

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 35

Settore Concorsuale: 12/A1 - DIRITTO PRIVATO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01 - DIRITTO PRIVATO

IL GIUDIZIO DI BUONA FEDE SULL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE

Presentata da: Maria Sole Tregnago

Coordinatore Dottorato

Renzo Orlandi

Supervisore

Daniela Memmo

Esame finale anno 2023

INDICE

Osservazioni introduttive..... p. 5

CAPITOLO PRIMO

Il processo di espansione della buona fede oggettiva: profilo storico della sua applicabilità giuridica

1. Osservazioni introduttive: dalla *fides* Romana alla teoria Jheringhiana della *Culpa in contrahendo*..... p. 11
2. Obiezioni specifiche contro l'operatività del principio di buona fede nel diritto amministrativo contrattuale. Il superamento del privilegio dell'amministrazione e il rapporto controverso tra buona fede e interesse pubblico. L'apertura del danno ingiusto alla lesione di interessi legittimi..... p. 25
3. La complessa tensione tra il principio di legalità e il principio di discrezionalità amministrativa e le ripercussioni in materia civilistica rispetto all'applicabilità del canone di buona fede. Buona fede come corollario del principio di imparzialità..... p. 33
4. La buona fede come principio europeo e internazionale. Evoluzione del dovere di correttezza della pubblica amministrazione oltre i confini del nostro ordinamento..... p. 38

CAPITOLO SECONDO

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, questioni risolte e prospettive future

1. Il principio di consensualità dell'azione amministrativa e l'attività negoziale della pubblica amministrazione a seguito della legge n. 120/2020. Il conflitto tra buona fede e prassi: problema della natura del legittimo affidamento..... p. 48

2. Introduzione al procedimento d'evidenza pubblica: un <i>excursus</i> tra la disciplina civile e quella amministrativa.....	p. 54
3. La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione alla luce della giurisprudenza più recente.....	p. 62
4. Buona fede e tutela dell'affidamento ragionevole del privato nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione. Le condotte contrarie al canone della buona fede.....	p. 73
4.1 (<i>Segue</i>): la complessa conciliabilità tra la responsabilità precontrattuale e la nuova fattispecie di cui all'art. 32, comma 8, codice degli appalti.....	p. 83
5. La <i>vexata questio</i> della natura giuridica della responsabilità precontrattuale della p.a. La tesi della natura aquiliana.....	p. 90
5.1 (<i>Segue</i>): la Teoria del contatto sociale qualificato quale fondamento della natura contrattuale della responsabilità per <i>culpa in contrahendo</i> . Critica.....	p. 96
6. Questioni sostanziali e processuali: il risarcimento del danno precontrattuale e il riparto di giurisdizione.....	p. 104

CAPITOLO TERZO

Il principio di buona fede nel dibattito sulle tutele di settore

1. Dalla concezione valutativa alla concezione percettiva della buona fede.....	p. 117
2. Buona fede e giustizia contrattuale nei contratti conclusi con il consumatore. Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, ai sensi del nuovo art. 37-bis del codice del consumo.....	p. 123
2.1 (<i>Segue</i>): Clausole predisposte abusive e clausole vessatorie: tutela rafforzata del consumatore o incoerenza del legislatore?.....	p. 130
3 La buona fede e la responsabilità da attività provvedimentoale della pubblica amministrazione.....	p. 139
3.1. (<i>Segue</i>): Riflessioni sul principio di buona fede, l'abuso del diritto e l'eccesso di potere.....	p. 149

4. La buona fede come principio costituzionale. Significato e portata costituzionale del dovere di correttezza della pubblica amministrazione.....	p. 153
--	--------

CAPITOLO QUARTO

Focus sulle ambigue vicende del contratto ad evidenza pubblica divergente dal paradigma normativo misto

