



Il codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma

Corso della Scuola Superiore della Magistratura e dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa - cod. P24013 - 4/6 marzo 2024 - Roma, Palazzo Spada.

PRINCIPIO DI BUONA FEDE E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di

Francesco Graziano

(Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione)

SOMMARIO: 1. - BUONA FEDE OGGETTIVA. 2. - LA BUONA FEDE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. 3. - LE REGOLE DI CONDOTTA DESUMIBILI DAL CANONE DELLA BUONA FEDE CON RIGUARDO ALLA P.A. 4. - VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE IN AMBITO PROCEDIMENTALE. 5. - VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE SUCCESSIVA ALL'EMANAZIONE DEL PROVVEDIMENTO FAVOREVOLE. 6. - NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DA VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE DELLA P.A. 7. - RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE E RIPARTO DI GIURISDIZIONE. 7.1. - ALCUNE ESEMPLIFICAZIONI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA S.C.. 8. - LA BUONA FEDE NELLA FASE ESECUTIVA DEL RAPPORTO DI APPALTO PUBBLICO.

1. - BUONA FEDE OGGETTIVA.

In linea generale, come noto, è possibile affermare che la buona fede oggettiva in diritto privato rappresenta una clausola generale la quale, attraverso un'operazione di completamento della fattispecie da parte del giudice, esprime regole di condotta sia nelle trattative precontrattuali (art. 1337 c.c.), sia nell'esecuzione delle obbligazioni - nascenti dal contratto (art. 1375 c.c.) e, secondo l'opinione preferibile, anche da altra fonte (art. 1175 c.c.).

Peraltro, la buona fede oggettiva, cioè il comportarsi secondo buona fede come sinonimo di correttezza, va distinta dalla buona fede soggettiva, cioè l'essere in buona fede (ignoranza di ledere l'altrui diritto), che rileva in disposizioni come gli artt. 251, 535, comma 3, 1147, 1479, c.c., e dalla buona fede come criterio di interpretazione del contratto.

Nelle trattative precontrattuali il comportamento contrario a buona fede - cioè sleale o scorretto¹ - dà luogo a responsabilità (la rubrica dell'art. 1337 c.c. recita «*Trattative e*

¹ Sembra ormai acclarato, in dottrina ed in giurisprudenza, che la buona fede oggettiva coincida con il dovere di comportarsi secondo correttezza. La distinzione sul significato da attribuire ai due concetti era stata proposta, infatti, da autorevole dottrina secondo cui «*la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo*». Anche altra autorevole dottrina, ha distinto le due clausole quanto ad ambito di applicazione, precisando che la buona fede trova attuazione nei rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza nei rapporti che non hanno origine contrattuale. Oggi, queste distinzioni sembrano essere state

responsabilità precontrattuale»): responsabilità che sorge anche se il contratto stipulato è valido, in quanto la buona fede integra (*id est*: si aggiunge, senza esservi assorbita, al) le regole attinenti alla formazione del contratto prescritte ai fini della sua validità (ad esempio, quelle relative alla libera formazione del consenso).

Nell'esecuzione dell'obbligazione, la buona fede fonda «*la pretesa che l'esercizio dei diritti scaturenti dal contratto, o l'adempimento degli obblighi con esso assunti, avvengano con modalità tali da non pregiudicare l'interesse di controparte in misura superiore a quanto necessario per soddisfare l'interesse proprio (quale consacrato nel regolamento contrattuale, e/o previsto da norme di legge), ma non può servire a far venire meno diritti che (validamente, e) lecitamente il contratto o la legge abbiano attribuito, oppure a creare obblighi*»².

Come nella formazione, dunque, anche nell'esecuzione del contratto, la buona fede è fonte di regole di condotta sanzionate con la responsabilità (senz'altro da inadempimento, mentre la natura della responsabilità precontrattuale è notoriamente ancora oggetto di dibattiti e discussioni).

Parte della dottrina ha inteso assegnare alla buona fede anche il valore di regola di validità delle pattuizioni delle parti. Lo ha fatto attraverso una ardita manovra interpretativa che annovera la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto, malgrado l'art. 1374 c.c. non la menzioni, unitamente all'affermazione che, essendo la buona fede regola inderogabile, le pattuizioni in contrasto sono inefficaci e la conservazione del contratto passa attraverso la sostituzione della clausola difforme da parte del giudice³.

Il tentativo di considerare la buona fede come regola di validità del contratto ha tratto nuova linfa dalle disposizioni, progressivamente introdotte sulla spinta del diritto unionale, che, in relazione ad alcuni tipi contrattuali, nei quali è più evidente l'asimmetria di potere negoziale tra le parti, attribuiscono al giudice poteri di valutazione dell'esistenza di abusi del contraente "forte" ai danni dell'altro nella determinazione del contenuto del contratto, e di conseguente integrazione del regolamento. Secondo una parte della dottrina, il controllo del giudice sull'atto di autonomia, previsto da queste disposizioni, sarebbe in realtà da ammettere in via generale poiché costituisce espressione della buona fede, che veicola nel contratto il principio costituzionale della solidarietà sociale. La buona fede così assurgerebbe a regola generale di validità del regolamento contrattuale in nome della cd. giustizia contrattuale.

Tale prospettiva però non è stata avallata dalla giurisprudenza della S.C. che, pur sensibile all'integrazione del contratto tramite buona fede, ha escluso che il giudice, in assenza di

superate dalla giurisprudenza. Cfr., all'uopo, Sez. L, n. 06763/2002, De Luca, Rv. 554315 - 01, la cui massima così recita: «L'esercizio dello "ius variandi" rientra nella discrezionalità del datore di lavoro, che non è di per sé sottratta - in linea generale - all'osservanza dei doveri di correttezza e buona fede e, per il caso di violazione, al rimedio del risarcimento dei danni. Tuttavia, le clausole generali di correttezza e buona fede non introducono nei rapporti giuridici diritti e obblighi diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti, ma sono destinate ad operare all'interno dei rapporti medesimi, in funzione integrativa di altre fonti; esse, pertanto, rilevano soltanto come modalità di comportamento delle parti, al fine della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritto o di obbligo e, in quanto attengono alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto, quale esso è stato stipulato dalle parti, si pongono nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente assunta o legislativamente imposta, così concorrendo alla relativa conformazione in senso (eventualmente) ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente e consentendo al giudice di verificarne la coerenza con i valori espressi dal rapporto, garantendo in tal modo l'apertura del sistema giuridico a un rapporto dialettico costante con il contesto socio - economico e culturale di riferimento. Ne consegue che dalle clausole generali di correttezza e buona fede non può derivare per il datore di lavoro l'obbligo, non previsto dalla legge o da altra fonte, di giustificare e motivare il concreto esercizio dello "ius variandi", ma se tale esercizio dà luogo a una discriminazione o a una vessazione o comunque ad un arbitrio nei confronti del lavoratore, egli è tenuto a risarcire i danni che ne derivano.».

² G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, pag. 602.

³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pagg. 178 e segg..

espressa comminatoria legale, possa dichiarare la nullità o l'inefficacia, per violazione della buona fede, di clausole ritenute abusive o sproporzionate⁴. La dottrina, da parte sua, ha ribadito che la buona fede oggettiva non svolge la funzione di assicurare la giustizia del regolamento contrattuale, in quanto è prevista sia come regola di comportamento nelle trattative, dove è sanzionata con la responsabilità, che come regola di esecuzione del contratto, attinente dunque allo svolgimento delle situazioni giuridiche nascenti da quest'ultimo e non già alla validità delle clausole che prevedono quei diritti e quindi all'esistenza di essi.

È possibile allora affermare che la buona fede nel diritto dei contratti è (e rimane) una regola di condotta delle parti che contrattano o che eseguono il contratto, sanzionata con la responsabilità civile, precontrattuale o da inadempimento, e non una regola di fattispecie, sanzionata con l'invalidità.

2. - LA BUONA FEDE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO.

La dottrina amministrativistica, dopo alcuni iniziali tentennamenti, ha da tempo chiarito che il parametro della buona fede oggettiva è senz'altro applicabile al diritto amministrativo: si tratta di un canone che rappresenta ormai parte integrante dello statuto giuridico dell'azione amministrativa.

Analogamente, la giurisprudenza amministrativa è ferma nel sostenere che il principio di buona fede oggettiva è posto dall'ordinamento a fondamento anche dell'attività dei soggetti pubblici (e non solo di quella dei privati), attribuendogli il valore di clausola generale che informa l'azione amministrativa nel suo complesso. Così, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5, ha affermato che *«nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle 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), anche le norme generali dell'ordinamento 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 illecite frutto dell'altrui scorrettezza»*.

Va aggiunto che la clausola della buona fede è compatibile non solo con la responsabilità contrattuale e precontrattuale, ma anche con l'illecito aquiliano. Il dovere di correttezza, infatti, è contemplato a livello normativo sia nell'ambito del rapporto obbligatorio (anche in

⁴ Sez. U, n. 26724/2007, Rordorf, Rv. 600329 - 01 [*«In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso.»*].

fase di esecuzione del contratto), sia in tutta una serie di fattispecie nelle quali non può ravvisarsi l'esistenza di un rapporto giuridico.

Del resto, da tempo la dottrina ha evidenziato che l'art. 2 Cost., nel quale va individuato il fondamento del principio di solidarietà, e quindi di correttezza, dispone che tutti i comportamenti dei soggetti dell'ordinamento siano rispettosi di tale principio, anche quelli in cui non sussista alcun rapporto obbligatorio⁵.

La clausola della buona fede, dunque, trova impiego sia nel diritto privato che in quello amministrativo; sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale.

In particolare, per quanto riguarda l'esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti pubblici, dal canone della buona fede oggettiva e della correttezza è possibile enucleare una serie di regole di condotta che riguardano in particolare il procedimento amministrativo. Il principio di buona fede, infatti, è da riferire non tanto al provvedimento amministrativo (momento statico), quanto al comportamento (momento dinamico), cioè al modo di formazione, di comunicazione, di interpretazione ed esecuzione del provvedimento. Come è stato notato da autorevole dottrina, il principio di buona fede «*riguarda precipuamente il modo in cui l'Amministrazione agisce nell'assumere la decisione*»⁶.

La buona fede, dunque, consente di riconoscere, a carico della pubblica amministrazione, doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli tipizzati, anche se molti obblighi derivanti dall'applicazione di questo principio in ambito procedimentale sono stati ormai legalmente riconosciuti a livello legislativo.

L'art. 1 della l. n. 241 del 1990, infatti, consacra una serie di «*principi generali dell'attività amministrativa*» i quali, nella loro portata e nella loro ampiezza, ben possono ritenersi già comprensivi di tutte le possibili declinazioni del principio (civilistico) di buona fede, ove trasposto nell'ambito del diritto pubblico. Si pensi, a titolo esemplificativo, al dovere della p.a. di non aggravare il procedimento, previsto proprio dall'art. 1 l. n. 241 del 1990. Tuttavia, poiché la l. n. 241 del 1990 è una disciplina formulata prevalentemente per principi, la buona fede può svolgere una utile funzione interpretativa e integrativa. Attraverso la clausola della buona fede, infatti, è ben possibile rinvenire ulteriori criteri di riferimento per individuare la regola del caso concreto.

Inoltre, non può escludersi una funzione integrativa della buona fede, quale fonte di una serie di doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli previsti da norme giuridiche, in grado di colmare le eventuali lacune del sistema⁷. Tali obblighi scaturiscono dalla necessità che ciascuna delle parti (e, dunque, anche e soprattutto la p.a.) si comporti correttamente, in modo da non arrecare alla controparte pregiudizi inutili, eccessivi o non previsti.

La tesi risulta, del resto, confermata dalla lettura della giurisprudenza, la quale riconosce che il dovere di agire secondo correttezza e buona fede non è assolto esclusivamente con il compimento di atti previsti in specifiche disposizioni di legge, ma deve realizzarsi anche attraverso comportamenti non individuati dal legislatore e che, in relazione alle singole

⁵ E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 2001, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, Vol. I, pagg. 371 e segg..

⁶ F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 2001, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, Vol. III, pag. 472.

