹⁰⁴²] - per la legittimità costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo".

A favore della giurisdizione amministrativa per tali controversie si sono poi spese, più in generale, le Sezioni Unite, con la nota pronuncia del 12 maggio 2008, n. 11656, in cui si è chiarito come in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture - e quindi di controversie per cui sussiste la giurisdizione esclusiva, ai sensi, ora, dell'art. 133, lett. e) c.p.a. - la giurisdizione amministrativa sussista anche con riferimento a controversie aventi ad oggetto comportamenti (sotto forma di silenzi, ritardi, omissioni etc...) e non solo provvedimenti dell'amministrazione¹⁰⁴³.

Questa impostazione risulta implicitamente confermata altresì dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 che, pur senza prendere espressamente posizione sul punto (non essendo lo stesso oggetto di remissione al *plenum*), sembra necessariamente presupporre che l'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista attualmente dall'art. 133 c.p.a. investa anche le controversie qui in esame, tenuto conto che, come visto, si ricostruisce la posizione soggettiva in termini di diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale¹⁰⁴⁴.

L'idea di fondo sottesa a questa lettura è pertanto che si sia di fronte ad una posizione di diritto soggettivo che tuttavia, mantenendo un collegamento - un'interferenza - con

¹⁰⁴¹ In particolare, "l'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 ha dato vita ad una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attribuendo a quest'ultima "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernino interessi che diritti soggettivi" (Cons. Stato, Ad. plen. n. 6 del 2005). Per un commento, *ex multis*, I. FRANCO, E. RAGANELLA, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto di giurisdizione in Urb. e app.*, 2006, 69; L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 1, 39. Per una ricostruzione circa il panorama interpretativo precedente a tale intervento della plenaria si veda S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205/2000* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776) in *Resp. civile e Prev.*, 2001, 1235; G.M. RACCA *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della p.a.* (nota a Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776) in *Urb. e app.*, 2002, 199.

¹⁰⁴² Il riferimento è naturalmente alla notissima Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; con nota di F. SAITTA in *Foro amm-CDS*, 2004, 7-8, 1903 ss; di C.E. GALLO, 1908 ss. Per un commento si veda anche MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 (osservazioni a primissima lettura)* in *Dir. proc. amm.*, 2004, 821. Per una riflessione generale si veda A. ANGELETTI (a cura di) *La corte costituzionale e la giurisdizione esclusiva*, Giuffrè Milano, 2005. Per una riflessione critica, più di recente, si veda anche F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 283 ss.

¹⁰⁴³ Le medesime Sezioni Unite hanno precisato che laddove invece venga in rilievo un procedimento di formazione contrattuale che non rientri nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva (nel caso specifico si trattava di verificare se un dato contratto fosse qualificabile come un appalto di lavori oppure come una vendita di cosa futura), allora tornerà ad operare la regola generale di riparto basata sulla *causa petendi*. E poiché in caso di responsabilità precontrattuale per comportamenti scorretti in sede di formazione contrattuale vengono in rilievo - quantomeno secondo la posizione accolta dalla stessa Cassazione - posizioni di diritto soggettivo, la giurisdizione spetterà al giudice ordinario. Per un commento si rinvia, *ex multis*, a M. CLARICH, G. FIDONE, *La giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura*, in *Corr. Giur.*, 2008, 10, 1388.

¹⁰⁴⁴ Cfr. *infra* in generale par. I cui si rinvia anche per i commenti in merito della citata pronuncia.

l'esercizio del potere, resta attratto nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁴⁵.

Tuttavia, questo inquadramento sembra esser proceduto 'in parallelo' rispetto al più volte richiamato filone che riconduce una delle ipotesi (varianti) principali attraverso cui si può manifestare la scorrettezza del contraente pubblico, i.e. l'annullamento del provvedimento favorevole ma illegittimo, nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario¹⁰⁴⁶.

La Cassazione, come visto, a partire dalle note pronunce del 2011, è in particolare giunta alla conclusione che in tale ipotesi venga sì in rilievo una posizione di diritto soggettivo, ma che questa sia non collegata, neppure in maniera mediata, con l'esercizio del potere e che pertanto non rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo neppure nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva¹⁰⁴⁷.

Da ultimo, come pure analizzato, la giurisprudenza amministrativa, ha nettamente respinto questo orientamento ed ha, viceversa, ricondotto le controversie risarcitorie per danni da lesione dell'affidamento¹⁰⁴⁸ derivante da provvedimento favorevole ma illegittimo nell'alveo della giurisdizione amministrativa¹⁰⁴⁹. La plenaria è in particolare giunta a questa conclusione ritenendo che "la giurisdizione amministrativa va invece affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un "mero comportamento" - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo"¹⁰⁵⁰.

Sulla base della ricostruzione operata dalla plenaria la sottoposizione di una determinata materia alla giurisdizione esclusiva non pare invero determinante, giacché ciò che rileva è che si sia di fronte ad una situazione di potere, cui si fronteggia necessariamente una posizione di interesse legittimo (viceversa, la sussistenza di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva assume rilievo laddove si inquadri piuttosto la posizione soggettiva in termini di

¹⁰⁴⁵ In termini, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237; id. Sez. V, 27 marzo 2017, n. 1364; id., 8 novembre 2017, n. 5146, che ha in particolare ribadito il principio per cui ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure di affidamento (anche in regime di concessione) di pubblici lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti al rispetto della normativa eurounitaria e nazionale in tema di evidenza pubblica, tra cui, di conseguenza, anche la controversia risarcitoria che inerisce al complesso degli atti e del contegno serbato dall'amministrazione nel corso della procedura ad evidenza pubblica che ha condotto all'aggiudicazione in favore di altro concorrente.

¹⁰⁴⁶ Non sono peraltro mancate riflessioni trasversali in dottrina; cfr. ad es., C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. e Dir. priv.*, 2012, 4, 1233.

¹⁰⁴⁷ Il principio è stato affermato indistintamente, sia nel caso di lesione dell'affidamento nell'ambito di procedure di evidenza pubblica, che nell'ambito di altri procedimenti amministrativi. Cfr cap. III, par. V.4. ss.

¹⁰⁴⁸ Che peraltro, come più volte sottolineato, costituisce una delle varianti attraverso cui si può manifestare il fenomeno qui in esame. Cfr. cap. II, par. IV ss.

¹⁰⁴⁹ Con argomentazioni sostanzialmente riprese dalla (numerosa) dottrina che si era sin da subito mostrata critica rispetto all'orientamento inaugurato dalla Cassazione con le pronunce del 2011. Per una rassegna delle posizioni si rinvia a cap. III, par. V.4. ss.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, par. 7.

diritto soggettivo, cfr. *infra*). Evidente, pertanto, è lo scarto sia rispetto alla posizione della Cassazione, sia rispetto alla sopravvissuta posizione consolidata della stessa plenaria in materia di responsabilità precontrattuale.

È stato peraltro osservato in dottrina come, così argomentando, la plenaria del 2021 finisca per qualificare il riparto non tanto in forza delle situazioni soggettive che vengono in gioco, quanto piuttosto in ragione della sussistenza di un esercizio di un potere, dovendosi ritenere, alla luce sia degli insegnamenti della Corte costituzionale che della formulazione dell'art. 7 c.p.a., che questo sia l'attuale criterio di riparto fra i due plessi giurisdizionali (cfr. subito *infra*)¹⁰⁵¹.

Il ragionamento che svolge la plenaria può esser così riassunto: c'è un comportamento tenuto dall'amministrazione in qualità di autorità; quindi c'è un potere; quindi c'è un interesse legittimo (che è l'unica posizione che dialoga col potere); quindi c'è la giurisdizione del giudice amministrativo. Il che significa, in linea con l'insegnamento più classico, che è la posizione soggettiva a radicare la giurisdizione.

L'argomento è suggestivo¹⁰⁵² e nel momento in cui si fa riferimento ad un potere viene 'naturale' ritenere che esso dialoghi con un interesse legittimo. Tuttavia, l'inquadramento della posizione in termini di interesse legittimo non è privo di inconvenienti.