1. L'influenza del principio di buona fede nella fase pubblicistica di affidamento del contratto. Le tre procedure di scelta del contraente, ovvero la procedura aperta, ristretta e negoziata.....	p. 160
---	--------

2. L'impugnazione del bando di gara alla luce del principio di buona fede: il nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di clausole formalmente escludenti.....	p. 170
---	--------

2.1 (<i>Segue</i>): L'obbligo del <i>clare loqui</i> amministrativo e il danno da mancata aggiudicazione tra responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale.....	p. 177
---	--------

3. Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto <i>medio tempore</i> stipulato.....	p. 186
--	--------

4. La cosiddetta fase negoziale dell'evidenza pubblica: la stipulazione e l'esecuzione in buona fede del contratto pubblico nell'era dell'amministrazione digitale.....	p. 193
---	--------

Osservazioni conclusive.....	p. 206
-------------------------------------	---------------

Bibliografia.....	p. 210
--------------------------	---------------

<i>Abstract</i>	p. 241
-----------------------	--------

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE

Negli ultimi decenni l'interprete è intervenuto più volte per configurare diversamente i rapporti tra P.A. e privati e perseguendo fundamentalmente due strade. In primo luogo, si colloca la disciplina relativa al procedimento amministrativo, che dà attuazione ai principi costituzionali in materia e configura i rapporti tra privato e P.A. in termini tendenzialmente paritetici, seppure con gli opportuni adattamenti derivanti dal perseguimento del pubblico interesse. In secondo luogo, si registra la tendenza ad ampliare l'area di responsabilità della P.A., tanto che è emersa l'esigenza di valutare l'azione amministrativa non solo in un'ottica di mera legittimità, come giudizio sull'atto, ma anche in ragione del comportamento posto in essere dalla stessa amministrazione, come giudizio sul rapporto. Significative al riguardo sono state la riforma del 2005 della nota l. 241 del 1990 e, più recentemente, e la legge n. 120/2020, che ha aggiunto un significativo ultimo comma all'art. 1 della legge 241/1990, il quale ora stabilisce che "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede." Sul versante giurisprudenziale, la nota sentenza n. 500 del 1999, con cui la Corte di Cassazione ha aperto la strada alla risarcibilità del danno provocato dalla lesione degli interessi legittimi, fino ad allora negata.

In particolare, per quanto più strettamente attiene all'ambito dei miei studi e della mia ricerca, ritengo necessario ricostruire con chiarezza quali siano i limiti di operatività del principio di buona fede e capire quando possa dirsi ingenerato un legittimo affidamento del privato contraente sul comportamento corretto della P.A. controparte. Certamente, è nell'ambito della attività contrattuale e pericontrattuale della p.a. che la buona fede esplica maggiormente i suoi effetti e solleva complesse questioni di compatibilità con i principi tradizionali (economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza) dell'agire amministrativo. In questa prospettiva, l'apporto della giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato è stato determinante, sia in generale per il riconoscimento di un limite al potere autoritativo della P.A., che era considerata tradizionalmente "imparziale" e non suscettibile di un controllo di

correttezza da parte del giudice ordinario, sia in particolare per aver prospettato le modalità di applicazione del principio. Spesso, tuttavia, le risultanze a cui sono addivenuti i giudici sono state fra loro contraddittorie e incoerenti, sintomatiche e determinanti di un contesto giuridico problematico e poco chiaro.

Se in via di principio è dunque indiscusso che l'amministrazione debba comportarsi secondo buona fede nell'ambito dei contratti che essa stessa conclude, permane tuttavia arduo valutare in termini di correttezza il comportamento della P.A. nella fase procedimentale.

In altre parole, quali sono i casi in cui la P.A. non si comporta conformemente ai canoni civilistici della buona fede e quali sono le sanzioni da applicare? Il problema non è di agevole soluzione, e a sostegno di ciò basti vedere l'ingente numero di pronunce giurisprudenziali che ha affrontato e affronta tuttora in diverso modo la questione.