⁷ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, pagg. 216 e segg..

situazioni di fatto, siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione dell'altro contraente (cfr., sempre, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

Occorre ricordare, poi, che la tutela dell'affidamento è un obbligo derivante dall'ordinamento europeo, trattandosi di un principio che, pur non essendo espressamente richiamato dai Trattati, è stato più volte affermato dalla Corte di giustizia, che lo ha elevato al rango di principio generale dell'ordinamento europeo. Tale obbligo è divenuto ancora più stringente dopo che l'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (come integrato dall'art. 1 della l. 11 febbraio 2005, n. 15) ha assoggettato l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario.

Peraltro, dal momento che la buona fede (oggettiva) costituisce il parametro di riferimento di una condotta procedimentale che non deve essere dannosa per il terzo, ne deriva che è in sede risarcitoria che tale parametro è destinato a produrre principalmente (se non addirittura esclusivamente) i suoi effetti.

In altri termini, come notato di recente dal Consiglio di Stato, 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)»*⁸. In questo senso si esprime sempre Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, nella cui motivazione viene precisato che nell'ambito *«del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. 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, le 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 provvedimento, ma a responsabilità»*.

Ne consegue che una responsabilità da comportamento scorretto (cioè violativo della buona fede) può sussistere nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento. Paradigmatico è il caso del danno da ritardo, previsto ex art. 2-bis, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241 (introdotto dall'art. 7, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69), secondo cui le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative *«sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento»*.

In siffatta ipotesi il danno si configura a prescindere dalla legittimità del provvedimento.

Ciò che viene in rilievo è *«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»*⁹.

⁸ Cfr., all'uopo, sempre, C.d.S., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁹ C.d.S., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

La responsabilità da scorrettezza non è quindi una responsabilità che deriva dalla lesione dell'interesse legittimo, giacché prescinde dalla illegittimità dell'atto.

In questo quadro, può essere utile ricordare che le Sezioni Unite della S.C., con tre ordinanze "gemelle", hanno affrontato il tema della risarcibilità dei danni subiti dai soggetti destinatari di un provvedimento favorevole - ma illegittimo - successivamente annullato, riconoscendo a chi si è visto annullare il provvedimento (in via giurisdizionale o in autotutela) la possibilità di invocare la tutela risarcitoria per violazione da parte della P.A. dei doveri generali di comportamento (quali la perizia, la prudenza, la diligenza e la correttezza), avendo posto in essere una condotta lesiva del suo legittimo affidamento¹⁰. Nelle richiamate decisioni la S.C., facendo leva sul fatto che il soggetto non rimprovera alla p.a. l'illegittimo esercizio del potere ma la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento poi rivelatosi illegittimo, ha affermato che la giurisdizione, riguardando diritti soggettivi, spetta al giudice ordinario. Tale tesi ha sollevato più di una perplessità in dottrina. In questa sede non è possibile (né necessario) sviluppare argomenti critici. Nondimeno, si deve osservare che, essendo coinvolto l'esercizio di un potere (nonostante le affermazioni contrarie della S.C.), almeno nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, la cognizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7 c.p.a.¹¹. Va evidenziato inoltre che nell'azione risarcitoria, a differenza di quella demolitoria, il giudice amministrativo non è mai chiamato a verificare la legittimità dell'atto, ma il comportamento tenuto dall'Amministrazione, per verificare se sia illecito e produttivo di danno; ciò che rileva, quindi, in sede risarcitoria, non è l'interesse legittimo ma è sempre il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale.

¹⁰ Sez. U, n. 06594/2011, Fioretti, Rv. 616519 - 01 («La controversia nella quale il beneficiario di una concessione edilizia, annullata d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittima, chiedi il risarcimento dei danni subiti per avere confidato nella apparente legittimità della stessa, che aveva ingenerato l'incolpevole convincimento di poter legittimamente edificare, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto un comportamento illecito della P.A. per violazione del principio del "neminem laedere", cioè di quei doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile e che anche la P.A., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare; egli, pertanto, non è tenuto a domandare al giudice amministrativo un accertamento della illegittimità del suddetto comportamento, che ha invece interesse a contrastare nel giudizio di annullamento da altri provocato e che può solo subire.»); Sez. U, n. 06595/2011, Petitti, Rv. 616520 - 01 [«La controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla P.A. (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza d'acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non ravvisandosi un atto o provvedimento amministrativo della cui illegittimità il privato possa dolersi impugnandolo davanti al giudice amministrativo, con le conseguenziali statuizioni risarcitorie, e, quindi, non sollecitando tale situazione di fatto alcuna esigenza di tutela contro l'esercizio illegittimo di un pubblico potere consumato nei confronti del privato, né richiedendo questi un accertamento, da parte del giudice amministrativo, della illegittimità del comportamento tenuto dalla P.A., che egli invece può solo subire e ha interesse a contrastare nel giudizio di annullamento da altri provocato.»]; Sez. U, n. 06596/2011, Tirelli, Rv. 616521 - 01 [«La controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'affidamento di un pubblico servizio, successivamente annullata dal Tar perché illegittima su ricorso di un altro concorrente, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non essendo chiesto in giudizio l'accertamento della illegittimità dell'aggiudicazione (che, semmai, la parte aveva interesse a contrastare nel giudizio amministrativo promosso dal concorrente) e, quindi, non rimproverandosi alla P.A. l'esercizio illegittimo di un potere consumato nei suoi confronti, ma la colpa consistita nell'averlo indotto a sostenere spese nel ragionevole convincimento della prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del termine previsto dal contratto stipulato a seguito della gara.»]. Sez. U, n. 17586/2015, Frasca, Rv. 636105 - 01 [«La domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole.»].

¹¹ In tal senso, si è espresso, del resto, C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, la quale ha affermato che: «è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, c.p.a. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i «comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; ed inoltre che «nelle particolari materie indicate dalla legge» di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli «atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia» di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a. oggetto del presente giudizio - essa si manifesta «attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione.».

Peraltro, la giurisprudenza ordinaria, dopo aver fatto ricorso alla responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede con riguardo all'ipotesi della lesione dell'affidamento da parte dell'atto di ritiro legittimo, l'ha, poi, progressivamente estesa ad ipotesi in cui l'atto amministrativo è del tutto assente dalla fattispecie.

In particolare, Sez. U, n. 08236/2020, Cosentino, Rv. 657613 - 01, ha affermato che: *«Spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione.».*

Analogamente, Sez. U, n. 00615/2021, Torrice, Rv. 660216 - 01, ha chiarito che: *«In materia di cassa integrazione guadagni, ordinaria e straordinaria, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla pretesa risarcitoria dell'imprenditore, fondata sulla lesione dell'affidamento riposto nella condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede; ciò in quanto la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione), inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione.».*

3. - LE REGOLE DI CONDOTTA DESUMIBILI DAL CANONE DELLA BUONA FEDE CON RIGUARDO ALLA P.A.

Una volta acclarato che dal canone della buona fede è possibile desumere le regole di una corretta condotta procedimentale, la cui violazione può senz'altro fondare un giudizio di responsabilità, a carico della p.a., è ammesso procedere ad alcune esemplificazioni.

Anzitutto, è possibile affermare che la violazione di norme giuridiche espresse costituisce certamente un indice della violazione del canone della correttezza. Chiaramente, però, la correttezza non presuppone solamente il rispetto delle norme di diritto positivo, perché, se così fosse, essa verrebbe a coincidere con il principio di legalità.

Come già chiarito sopra, la buona fede può peraltro svolgere anche una funzione integratrice, in modo da determinare doveri (o regole di condotta) al di là di quelli legalmente

tipizzati o predeterminati dalla stessa Amministrazione.

In altre parole, la buona fede può essere "aggiunta" ai principi generali di diritto pubblico per rafforzare ulteriormente le garanzie degli amministrati.

Tipico esempio è quello relativo al dovere di informazione: proprio in virtù del canone di buona fede e correttezza, la p.a. ha il dovere di fornire informazioni precise ai terzi in modo da rendere prevedibile il suo comportamento.

La giurisprudenza ha infatti avuto modo di precisare che la diffusione di informazioni inesatte può generare una responsabilità della p.a. per illecito extracontrattuale, qualora si leda la posizione di affidamento del soggetto che entra in contatto con l'ente pubblico¹².

Dunque, dal canone di correttezza si può ricavare un nuovo dovere per le Amministrazioni pubbliche, vale a dire quello di fornire informazioni corrette quando entrano in contatto (o si rapportano) con il privato.

Anche il giudice ordinario ha affermato il dovere della p.a. di comportarsi con responsabilità e correttezza nei confronti del cittadino che si rivolge ad essa. Pertanto, l'inerzia e il non rispondere quando il privato chiede notizie sono stati ritenuti comportamenti scorretti e contrari alla buona fede e produttivi di danni risarcibili. In particolare, il Tribunale di Milano, sez. lav., con sentenza 26 novembre 2002, n. 3358, ha condannato il Ministero della Salute per il danno da ritardo nella definizione del procedimento amministrativo (durato circa sei anni) concernente il riconoscimento dell'indennizzo ex lege n. 210 del 1992. A tale proposito, va rimarcata la particolare attenzione che il legislatore recente ha verso il rispetto dei termini procedurali, la cui inosservanza comporta una responsabilità civile della p.a., oltre ad un obbligo di indennizzo dell'istante (cfr. l'art. 2-bis della l. n. 241 del 1990, come modificato da ultimo dall'art. 28, comma 9, della l. n. 98 del 2013), nonché una responsabilità amministrativa, dirigenziale e disciplinare del dirigente e del funzionario inadempiente (cfr. l'art. 2, comma 9, della l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 35 del 2012).

La buona fede ha trovato, inoltre, massiccia applicazione nel settore degli appalti pubblici.

Infatti, è soprattutto nell'ambito dell'attività precontrattuale e contrattuale che la buona fede trova il terreno più fertile, nel senso che essa permette di individuare nuove regole di

¹² Sez. 3, n. 02424/2004, Segreto, Rv. 569995 - 01 [«La responsabilità della P.A. per illecito extracontrattuale - che può essere fatta valere dal privato con azione di risarcimento del danno davanti al giudice ordinario - è astrattamente configurabile anche nella diffusione di informazioni inesatte, in quanto lede la posizione (meritevole di tutela) del privato in contatto con la p.a. di affidamento nella stessa, tenuto conto che questa deve ispirare la propria azione a regole di correttezza, imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.). Peraltro, per l'affermazione in concreto della sussistenza della responsabilità extracontrattuale della p.a., non può prescindersi dal requisito soggettivo richiesto dall'art. 2043 cod. civ. e cioè dall'accertamento della colpa (o del dolo), riferibile non già al funzionario agente, ma all'amministrazione come apparato. Ne consegue che non può escludersi, in linea di principio, la rilevanza dell'errore scusabile commesso dalla p.a., dovendosi valutare in concreto nel singolo caso la eventuale sussistenza di detto carattere di scusabilità dell'errore stesso. Nel compimento di tale accertamento, da effettuarsi "ex ante", di spettanza del giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, l'errore sulla interpretazione della norma, in presenza della regola della inescusabilità dell'"error iuris", deve essere considerato eccezionalmente scusabile solo se imputabile ad una oggettiva oscurità della norma medesima, o se altrimenti inevitabile alla stregua dei parametri forniti dalla Corte costituzionale (sent. n. 364 del 1988, ed altre). A siffatte ipotesi è da ricondurre l'adeguamento da parte della p.a. alla interpretazione della norma in atto dominante in sede giurisprudenziale, in quanto il vigente ordinamento assegna in ultima istanza proprio ai giudici, sia pure con riferimento al solo specifico caso di volta in volta sottoposto al loro esame, la interpretazione e l'applicazione della legge. (Nella specie, in applicazione del principio di cui alla massima, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento di danni avanzata nei confronti della Regione Friuli Venezia Giulia da una società impegnata nella lavorazione di mobili in legno, in relazione alla informazione fornita da un funzionario di quella amministrazione circa la non necessità di autorizzazione ex d.P.R. n. 915 del 1982 per lo svolgimento di attività di riciclo di cascami lignei, informazione, poi rivelatasi inesatta, in base alla quale la ricorrente aveva asserito di avere effettuato ingenti investimenti, vanificati dal successivo diniego di autorizzazione; i giudici di merito avevano nell'occasione ritenuto, con apprezzamento non censurato dalla Corte di legittimità, che l'errata informazione fosse frutto di errore scusabile in quanto all'epoca era prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'autorizzazione per lo smaltimento di rifiuti fosse necessaria solo con riferimento ai rifiuti tossici o nocivi.)»].

condotta non espressamente tipizzate in norme di diritto positivo. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle assicurazioni informali poi non rispettate, ovvero all'ingiustificata decisione di non stipulare più il contratto o di ritardarne gli adempimenti, ovvero ancora al mancato rinvio della gara nel momento in cui la p.a. accerti il venir meno della copertura finanziaria.