In particolare, esso richiederebbe di configurare concettualmente la sussistenza di due tipologie di interesse legittimo nell'ambito della medesima vicenda: il primo connesso ad una responsabilità provvedimentale; il secondo, invece, alla responsabilità di tipo comportamentale. A parere di chi scrive, uno dei profili più delicati da chiarire è come lo stesso soggetto (i.e. l'originario destinatario del provvedimento favorevole poi annullato), da un lato, si sia visto legittimamente sacrificare la propria posizione di interesse legittimo nel procedimento in cui è risultato controinteressato soccombente e, dall'altro, sempre in base alla medesima posizione di interesse legittimo, possa ottenere un risarcimento per la lesione del proprio affidamento.

¹⁰⁵¹ In questo senso in particolare C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'adunanza plenaria*, cit., para 2.2. che essenzialmente richiama sul punto le considerazioni di F.G. SCOCA in *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1. Coerentemente quest'ultimo ha ivi sostenuto, che "risulta difficile ritenere che, fissato il criterio di riparto della giurisdizione sull'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, possano poi aversi materie per le quali la giurisdizione del giudice amministrativo prescinda da tale criterio, riesumando (sia pure allo scopo di superarla) la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi". Ed altrettanto coerentemente con tali premesse ritiene superabile la stessa concezione di giurisdizione esclusiva per materie. Sul punto peraltro precisa che "altro sono le materie, altro sono le singole controversie. Può ben avvenire che in una materia, in cui l'amministrazione si veste di autorità, sorgano controversie su vicende in cui non si abbia esercizio di poteri autoritativi: è il caso dei c.d. atti paritetici. Non può escludersi del tutto, anche se si tratta di ipotesi marginali, riguardanti quasi esclusivamente questioni patrimoniali, che il processo amministrativo possa avere ad oggetto diritti soggettivi". Secondo l'Autore, tuttavia, "questa circostanza, per il suo rilievo marginale, non giustifica il mantenimento della giurisdizione esclusiva; tanto più che la stessa circostanza può verificarsi anche nelle materie non attribuite alla giurisdizione esclusiva; donde l'irrazionalità di soluzioni processuali diverse. La tutela dei diritti soggettivi può ben essere lasciata, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, al giudice ordinario".

¹⁰⁵² E sembrerebbe coerente con l'affermazione, pure svolta dalla plenaria secondo cui l'affidamento, come principio, sarebbe predicabile sia rispetto a posizioni di interesse legittimo che di diritto soggettivo (cfr. cap. III, par. V.4.).

In alternativa, si richiederebbe un ripensamento radicale dell'interesse legittimo quale posizione tutelabile a prescindere da un giudizio di spettanza sul bene della vita¹⁰⁵³.

Nell'ambito di questa indagine sulle perduranti incertezze ed incoerenze in punto responsabilità precontrattuale e danno da affidamento si vogliono a questo punto svolgere alcune considerazioni per così dire 'metagiuridiche'.

Nelle riflessioni sin qui svolte si è visto come molto del dibattito sostanziale circa la possibilità ed i limiti entro cui riconoscere una tutela rispetto alle scorrettezze dell'amministrazione nello svolgimento della propria attività sia emerso *in occasione* di diatribe inerenti il riparto di giurisdizione. Lo scontro giurisprudenziale relativo alla figura del danno da affidamento derivante dalla rimozione di provvedimento illegittimo ma favorevole (e da ultimo derivante anche dalla sua mancata adozione) costituisce, in questo senso, un esempio emblematico.

Tale dibattito, pur giocato attraverso il ricorso a complesse argomentazioni teoriche, sembra riflettere innanzitutto uno scontro fra plessi ed il reciproco intento di riappropriarsi di uno spazio di giurisdizione¹⁰⁵⁴.

Autorevole dottrina ha poi espresso la convinzione che i rispettivi ordini non affrontino il tema della responsabilità - quale strumento per assicurare una tutela effettiva di quello che è stato riconosciuto come un interesse giuridicamente rilevante del privato¹⁰⁵⁵ - con la stessa *forma mentis* e che sia quindi necessario sottoporre la valutazione di tali istanze di fronte a chi è pronto ad ascoltarle. In questo senso si è affermato che:

“è indubbio che il plesso di erogazione della tutela non è indifferente rispetto alle condizioni, modalità e finalità della stessa, in ragione delle differenti ideologie e sensibilità in gioco. Così mentre per il giudice amministrativo il rapporto in cui interviene il fatto illecito è ritenuto frammento che si iscrive in un più ampio ambiente di stampo pubblicistico definito dalle forme della manifestazione della funzione la cui analisi viene condotta attraverso regole di (validità, che incorporano ipotesi di) contemperamento dell'interesse privato con il invitato di pietra “interesse pubblico”, per il giudice civile esso è viceversa la cornice esterna che delimita una fattispecie complessa nel cui ambito i momenti di esercizio o di mancato esercizio del potere amministrativo rilevano come episodici accadimenti storici considerati, non in quanto tali ma nella prospettiva - macro, appunto, oltre che

¹⁰⁵³ Cfr. riflessioni cap. III, par. IV.3.

¹⁰⁵⁴ Cfr. le caustiche ma stimolanti riflessioni sul punto di A. POLICE in *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni in Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013). In particolare l'Autore, nel ricostruire tutta l'evoluzione normativa ed interpretativa che ha caratterizzato il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità della pubblica amministrazione ha osservato che “gran parte del nostro ordinamento giuridico si costruisce sulle dispute di potere fra giudici ordinari e giudici amministrativi; e non è una novità recente, né uno scandalo attuale quello dei contrasti tra Cassazione e Consiglio di Stato sulla spettanza della giurisdizione” (ibidem, 39). In maniera ancor più provocatoria l'Autore ha ritenuto che “la paura di fondo della Cassazione di perdere il controllo sulle controversie con le pubbliche amministrazioni ... [ha costituito] la vera e forse la principale ragione che condusse alle famose pronunce n. 500 e 501 del 1999” (ibidem, 39). Per una riflessione recente di ampio respiro si veda anche M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.* 2021, 2, 213.

¹⁰⁵⁵ Qui l'espressione è utilizzata in senso volutamente ampio di 'pretesa sostanziale' (cfr. cap II, par. III.1).

selettivamente orientata – delle conseguenze illecite prodotte ai danni delle pretese soggettive del privato”¹⁰⁵⁶.

In quest’ottica può essere letto gran parte del dibattito sia circa la consistenza della situazione di affidamento (incolpevole) in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo¹⁰⁵⁷.

In particolare, coloro che sostanzialmente ritengono che il giudice amministrativo non sia giudice *incline* a riconoscere uno spazio autonomo di tutela alla lesione dell’affidamento e più in generale a comportamenti contrari al canone di buona fede - che, pure, nessuno più si sente di negare trovi applicazione anche nell’ambito dei rapporti tra privato ed amministrazione - finiscono col ritenere che la tutela di tali posizioni, qualificate in termini di diritto soggettivo, possa e debba necessariamente essere svolta davanti al giudice ordinario¹⁰⁵⁸.

E ciò prima di tutto perché, appunto, il giudice ordinario è e resta il giudice dei diritti e, quindi, trattandosi di posizioni di diritto soggettivo, gli spetta la competenza della connessa azione risarcitoria. Ma soprattutto - sembra leggersi fra le righe - perché è solo davanti al giudice dei rapporti paritari che l’autodeterminazione del soggetto leso dalla condotta scorretta del privato può trovare adeguata tutela.