Il problematico rapporto tra pubblica amministrazione e buona fede si snoda sotto diversi aspetti, che mi propongo di analizzare e approfondire in questo studio.

In primo luogo, sarà oggetto di approfondimento la tematica della responsabilità precontrattuale della p.a. (artt. 1337 e 1338 c.c.). Tale questione è molto attuale e interessa ormai da un ventennio tutti gli operatori del diritto, dalla giurisprudenza alla dottrina, che continuano a dedicare alla questione sentenze e contributi articolati e sempre più approfonditi, relativi ad esempio alla identificazione della natura di siffatta responsabilità, o al rapporto tra questa responsabilità e la disciplina della revoca in via di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

Attualmente, si può dire che l'affermazione di tale responsabilità in capo all'amministrazione pubblica è pacifica: la regola imposta dall'art. 1337 c.c., ai sensi del quale "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede" è considerata come una clausola generale dell'*agere* amministrativo, anche procedimentale. Anzi, come si vedrà, per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di comportarsi correttamente assume un significato più pregnante, posto il loro ruolo all'interno dello Stato e la loro posizione qualificata.

Si tratta tuttavia di un dibattito ancora in corso, poiché, pur essendoci unanimità a livello generale circa la sua configurazione, permangono dei dubbi interpretativi sul *quomodo* in cui deve essere applicata.

Dal canone della buona fede oggettiva e correttezza è inoltre possibile enucleare una serie di regole di condotta, alcune non tipizzate in norme giuridiche, che riguardano l'agire provvedimentale amministrativo. Si pensi alla recente riforma dell'art. 10-*bis* della l. 241/90 da parte della già citata legge 76/2020, ove la nuova norma ivi prescritta assurgerebbe a vera e propria regola di condotta di buona fede contro la condotta altalenante dell'amministrazione, sanzionata con l'esaurimento della discrezionalità.¹

E infatti, il fenomeno giuridico della buona fede nei settori del diritto privato e pubblico comporta un approccio dello studioso certamente complesso. Infatti nell'ambito di questi due settori giuridici la buona fede è stata pensata e applicata in modo sostanzialmente diverso, benché fosse comunque ricondotta sotto il medesimo *nomen iuris*. E parlo al passato, in quanto la tendenza degli ultimi tempi è stata quella di armonizzare l'applicazione del principio e di far venire meno questa ormai apparente dicotomia.

Nella materia amministrativa la buona fede ha intrapreso un percorso piuttosto complesso, nel quale si è passati dall'affermare che il principio in commento non fosse applicabile al diritto amministrativo² alla affermazione della sua fondatezza costituzionale. La stessa giurisprudenza amministrativa faceva applicazione del principio di buona fede attraverso un altro principio, meglio accolto, ovvero il principio del legittimo affidamento del privato, che altro non era se non il principio di buona fede declinato in modo da lasciare il soggetto pubblico libero da ingerenze considerate “troppo” civilistiche.

¹ DI BENEDETTO, *L'esauribilità della discrezionalità amministrativa tra buona fede ed effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 2022, 2, 247-268.

² Come è stato precisato da MERUSI, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, 2001, “La bocciatura di Guicciardi sembrava senza appello e un annunciato studio sull'applicabilità del principio di buona fede nel diritto amministrativo non era mai apparso.”

Infatti, la buona fede a cui è tenuta la p.a. non era concepita nello stesso modo che valeva per la regolazione dei rapporti tra i privati. Poiché il soggetto pubblico è obbligato ad agire *secundum legem* e nell'interesse dei consociati, era facile, quasi un sillogismo, non attribuirgli a monte la capacità di compiere atti contrari a lealtà e correttezza.