La clausola della buona fede, inoltre, ove riferita sempre alla pubblica Amministrazione, spazia dal divieto di tenere un comportamento in contrasto con i precedenti (secondo il brocardo «*non venire contra factum proprium*»), all'ingiustificato allontanamento da una prassi.

Sotto questo profilo, la buona fede opera nel più ristretto significato di tutela dell'affidamento, che costituisce, infatti, una delle manifestazioni del principio di correttezza buona fede.

Diversi altri doveri possono sorgere dalla tutela dell'affidamento. Così, ad esempio, è proprio la tutela dell'affidamento dei privati il fondamento primo dell'esigenza della p.a. di predeterminare i criteri della propria azione amministrativa.

Inoltre, l'affidamento del privato (ma anche la buona fede) svolge un ruolo determinante con riguardo al comportamento che precede l'adozione di provvedimenti di autotutela. Del resto, è oggi lo stesso legislatore a precisare espressamente che, nell'annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo, la p.a. dovrà tener conto, tra l'altro, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Ed è sempre per garantire l'affidamento del cittadino che la l. n. 124 del 2015 è intervenuta in tema di autotutela, inserendo nell'art. 21-*nonies* della l. n.241 del 1990 la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui può essere esercitato l'annullamento d'ufficio.

Anche nell'ordinamento europeo la mera illegittimità del provvedimento non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo¹³.

Va segnalato altresì che parte della giurisprudenza, pur riconoscendo l'insindacabile discrezionalità dell'Amministrazione nel decidere se provvedere o meno sulle istanze di autotutela (o di riesame), afferma che la p.a., proprio in ossequio dei principi di correttezza e di buona fede, è comunque tenuta a provvedere nelle ipotesi di istanze di autotutela puntuali e ben argomentate, qualora queste siano presentate prima della scadenza del termine per agire in giudizio e, quindi, allo scopo di evitare di dover proporre ricorso giurisdizionale¹⁴.

L'art. 30, comma 3, c.p.a., dispone poi espressamente che il giudice nel determinare il risarcimento deve valutare «*il comportamento complessivo delle parti*».

Dunque, il giudice, nella quantificazione del danno, deve tener conto (non solo del comportamento del privato, ma) anche della condotta della p.a., la quale è la prima ad essere obbligata a comportarsi con diligenza e correttezza.

Aggiungasi che, in virtù del principio di tutela dell'affidamento, possono assumere un rilievo giuridico anche quei comportamenti, quelle manifestazioni informali, che hanno la forza di far ragionevolmente presumere all'amministrato quale possa essere il risultato

¹³ C.d.S., Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831

¹⁴ C.d.S., Sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056.

amministrativo, ossia l'assetto degli interessi finali che l'Amministrazione si appresta a fare. In quest'ottica possono divenire rilevanti non solo le manifestazioni di volontà che emergono nel corso del procedimento, e che sono in grado di creare una ragionevole aspettativa nel privato, ma anche le assicurazioni verbali di tipo informale provenienti dal dirigente o dal responsabile del procedimento e che siano valevoli ad ingenerare nell'amministrato - in concreto e tenendo conto della natura della situazione - un legittimo affidamento, meritevole di tutela. Ciò accade, ad esempio, allorché le rassicurazioni fornite dalla p.a. suscitino nel privato una aspettativa qualificata su un determinato esito dell'azione amministrativa, inducendolo a sostenere delle spese.

Naturalmente, in questi casi assumono rilievo - e dovranno perciò essere esaminate e valutate dal giudice - non solo l'idoneità del comportamento della p.a. ad ingenerare una aspettativa nel privato (profilo oggettivo), ma anche le conoscenze di cui quest'ultimo dispone (profilo soggettivo) e che gli avrebbero consentito un corretto apprezzamento della situazione concreta non spingendolo così a fondare su quella situazione il proprio affidamento. A tal fine, va rimarcato come nella valutazione circa la sussistenza di un affidamento debbano essere considerati sia gli elementi oggettivi (come il comportamento della p.a.), che quelli soggettivi (come il patrimonio conoscitivo del soggetto che lamenta una lesione del proprio affidamento).

La collocazione sistematica della buona fede tra le regole di mero comportamento comporta, come già sopra accennato, che il tratto caratteristico della responsabilità derivante dalla sua violazione sia quello di essere indipendente dalla legittimità dell'azione amministrativa.

Si tratta conseguentemente di una tipologia di responsabilità che si distingue da quella in cui l'amministrazione incorre per il compimento di atti illegittimi.

Il rimedio risarcitorio si fonda sempre sull'assunto che la buona fede determina nel privato la titolarità di una aspettativa giuridicamente rilevante a che l'amministrazione si comporti correttamente all'interno del rapporto; se tale affidamento è violato dall'azione scorretta dell'amministrazione, il privato, che sulla base dello stesso abbia assunto decisioni rivelatesi pregiudizievoli, ha diritto al risarcimento del danno¹⁵.

Perché la responsabilità si attivi occorre inoltre che l'affidamento sia incolpevole, nel senso che il titolare avesse ragione obiettiva di nutrirlo. L'incolpevolezza dell'affidamento è richiesta in funzione di contemperamento tra la tutela della fiducia, fondata sulla buona fede, e il principio di autoresponsabilità, in base al quale ciascuno è responsabile delle proprie azioni e omissioni e se ne assume il rischio. L'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno è subordinata all'attitudine di tali condotte 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, altrimenti non lo è.

Fermi questi punti, vi sono aspetti salienti della responsabilità derivante dalla violazione

¹⁵ Vale la pena di precisare che l'affidamento che, fondato sulla buona fede, riceve tutela con la responsabilità civile è cosa diversa dall'istituto del legittimo affidamento che agisce quale limite agli di ritiro. Ed infatti - oltre alla differenza più evidente, che nell'un caso il rimedio apprestato è il risarcimento e nell'altro l'annullamento - va chiarito che la tutela del legittimo affidamento non assicura la soddisfazione dell'interesse materiale del privato (il mantenimento del provvedimento), quanto piuttosto che questo sia tenuto in considerazione dall'amministrazione, mentre la tutela dell'affidamento nell'ambito del giudizio di responsabilità è, per così dire, diretta, nel senso che non è condizionata ad una valutazione comparativa degli interessi ma dipende solo ed esclusivamente dalla intrinseca meritevolezza dell'interesse materiale alla luce del principio della buona fede. Questa differenza giustifica il fatto che, nell'ambito della responsabilità, l'affidamento debba essere incolpevole, mentre valutazioni di ordine soggettivo non sono ordinariamente richieste per la tutela del legittimo affidamento.

della buona fede che appaiono ancora incerti o, comunque, bisognevoli di sistematizzazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, considerato anche che la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria sovente si attestano su posizioni scarsamente conciliabili.

Le questioni attengono, in particolare, all'individuazione degli ambiti o della fattispecie nelle quali può configurarsi la responsabilità per violazione della buona fede, nonché alla qualificazione della natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità in questione e, infine, alla consistenza della situazione giuridica soggettiva ammessa al risarcimento e, conseguentemente, alle regole proprie del riparto di giurisdizione.

4. - VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE IN AMBITO PROCEDIMENTALE.

Un primo ambito in cui la buona fede opera come regola di responsabilità è il procedimento, inteso appunto non tanto quale sequenza di atti funzionalmente collegati al provvedimento, o come forma della funzione, ma piuttosto quale luogo in cui si stabilisce un rapporto giuridico tra l'amministrazione e il privato.

La responsabilità per violazione della buona fede è stata affermata, in un primo momento, con riguardi ai procedimenti di scelta del contraente, assimilati dalla giurisprudenza alle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c.¹⁶. In seguito, tale responsabilità è stata prospettata come istituto di carattere generale, suscettibile di trovare applicazione anche a procedimenti diversi, secondo un'impostazione che ha ricevuto conferme dopo la consacrazione legislativa della buona fede come principio generale del rapporto procedimentale, intervenuta grazie all'art. 1, comma 2 bis, l. n. 241 del 1990, introdotto mediante l'art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. n. 76 del 2020, conv. con modif. dalla l. n. 120 del 2020.

La buona fede, quale regola di condotta la cui violazione risulta suscettibile di dare luogo alla responsabilità dell'amministrazione, può assumere rilevanza all'interno del procedimento sia nel più generico significato di obbligo di agire correttamente, al di là e oltre quanto espressamente prescritto e indipendentemente da eventuali affidamenti sorti in ragione di un precedente comportamento, sia nell'accezione di divieto di «*venire contra factum proprium*».

¹⁶ C.d.S., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. Secondo altro orientamento, la trattativa giuridicamente rilevante ex art. 1337 c.c. sorgerebbe solo a valle della scelta del contraente da parte dell'amministrazione, cioè a seguito dell'aggiudicazione provvisoria e fino alla stipula del contratto (gli orientamenti più risalenti collocavano la trattativa tra la stipulazione del contratto e l'adozione dell'atto di controllo o di approvazione al quale ne era condizionata l'efficacia). Per la giurisprudenza amministrativa cfr., ex permultis, C.d.S., Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146. Per la giurisprudenza civile, Sez. 2, n. 00477/2013, Petitti, Rv. 624592 - 01, secondo cui «*La responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile 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, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ.; in particolare, se non è ipotizzabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è ammissibile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative dell'ente è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del "neminem laedere", ove lo stesso sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto. Spetta al giudice di merito accertare se il comportamento della P.A. risultasse sorretto da un giustificato motivo, costituito dalla presentazione di una successiva proposta tardiva da parte di un terzo, tale da indurre l'acquirente ad un repentino generale ripensamento sull'idoneità dell'immobile offerto per primo, sulla base di elementi, peraltro, non sopravvenuti, ma già intrinseci alla stessa richiesta formulata con l'avviso pubblico*». Alla stregua di questa impostazione, la responsabilità precontrattuale sanziona in via pressoché esclusiva la rottura ingiustificata delle trattative da parte dell'amministrazione che, revocando o annullando l'aggiudicazione, lede l'affidamento dell'impresa prescelta nella stipula del contratto (o che, rifiutando l'approvazione del contratto, lede l'affidamento del contraente nell'efficacia del contratto medesimo). Non si tratta quindi di responsabilità per violazione della buona fede in seno al procedimento, ma di responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto che sorge per effetto del provvedimento favorevole.

L'obbligo di agire correttamente ha un contenuto inevitabilmente generico che tuttavia risulta suscettibile di riempirsi di significato alla stregua della logica del rapporto in cui si inserisce. Nell'ambito del procedimento amministrativo, tenuto conto della sua duplice anima cooperativa e difensiva, la correttezza assume il significato di dovere di collaborazione, per un verso, e, per altro verso, di astensione da comportamenti o azioni dirette a rendere più gravoso, se non addirittura ad impedire, la realizzazione dell'interesse del privato.

Nell'ambito del procedimento amministrativo molte regole di collaborazione e di difesa sono ormai positivizzate e ciò, con tutta evidenza, finisce con il sottrarre spazio all'operatività della buona fede e della responsabilità che su di essa si fonda. Nondimeno, rimane pur sempre un margine di possibile operatività della buona fede, ove si pensi alla cd. amministrazione informale, cioè ai contatti, di varia natura, suscettibili di instaurarsi all'interno del procedimento amministrativo senza tradursi in atti formali e che, pur sfuggendo pressoché integralmente all'attuale disciplina del procedimento, possono pur sempre essere occasione di scorrettezze nel rapporto col privato. In relazione ad essi, pertanto, la buona fede può svolgere un ruolo essenziale come fondamento della responsabilità dell'amministrazione.