Nel caso di questioni attinenti a materie rientranti nell’ambito della giurisdizione esclusiva¹⁰⁵⁹ - tra cui rientrano le procedure di evidenza pubblica¹⁰⁶⁰ - il dibattito (ed il motivo in forza del quale si radica la giurisdizione del g.o.) tende a spostarsi, come visto, dalla natura della situazione soggettiva fatta valere alla predicabilità di un collegamento tra il comportamento scorretto (da cui deriva una lesione di tale situazione) e l’esercizio, anche mediato, di un potere pubblico¹⁰⁶¹. Ciò in quanto, a partire dalle notissime pronunce della

¹⁰⁵⁶ G.D. COMPORLI, *La responsabilità relazionale* cit., 2535 e gli Autori ivi citati.

¹⁰⁵⁷ Cfr. cap. III. parr. V.4. e V.5. Sul punto si rinvia altresì alle riflessioni di G. TULUMELLO, *La tutela dell’affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica* (9 maggio 2022), accessibile su giustizia-amministrativa.it; F.G. SCOCA *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1; P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, in *Resp. civ. e prev.* 2020, 4, 1193.

¹⁰⁵⁸ G.D. COMPORLI, *La responsabilità relazionale* cit.

¹⁰⁵⁹ Oltre ai commenti specifici alla nota Corte cost. n. 204 del 2004 *supra* citati, sul tema si rinvia in generale, senza pretese di esaustività, a G.A. PRIMERANO, *Art. 133*, in G. MORBIDELLI (a cura di) *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2015 e gli ampi riferimenti ivi citati; A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell’amministrazione* (nota a Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191) in *Foro italiano*, 2006, I, 1625; R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, (2010) in giustizia-amministrativa.it; CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 1365.

¹⁰⁶⁰ Cfr. cap. I, par. V.4. Tale ipotesi di giurisdizione esclusiva è stata introdotta dall’art. 6, L. 21 luglio 2000, n. 205 e confermata nell’attuale art. 133, 1° comma, lett. E), n. 1, c.p.a. Per un’analisi generale ed i necessari riferimenti giurisprudenziali: M. LIPARI, *Giurisdizione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, 591.

È appena il caso di ricordare che nella giurisdizione esclusiva rientrano anche le controversie in materia di danno da ritardo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. a) n.1) c.p.a. In generale sul tema ancora G.A. PRIMERANO, *Art. 133*, in G. MORBIDELLI (a cura di) *Codice dell’azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015.

¹⁰⁶¹ L’espressione è stata coniata dalla notissima Corte cost. n. 11 maggio 2006, n. 191 ed è stata espressamente ripresa nell’attuale formulazione dell’art. 7, comma 1 c.p.a. Questa nozione di comportamenti riconducibili almeno in via mediata all’esercizio di un potere si ricollega alla tuttora controversa nozione di comportamenti amministrativi. Per un’analisi sul punto si veda E. ZAMPETTI, *La nuova concezione di comportamento amministrativo*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI, (a cura di) *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*. Jovene, Napoli, 2018.

Corte costituzionale, poi recepite nel dettato del codice del processo amministrativo, questo è assurdo a criterio discretivo per il riparto di giurisdizioni¹⁰⁶².

Come visto, coloro che sostengono la necessità di dover rivolgere comunque, anche in queste ipotesi, la propria pretesa risarcitoria davanti al giudice ordinario sostengono che nel momento in cui il *frammento* è divenuto definitivo non si discute più di esercizio del potere, ma piuttosto di efficacia causale di tale frammento, per le modalità con cui il rapporto fra le parti si è complessivamente svolto, a fondare un affidamento incolpevole ingiustamente leso e meritorio di ristoro economico. L'esercizio del potere si ritiene esaurito, o perché frutto di autotutela resa definitiva, o perché frutto di un provvedimento giurisdizionale, ed in questo senso rileva come mero accadimento storico, non più oggetto di indagine dal punto di vista del corretto esercizio del potere¹⁰⁶³.

Da ultimo, come pure visto, si è sostenuto che le medesime considerazioni debbono valere pure laddove il procedimento non possa davvero dirsi definito e cioè in particolare laddove l'affidamento non si fondi tanto su un precedente provvedimento favorevole – che può anche non esserci – quanto piuttosto sulla condotta, da valutarsi a questo punto nell'ambito di atti intermedi, endoprocedimentali ed ancora inidonei ad attribuire la pretesa finale. In questo caso, a sostegno della soluzione, si invoca piuttosto il più volte richiamato principio di autonomia dei piani fra regole di validità, che si traduce altresì in un'autonomia sul piano del riparto di giurisdizione.

In buona sostanza, questa ricostruzione ritiene che anche in presenza di ipotesi di giurisdizione esclusiva la valutazione di comportamenti scorretti sia comunque rimessa al sindacato del giudice ordinario.

In quest'ottica il principio di concentrazione delle tutele viene ritenuto recessivo rispetto all'obiettivo di assicurare l'effettività della tutela stessa¹⁰⁶⁴. Con ciò peraltro obliterando la circostanza che anche la concentrazione delle tutele è *un modo* per assicurare l'effettività della tutela stessa.

Dal punto di vista concettuale, ci si confessa dubbiosi sulla possibilità di considerare l'esercizio del potere quale mero "accadimento storico" o "di contesto"¹⁰⁶⁵, così come sulla

¹⁰⁶² L'art. 7, comma 1 c.p.a. devolve al giudice amministrativo la giurisdizione nelle controversie «nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». In generale, sul tema cfr F.G. COCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1. Ed è appena il caso di sottolineare che il dibattito sulla possibile copertura o meno dell'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista dal c.p.a. – e più in generale sull'individuazione del giudice competente emerge altresì nell'ipotesi inversa in cui sia cioè l'amministrazione a contestare una scorrettezza nei confronti del privato operatore economico. Anche qui si pone il problema, seppur declinato in maniera parzialmente diversa, circa la connessione fra la scorrettezza e l'esercizio di un potere pubblicistico e si aggiungono poi remore legate al dato letterale delle previsioni costituzionali che regolano il riparto di giurisdizione laddove sia coinvolta una pubblica amministrazione (cfr. in particolare art. 103 Cost). Sul punto sia consentito il rinvio alle riflessioni espresse in B. BIANCARDI, *Responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?* in *Giur. It.*, 2021, 7, 1708; ed altresì E. ROMANI, *Giurisdizione esclusiva e responsabilità precontrattuale del privato in Dir. proc. amm.*, 2017, 2, 686.

¹⁰⁶³ Cfr. *ex multis* il ragionamento espresso in Cass. Sez. Un n. 17586/2015 par. 9.4; in generale si rinvia all'analisi in cap. III, par. V.4.

¹⁰⁶⁴ Cfr., *ex multis*, G.D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, cit

¹⁰⁶⁵ Cfr. sul punto P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, cit. e gli Autori ivi citati.

necessità di dover ricondurre il singolo comportamento, la singola azione dell'amministrazione all'esercizio di un potere (mediato o diretto che sia), piuttosto che la specifica materia o attività nel suo complesso¹⁰⁶⁶.

Tuttavia, è soprattutto sul piano di effettività della tutela che l'impostazione favorevole in ogni caso alla giurisdizione del giudice ordinario appare problematica, in quanto conduce, in contrasto con la *ratio* della giurisdizione esclusiva, ad un'inevitabile frammentazione giurisdizionale e quindi ad un aggravio per le esigenze di tutela del privato¹⁰⁶⁷. Questa impostazione finisce con l'imporre una separazione anche laddove, come tipicamente avviene nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, la valutazione sul comportamento scorretto avviene contestualmente alla valutazione circa la legittimità dei singoli atti amministrativi che, considerati nel loro complesso, hanno dato origine ad una condotta scorretta.

Come emerge dalla panoramica giurisprudenziale, nella maggioranza dei casi l'operatore economico coinvolto tenterà innanzitutto di contestare la legittimità del provvedimento di autotutela, tipicamente lamentando la mancanza di un valido interesse pubblico all'annullamento/revoca degli atti di gara. Solo in via subordinata – dato anche il diverso interesse risarcibile – proporrà un'azione di risarcimento a titolo precontrattuale, tentando di evidenziare come se pure vi è un interesse pubblico, la condotta dell'amministrazione resta nel complesso scorretta. In via ulteriormente subordinata e alternativa, si è talvolta prospettata la possibilità, ove il provvedimento sia di revoca, di un indennizzo *ex art. 21quinquies*, l. n. 241/1990¹⁰⁶⁸.