Difatti in ambito amministrativo il principio di buona fede si esprimeva in prevalenza nel divieto di '*venire contra factum proprium*', ovvero nel divieto per la parte, che intende fare valere proprio un diritto, di porsi in contraddizione con un comportamento da essa stessa assunto in precedenza³. Lo stesso divieto di non contraddizione viene abitualmente ricondotto al principio di buona fede, essendo la coerenza un presupposto necessario dell'agire con correttezza. Il canone della buona fede era pertanto visto come mezzo per ottenere il rafforzamento del principio di legalità amministrativa, la conferma della sua forza vincolante: eseguire i contratti in buona fede significava per la p.a. adempiere alla legge.

Si consideri poi che anche nel diritto civile il principio di buona fede veniva interpretato in modo riduttivo: la giurisprudenza risalente infatti la vedeva come una formula priva di contenuto,⁴ ma dopo anni di scarso interesse nei confronti di questa clausola, si è registrata una inversione di tendenza volta a valorizzare questa clausola in tutte le fasi del rapporto contrattuale, dalla trattativa all'esecuzione, compreso il momento dell'interpretazione.

Un'altra questione che verrà approfondita, riguarderà il problema delle clausole vessatorie predisposte dall'amministrazione contraente. Dopo decenni passati a riconoscere privilegi alla P.A. e a sostenere la sua immunità da giudizi di buona fede in sede di predisposizione del contenuto contrattuale, si è giunti ad affermare che

³ Cfr. sul punto T.A.R. Campania, sez. VI, 24 aprile 2004, n. 2389, in Foro amm., 2004, 199 s., con nota di DE FALCO, *Il divieto di venire contra factum proprium nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 201. Sul tema è anche utile consultare l'opera di RIEZLER, *Venire Contra factum proprium*, Leipzig, 1912.

⁴ Significativa a tale proposito, Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in Foro pad., I, c. 1283, con nota di RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in ID.

anche ai contratti della pubblica amministrazione si applichino sia l'art. 1341 c.c. sia la disciplina del codice del consumo inerente alle clausole predisposte abusive. La normativa sul punto è chiara. Malgrado la definizione di professionista contenuta nell'art. 3 del codice del consumo sia lacunosa sul punto, si ricomprende nella nozione anche il soggetto pubblico, sicché non suole più distinguersi tra professionista privato e professionista pubblico. Fatta questa premessa, la questione delle clausole vessatorie della p.a. resta aperta e non composta ed involge in primo luogo i capitolati speciali che la stazione appaltante suole predisporre in via unilaterale. L'analisi delle decisioni giurisprudenziali mostra una particolare attenzione alla problematica nel settore dei servizi pubblici (somministrazione di energia elettrica in particolare, contratti di utenza pubblica in generale), dove è assai ricorrente la pratica della predisposizione unilaterale di moduli contrattuali e dove ulteriori complicazioni sono indotte dalla particolare natura del soggetto erogatore dei servizi, che pur essendo prevalentemente un soggetto formalmente privato (s.p.a.), rimane tuttavia esclusivamente o parzialmente pubblico. L'interprete si chiede pertanto se sia concepibile un "abuso" della P.A., giacché vi è chi ancora dubita che la P.A., per sua stessa natura, nel predisporre le clausole possa violare la buona fede a danno del contraente aderente.

Circa la natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, la categoria del contatto sociale qualificato, quale criterio di imputazione della responsabilità civile, sarà altresì oggetto di approfondimento. Il contatto sociale qualificato trova nel canone della buona fede la fonte di un obbligo di protezione nei confronti dei soggetti con i quali si sia intrapresa una trattativa contrattuale, la cui violazione comporta la responsabilità per i pregiudizi cagionati. Tale orientamento si iscrive nel più ampio contesto di valorizzazione della clausola generale di buona fede e nella considerazione del rapporto obbligatorio come di un rapporto complesso, non più sminuito al semplicistico schema creditore/debitore incentrato sul solo obbligo di prestazione. L'amministrazione contraente è tra i protagonisti di questa categoria di vincoli obbligatori, perché il contatto sociale sarebbe un fatto giuridico che presuppone un soggetto particolarmente qualificato nel quale si possa fare affidamento.