Nell'accezione di divieto di «*venire contra factum proprium*», la buona fede nel procedimento comporta la tutela dell'affidamento del privato nella conclusione positiva del procedimento, sorto in ragione della condotta dell'amministrazione in seno al procedimento medesimo. Questo profilo di tutela va però bilanciato con la facoltà, ordinariamente riconosciuta in favore dell'amministrazione, di rivalutare e rivedere, man mano che avanza l'istruttoria, progetti decisionali originari o specifici punti di vista già espressi in seno al procedimento.

Con questa cautela, dunque, la violazione della buona fede è comunque prospettabile se, ad esempio, l'amministrazione nel corso del procedimento fa apparire al privato di aver assunto ormai definitivamente un determinato orientamento rispetto alla decisione, sebbene, invece, la progressione e lo sviluppo del procedimento possano comprovare che la p.a. si riservava di rivedere le precedenti posizioni, assunte quindi solo provvisoriamente.

Il tipo di pregiudizio economico che può derivare dalla condotta procedimentale dell'amministrazione contraria a buona fede, configurando il danno risarcibile, è strutturalmente omogeneo a quello che si riscontra nella responsabilità precontrattuale nei rapporti tra privati: consiste cioè nel valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte e nei costi eventualmente sostenuti in vista della ragionevole conclusione del procedimento (cd. interesse negativo).

Devono, però, essere segnalate due importanti differenze.

Innanzitutto, nel primo caso preso in esame (quello, cioè, della buona fede come correttezza generica), l'affidamento concerne tutto il procedimento, in quanto si fonda su una regola - la buona fede oggettiva, appunto - che presiede all'intero sviluppo dello stesso; nella seconda ipotesi, invece (quella, cioè, della buona fede intesa come divieto di «*venire contra factum proprium*»), l'affidamento in tanto può sorgere all'interno del procedimento, in quanto l'amministrazione tenga comportamenti suscettibili di creare l'aspettativa di una conclusione favorevole dello stesso. Inoltre, esso può avere maggiore o minore consistenza, a seconda che l'aspettativa indotta nel privato sia più o meno elevata: in linea di massima, nelle fasi conclusive del procedimento, tale affidamento si presenta più consolidato.

La seconda differenza concerne il ruolo del provvedimento nella produzione causale del danno.

La responsabilità suscettibile di derivare dalla mera scorrettezza procedimentale mira a risarcire un pregiudizio arrecato dalla condotta dell'amministrazione precedente all'adozione del provvedimento, che, pertanto, rimane logicamente estraneo alla fattispecie dell'illecito. Il provvedimento potrà senz'altro sopravvenire alla condotta procedimentale dannosa (come mancare, se l'azione amministrativa si arresta: ciò che accade, ad esempio, in caso di silenzio), ma la fattispecie dell'illecito sarà a quel punto già completa, dunque indifferente al contenuto del provvedimento (oltre che, naturalmente, alla sua legittimità o illegittimità)¹⁷.

La responsabilità che deriva dalla lesione dell'affidamento nella favorevole conclusione del procedimento, invece, mira a risarcire un pregiudizio arrecato dal provvedimento (o meglio, dall'effetto del provvedimento) che conclude il procedimento disponendo legittimamente un diverso assetto degli interessi. In questo caso è il provvedimento - non la condotta - la causa del danno; e tuttavia il fondamento dell'addebito della responsabilità non è l'illegittimità del provvedimento, ma pur sempre la scorrettezza della condotta complessiva dell'amministrazione: ciò che si rimprovera all'amministrazione non è l'aver adottato un provvedimento che non poteva adottare, in quanto ciò non è, trattandosi di atto valido, bensì l'aver tenuto, nel procedimento, una condotta contraddittoria che ha leso l'affidamento del privato nella conclusione della vicenda in senso a lui favorevole. Per cui, anche se il danno deriva dal provvedimento, ricorre non un'ipotesi di responsabilità da provvedimento, bensì da condotta illecita¹⁸.

5. - VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE SUCCESSIVA ALL'EMANAZIONE DEL PROVVEDIMENTO FAVOREVOLE.

Il rapporto procedimentale non è, però, l'unica tipologia di rapporto amministrativo in cui trova applicazione la buona fede come norma di comportamento della pubblica amministrazione. In questa veste, infatti, la buona fede presiede anche al rapporto nascente quale effetto del provvedimento ampliativo e che l'amministrazione ha facoltà di porre nel nulla mediante l'esercizio dei cd. poteri di secondo grado. Anche in questo caso, dunque, la violazione della buona fede determina responsabilità civile, a carico dell'amministrazione.

Invero, la posizione del destinatario del provvedimento favorevole, riceve tutela anzitutto dalle regole che limitano l'esercizio dei poteri di ritiro. Esse prevedono l'obbligo per l'amministrazione di attribuire all'interesse del destinatario del provvedimento un peso particolare nel bilanciamento tra gli interessi sottesi alla valutazione discrezionale; e, trascorso il termine di dodici mesi dalla adozione del provvedimento favorevole, il divieto di annullarlo d'ufficio¹⁹.

La tutela dell'affidamento, secondo le regole della legittimità, è forte sotto il profilo del rimedio, in quanto comporta l'annullamento dell'atto di ritiro illegittimo e, per questa via, la soddisfazione specifica dell'interesse del destinatario del provvedimento favorevole di primo

¹⁷ M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, Urbino, 2022, n. 2, Vol. XI, pag. 83.

¹⁸ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 84.

¹⁹ Originariamente, la l. n. 124 del 2015 era intervenuta in tema di autotutela inserendo, nell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui poteva essere esercitato l'annullamento d'ufficio. Successivamente, tale termine è stato ridotto a dodici mesi mediante l'art. 63, comma 1, del d.l. n. 77 del 2021, conv. con modif. dalla l. n. 208 del 2021.

grado. Nondimeno, essa è, al contempo, una tutela debole sotto il profilo della fattispecie, perché, salvo che non siano trascorsi i termini di legge per l'adozione dell'annullamento d'ufficio, le regole di legittimità non vietano all'amministrazione di ritirare l'atto favorevole, ma soltanto prendendo in considerazione l'interesse contrario del beneficiario.

La responsabilità civile in questo ambito interviene a tutela diretta dell'interesse materiale del privato rimasto insoddisfatto dalla tutela derivante dai limiti legali al potere di ritiro, poiché alla stregua del principio di buona fede, qui intesa come divieto di «*venire contra factum proprium*», può essere rimproverata alla pubblica amministrazione la contraddittorietà della condotta - consistente nell'aver prima rilasciato e poi ritirato il provvedimento favorevole - lesiva dell'affidamento, nonostante l'atto di ritiro fosse legittimo.

La causa del danno è il provvedimento, e, cioè, l'atto di ritiro. Tuttavia, anche in tal caso, a fondamento dell'addebito di responsabilità non vi è l'atto medesimo, che è in sé perfettamente legittimo, né tampoco il fatto che la p.a. abbia in un primo tempo adottato l'atto illegittimo, perché quella evenienza nell'ambito del giudizio di responsabilità è del tutto irrilevante, in quanto non causativa di pregiudizio economico. Il rimprovero concerne piuttosto la condotta contraddittoria, questa volta lesiva dell'affidamento nella stabilità del provvedimento favorevole. Per cui, come nelle fattispecie prese in considerazione nel paragrafo precedente, non si tratta di un'ipotesi di responsabilità da provvedimento, bensì di un'ipotesi da condotta illecita²⁰.

Quanto al pregiudizio risarcibile, la legittimità dell'atto di ritiro impedisce di individuarlo nella perdita dei guadagni che il beneficiario del provvedimento favorevole avrebbe potuto ottenere qualora lo stesso non fosse stato revocato o annullato, poiché il provvedimento favorevole non spettava ed è legittimo il suo ritiro. Il danno ingiusto subito riguarda, anche in questo caso, il valore delle occasioni perse confidando nel provvedimento favorevole e le spese sostenute per avviare l'attività dal medesimo assentita.

Questa forma di responsabilità, presenta però una sfera di operatività piuttosto limitata.

Per un verso infatti bisogna considerare che non sempre il destinatario del provvedimento favorevole può ritenersi titolare di un affidamento giuridicamente rilevante in ragione del principio di buona fede. In particolare, il provvedimento non suscita nel destinatario affidamento risarcibile se, manifestamente, non sussistevano i presupposti per il suo rilascio e dunque era possibile prevederne la rimozione in via amministrativa. In tali casi, l'affidamento dovrà considerarsi colpevole, nel senso che il destinatario del provvedimento ha imprudentemente sostenuto delle spese confidando sulla stabilità del provvedimento²¹. A maggior ragione, la responsabilità della pubblica amministrazione non si configurerà se è stato il destinatario del provvedimento ad indurre l'amministrazione a rilasciare l'atto favorevole illegittimo: nel qual caso la sua malafede (in senso soggettivo) escluderà la rilevanza della contraddittorietà dell'azione amministrativa.

Per altro verso, l'area della responsabilità di cui si tratta è delimitata dalla previsione dell'indennizzo ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990, per la revoca. Tale disposizione configura, come noto, una ipotesi di cd. responsabilità da atto lecito che si distingue da quella in commento, in quanto l'indennizzo è corrisposto indipendentemente da ogni valutazione sulla

²⁰ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pagg. 85 - 87.

²¹ C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

rimproverabilità della condotta all'amministrazione, mentre la responsabilità per violazione dell'affidamento presuppone un rimprovero mosso all'amministrazione, sebbene questo non riguardi la illegittimità del provvedimento. Nondimeno, la corresponsione dell'indennizzo compensa economicamente chi ha subito la revoca e dunque riduce, se non azzerava, il danno e, con ciò, lo spazio della responsabilità civile²².

Infine, la responsabilità per violazione della buona fede non si configura ove il provvedimento di ritiro risulti illegittimo. In tal caso, infatti, oltre al suo annullamento, l'interessato potrà eventualmente ottenere un risarcimento che nulla ha a che fare con la violazione della buona fede.

La giurisprudenza, almeno in astratto, e salvo poi stabilire limitazioni molto stringenti, ammette la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento anche nel caso in cui il provvedimento sia stato annullato in sede giurisdizionale a seguito dell'accoglimento del ricorso del terzo²³. Tuttavia, si tratta di ipotesi in cui non sembra che l'amministrazione possa essere chiamata al risarcimento dei danni. Nulla è infatti rimproverabile all'amministrazione a titolo di violazione della buona fede come scorrettezza, in quanto, se è certamente vero che il provvedimento favorevole illegittimo suscitava un affidamento, manca tuttavia il comportamento dell'amministrazione che abbia frustrato tale affidamento, poiché la delusione deriva dall'annullamento pronunciato dal giudice, il quale d'altra parte non è certo tenuto a considerare in giudizio l'eventuale affidamento di chicchessia su un atto illegittimo di cui sia stato chiesto l'annullamento. Né all'amministrazione sono addebitabili danni a titolo di responsabilità conseguente a illegittimità, in quanto nella specie l'atto illegittimo (poi annullato dal giudice) era favorevole e nient'affatto pregiudizievole²⁴.

6. - NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DA VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE DELLA P.A.

La giurisprudenza civile, a partire dal 2011 (cioè dalle ordinanze gemelle delle sezioni unite già sopra menzionate), ha concepito la responsabilità per violazione della buona fede da parte dell'amministrazione come responsabilità da inadempimento conseguente alla violazione di obblighi di protezione, fondati appunto sulla buona fede. Ha applicato, quindi, lo schema della cd. obbligazione senza prestazione, elaborato dalla dottrina civilistica, a partire dalla responsabilità precontrattuale, per attrarre al regime della responsabilità da inadempimento tutti i casi in cui il danno si verifica all'interno di un rapporto (non propriamente obbligatorio, per mancanza della prestazione principale) nel cui ambito il danneggiante, in ragione della prescrizione della buona fede o della sua particolare qualità professionale, è tenuto ad un obbligo di protezione nei confronti del danneggiato, il quale a sua volta, per quelle stesse ragioni, è legittimato a confidare nel contegno corretto della controparte.

Il giudice amministrativo, invece, si è attestato sulla tesi della natura extracontrattuale²⁵.

Dal punto di vista dell'evoluzione storica occorre senz'altro riconoscere che proprio lo

²² M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 88.