Spostando la discussione su di un piano più generale, si può osservare come il giudizio sul 'rapporto' procedimentale rimanga essenzialmente un giudizio sulle modalità di esercizio del potere, sia pure ai diversi fini di valutarne la scorrettezza e la 'capacità affidante'¹⁰⁶⁹. E quindi laddove non si discuta più, per svariati motivi, sul fatto se queste modalità si siano

¹⁰⁶⁶ Sul punto cfr. F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 439B che criticamente osserva che: "se la giurisdizione esclusiva si perimetra per materie (e non per singole controversie), se nelle materie possono aversi sia diritti soggettivi sia interessi legittimi, se le controversie affidate (in queste materie) al giudice amministrativo possono concernere, alternativamente, diritti soggettivi o interessi legittimi, se nelle controversie relative a diritti soggettivi è in ogni caso da escludere la presenza e l'esercizio di poteri autoritativi, non sembra avere nessun senso separare, ai fini della (perimetrazione della) giurisdizione (esclusiva), siffatte controversie, a seconda che abbiano ad oggetto provvedimenti (o atti in genere) o, viceversa, semplici comportamenti".

¹⁰⁶⁷ Cfr. PRIMERANO, *op. cit.*, 1265. Ritiene in particolare che l'annullamento del provvedimento favorevole sia espressione di potere, con conseguente attrazione della giurisdizione amministrativa "almeno" nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove soluzioni*, in *Federalismi.it*, 2011, 7. Più in generale si vedano al riguardo i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali in cap. III, par. V.4.

¹⁰⁶⁸ Cfr *infra* par. VI.

¹⁰⁶⁹ Il che peraltro richiama le considerazioni già espresse circa l'impossibilità di traslare in maniera perfetta la distinzione fra regole di validità e regole di condotta, giacché anche l'indagine, soprattutto in termini di eccesso di potere, si traduce in un'indagine sulle modalità di esercizio del potere stesso (cfr *infra* cap. III, para IV.3. e *infra* para IV.). Sulle difficoltà di ammettere che nella valutazione circa la scorrettezza complessiva della stazione appaltante non venga in rilievo un giudizio, neppure mediato, sul rapporto si rinvia ad es. a Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, in cui si è volutamente affermato che le regole di responsabilità, cui l'obbligo di correttezza si correla, "si riferiscono al comportamento, seppur collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere, complessivamente tenuto dalla stazione appaltante o dall'amministrazione aggiudicatrice nel corso di gara" (par. 12).

tradotte in un vizio di validità dell'atto, resta comunque, un giudizio su come l'amministrazione nel momento in cui ha esercitato un potere si è comportata¹⁰⁷⁰.

Per questo si ritiene che il giudice amministrativo resti comunque il soggetto più indicato a svolgere questa pur duplice valutazione delle modalità di azione ed appare più opportuno valorizzare la dimensione unitaria della vicenda ed il principio di concentrazione delle tutele in capo ad un unico plesso giudiziario, proprio al fine di garantire una migliore effettività della tutela stessa¹⁰⁷¹. Appare quindi più opportuno accedere ad una nozione di giurisdizione esclusiva più ampia della ricostruzione proposta dalle Sezioni unite a partire dal 2011 ed in linea piuttosto con quanto affermato dalla plenaria sia nel 2005 che nel 2018.

A questo punto, tuttavia, si impongono due constatazioni, come spunto per un dibattito che non può certo dirsi concluso.

La prima è che, avendo ricostruito la posizione soggettiva di chi lamenta una scorrettezza (che non si è tradotta in un vizio di validità della sequenza procedimentale) in termini di diritto soggettivo, si deve ammettere che, ove non si verta in materia di giurisdizione esclusiva, la cognizione della relativa azione debba essere rimessa, alla luce dell'attuale dettato normativo, al giudice ordinario¹⁰⁷². Il che, ci si avvede, può portare ad una diversa forma di frammentazione della tutela giuridica in base alla materia in cui la scorrettezza procedimentale si verifica¹⁰⁷³.

Solo la configurazione della posizione in termini di interesse legittimo consentirebbe, invece, una piena concentrazione delle tutele avanti il giudice amministrativo ed invero le recenti prese di posizione dell'Adunanza plenaria in materia di danno da affidamento possono essere lette come un tentativo ermeneutico di assicurare una concentrazione del fenomeno avanti un medesimo giudice¹⁰⁷⁴. Tuttavia, come *supra* espresso, tale

¹⁰⁷⁰ La difficoltà di fondo di scindere i due piani sembra peraltro cogliersi in tutta la sua essenza laddove si osservino più da vicino gli elementi che la stessa Cassazione, nella sua articolata presa di posizione del 2015, suggerisce, sia pure a titolo esemplificativo, di considerare al fine di stabilire se si sia formato un affidamento incolpevole.

¹⁰⁷¹ Cfr. H. SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi... questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2015, 12, 1256.

¹⁰⁷² Cfr ancora art. 7 c.p.a. Peraltro, questo si riconnette al tema del riparto di giurisdizione in materia di procedure di evidenza pubblica, su cui si rinvia in generale al cap. I, par. V.4. Sul tema si vedano anche gli approdi, in favore del giudice ordinario, in Cass. Sez. Un. 17 giugno 2021, n. 17329; Tar Lazio, Roma, 20 settembre 2021, n. 9846.

¹⁰⁷³ Si avvede in qualche modo della circostanza F.G. SCOCA, secondo cui "la costruzione delle pretese partecipative come diritti soggettivi innesca (anzi, innescherebbe) anche un delicato problema di giurisdizione, dato il criterio di riparto previsto in Costituzione: l'eventuale azione risarcitoria dovrebbe essere proposta dinanzi al giudice ordinario. Ne discenderebbe una notevole complicazione, per la coesistenza di processi amministrativi (per l'azione demolitrice del provvedimento) e civili (per l'azione risarcitoria per lesione dei "diritti" partecipativi), tutte le volte in cui non sussista la giurisdizione esclusiva" (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 250. Nondimeno, l'Autore subito aggiunge come, a suo parere vi siano delle situazioni, pur indubbiamente legate allo svolgersi del procedimento, cui ritiene opportuno attribuire la qualifica di diritto soggettivo: così è in particolare (ma non è l'unica) per la situazione soggettiva che concerne l'adozione formale del provvedimento richiesto dal privato entro il termine previsto dalla legge.

Sotto questo profilo si può peraltro osservare che, anche in procedimenti non ricompresi nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, laddove la scorrettezza che si lamenti sia esclusivamente ricostruita in termini di (scorretto) ritardo, si dovrebbe comunque radicare la giurisdizione amministrativa, in ragione della devoluzione di tale materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per una riflessione sul punto si rinvia alle riflessioni di P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, cit.

¹⁰⁷⁴ Cfr. le riflessioni di C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento*, cit, par. 3.

configurazione pare particolarmente controversa sotto altri profili e sicuramente meritoria di un ulteriore approfondimento che tenga conto non solo del risultato che si vuole raggiungere in punto giurisdizione, ma anche delle conseguenze dal punto di vista dell'inquadramento sostanziale del fenomeno.

La seconda constatazione è che la preoccupazione di *deficit* di tutela avanzata da chi auspica un recupero di spazi di giurisdizione da parte del giudice ordinario sembra in una certa misura confermata dal dato concreto, a dispetto delle pur importanti affermazioni di principio¹⁰⁷⁵. Significativi da questo punto vista appaiono i capitoli conclusivi sia dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 che soprattutto delle Adunanze plenarie del 2021 in tema di affidamento¹⁰⁷⁶.

Tuttavia, a parere di chi scrive, questa dovrebbe costituire la premessa di una riflessione sul problema e non la *ratio* fondante la scelta risolutiva.