In un simile quadro, tenendo conto della complessità della materia e degli innumerevoli e interessanti spunti che essa offre, mi propongo di razionalizzare e aggiornare il rapporto intercorrente tra la pubblica amministrazione e il canone della buona fede, alla luce delle pronunce giurisprudenziali più recenti, anche europee e sovranazionali.

L'obiettivo della mia ricerca è consistito, pertanto, nella sistemazione e nell'aggiornamento di una materia ampia e complessa, che è da sempre stata oggetto di contrasti giurisprudenziali. L'applicazione del principio di buona fede all'azione amministrativa, infatti, coinvolge non solo il settore dei contratti ma, più in generale, tutta l'azione amministrativa, vagliata attraverso il principio di correttezza e legittimo affidamento. È evidente che un siffatto controllo non possa prescindere dalla considerazione dell'implicita questione di giurisdizione, che pure occorre chiarire e risolvere.

Nel primo capitolo che seguirà, si tenterà pertanto di ricostruire brevemente il profilo storico che ha portato il principio di buona fede a essere applicato nei contratti pubblici come lo è oggi, ovvero in modo pieno e senza sottili distorsioni. Si considererà in particolare il cosiddetto dogma dell'immunità dei pubblici poteri e il suo lento e graduale superamento, nonché il controverso rapporto della buona fede con l'interesse pubblico.

CAPITOLO PRIMO

IL PROCESSO DI ESPANSIONE DELLA BUONA FEDE OGGETTIVA: PROFILO STORICO DELLA SUA APPLICABILITÀ GIURIDICA

Sommario: 1. Osservazioni introduttive: dalla *fides* Romana alla teoria Jheringhiana della *Culpa in contrahendo* – 2. Obiezioni specifiche contro la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo contrattuale. Il superamento del privilegio dell'amministrazione e il rapporto controverso tra buona fede e interesse pubblico. L'apertura del danno ingiusto alla lesione di interessi legittimi. – 3. La complessa tensione tra il principio di legalità e di discrezionalità amministrativa e le ripercussioni in materia civilistica rispetto all'applicabilità del canone di buona fede. Buona fede come corollario del principio di imparzialità – 4. La buona fede come principio europeo e internazionale. Significato ed evoluzione del dovere di correttezza della pubblica amministrazione oltre i confini del nostro ordinamento.

1. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE: DALLA *FIDES* ROMANA ALLA TEORIA JHERINGHIANA DELLA *CULPA IN CONTRAHENDO*.

Una trattazione approfondita che verta intorno al principio di buona fede reputo che debba preliminarmente dedicare un richiamo alle fonti del suo fondamento dogmatico, che trovano la propria origine nella tradizione romanista anteriore ai Codici.

Sul piano etimologico, l'espressione moderna "buona fede" deriva dalla locuzione latina *bona fides*. *Fides* deriva a sua volta dal verbo latino *feri*, che significa letteralmente "è stato fatto". Lo stesso Cicerone, nel suo noto trattato filosofico *De*

Officiis, cerca di dare una definizione etimologica del concetto di *fides* e la considera in un senso molto prossimo al significato della nostra attuale “fiducia”.⁵

Nella cultura romana arcaica, la *fides*⁶ rappresenta pertanto la qualità di un soggetto che appare ‘affidabile’ rispetto ai suoi comportamenti e alle sue parole⁷. In una società classista come quella romana, l’affidabilità di un soggetto si lega alle sue condizioni economiche e sociali: *l’honestas* non è l’onestà intesa come qualità morale afferente alla sincerità, bensì come l’insieme dei comportamenti conformi all’*honor*, dai quali scaturisce la stima e la buona reputazione sociale. Inoltre, l’*honor* si ricollega strettamente alle cariche onorifiche ricoperte e, conseguentemente, al rango del soggetto – un rango che, tanto più sarà alto, quanto più imporrà degli stringenti doveri etico-giuridici da rispettare.⁸ Tutto ciò implica che il ceto sociale del debitore