²³ C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, n. 20 e n. 21, secondo cui, quando l'annullamento sia pronunciato in sede giurisdizionale, il destinatario dell'atto favorevole di massima non può essere considerato titolare di un affidamento incolpevole in quanto egli, nella veste di controinteressato al ricorso, è reso edotto della pendenza del giudizio e dunque l'annullamento dell'aggiudicazione per effetto dell'accoglimento del ricorso non costituisce per lui una evenienza imprevedibile. Un affidamento tutelabile si può ipotizzare «solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio».

²⁴ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pagg. 88 - 89.

²⁵ C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21. C.d.S., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 non prende espressamente posizione sul tema, ma richiama gli elementi costitutivi del fatto illecito ex art. 2043 c.c., rendendo così palese l'adesione alla soluzione della responsabilità extracontrattuale.

schema della responsabilità da inadempimento agli obblighi di protezione, ponendo in rilievo il rapporto amministrativo e gli interessi in questo coinvolti, è stata la chiave che ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un modello di responsabilità incentrato sulla condotta scorretta dell'amministrazione e indipendente dall'illegittimità del provvedimento e dalla sua spettanza; diverso, quindi, dal modello della responsabilità per lesione di interessi legittimi configurato da Sez. U, n. 00500/1999, la quale presuppone l'illegittimità del provvedimento e la compromissione del cd. interesse al bene della vita finale.

Nondimeno, secondo parte della dottrina, l'inquadramento della responsabilità per violazione della buona fede nell'alveo della responsabilità contrattuale, per violazione di obblighi di protezione, non sembra necessario e neppure particolarmente convincente²⁶.

Si afferma che la responsabilità extracontrattuale sia concettualmente incompatibile con una relazione giuridica, all'interno della quale maturi il danno risarcibile. Tale incompatibilità certamente ricorreva quando la responsabilità extracontrattuale era considerata appannaggio dei diritti soggettivi assoluti o comunque limitata a ipotesi tipiche. In quel contesto ben si spiega il tentativo di attrarre quanto più possibile i rapporti giuridici, all'interno dei quali non si potesse far valere la lesione di un diritto soggettivo assoluto, all'area della responsabilità da inadempimento: per offrire la tutela, e anche per evitare operazioni arbitrarie di creazione di diritti soggetti *ad hoc*, come il diritto alla integrità del patrimonio²⁷.

Tuttavia, una volta che la responsabilità extracontrattuale, pur con argomenti non sempre convincenti, è stata liberata dalle strettoie della tipicità, fino all'affermazione che il danno ingiusto è quello inferto ad ogni interesse giuridicamente rilevante, non vi è più ragione di ritenere che l'illecito aquiliano sia intrinsecamente estraneo alla logica del rapporto: e diventa invece più naturale considerarlo come rimedio generale a protezione degli interessi che ricevono tutela giuridica, con l'esclusione di quelli che propriamente sono dedotti in obbligazione²⁸.

Si afferma poi che non è congruo gravare colui che abbia subito un danno all'interno del rapporto degli stessi oneri dimostrativi che incombono su chi ha subito un pregiudizio da parte di un soggetto del tutto estraneo. Tuttavia, l'applicazione del paradigma contrattuale non arreca vantaggi significativi a colui che subisce il danno dalla condotta scorretta dell'amministrazione.

Il primo vantaggio per il danneggiato dovrebbe essere che nella responsabilità da inadempimento l'azione risarcitoria da inadempimento si prescrive in dieci anni, invece dei cinque previsti per l'azione risarcitoria aquiliana. Tuttavia, per la responsabilità dell'amministrazione da violazione della buona fede, e in generale per la responsabilità della p.a., va considerato che il codice del processo amministrativo (art. 30 c.p.a.) assoggetta l'azione risarcitoria nell'ambito della giurisdizione di legittimità al termine decadenziale di centoventi giorni (non anche nella giurisdizione esclusiva). Sotto il profilo del termine per la proposizione dell'azione, dunque, il maggiore o minore favore per il danneggiato non deriva tanto dalla natura della responsabilità quanto dall'assetto del riparto della giurisdizione.

Ancora, deve rilevarsi che la fattispecie aquiliana richiede la dimostrazione dell'ingiustizia del danno e della colposità della condotta, mentre per la responsabilità da inadempimento è

²⁶ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 91.

²⁷ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 91.

²⁸ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 91.

sufficiente l'allegazione del danno in quanto l'ingiustizia è *in re ipsa* nell'inadempimento e, secondo una autorevole concezione, l'elemento soggettivo non è richiesto per la nascita e l'ascrizione della obbligazione risarcitoria (la colpa verrebbe in rilievo solo come criterio di esclusione del limite della responsabilità costituito dalla impossibilità della prestazione, nel senso che l'impossibilità imputabile al debitore, cioè dovuta alla sua colpa, non paralizza la responsabilità per inadempimento; cfr. art. 1218 c.c.)²⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa, proprio per semplificare l'accertamento della colpa di apparato nella responsabilità della pubblica amministrazione, ha fatto ricorso, come noto, alle presunzioni semplici e, in questo modo, è riuscita a pervenire ad esiti non distanti dalla responsabilità oggettiva. In realtà, il regime della responsabilità aquiliana è descritto solo per sommi capi dal codice civile, il che rende non censurabili, anzi condivisibili, gli accorgimenti ai quali ricorre tale giurisprudenza per calibrare gli oneri delle parti in ragione del tipo di problema che si prospetta, se del caso avvicinando il regime della responsabilità a quello della responsabilità contrattuale³⁰.

Così, ad esempio, ha fatto la giurisprudenza amministrativa³¹ quando, riaffermando il carattere extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, ha rilevato come «*le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria sottese alla ricostruzione criticata [la responsabilità della p.a. come responsabilità da contatto, alla quale si applica il regime della responsabilità da inadempimento], possano essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rilevano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.*».

Sotto questo profilo l'illecito extracontrattuale si dimostra un paradigma sufficientemente duttile da consentire operazioni di adattamento in ragione della sostanza degli interessi che volta per volta si intendono tutelare con il risarcimento.

La dimostrazione del requisito dell'ingiustizia del danno da parte della vittima è, senza dubbio, un tratto qualificante dell'illecito extracontrattuale. Anche a questo riguardo, però, la differenza con la responsabilità contrattuale (e in particolare il favore che quest'ultima esprime per la posizione del danneggiato) può essere sminuita se si accoglie l'ordine di idee secondo cui, laddove il danneggiante fosse tenuto ad attenersi ad un modello di comportamento sufficientemente predefinito a livello normativo in funzione della tutela della posizione del danneggiato, la violazione del modello comporta senz'altro la lesione degli interessi giuridicamente rilevanti del secondo e dunque il danno ingiusto; al danneggiato basterà, allora, dimostrare la contrarietà dell'azione del danneggiante al modello di comportamento predefinito, non diversamente da quanto è chiamato a fare il creditore a fronte dell'inadempimento del debitore nell'obbligazione³².

²⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, Padova, 1954, I, pagg. 288 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, pag. 672; G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impresa*, Padova, 2004, pagg. 13 e segg.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pagg. 526 e segg..

³⁰ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 93.

³¹ Cfr., all'uopo, C.d.S., Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32. Cfr., altresì, più di recente, C.d.S., Sez. IV, 1° febbraio 2021, n. 912.

³² M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 93.

Questa impostazione appare congeniale alla struttura dell'azione amministrativa proceduralizzata, la quale in effetti si caratterizza per doversi attenere ad un modello di condotta predefinito in via normativa, comprensivo della regola della buona fede, in funzione essenzialmente protettiva di interessi del privato. Quest'ultimo, pertanto, non dovrà farsi carico di eccessivi oneri per dimostrare l'ingiustizia del danno, ben potendo, a tal fine, allegare la contrarietà del comportamento del danneggiante rispetto a un canone di comportamento predefinito in funzione di protezione dei suoi interessi.

Conclusivamente, l'attrazione della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede all'area della responsabilità da inadempimento, appare, secondo attenta dottrina, per un verso operazione non necessaria, stante l'ormai matura apertura della responsabilità extracontrattuale alla tutela di situazioni relazionali, e, per altro verso, non conferisce al danneggiato quella posizione di favore che si vorrebbe; anzi, conduce all'applicazione di norme svantaggiose per il danneggiato come quella che limita il risarcimento ai danni prevedibili (art. 1225 c.c.)³³.

Del resto, osserva tale dottrina, sul piano funzionale la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede si avvicina inevitabilmente più all'illecito aquiliano che a quello da inadempimento in quanto, ponendosi a presidio del pericolo di perdere possibilità alternative in ragione dell'altrui scorrettezza, esibisce la funzione conservativa della ricchezza che è propria della responsabilità aquiliana, non quella, propria della responsabilità da inadempimento, di attribuire l'equivalente monetario di una prestazione dovuta e mancante, tanto che il risarcimento non riguarda il cd. interesse positivo, cioè il valore della prestazione contrattuale inadempita, bensì il cd. interesse negativo³⁴.

7. - RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE E RIPARTO DI GIURISDIZIONE.

Il riparto di giurisdizione sulle controversie attinenti alla responsabilità dell'amministrazione per violazione della buona fede conosce fibrillazioni non minori di quelle relative alla natura della responsabilità e senza dubbio di maggior impatto pratico perché foriere di incertezze con riguardo non soltanto all'individuazione del giudice ma anche al regime sostanziale della responsabilità: solo davanti al giudice amministrativo, infatti, quantomeno in sede di legittimità, trovano applicazione le regole speciali contenute nell'art. 30 c.p.a..

La giurisprudenza amministrativa è da tempo nel senso che ricadono nella giurisdizione del g.a. le controversie sulla responsabilità per violazione della buona fede nell'ambito delle procedure di scelta del contraente. Questa posizione fu espressa innanzitutto dall'adunanza plenaria nel 2005 con riguardo alla responsabilità derivante dalla legittima rimozione in via amministrativa dell'aggiudicazione. In quell'occasione, il Consiglio di Stato non sembrò affatto escludere che la responsabilità, derivante dalla violazione della buona fede, inerisse ad un diritto soggettivo, ma concluse che la giurisdizione doveva spettare comunque al giudice amministrativo in quanto l'art. 6 l. n. 205 del 2000 rimetteva alla giurisdizione esclusiva del predetto non solo tutte le questioni di interesse legittimo relative agli atti della fase pubblicitica finalizzata alla conclusione del contratto e prima di tale momento, ma anche «*la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti*

³³ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pagg. 94 - 95.

³⁴ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 95.

vantaggiosi ormai venuti meno», nel presupposto che l'amministrazione pur tenuta per legge ad adottare moduli di contrattazione impersonale di stampo pubblicitario è nondimeno soggetta anche alle «*norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune*»³⁵.

L'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo ha confermato la giurisdizione esclusiva sulla materia e questo ha permesso all'adunanza plenaria nel 2018 di dare per scontata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative alla lesione dell'affidamento nell'ambito delle trattative, nonostante, per testuale espressione del Consiglio di Stato, la violazione delle norme generali dell'ordinamento civile che impongono all'amministrazione di agire con lealtà e correttezza faccia 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*»³⁶.

Con tre importanti pronunce del 2021, l'adunanza plenaria ha generalizzato le proprie conclusioni, affermando che sussiste la giurisdizione amministrativa sulle controversie relative alla responsabilità per lesione dell'affidamento, anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva.

Per motivare questa conclusione, che si pone in dichiarato contrasto con l'orientamento delle sezioni unite della Cassazione, l'adunanza plenaria sostiene che l'affidamento «*non è una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due*», né costituisce l'oggetto di un diritto soggettivo, ma è piuttosto il «*principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo*»³⁷. Come tale, l'affidamento può alternativamente riferirsi al diritto soggettivo come all'interesse legittimo e la giurisdizione amministrativa va affermata «*quando l'affidamento abbia a 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*», poiché in tal caso la "fiducia" 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 al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato*

³⁵ C.d.S., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

³⁶ C.d.S., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

³⁷ C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20: «*l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile*» ma la giurisprudenza amministrativa oggi lo considera 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*» (C.d.S., VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Di ciò - prosegue l'Ad. plen. - si ricava conferma dall'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990, introdotto 12, comma 1, lett. 0a), d.l. n. 76 del 2020, conv. con modif. dalla l. n. 120 del 2020: tale disposizione «*ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicitario dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - non è più contraddistinto dall'assoluta unilateralità del potere, ma è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo*». Precisa, ancora, il Consiglio di Stato che il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede «*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 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*».

aventi la consistenza di interesse legittimo»³⁸.