Se il giudice amministrativo si rivela ancora adesso – pur avendo ormai gli strumenti giuridici necessari per una valutazione esaustiva ed una tutela effettiva¹⁰⁷⁷ – restio a farsi giudice della responsabilità, la soluzione dovrebbe esser nel senso di rivedere tale attitudine e non, viceversa, nel sottrargli la possibilità di valutare situazioni rispetto alle quali rimane, a parere di chi scrive, il soggetto potenzialmente più indicato.

La convinzione di fondo è, quindi, che il confronto fra la concentrazione della tutela e l'effettività della stessa non vada giocato reiterando 'spartizioni' tradizionali sulla base di argomentazioni teoriche che nascondono la convinzione che uno dei plessi sia più propenso dell'altro a riconoscere una tutela più pregnante, ma piuttosto favorendo una riflessione ed un'esortazione per il giudice – ed in questo caso il giudice amministrativo – a riscoprire il suo ruolo anche di giudice della responsabilità.

¹⁰⁷⁵ Cfr. le riflessioni di H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione di interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm.-Tar.* 2013, 731 ss.

¹⁰⁷⁶ Cfr. *infra* par. I, VI e cap. III, par. V.5.

¹⁰⁷⁷ Per una discussione sul tema si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 186 ss; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)* in *Dir. proc. amm.* 2020, 4, 1095; R: VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.* 2021, 2, 369.

BIBLIOGRAFIA

1. AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 4, 3;
2. AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra risarcimento e indennizzo*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 6, 641;
3. AFFERNI G. *Il quantum di danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2008;
4. AGNELLO M.C., *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della Pubblica amministrazione*, in *Corriere Giuridico*, 2016, 56;
5. AKKERMANS B., RAMAEKERS E., *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations* in *European Law Journal*, 2010, 292 ss;
6. ALBANESE A., *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, 3, 697;
7. ALBANESE A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 3, 1128;
8. ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III ed, Giuffrè, Milano, 1955;
9. ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965;
10. ALLENA M., *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;
11. AMATO C., *Affidamento e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012;
12. AMATO S., *I nuovi confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2014, 1, 1;
13. AMORTH A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivi di diritto pubblico*, III, CEDAM, Padova, 1938, 455;
14. ANGELETTI A., *L'eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, 5.
15. ANGELETTI A., *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in R. CARANTA (dir.), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Torino, 2011;

16. ANGIULI A., *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 4, 865;
17. ANTONELLI V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2005, 3, 601;
18. ANTONELLI V., *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, CEDAM, Padova, 2007;
19. ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento nei confronti della p.a.*, Giappichelli, Torino, 2005;
20. AZZENA L., *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da) *Sistema di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021;
21. BALDI M., *Principio generale della gara e scelta del socio* (nota a Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889) in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1135;
22. BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962;
23. BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Varenna, Giuffrè, Milano, 2002
24. BARTOLINI A. *I contratti pubblici nel pensiero di Giuseppe Morbidelli*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2019, 1, 147;
25. BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012;
26. BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012;
27. BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999;
28. BENVENUTI, F. *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 1;
29. BENVENUTI, F. *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, CEDAM, Padova, 1952;
30. BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;
31. BENVENUTI, F., *Studi per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, 807;
32. BERTONAZZI L., *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2010, 1, 39;
33. BESSONE M., A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enciclopedia Giuridica*, V, Treccani, Roma, 1988;

34. BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953;
35. BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 205;
36. BIANCA C.M., *Diritto civile. I criteri fondamentali di determinazione della prestazione. La buona fede*, Giuffrè, Milano, 1993;
37. BIANCARDI B., CASINI R., GAGLIARDINI G., *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali'* in *Federalismi.it* (7 febbraio 2018);
38. BIANCARDI B., *Responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?* in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, 7, 1708;
39. BIGLIAZZI GERI L. *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987;
40. BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, II, Giappichelli, Torino, 1988, 154 ss.;
41. BONFANTE P., *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore* in *Scritti giuridici vari*, Giappichelli, Torino, 1926;
42. BUONAURO C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Giuffrè, Milano, 2012;
43. BUSCEMA A. e BUSCEMA S. *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo*, III ed., CEDAM, Padova, 2008;
44. CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giustizia civile*, 2000, I, 1579;
45. CALVO R., *Annulamento dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e inefficacia dei contratti a evidenza pubblica*, in *Nuove Leggi civili Commentate*, 2010, 3, pp;
46. CALZOLAIO E., *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese: profili comparatistici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, 4, 1301;
47. CAMMEO F., *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova, 1960;
48. CAPOLUPO S., *Il principio del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Fisco*, 2019, 20, 1958;
49. CAPONIGRO R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, accessibile su *giustamm.it*, aprile 2020;

50. CAPONIGRO R., *Il tempo come bene della vita*, in *giustamm.it*, 2014, 3;
51. CAPRA G., *La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato* (Nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021), (29 luglio 2021) accessibile su *giustiziainsieme.it*;
52. CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012;
53. CARANTA R., HALONEN K.M., SANCHEZ-GRAELLS A. (a cura di), *"Transparency in EU Procurements, disclosure within public procurement and during contract execution"*, Edward Elgar Publishing, Londra, 2019;
54. CARANTA R., SANCHEZ-GRAELLS A. (a cura di) *European Public Procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU*, Elgar Commentaries, Londra, 2021;
55. CARANTA R., *Colpa e responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività provvedimentoale: la "faute de service" conquista la Cassazione' in Responsabilità civile e previdenza 1992, 247;*
56. CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993;
57. CARANTA R., *Di un discutibile ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di responsabilità dei dipendenti della Banca d'Italia*, in *Giustizia civile*, 1994, I, 892;
58. CARANTA R., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 1996, 6, 2;
59. CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro italiano*, 1999, 11, 3201 CARANTA R., *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, Giuffrè, Milano, 2001;
60. CARANTA R., *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, (nota a Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389) in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 566;
61. CARANTA R., *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012;
62. CARANTA R. *La tutela dell'affidamento presa sul serio*, (nota a Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026), in *Urbanistica e Appalti*, 2017, 2, 240;
63. CARANTA R., *Le regole applicabili ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 12, 2659;

64. CARBONE V., *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corriere giuridico*, 1999, 9, 1061;
65. CARBONE V. *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e Responsabilità*, 2016, 11, 1051;
66. CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, 2008, 2, 425;
67. CARLUCCI S., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi pretensivi caratterizzati da un giustificato affidamento*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, 1, 0175B;
68. CAROCCIA R., *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Giappichelli, Torino, 2022;
69. CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2011, 2, 664;
70. CASALINI D. *L'interpretazione delle clausole di esclusione della gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 2005, 2, 412B;
71. CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in-house*, Jovene, Napoli, 2009;
72. CASETTA E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol II, CEDAM, Padova, 2003, 371;
73. CASSATELLA A., *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 2, 335.
74. CASSESE S., *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, 920 ss.
75. CASSESE S. *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, 413;
76. CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Scientifica Einaudi, 1989;
77. CASSESE S. *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010;
78. CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, Jus, 1976, 1-2, 3;
79. CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto* in AA.VV. *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1995;

80. CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1268;
81. CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1,1;
82. CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 72;
83. CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e Diritto privato*, 2012, 4, 1233;
84. CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1,1;
85. CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987;
86. CAVALLO PERIN R., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 681;
87. CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività negoziale*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 2, 217;
88. CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011;
89. CERULLI IRELLI V., *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 2016, 7;
90. CERULLI IRELLI V., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2019;
91. CERUTI M., *La revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima (nota a Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415)* in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 1, 173;
92. CHIARELLA M.L., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it* (16 novembre 2016);

93. CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003, 3, 608;
94. CHIEPPA R., *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano, 2008;
95. CHIEPPA R., LO PILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007;
96. CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017;
97. CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di Diritto amministrativo*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2021;
98. CHITI M.P., *La disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni* in G. PIZZANELLI (a cura di) *Passato e Presente del Diritto Amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 209 ss.;
99. CHITI M.P., *'Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti'*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 6, 719;
100. CICERO C., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giuridico*, 2016, 1504;
101. CIPPITANI R., *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto*, (nota a T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 6 novembre 2018, n. 2501), in *Urbanistica e appalti*, 2019, 2, 246;
102. CIRILLO G.P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, CEDAM, Padova, 2001;
103. CIRILLO G.P., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo* in *Il Foro Amministrativo*, 2016, 7-8, 1990C;
104. CIRILLO G.P., *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 3, 1157;
105. CLARICH M., *Giurisdizione ordinaria. Al giudice civile l'affidamento sull'atto illegittimo* in *Guida al diritto*, 2011, 9, 29;
106. CLARICH M., *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, 2, 213;

107. CLARICH M., FIDONE G., *La giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura* (nota a Cass. civ. Sez. Unite Sent., 12 maggio 2008, n. 11656), in *Corriere Giuridico*, 2008, 10, 1388;
108. COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 5;
109. COMPORTI G.D., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1, 194;
110. COMPORTI G.D., *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Il procedimento e le responsabilità. Atti del convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013, 159 ss.;
111. COMPORTI G.D., *Responsabilità dell'amministrazione – regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione* (nota ad Cons. St., Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5), in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 8-9, 1983;
112. COMPORTI G.D., *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini* (nota a Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236) in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 9, 2530;
113. COMPORTI G.D., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Diritto e Società*, 2017, 2, 177.
114. CONTESSA C. *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione dell'interesse legittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 5, 621;
115. CONTESSA C., *Rassegna Monotematica, I principi generali del d. lgs. N. 50 del 2016 e i principi di cui alle parti I e II che risultano applicabili: I) ai contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice, II) ai contratti sottosoglia comunitaria e III) ai contratti nei settori speciali* (31 dicembre 2018) accessibile su giustizia-amministrativa.it;
116. CORLETTI D. *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento* in D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, CEDAM, Padova, 2007;
117. CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970, 109;
118. CRISMANI A., *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 7, 1688;

119. CUDIA C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Giappichelli, Torino, 2018, 63;
120. D'ALBERTI, M., *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981;
121. D'ALBERTI, M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 297;
122. D'ALBERTI, M., *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 306;
123. D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*, 2, Giuffrè, Milano, 2006;
124. D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 37;
125. D'ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, Vol IV, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2004;
126. DEGL'INNOCENTI F., *Affidamenti e patologia dell'atto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giustizia civile*, 2021, 1, 115;
127. DE MAURO A, FORTINGUERRA F., TOMMASI S., *La responsabilità precontrattuale*, CEDAM, Padova, 2007;
128. DELLA CANANEA G, FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, II ed., Giappichelli, Torino, 2013, 105;
129. DELLA CANANEA G., *Il rinvio ai principi del diritto comunitario*, in A.M. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Giuffrè, Milano, 2017, 133;
130. DELLA VALLE E., *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2001.
131. DELL'OSTA L., *Il silenzio dopo l'aggiudicazione: responsabilità precontrattuale della stazione appaltante e profili di tutela dell'aggiudicatario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, 506;
132. DE NICTOLIS R., *L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e i principi relativi ai contratti pubblici*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di) *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Zanichelli, Bologna, 2012;
133. DE NICTOLIS R., *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, 22 novembre 2017, su giustizia-amministrativa.it;

134. DE NITTO S., *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 3, 783;
135. DE NOVA G., SACCO R., *Il contratto*, IV ed., UTET, Vicenza, 2016;
136. DE PRETIS D., *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 41;
137. DE PRETIS D., G. FALCON (a cura di) *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, CEDAM, Padova, 2011;
138. DETTORI S., *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 4, 861;
139. DI MAJO A., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2020, 4, 291;
140. DI MAJO ADOLFO, *Delle obbligazioni in generale*, Libro IV, *Obbligazioni artt. 1173-1176*, in *Commentario al codice civile*, Zappichelli, Bologna, 1988;
141. DI MAJO ADOLFO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"* in *Corriere giuridico*, 1999, 11, 1376;
142. DI MAJO ADOLFO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 2565;
143. D'ORSOGNA M., SCOCA F.G., *L'invalidità del provvedimento amministrativo* in F.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008;
144. ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983;
145. FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano, 2010;
146. FALCON, G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984;
147. FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, 2, 317;
148. FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965;
149. FERRARO V., *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 3-4, 835;
150. FERRARI G., GAROFOLI R., *Manuale di Diritto amministrativo*, XIV ed., Nel Diritto, 2020;

151. FIDONE G., *Sul rapporto tra Coni e Federazioni sportive e sulla loro qualificazione come organismi di diritto pubblico* (nota a Corte di giustizia 3 febbraio 2021, n. 155) in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, 5, 950;
152. FIORAVANTI M., *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 600;
153. FRACCHIA, F. *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti*; in *Foro italiano*, 1999, 11, 3212;
154. FRACCHIA, F. *Elemento soggettivo e illecito civile della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;
155. FRANKEL-HAEBERLE C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco*, Volume 77 di *Quaderni Dipartimento scienze giuridiche*, Trento, 2008;
156. FRANCO I. E RAGANELLA E., *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto di giurisdizione* (nota a Cons. St., Ad. plen. 16 maggio 2005, n. 6) in *Urbanistica e appalti*, 2006, 69;
157. FRATINI M, GIOVAGNOLI R., *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2007;
158. FOÀ S., CALDERARO M.R., *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale* (nota a Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5) in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, 5, 1598B;
159. FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, CEDAM-Wolters Kluwer, 2017,
160. FORTE F., FORTE M.S. *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 2, 5;
161. FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, IV, coll. 369 ss.;
162. GAETANI C., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimento legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *www.giustamm.it*, 2015, 9;
163. GAFFURI F. *La responsabilità della P.A. per revoca di una gara d'appalto* (nota a Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2358), in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 829;

164. GAFFURI F., *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 1-2, 217;
165. GALETTA, D.U., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Giuffrè, Milano, 2002;
166. GALETTA, D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 4, 757;
167. GALETTA, D.U., *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012;
168. GALETTA, D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione europea)* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 903;
169. GALETTA, D.U., *The EU principle of proportionality and judicial review: its origin development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, 5-6, 619;
170. GALLO P., *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2017, 12, 1759;
171. GALLO P., *Contratto e Buona Fede, Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, UTET, Padova, 2014;
172. GALLO C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti (nota a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204)* in *Foro amministrativo-CDS*, 7-8, 2004, 1908;
173. GALLO C.E., *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione (nota a Cass. Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586)* in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, 2, 564;
174. GAROFOLI R., *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, (2010), accessibile su giustizia-amministrativa.it;
175. GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*. Milano, Giuffrè, 1998;
176. GENTILI A., *La "nullità di protezione" in Europa e diritto privato*, 2011, 1, 77;

177. GIAGNONI, L., *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 10, 639;
178. GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema di diritto privato* in Riv. Dir. Comm., 1965, 9-10, 335;
179. GIANNINI, M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939;
180. GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1963, 264;
181. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970; Vol I e II;
182. GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962;
183. GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939;
184. GIGANTE M., *Il principio di tutela del legittimo affidamento* in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'Azione amministrativa*, I ed., Giuffrè, Milano, 2015;
185. GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, Giuffrè, 2008
186. GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016;
187. GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, Milano, 2008;
188. GIGANTE M., *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011;
189. GIORGI G., *La dottrina delle persone giuridiche e morali*, II, Firenze, 1981;
190. GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986;
191. GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 1108;
192. GRECO G., *Accordi Amministrativi tra Provvedimento e Contratto*, Giappichelli, Torino, 2003;
193. GRECO G., *Giustizia sull'atto e giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e società*, 2016,2, 36;