⁵ Così spiega il noto oratore romano: “Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiquam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem.” ovvero “Fondamento poi della giustizia è la lealtà, cioè la scrupolosa e sincera osservanza delle promesse e dei patti. Perciò - ma forse la cosa parrà a taluni alquanto forzata - oserei imitare gli Stoici, che cercano con tanto zelo l’etimologia delle parole, e vorrei credere che *fides* (fede, lealtà) sia stata chiamata così perché si fa quel che è stato promesso.” Cfr. CICERONE, *De Officiis*, 1.23, a cura di ZORZI, Dante Alighieri Editore, 2009. Concordi nel ritenere la *fides* come un principio di vincolatività della parola data: SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 151 ss.; KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 5; ID., *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti Ferrini*, III, Milano, 1948, 90 ss.; HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 423 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I2, München, 1971, 181; cfr. anche TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. *Studi A. Burdese*, IV, Padova, 2003, 40 nt. 129.

⁶ Nell’antica Roma la *fides* era strettamente connessa alla dimensione religiosa, tanto da diventare oggetto di culto, fatto risalire a Numa Pompilio. Essa, infatti, si manifestava in una promessa religiosa rivolta agli dei, attraverso la quale si creava un vincolo unilaterale, e veniva celebrata con cerimonie che prevedevano l’uso della mano destra avvolta in fasce, tanto da divenire consueto il *fidem obstringere* con la stretta delle mani destre. La *fides publica* dava forza vincolante agli impegni contrattuali stipulati mediante atto pubblico, il quale veniva garantito dalla forza della garanzia statale. Si veda AMIRANTE, *L’origine dei contratti di buona fede*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1988, p. 149. Secondo un’altra dottrina, *fides* “deriva da un *rad bheidh, bhidh*, indicante (come si evince dalle lingue e dai termini derivati) ‘vincolare’, ‘costringere’. *Fides*, nella lingua latina e nelle etimologie popolari, è connessa precisamente a *vinculum*”. Cit. CARCATERA, *Ancora sulla ‘fides’ e sui ‘bonae fidei iudicia’*, in *SDHI*, XXXII, 1966, p. 97.

La *bona fides* diveniva quindi concetto che esprimeva l’affidamento generalizzato nei riguardi di una città, dei suoi magistrati, dei suoi cittadini, facendo nascere un concetto di correttezza nei rapporti commerciali che reggeva il mondo del commercio. Per questi ed altri riferimenti cfr. GROSSO, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1959, Vol. V, voce “buona fede (dir. rom.)”, pag. 661 ss.

⁷ Per approfondire, si veda AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di FIORI, vol. III, Napoli, 2008, in particolare il capitolo intitolato: *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, di FIORI, p. 237 ss.

⁸ Il lemma “honor” si può anche tradurre come carica onorifica, magistratura e grado.

condiziona fortemente l'affidabilità a lui riservata: cosicché la *fides* si caratterizza sin da età risalente per essere un attributo soprattutto della classe dirigente.

Successivamente, in un imprecisato periodo che gli storici del diritto hanno collocato tra il IV e il III sec. a.C., dalla nozione di *fides* si estrapola quella di *bona fides*. Ho detto "si estrapola" perché la *bona fides* non sostituisce la *fides*⁹, ma costituisce una sua declinazione usata quasi unicamente nel contesto del diritto processuale civile e nel particolare ambito dei *iudicia bonae fidei*¹⁰, di cui si parlerà a breve.