E ciò - prosegue il Consiglio di Stato - *«sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa».*

Diversa è, invece, la posizione delle Sezioni Unite della S.C..

Nel 2011, le Sezioni Unite hanno ritenuto che spetta al giudice ordinario la cognizione sulla controversia nella quale il ricorrente lamenta la lesione dell'affidamento a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione su ricorso del terzo. Tale conclusione muove dal presupposto che la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie sia limitata alla cognizione dei danni derivanti da provvedimenti illegittimi. Su questa premessa, la S.C. osserva che la giurisdizione sulla controversia non spetta al giudice amministrativo in quanto la ricorrente non chiede danni connessi alla illegittimità del provvedimento (che è favorevole) ma addebita all'amministrazione la colpa di *«averla orientata verso una determinata condotta che, poi, aveva dovuto interrompere»*. La giurisdizione spetta dunque al g.o., perché in contestazione non è l'esercizio del potere amministrativo, ma la lesione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio³⁹.

Malgrado qualche pronuncia in senso diverso, le sezioni unite nel 2020 hanno confermato

³⁸ C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20. Più esattamente, *«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)»*.

³⁹ Sez. U, n. 06596/2011, Tirelli, Rv. 616521 - 01. Il principio non riguarda peraltro solo la responsabilità dell'amministrazione nell'ambito delle trattative, ma tutte le ipotesi in cui l'attore lamenta un danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento (da parte dell'amministrazione o del giudice) di un atto amministrativo ampliativo (cfr. le coeve ordinanze 6594/2011 e 6595/2011). Nello stesso senso, cfr., altresì, Sez. U, n. 17586/2015, Frasca, Rv. 636105 - 01; Sez. U, n. 12799/2017, Bianchini, Rv. 644362 - 01 [*«La domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento di concessione di piccola derivazione, ampliativo della propria sfera giuridica e legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione ordinaria, atteso che viene denunciata non già la lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio, deducendo il privato di avere sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell'emissione del provvedimento. Peraltro, il giudice ordinario competente non va individuato nel tribunale regionale delle acque pubbliche ai sensi dell'art. 140, comma 1, lett. e), del r.d. n. 1775 del 1933, in quanto il pregiudizio ivi contemplato è determinato da un'attività provvedimentale legittima (in genere, di carattere ablatorio della proprietà privata) e, in quanto tale, incidente direttamente nella sfera patrimoniale del singolo, non già attraverso il "medium" dell'affidamento incolpevole.»*]; Sez. U, n. 01654/2018, Bianchini, Rv. 647009 - 01 [*«Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario qualora sia stato annullato un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato e questi subisca la lesione di un diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio, per avere sopportato perdite o mancati guadagni a causa dell'operato della P.A., che, oltre ad avere adottato un provvedimento illegittimo, abbia anche ingenerato un affidamento, disatteso a seguito dell'annullamento, tenuto conto che la tutela risarcitoria può essere invocata davanti al giudice amministrativo soltanto quando il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato, non costituendo il risarcimento del danno materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore, e di completamento, rispetto a quello demolitorio. (Nella specie, la S.C., ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, con riferimento all'azione proposta da un consorzio di cooperative edilizie per il risarcimento dei danni conseguenti all'affidamento ingenerato da un Comune in ordine alla legittimità degli atti amministrativi adottati, concernenti la realizzazione di fabbricati di tipo economico popolare, oggetto di un'originaria convenzione, più volte modificata, e poi annullati in via di autotutela).»*]; Sez. U, n. 06885/2019, Rubino, Rv. 653276 - 01 [*«Qualora il privato abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, in via di autotutela od "ope iudicis", senza che si discuta della legittimità dell'annullamento, la controversia relativa ai danni subiti dal privato rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto non già la lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato. (Principio affermato in fattispecie di intervento edilizio privato per la realizzazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica da destinare a particolari categorie di conduttori, regolato, quanto alla misura dei canoni di locazione esigibili, da convenzione poi revocata in autotutela, con conseguente riduzione del canone massimo).»*].

la regola di riparto individuata nel 2011 aggiungendo che la giurisdizione del giudice ordinario si estende al caso in cui il ricorrente lamenti un danno da lesione di affidamento senza che sia emanato alcun atto amministrativo e il privato abbia riposto il suo affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione⁴⁰. Rispetto al 2011 la Cassazione ha precisato che la situazione giuridica lesa non è il diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio, bensì l'affidamento in sé quale oggetto di un diritto (più esattamente, si tratterebbe dell'aspettativa «di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondato sulla buona fede») e che la giurisdizione ordinaria nelle controversie relative alla responsabilità per lesione dell'affidamento non è in contrasto con la disciplina della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo recata dal codice del processo amministrativo in quanto il comportamento scorretto dell'amministrazione, lesivo dell'affidamento, non ha «alcun collegamento, nemmeno mediato», con l'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione.

La posizione della Cassazione, peraltro ribadita anche dopo le sentenze n. 19, 20 e 21 dell'adunanza plenaria 29 novembre 2021⁴¹, desta sicuramente perplessità in relazione alle controversie che ricadono nelle materie oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che tale giurisdizione si estende ai «comportamenti anche mediamente riconducibili al potere» (art. 7 c.p.a.). Sulla base di questa formula nelle materie rimesse alla giurisdizione esclusiva restano attratti al vaglio del giudice ordinario solo i meri comportamenti e le attività materiali della pubblica amministrazione.

La condotta dell'amministrazione all'interno del procedimento o nel rapporto sorto come effetto del provvedimento favorevole non può essere considerata un comportamento neppure mediamente riconducibile al potere, parificabile ad una attività materiale della pubblica amministrazione, perché si iscrive nell'ambito di un procedimento orientato all'esercizio del potere amministrativo e governato da regole di carattere pubblicistico⁴².

Di conseguenza, la cognizione delle controversie sulla responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede, pur quando si ritenesse che l'illecito trovi causa in un comportamento dell'amministrazione (come sostiene la Cassazione; e non nell'esercizio del potere, come sembra ritenere l'adunanza plenaria), ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴³.

La disputa sulla natura della situazione giuridica ammessa al risarcimento - diritto

⁴⁰ Sez. U, n. 08236/2020, Cosentino, Rv. 657613 - 01.

⁴¹ Sez. U, n. 13595/2022, Iofrida, Rv. 664657 - 01 («In tema di procedure ad evidenza pubblica, la controversia relativa alla responsabilità della P.A. per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento del privato nella correttezza dell'azione amministrativa, spetta al giudice ordinario, anche in relazione alla fase procedimentale - in cui la P.A. agisce secondo regole di rilievo pubblicistico - che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria, al termine della procedura di selezione della migliore offerta, e l'aggiudicazione definitiva, cui segue di regola il contratto, laddove a fondamento della domanda risarcitoria sia posta una responsabilità per violazione dei doveri di correttezza e buona fede, senza contestare la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione, atteso che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione e che la "causa petendi" si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo.»). Sez. U, n. 02175/2023, Cosentino, Rv. 666634 - 02, secondo cui «In tema di riparto di giurisdizione, la pretesa risarcitoria del privato fondata sulla lesione dell'affidamento nella legittimità di un provvedimento ampliativo di una pubblica amministrazione, poi annullato in autotutela, non ha ad oggetto il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento annullato, o con quello di annullamento del primo, costituendo l'illegittimità del provvedimento il mero presupposto della lite, ma l'osservanza o meno delle regole di correttezza nei rapporti con i privati, regole distinte ed autonome rispetto a quelle della legittimità amministrativa ed a cui deve essere informato il procedimento amministrativo ex art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 120 del 2020, con la conseguenza che in dette ipotesi, correlandosi la lesione dell'affidamento ad una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione compete al giudice ordinario.».

⁴² M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 100.

⁴³ M. TRIMARCHI, *Op. cit.*, pag. 101.

soggettivo o interesse legittimo - conserva rilievo tuttavia per il riparto di giurisdizione in relazione alle controversie che non ricadono in materie oggetto della giurisdizione esclusiva.

L'art. 7, comma 4, c.p.a., prevede infatti che, nell'ambito della giurisdizione di legittimità il giudice amministrativo conosce delle «*controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni*»; la disposizione non menziona i comportamenti anche solo mediatamente riconducibili al poter, dei quali, quindi, il giudice amministrativo conosce solo nell'ambito delle materie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva.

La natura della situazione giuridica soggettiva rileva inoltre ai fini del regime dell'azione risarcitoria in quanto, se è vero che il processo amministrativo è ormai improntato ad un modello fondamentalmente unitario, rimane fermo che nelle materie di giurisdizione esclusiva le questioni (anche risarcitorie) attinenti a diritti soggettivi sono proponibili nel termine di prescrizione, mentre quelle attinenti a interessi legittimi soggiacciono al termine decadenziale di centoventi giorni previsto dall'art. 30 c.p.a..

7.1. - ALCUNE ESEMPLIFICAZIONI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA S.C.

Con riguardo alla P.A., Sez. U, n. 00362/2023, Tricomi I., Rv. 666547-01 ha ribadito che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia con la quale un'emittente televisiva faccia valere la violazione, da parte dell'ente pubblico, dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto derivante dalla concessione di una frequenza televisiva. (Principio affermato in relazione alla domanda risarcitoria proposta dalla titolare del diritto d'uso di una concessione televisiva nei confronti del Ministero dello Sviluppo Economico che aveva erroneamente concesso la medesima frequenza ad altra emittente, le cui trasmissioni interferivano con quelle della ricorrente, impedendo agli utenti la visione dei relativi programmi).

Anche Sez. U, n. 25324/2023, Scrima, Rv. 668740-01 ha chiarito che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda, proposta dal privato nei confronti della p.a., di risarcimento dei danni conseguiti alla lesione dell'incolpevole affidamento riposto sull'adozione di un provvedimento ampliativo della propria sfera soggettiva - sia in caso di successivo annullamento del provvedimento giudicato illegittimo, sia in ipotesi di affidamento ingenerato dal comportamento dell'amministrazione nel procedimento amministrativo, poi conclusosi senza l'emanazione del provvedimento ampliativo -, perché il pregiudizio non deriva dalla violazione delle regole di diritto pubblico sull'esercizio della potestà amministrativa, bensì, in una più complessa fattispecie, dalla violazione dei principi di correttezza e buona fede, che devono governare il comportamento dell'amministrazione e si traducono in regole di responsabilità, non di validità dell'atto. (Principio affermato in relazione a una domanda risarcitoria proposta da un privato nei confronti della parte acquirente di un proprio complesso industriale, sotto condizione del rilascio di titoli abilitativi, alla quale era stato altresì conferito il mandato di curare in sede amministrativa l'avveramento di detta condizione, e nei confronti della stessa p.a., i cui atti prodromici di pianificazione - PUC e PUO - erano stati successivamente annullati).

Ancora, in tema di selezione, da parte della P.A., di candidati esterni per un determinato incarico, ai sensi dell'art. 12 o 17 della l. n. 49 del 1987, secondo una disciplina paritetica di diritto privato, Sez. L, n. 33964/2023, Belle', Rv. 669557-01, ha chiarito come l'operato

dell'ente pubblico non si sottragga al controllo di legittimità nella conduzione delle operazioni di scelta, sotto il profilo del rispetto dei parametri di correttezza e buona fede - con riferimento all'osservanza delle regole procedurali fissate dalla stessa P.A. e di eventuali prassi consolidate, rispetto alle quali emergano deviazioni manifestamente ingiustificate o comportamenti discriminatori -, restando a carico di chi agisce la prova del nesso causale tra la violazione di tali regole di buona fede e il danno da perdita di chance di cui si assume la sussistenza.