194. GUZZI F.F., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'Adunanza Plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica* (nota a Cons. St., Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5), in *Federalismi.it*, 2019, 3;
195. KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, CEDAM, Padova, 1998;
196. IMMORDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 1997, 108;
197. IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999;
198. IULIANI A., *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, (nota a Cass. 14188/2016) in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 11, 1451;
199. LAMORGESE L., *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giustizia civile*, 2011, I, 1209;
200. LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962;
201. LIBERATI A., *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, 2009;
202. LICATA G.F., *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, in G. Pizzanelli (a cura di) *Passato e Presente del Diritto Amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 227;
203. LICHÈRE F., *L'influence du droit communautaire sur le droit de contrats public*, in J.B. Auby et J. Dutheil De la Rochere (eds.), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2007;
204. LIPARI M., *Giurisdizione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019;
205. LO CURTO M., *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell'applicazione del binomio tempo-motivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto*, in *Il Foro Amministrativo-CDS*, 2018, 791;
206. LO PILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, tomo I, III ed., Giappichelli, Torino, 2021;

207. LORENZONI L., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, 1, 235;
208. LORENZONI L., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018;
209. MALANETTO P., *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, 18 aprile 2018, accessibile su giustizia-amministrativa.it;
210. MANFREDI G., *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 1, vol. 29, 41;
211. MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001;
212. MANFREDI G., *La difficile attuazione del comma 1-bis dell'art. 1 della legge n.241 del 1990 in Diritto e processo amministrativo*, 2010, 185;
213. MANFREDI G., *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 1, 45;
214. MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995;
215. MANGANARO F., *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945)* in *Urbanistica e appalti*, 2003, 9; 1071;
216. MANGANARO F., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 1-2, 93;
217. MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Edizioni Laterza, Milano, 2001;
218. MASSERA, A. *Lo Stato che contratta e che si accorda: vicende della negoziazione con le PP. AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2012;
219. MASSETTO G.P. *Buona fede nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto discipline privatistiche*, II, Giappichelli, Torino, 1988, 133;
220. MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982;
221. MARZUOLI C., *Consenso e attività amministrativa in due libri recenti*, in *Diritto pubblico*, 1998, 2, 595;
222. MARONE R., *Un ulteriore passo in avanti nell'identificazione della responsabilità della Pubblica amministrazione* in *Corriere giuridico*, 1991, 1081;

223. MASERA R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente in Urbanistica e appalti*, 2011, 916;
224. MASSERA A., *Contratti con la pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Vol II, Giuffrè, Milano, 2003;
225. MASSERA A., *I contratti pubblici*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo II, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2003;
226. MATTEUCCI, S.C., *Dai contratti a evidenza pubblica all'amministrazione pubblica dei contratti*, in FALCON G. E MARCHETTI B. (a cura di) *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, CEDAM, Padova, 2013;
227. MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento in Diritto processuale amministrativo*, 2011, 896;
228. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 214;
229. MEALE A., *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 919;
230. MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, III ed., Giuffrè, Milano, 2002;
231. MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA. VV. *Il principio di buona fede*, (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985) in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987;
232. MENGONI P., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, 9;
233. MENGONI P., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX (Milano 1998), 1073, ora in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di) *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 300;
234. MENGOZZI P., *Da un case by case balance of interests a un two step analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in tema di tutela del legittimo affidamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, 631;
235. MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970;
236. MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni 30 all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001;

237. MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso dell' "alternanza"*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol. II, CEDAM, Padova, 2003, 451;
238. MERUSI F., *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987;
239. MERUSI F., *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671.
240. MERUSI F., *Affidamento (dir. pubb.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. CASSESE, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006;
241. MERUSI F., *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L'equità, Incontri di studio*, Giuffrè, Milano, 1970, 83;
242. MICHELETTI M., *Responsabilità dell'amministrazione e amministrativizzazione della giustizia amministrativa*, in *Il procedimento e le responsabilità. Atti del convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013, 241 ss.;
243. MIRATE S., *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara di appalto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 4, 524;
244. MOLITERNI A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 4, 567;
245. MOLITERNI A., *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.* in *Rivista delle Scienze Giuridiche*, 2016, 7;
246. MOLITERNI A., *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali di diritto amministrativo e loro evoluzione*, Jovene, Napoli, 2018;
247. MONATERI P.G., *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043 c.c.: la fine di una regola?* in *Danno e responsabilità*, 1997, 557;
248. MORBIDELLI G., *L'appalto comunitario nel settore energia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, 743;
249. MUSIO I., *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, 2010, accessibile su comparazioneDirittocivile.it;

250. NAPOLITANO C., *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'adunanza plenaria*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2022, 1, 3;
251. NAPOLITANO G., *Il principio di contrattualità* in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012;
252. NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003;
253. NAPOLITANO G., *Le norme di unificazione economica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 105;
254. NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano* in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1958;
255. NERI V., *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 293;
256. NERI V., *Il "bene della vita" è tutto nel diritto amministrativo?* (13 settembre 2018) accessibile su giustizia-amministrativa.it;
257. NERI V., *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?* (nota a Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236), in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 794;
258. NICOLUSSI A., F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità "preprovvedimentale" della pubblica amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 4, 791;
259. NICOLUSSI A., *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2021;
260. NIGRO M., *L'amministrazione fra diritto pubblico e privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro italiano*, 1961;
261. NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro italiano*, 1987, 10, 481;
262. NOCCELLI M., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia (2018)*, accessibile su giustizia-amministrativa.it;
263. NOGUELLOU R., STELKENS U. (a cura di), *Droit Comparé des Contrats Publics, Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010;
264. ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891;
265. ORSI BATTAGLINI A., *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)* in *Diritto pubblico*, 1995, 646;
266. ORSI BATTAGLINI A., MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 1999, 487;

267. PAGANO, F.F. *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;
268. PALAZZO D., *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 1, 155;
269. PALMA A. *La clausola generale di buona fede in senso oggettivo: tipicità e fluidità di una regola. Profili di comparazione*, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Tomo IV, Vol. II, Belém-Pará, 2016;
270. PATRITO P., *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 5, 1620B;
271. PATRITO P., *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 4, 1193;
272. PATRITO P., *La responsabilità del privato nei confronti dell'amministrazione: prime riflessioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 5, 1459;
273. PATRONI GRIFFI F., *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 11, 24;
274. PERFETTI L. R. *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 109;
275. PERICU G., *La disciplina degli appalti pubblici in Italia (1990) ora in Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009;
276. PERICU G., *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO e F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Vol II, Zanichelli, Bologna, 2001;
277. PIETROBON V., *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1963;
278. PIETROBON V., *'Affidamento'*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, 4;
279. PICOZZA, E. *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2007;
280. PIPERATA G., *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici – il commento a Cons. Stato, Ad. plen. 20 giugno 2014, n. 4*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, 1, 77;

281. PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015;
282. PIRAINO F., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *I contratti*, 2017, 1, 35;
283. PIZZETTI F. G., *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...* in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 7;
284. POLETTI D., *Alcune considerazioni sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987;
285. POLI G., *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Diritto Amministrativo*, 1 dicembre 2018, 4, 863;
286. POLI V., *Atti amministrativi privi di copertura finanziaria: brevi considerazioni sui possibili riflessi nel processo amministrativo'* in *Foro italiano*, 1996, III, c. 264;
287. POLICE A., *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni in Il procedimento e le responsabilità. Atti del Convegno, Fano 8 e 9 maggio 2008*, CEDAM, Padova, 2013, 25;
288. PONTE D., *La natura giuridica e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 6, 673;
289. POSTERARO N., *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 1090;
290. PRIMERANO G.A., 'art. 133' in G. MORBIDELLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015;
291. PROTTO M., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Responsabilità civile*, 2001, 213;
292. PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008;
293. PROTTO M., *Il danno da ritardo: alla ricerca del tempo (e del bene) perduto* in *Giur. it*, 2021, 5, 1171;
294. PUBUSA F., *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2022;
295. RACCA G.M. - PONZIO S., *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 7-8, 1963;