Sez. U, n. 01567/2023, Mercolino, Rv. 666882-01, ha affermato che la responsabilità della P.A. per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa - avente quale presupposto il mancato rispetto dei doveri di correttezza e buona fede su di essa gravanti - ha natura contrattuale e va inquadrato nello schema della responsabilità cd. "*relazionale*" (o da "*contatto sociale qualificato*", idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c.), sia nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, sia in caso di emanazione di un provvedimento lesivo, sia, infine, nell'ipotesi di emissione e successivo annullamento di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato. Pertanto, la controversia relativa all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. (Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di accoglimento della domanda risarcitoria avanzata da una società che - senza allegare l'illegittimità degli atti amministrativi, né affermare la riconducibilità del pregiudizio subito a tali provvedimenti - aveva lamentato la lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità della delibera, poi annullata, con cui l'amministrazione comunale aveva approvato il Piano di Governo del Territorio includendo i terreni di proprietà della società, aventi destinazione agricola, nell'ambito di trasformazione denominato TR1, nonché la scorrettezza della condotta della P.A. che, nonostante l'impugnazione del provvedimento, aveva ingenerato un affidamento incolpevole, insistendo per l'attuazione dell'intervento programmato, fornendo rassicurazioni sulla sua legittimità ed escludendo la necessità di approfondimenti istruttori).

8. - LA BUONA FEDE NELLA FASE ESECUTIVA DEL RAPPORTO DI APPALTO PUBBLICO.

L'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche va ricompreso nella corrispondente figura del diritto privato. Il contenuto della prestazione è, infatti, una *res* che ben potrebbe formare oggetto di scambio anche tra privati e non una *res* appartenente al diritto pubblico. La destinazione dell'opera ad una finalità pubblicistica, infatti, è al di fuori della struttura del negozio, così come al contratto di appalto è, in linea di principio, estraneo lo scopo che il committente intende perseguire. La causa del contratto si identifica con la medesima funzione economico - giuridica cui adempie la corrispondente figura del diritto privato e, cioè, quella relativa al conseguimento di un *opus*, che sia il risultato di un'elaborazione altrui, verso un corrispettivo. L'interesse pubblico, dunque, rimane al di fuori dello schema causale del contratto e non ne costituisce lo scopo manifesto, ma solo la finalità mediata ed indiretta che non assume alcun rilievo giuridico di fronte all'appaltatore. Fonte del rapporto, è sempre il contratto, cioè l'accordo delle volontà omogenee e contrapposte di p.a. e privato che si fondono come nel contratto di diritto privato. Infine, anche gli effetti del contratto sono analoghi a quelli del negozio di diritto privato: essi consistono nella nascita di obbligazioni

reciproche, con corresponsività delle prestazioni, e quindi di situazioni giuridiche che si configurano quali diritti soggettivi, tranne nei casi in cui alla pubblica amministrazione sia conferito dalla legge un potere di supremazia che, quindi, in tali ipotesi, viene esercitato al di fuori del contratto.

Nonostante le peculiarità soggettive e oggettive, dunque, l'appalto pubblico non è dissimile, nei suoi tratti fondamentali, dall'appalto regolato ex art. 1655 c.c. e, terminata la fase ad evidenza pubblica, si atteggia comunque come contratto di diritto comune, dal quale sorgono diritti e obblighi a carico di entrambi i contraenti⁴⁴.

Nondimeno, anche nella fase esecutiva del contratto, alla pubblica amministrazione il legislatore riconosce alcune prerogative, che si concretano in un maggior potere di ingerenza attribuito al committente, nonché nella possibilità di sciogliere il contratto o di estromettere l'appaltatore e, infine, altresì nella previsione di una disciplina particolare relativa ad alcuni specifici profili, quali la direzione dei lavori, il collaudo o il subappalto⁴⁵.

Tra le norme speciali in materia si segnalano quelle contemplate, fino al 30 giugno 2023, dal d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), entrato in vigore il 19 aprile 2016, che ha disposto l'abrogazione, a partire da questa stessa data, della disciplina previgente, contenuta nel d.lgs. n. 163 del 2006, e il relativo regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010.

Dalla data del 1° luglio 2023, vengono invece in rilievo le norme dettate dal d.lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici).

In particolare, l'art. 12, lett. b), del Codice dei contratti pubblici espressamente stabilisce che, per quanto (in esso) non espressamente previsto, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile⁴⁶.

La cognizione delle controversie scaturenti dal contratto di appalto di opere pubbliche (e, in specie, attinenti alla fase esecutiva ove si riscontra un rapporto paritetico tra le parti), ad eccezione delle ipotesi indicate dall'art. 133 d.lgs. n. 104 del 2010, in cui la giurisdizione è

⁴⁴ A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, pagg. 153 e segg. In senso favorevole alla natura privatistica del contratto di appalto di opere pubbliche, si è espressa, del resto, anche la giurisprudenza della S.C.. Si veda, a titolo esemplificativo, Sez. U, n. 00095/2001, Vitrone, Rv. 544481 - 01, secondo cui «*Il contratto di appalto di opere pubbliche è un contratto di diritto privato dal quale, una volta esaurita la procedura di affidamento dei lavori, sorgono diritti ed obblighi a carico di entrambi i contraenti. Da ciò consegue che gli atti con i quali l'Amministrazione esercita la facoltà di recedere dal contratto o di risolverlo unilateralmente con prosecuzione d'ufficio dei lavori in danno dell'appaltatore inadempiente non hanno natura provvedimento e non debbono essere sottoposti all'esame del giudice amministrativo allorché se ne contesti la legittimità, poiché la relativa controversia investe posizioni di diritto soggettivo, avendo ad oggetto il corretto esercizio di una facoltà accordata dalla legge ad uno dei contraenti in vista dell'interesse alla sollecita esecuzione dell'opera pubblica.*». In epoca più recente, cfr., altresì, Sez. U, n. 13660/2019, Acierno, Rv. 654028 - 01, secondo cui «*L'affidamento in via provvisoria del servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani, prima che sia portata a termine la gara, non esclude la qualificazione giuridica della fattispecie in termini di appalto di pubblico servizio, anche se il momento genetico del rapporto è determinato, non dalla stipula di un contratto, ma dalla delibera della giunta municipale di affidamento del servizio (prorogato con ordinanze contingibili e urgenti), in quanto, dopo l'affidamento, la natura del rapporto è comunque paritetica e l'esecuzione del menzionato servizio è disciplinata dalle regole contrattuali contenute nel capitolato speciale di appalto, accettate dall'impresa anche senza la formale conclusione del contratto; ne consegue l'attribuzione al giudice ordinario, in base alle ordinarie regole di riparto, della controversia relativa alla corretta applicazione delle penali, previste dal capitolato speciale per il caso di irregolare espletamento del servizio, posto che la giurisdizione esclusiva, stabilita prima dall'art. 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 80 del 1998 (come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000) e poi dall'art. 133, comma 1, lett. p), dell'allegato 1 al d.lgs. n. 104 del 2010, attiene soltanto alla precedente fase di scelta del contraente.*».

⁴⁵ La P.A. potrà inoltre esigere delle varianti, ovvero disporre la sospensione dei lavori stessi per ragioni attinenti sia alle modalità di esecuzione, sia ad altre considerazioni di rilevanza generale. Si tratta di poteri che l'amministrazione appaltante può esercitare tramite l'organo a ciò preposto del direttore dei lavori, e che presuppongono proprio la pendenza del rapporto di appalto e, dunque, che non si sia giunti al collaudo e alla consegna delle opere.

⁴⁶ Trova, pertanto, applicazione la disciplina civilistica con riguardo alla garanzia per difformità e vizi dell'opera e alla responsabilità per rovina o difetti di cose immobili. Secondo l'art. 116, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, salvo quanto disposto dall'art. 1669 c.c., l'appaltatore risponde per le difformità e i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili, purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo.

affidata, in via esclusiva, al giudice amministrativo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, a nulla rilevando che l'amministrazione committente abbia, successivamente all'aggiudicazione, fatto erroneo riferimento, ai fini dell'esecuzione, alla necessità del provvedimento di controllo, data l'inidoneità di questo a incidere sulle posizioni soggettive nascenti dal rapporto contrattuale e aventi consistenza di diritti soggettivi, atteso che la giurisdizione si determina in ragione dell'intrinseca consistenza della situazione soggettiva dedotta in giudizio, rientrando, d'altra parte, nei poteri del giudice ordinario stabilire, verificando in via incidentale la legittimità e regolarità dell'atto di controllo, se l'amministrazione abbia violato i patti contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo dell'appaltatore a proseguire nel rapporto⁴⁷.

Le considerazioni finora sviluppate rendono, dunque, agevolmente intuibile come il disposto dell'art. 1375 c.c. risulti suscettibile di trovare applicazione alla fase dell'esecuzione delle obbligazioni nascenti dal contratto di appalto di opera pubblica.

In tale contratto, dunque, acquista un grande rilievo anche l'applicazione del principio che sovrintende all'esecuzione di ogni obbligazione e che può essere enunciato affermando che *«l'amministrazione, come ogni altro creditore, non deve aggravare, con il fatto proprio, la posizione dell'appaltatore rispetto all'adempimento della prestazione alla quale è obbligato né ostacolando né rendendo più oneroso tale adempimento. In virtù dello stesso principio, l'amministrazione, nel dare il proprio concorso all'adempimento, deve agire secondo un criterio di correttezza e diligenza, di guisa che il suo concorso, per il modo con cui è dato, non sia dannoso né sia spiegato in modo caotico o irrazionale o con spirito vessatorio o comunque in guisa da sconvolgere il normale andamento dei lavori.»*⁴⁸.

Del principio di buona fede, del resto e come si vedrà tra breve, si trova frequente applicazione anche nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, con una varietà di affermazioni che costituisce senz'altro espressione della varietà di aspetti con riguardo ai quali tale principio può venire, di volta in volta, in rilievo. Peraltro, va sottolineato che, in tali ipotesi, la responsabilità della pubblica amministrazione non trova il suo presupposto nel dolo o nella colpa, in quanto per determinarla risulta sufficiente ogni fatto che, violando tale principio, arrechi un pregiudizio all'appaltatore. L'ampiezza del presupposto di tale responsabilità, come osservato dalla dottrina, deriva dal fatto che la buona fede è espressione, a sua volta, di un altro principio e, cioè, di quello secondo cui ogni debitore non deve subire, per l'attuazione dell'altrui interesse a cui sia tenuto, un sacrificio maggiore di quello strettamente necessario a norma di legge⁴⁹.

Gli atti nei quali si concreta la cooperazione della pubblica amministrazione, in particolar modo quelli che si rendano necessari all'inizio e durante l'esecuzione dell'opera, hanno, secondo la dottrina, carattere personale, nel senso che l'appaltatore non ha alcuna possibilità di sostituire o far sostituire, mediante una propria iniziativa unilaterale, il mancato apporto collaborativa della p.a.⁵⁰. Tale principio risulta declinabile sotto un duplice aspetto.

Anzitutto, esso comporta l'esclusione sia del diritto che dell'obbligo dell'appaltatore di supplire all'omessa cooperazione dell'amministrazione. Egli non può assumere alcuna iniziativa

⁴⁷ Sez. U, n. 02482/2017, Didone, Rv. 642417 - 01; Sez. U, n. 05594/2020, Scoditti, Rv. 657200 - 01; Sez. U, n. 21971/2021, Nazzicone, Rv. 661865 - 01.

⁴⁸ A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *Op. cit.*, pag. 686.

⁴⁹ A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *Op. cit.*, pagg. 686 - 687.

⁵⁰ A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *Op. cit.*, pag. 687.

in tal senso. Se lo facesse, lo farebbe a proprio rischio, nel senso che l'amministrazione ben potrebbe non accettarne l'operato ed egli sarebbe poi tenuto alla riduzione in pristino di quanto realizzato.

In secondo luogo, il carattere personale dell'apporto collaborativa della p.a. esclude che alla mancanza di quest'ultimo possano essere sostituite forme equipollenti, mediante intervento degli organi giurisdizionali. La mancata cooperazione dell'amministrazione rappresenta, in altri termini, un ostacolo insormontabile: o essa interviene, sia pure in maniera tardiva, o l'unica strada percorribile ai fini della liberazione dell'appaltatore sarà la risoluzione del contratto⁵¹.

Peraltro, come acutamente osservato, il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.) impone all'appaltatore l'obbligo di *«adoperarsi per superare difficoltà minime e lievi ed importa altresì che egli debba adoperarsi, secondo le circostanze, in modo da diminuirne le conseguenze, proseguendo o intraprendendo, ad esempio, quei lavori per i quali l'intervento dell'amministrazione non sia necessario. Certamente ciò potrà turbare il suo piano di lavoro e dargli titolo per conseguire il rimborso dei relativi oneri; ma non lo dispensa dal dovere di adoperarsi nel senso sopradetto.»*⁵².