296. RACCA G.M. *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della p.a.* (nota a Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776) in *Urbanistica e appalti*, 2002, 199;
297. RACCA G.M., *Correttezza (dir. amm.)* in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006;
298. RACCA G.M., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457) in *Urbanistica e appalti*, 2003, 948;
299. RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000;
300. RAMAJOLI M., *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674;
301. RAMAJOLI M., VILLATA R., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017;
302. RANELLETTI O., *Per la distinzione degli atti di imperio e di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Giuffrè, Milano, 1905, 703 ss.;
303. RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, IV;
304. RAVASIO R., *Principi e regole di azione non scritti. L'obbligo di buona fede e la responsabilità da contatto sociale qualificato*, in C. CONTESSA, R. GRECO, *L'attività amministrativa e le sue regole (a trentanni dalla legge n. 241/1990)*, La Tribuna, Piacenza, 2020;
305. RINALDO M. *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista del Notariato*, 2017, 4, 787;
306. RENNA L., *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impresa*, 2013, 3, 370;
307. RENNA M., SPEZZATI A., *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza* (nota a Cass. civ. Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438), in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, 12;
308. RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, 1, 270;
309. RENNA M., *Art. 2 bis*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010;

310. RESCIGNO P., *Notazioni generali sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano 1987;
311. RICCI F., *Buona Fede e Rimedi* in *Contratto e Impresa/Europa*, 2013, 2, 632;
312. RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969;
313. RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede, Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano, 1987, 249 ss.;
314. ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?* in *Foro italiano*, in *Foro italiano*, 1999, 11, 3222;
315. ROMANO S.A., *Attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, I, UTET, Torino, 1989;
316. ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 677;
317. ROMANI E., *Giurisdizione esclusiva e responsabilità precontrattuale del privato (nota a Cons. St., Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755)* in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 2, 686;
318. ROMEO A., *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla "spettanza del provvedimento" alla "spettanza del comportamento"?* in *Foro amministrativo (C.d.S.)*, 2004, 718;
319. ROMEO A., *art. 244* in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2015, 2251;
320. SACCO R., *Affidamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè, Milano 1958, 661;
321. SACCO R., *Cos'è la buona fede oggettiva?* in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)* in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Giuffrè, Milano 1987;
322. SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949;
323. SACCO R., *La presunzione di buona fede* in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, 1 ss.
324. SAITTA F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE, (4 maggio 2010)* accessibile su giustizia-amministrativa.it;

325. SAITTA F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, (4 maggio 2010) accessibile su giustizia-amministrativa.it;
326. SAITTA F., *Il vizio di eccesso di potere: una prospettiva storica* (31 gennaio 2022) accessibile su giustizia-amministrativa.it;
327. SALVAGO S., *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, 771;
328. SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998;
329. SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove soluzioni*, in *Federalismi.it*, 2011, 7;
330. SAPONE N. *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008;
331. SCHWARZE J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1992;
332. COCA F.G., *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 2000, 27;
333. COCA F.G., *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.
334. COCA F.G., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva* (nota a Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 35) in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2010, 0439B;
335. COCA F.G. *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol III, CEDAM, 2003, 471;
336. COCA F.G. *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1;
337. COCA F.G. *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)* in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 1103;
338. COCA S.S. *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2008;
339. COGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 3, 599;
340. COGNAMIGLIO C., *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 1743;

341. SCOGNAMIGLIO C., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6, 1949 C;
342. SCOGNAMIGLIO C., *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, (nota a Cass. n. 9636/2015) in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, 983;
343. SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 6, 1950;
344. SCODITTI E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo*; in *Foro italiano*, 1999, 11, 3226;
345. SDANGANELLI G., *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in *giustamm.it*, marzo 2018;
346. SENN P.D., *La buona fede nel diritto romano*, in *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, II, Giappichelli, Torino, 1988, 130 ss;
347. SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012;
348. SIMONETTI H., *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto eurounitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, (2018), accessibile su giustizia-amministrativa.it;
349. SIMONETTI H., *Riparare agli errori commessi... questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 12;
350. SINISI M., *Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici: la persistenza di alcuni nodi problematici alla luce della più recente giurisprudenza*, in S. DEL GATTO, F. DINELLI, G. FARES, G. MARI E M. SINISI (a cura di) *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2013;
351. SINISI M., *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 5, 1059;
352. SORICELLI G., *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?* (3 agosto 2009) in *giustamm.it*;
353. SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAIITA (eds), *Studi sui principi del Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

354. STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999;
355. TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, 452;
356. TARULLO S., *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza dell'azione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, 843;
357. TASSONE S., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205/2000 (nota a Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776)* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, 1235;
358. THOMAS R., *Legitimate expectations and proportionality in Administrative Law*, Hart, Londra, 2000;
359. TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 9, 832;
360. TRAVI A., *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2001, 509;
361. TRAVI A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione (nota a Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191)* in *Foro italiano*, 2006, I, 1625;
362. TRAVI A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione* in *Foro italiano* 2011, I, 2387;
363. TRAVI A., *In tema di giurisdizione ordinaria* in *Foro italiano*, 2011, 9, 2398;
364. TRAVI A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2018, 1, 121;
365. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021;
366. TRIMARCHI M., *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538)* in *Foro amministrativo (C.d.S.)* 2009, 1, 149;
367. TRIMARCHI M., *Natura e regime della responsabilità civile pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Cons, giust. amm., 15 dicembre 2020 n. 1136)*, 17 febbraio 2021, accessibile su giustiziainsieme.it;

368. TRIMARCHI M., *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?* In *Diritto processuale amministrativo*, 2022, 1, 143;
369. TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017;
370. TRIMARCHI BANFI F., *Art 1, comma 1 bis della L. N. 241 del 1990*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2005, 3, 947;
371. TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 4, 846;
372. TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 663;
373. TRIMARCHI BANFI F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1 settembre 2018, 3, 823;
374. TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corriere giuridico*, 2018, 12, 1547;
375. TRIMARCHI BANFI F., *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 78;
376. TRIMARCHI BANFI F., *L'aggiudicazione degli appalti e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015, 1, 1;
377. TRIVELLIN M., *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Giuffrè, Milano, 2009;
378. TROPEA G. E GIANNELLI A., *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*(15 maggio 2020) su giustiziainsieme.it;
379. TULUMELLO G., *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale*, 9 maggio 2020, accessibile su giustizia-amministrativa.it;
380. TULUMELLO G., *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, (9 maggio 2022) accessibile su giustizia-amministrativa.it;
381. VALAGUZZA S., *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento di ufficio*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 4, 1245;
382. VALAGUZZA S., *Governare per contratto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;
383. P. VAN CLEYNENBREUGEL *No privatisation in the Service of Fair Competition? Article 345 TFEU and the EU Market-State Balance after Essent'* in *European Law review*, 2014, 39, 264.
384. VENOSTA F., *Contatto sociale e affidamento*, Giuffrè, Milano 2021.

385. VILLANACCI G., *La buona fede oggettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013;
386. VILLATA R., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?* in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1515;
387. VISINTINI G., *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, 335;
388. ZACCARIA G., *Interpretazione della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, 699;
389. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 344;
390. ZACCARIA G., *Contatto sociale*, in *Digesto*, 2018;
391. ZAMBOTTO I., *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?;* in *Diritto civile contemporaneo*, 15 luglio 2016;
392. ZAMPETTI E., *Il principio di tutela del legittimo affidamento* in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'Azione amministrativa*, II ed, Giuffrè, Milano, 2017;
393. ZAMPETTI E. *La nuova concezione di comportamento amministrativo*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI, (a cura di) *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*. Jovene, Napoli, 2018;
394. ZAMPETTI E., *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, 30 luglio 2021, accessibile su giustiziainsieme.it