Nella giurisprudenza più recente della S.C., è possibile rinvenire svariate pronunce che si occupano dell'applicazione del principio di buona fede alla fase dell'esecuzione del contratto di appalto pubblico ed, in particolare, ad quel segmento di tale fase che si identifica con il momento in cui il rapporto nascente da tale contratto entra in fibrillazione a causa di condotte inadempienti realizzate da una o da entrambe le parti.

Così, Sez. 1, n. 08282/2023, Casadonte, Rv. 667427 - 01, ha affermato che l'agire dei contraenti va valutato, anche in presenza di una clausola risolutiva espressa, secondo il criterio generale della buona fede, sia quanto alla ricorrenza dell'inadempimento che (quanto alla ricorrenza) del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risoluzione, sicché, qualora il comportamento del debitore, pur integrando il fatto contemplato dalla suddetta clausola, appaia comunque conforme a quel criterio, non sussiste l'inadempimento, né i presupposti per invocare la risoluzione, dovendosi ricondurre tale verifica non al requisito soggettivo della colpa, ma a quello, oggettivo, della condotta inadempiente. (In applicazione del detto principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva dichiarato la liceità del recesso operato del Comune appaltante dal contratto di appalto stipulato per la manutenzione ordinaria e straordinaria del servizio di illuminazione cittadino, senza dare erroneamente rilievo al fatto che la ditta appaltatrice aveva lamentato immediatamente la carenza delle condizioni di sicurezza, prospettando un "rischio elettrico" per la collettività e gli interventi necessari a farvi fronte, di cui a richiesta della committente aveva anche indicato il preventivo, senza ricevere dall'ente appaltante alcun riscontro).

Ancora, con particolare riguardo alle considerazioni già sopra sviluppate in ordine alla

⁵¹ Sez. U, n. 04341/1985, Quaglione, Rv. 441805 - 01, secondo cui *«In tema d'appalto di opera pubblica, la domanda, con la quale lo appaltatore, dopo una parziale esecuzione del rapporto, ed a fronte dell'inerzia dell'appaltante nel dare impulso alla prosecuzione dei lavori, chieda che venga superato detto stato d'incertezza mediante la fissazione di un termine all'amministrazione per far conoscere le proprie eventuali decisioni di recesso o di sospensione, avanzando contrapposte pretese di compensi o danni, ovvero di risoluzione del contratto, al pari di ogni altra domanda rivolta a far valere obblighi patrimoniali o non patrimoniali della convenuta scaturenti dal rapporto stesso e dalla sua attuazione, ivi inclusa quella diretta alla fissazione di un termine per il collaudo, spetta alla cognizione del giudice ordinario, in quanto investe posizioni di diritto soggettivo che nascono da un contratto di natura privatistica, senza alcuna incidenza ed interferenza su poteri discrezionali ed autoritativi dell'amministrazione medesima.»*

⁵² A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *Op. cit.*, pag. 687.

mancata cooperazione della pubblica amministrazione, secondo Sez. 1, 05744/2022, Caradonna, Rv. 664028 - 01, i crediti dell'appaltatore di opera pubblica sono esigibili anche in mancanza di collaudo, qualora la P.A. abbia fatto decorrere un tempo tale da rendere l'inerzia sostanzialmente equivalente ad un rifiuto, non potendo essere ritardate sine die le determinazioni in ordine all'accettazione dell'opera e paralizzati i diritti dell'altro contraente, in violazione delle regole generali di correttezza e buona fede. Scaduti i termini contrattuali, grava sul committente l'onere di dimostrare che la mancata approvazione del collaudo sia stata determinata da condotta imputabile all'impresa.

Sempre con riguardo a tale profilo, Sez. 1, n. 05848/2022, Scotti, Rv. 664029 - 01, ha affermato il principio secondo cui in tema di appalto di opere pubbliche, la scelta se disporre o meno varianti in corso d'opera, eccedenti il limite del quinto d'obbligo, compete al committente, che non può essere obbligato a far eseguire opere significativamente diverse da quelle progettate, neanche qualora il responsabile unico del procedimento abbia rilasciato parere favorevole e l'appaltatore, pur potendo opporre un legittimo rifiuto, vi abbia consentito. Tuttavia, stante la natura privatistica del rapporto, tale facoltà discrezionale deve essere esercitata nel rispetto dei principi generali di correttezza, lealtà e buona fede e del dovere di cooperare all'adempimento dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1206 c.c. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva ritenuto la stazione appaltante responsabile della risoluzione del contratto non già per non aver dato corso alle varianti, ma per aver ritardato indebitamente nella relativa decisione).

Ancora, secondo Sez. 1, n. 25554/2018, Mercolino, Rv. 650907 - 01, le ragioni di pubblico interesse o necessità che possono giustificare la sospensione dei lavori vanno identificate in esigenze pubbliche oggettive e sopravvenute, non previste né prevedibili da parte della P.A. con l'uso dell'ordinaria diligenza, e non possono quindi essere invocate al fine di porre rimedio a negligenza o imprevidenza della committente, cui spetta acquisire, quale titolare dell'opera da realizzare, le autorizzazioni amministrative necessarie per l'esecuzione dei lavori in osservanza del dovere, discendente dall'art. 1206 c.c. e più in generale dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, di cooperare all'adempimento dell'appaltatore ponendo in essere tutte quelle attività, distinte dal comportamento dovuto da quest'ultimo, necessarie affinché egli possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio.

Sempre in linea con le considerazioni già sopra sviluppate, la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di chiarire che, nell'appalto di opere pubbliche, stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere - discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 cod. civ. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto - di cooperare all'adempimento dell'appaltatore attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto da questi e necessarie affinché il medesimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio (Sez. 1, n. 12698/2014, Campanile, Rv. 631314 - 01).

Parimenti, si è affermato che, anche nell'appalto di opere pubbliche, stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere - discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 cod. civ. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, che permeano la

disciplina delle obbligazioni e del contratto - di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dall'appaltatore, necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio. In questo contesto, l'elaborazione di varianti in corso d'opera - di norma costituente una mera facoltà della P.A. (esercitabile in presenza delle condizioni previste dalla legge) - può configurarsi come espressione di un doveroso intervento collaborativo del creditore: tanto avviene allorché la modifica del progetto originario (nella specie, costruzione di un edificio scolastico) sia resa necessaria da sopravvenute disposizioni imperative, legislative e regolamentari, sulla sicurezza degli impianti, giacché, in tal caso, l'opera che fosse realizzata secondo le inizialmente progettate modalità costruttive e istruzioni tecniche esporrebbe l'appaltatore a responsabilità per eventi lesivi dell'incolumità e dell'integrità personale di terzi. Ne consegue che la perdurante, mancata consegna, da parte della stazione appaltante, benché ritualmente sollecitata, dei progetti di adeguamento dell'opera alle sopravvenute prescrizioni normative, ben può determinare impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore, sul quale sono destinate a ricadere le conseguenze dell'omessa cooperazione necessaria all'adempimento da parte del debitore (Sez. 1, n. 10052/2006, Giusti, Rv. 588440 - 01).

Con specifico riguardo al momento di fibrillazione del rapporto, la S.C. in ordine ad una fattispecie di frequente rilievo pratico, ha affermato che, qualora il vincolo contrattuale tra committente ed appaltatore sia venuto meno per effetto della rescissione ad opera del committente (nella specie, ex art. 340 l. n. 2248 del 1865, applicabile *ratione temporis*, ad opera dell'ente pubblico), al diritto di credito dell'appaltatore non corrisponde un diritto di ritenzione del cantiere, essendo l'obbligo della riconsegna dello stesso configurabile non come una prestazione in relazione sinallagmatica con l'obbligo del committente al pagamento del corrispettivo, ma solo come un effetto del venir meno del rapporto contrattuale tra le parti (Sez. 1, n. 12483/2022, Lamorgese, Rv. 664692 - 02).

Anche con riguardo all'istituto delle riserve, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato il venire in rilievo del principio di buona fede, a carico dell'appaltatore.

Al riguardo, infatti, Sez. 1, n. 11188/2018, Mercolino, Rv. 648925 - 01 ha evidenziato che in materia di appalti pubblici, ai sensi degli artt. 164 e ss. del d.P.R. n. 554 del 1999 l'appaltatore, il quale pretenda un maggior compenso o rimborso rispetto al prezzo contrattualmente pattuito, a causa di pregiudizi o maggiori esborsi sopportati per l'esecuzione dei lavori, ha l'onere d'iscrivere apposite riserve nella contabilità entro il momento della prima annotazione successiva all'insorgenza della situazione integrante la fonte delle vantate ragioni (e ciò anche con riferimento a quelle situazioni di non immediata portata onerosa, la cui potenzialità dannosa si presenti, fin dall'inizio, obiettivamente apprezzabile secondo criteri di media diligenza e di buona fede), nonché di splicarle nel termine di quindici giorni e poi di confermarle nel conto finale, dovendosi altrimenti intendere definitivamente accertate le risultanze della contabilità; ciò per ragioni di tutela della P.A. committente, che, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, deve essere messa in grado di provvedere immediatamente ad ogni necessaria verifica, al fine di poter valutare, in ogni momento, l'opportunità del mantenimento in vita o del recesso dal rapporto di appalto in relazione al perseguimento dei propri fini d'interesse pubblico.

Analogamente, è stato affermato che, in tema di appalti assoggettati a disciplina pubblicistica, l'appaltatore che, in relazione a situazioni sopravvenute, intenda far valere pretese di compensi aggiuntivi rispetto al prezzo contrattuale, ha l'onere di inserire, nella contabilità, formali riserve entro il momento della prima iscrizione successiva all'insorgenza della situazione integrante la fonte delle vantate ragioni, e ciò anche con riferimento a quelle situazioni di non immediata portata onerosa, la potenzialità dannosa delle quali si presenti peraltro, già dall'inizio, obiettivamente apprezzabile secondo criteri di media diligenza e di buona fede. (In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha respinto il ricorso dell'appaltatore avverso la decisione di merito che ne aveva sancito l'onere di iscrivere, già nel primo stato di avanzamento, la riserva per un maggior uso di betonite, apparso necessario sin dalla fase degli scavi per la gettata dei pali di fondazione) (Sez. 1, n. 04566/2012, Ragonesi, Rv. 621410 - 01).

In punto di applicazione del principio di buona fede come canone interpretativo degli obblighi nascenti, a carico dell'amministrazione, da specifiche previsioni normative, Sez. 1, n. 14181/2016, Terrusi, Rv. 640507 - 01 ha precisato che l'art. 2 del d.l. n. 65 del 1989, convertito nella l. n. 155 del 1989, imponendo al committente un esborso del dieci per cento del prezzo dell'appalto in via anticipata a fronte di idonee garanzie, è disposizione che va interpretata secondo buona fede e non tollera capziosi tentativi di aggiramento, richiedendo, pertanto, una situazione di concreto e regolare inizio dell'attività, tale da rendere palese l'effettivo e serio intendimento dell'appaltatore di portare avanti l'opera commissionata. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che aveva accertato l'assenza di un concreto inizio dei lavori, essendo stato unicamente spostato un tubo idrico e predisposto il cantiere, quest'ultimo recintato solo parzialmente e privo di attrezzature).

In tema di appalto di opere pubbliche a corpo, la S.C. ha affermato che il principio secondo cui il prezzo convenuto è fisso ed invariabile (ex art. 326 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), cosicché grava sull'appaltatore il rischio relativo alla maggiore quantità di lavoro resasi necessaria rispetto a quella prevedibile, è applicabile sempre che siano correttamente rappresentati tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'appaltatore, solo in tal caso potendosi ritenere che la maggiore onerosità dell'opera rientri nell'alea normale del contratto, dovendosi tenere conto che, a norma dell'art. 1175 c.c., le parti del rapporto obbligatorio devono comportarsi secondo buona fede. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva accertato che l'Amministrazione committente, per negligenza o imperizia in sede di progettazione, aveva ingenerato nell'appaltatore una erronea rappresentazione in ordine ai costi e alle modalità di realizzazione dell'opera secondo le previsioni progettuali, rendendo imprevedibile la eccessiva onerosità e difficoltà di esecuzione dell'opera, poi verificatesi) (Sez. 1, n. 18559/2011, Fioretti, Rv. 619746 - 01).