La *bona fides* consiste infatti nel "fiat quod dictum est, appellatam fidem", ovvero nella doverosa osservanza della parola data.¹¹ L'attributo *bona* è impiegato come un rafforzativo del concetto di *fides*: il suo significato può sia richiamare l'esigenza di innalzare il concetto fiducia al piano più alto dell'onestà - a cui si ricollegano la stima e la reputazione sociale -, sia sottolineare il fatto che si tratta di una fiducia conveniente e opportuna, e perciò necessaria. Secondo un'altra dottrina, l'attributo "bona" introduce invece il principio secondo cui i contenuti di queste manifestazioni di fiducia devono essere conformi al *bonum* e all'*aequum*¹².

Il nuovo principio di *bona fides* era pertanto inteso dai giuristi romani in modo non dissimile da come viene interpretato oggi. Il *bonum* e l'*aequum*, "se da un lato esprimono la liceità etica delle determinazioni negoziali, dall'altro assicurano

⁹ In proposito, si afferma che si tratta, probabilmente, di un modello di formulazione intermedia: "È un salto importante nelle forme giuridiche relazionali, che non rompe ma espande il modello principale della *fides*. Ed è probabilmente l'inizio della strada percorsa (dapprima in contiguità e poi interagente) per la costruzione dogmatica più raffinata dell'*oportere ex fide bona*, costruzione oramai acquisita nel sistema civilistico di Quinto Mucio Scevola." Cfr. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', in LOVATO (a cura di), 'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica, Bari, 2013, p. 184. Secondo un altro autore "bona è una vera aggiunta: si dice *ex fide bona*, non (*ex bona fides*): l'accento cade sul *bona* confermando, mi pare, l'ipotesi del 'conflitto' [processuale]". Si veda LOMBARDI, Dalla 'fides' alla 'bona fides', Giuffrè, 1961.

¹⁰ Cfr. AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di FIORI, vol. III, op. cit. I *iudicia bonae fidei* hanno origine preclassica e si contrapponevano ai *iudicia stricti iuris*, nei quali non si lasciava nessuno spazio per valutazioni discrezionali od equitative.

¹¹ "La *fides* esprime la vincolatività delle manifestazioni negoziali di volontà (Est [...] [fides] ditorum conventorumque constantia et veritas; sic dicta, quia fiat quod dictum est" (D. 2, 14, 1, *pr.*; 13, 5, 1, *pr.*)." Cfr. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 20347, il quale cita CICERONE, *De officiis*, Lib. I.

¹² Si veda DONELLUS, *Ad Tit. Instit. de Actionibus*, § XIX, n. XVIII, in *Opera omnia*, Tom. VI, Florentiae, 1846, c. 851: "Principio hoc generaliter statuendum est, ex bona fide valere ex aequo et bono", ovvero "Questo principio deve essere riconosciuto in modo generale: dalla buona fede vale (ciò che vale) secondo quanto è giusto e buono".

l'uguaglianza patrimoniale che deve essere mantenuta tra i soggetti tra i quali si è instaurato un rapporto giuridico: in altri termini, la buona fede in senso oggettivo.”¹³

E dopotutto “*Bona fides est officium viri boni [...]* sinceri, aperti, a fraude et dolo alieni” ovvero è l'*officium* degli uomini buoni, leali, genuini, estranei alla frode e al dolo.¹⁴

Il fatto che i valori sottostanti al concetto di buona fede non abbiano mutato in relazione ai diversi contesti storici e sociali consente all'interprete di trovare e ricostruire numerosi punti di contatto nelle funzioni che ad esso sono state attribuite nel corso della tradizione giuridica, fino alle moderne codificazioni.

Sulla base di recenti studi¹⁵, l'esegesi romana ci offre numerosi esempi di applicabilità del principio in questione, che possiamo suddividere in tre ampi sistemi: *bona fides* come parametro per valutare le modalità d'esecuzione dei contratti; *bona fides* come criterio per ricostruire la reale intenzione delle parti e infine *bona fides* come fonte d'integrazione del contratto. Le similitudini rispetto alle funzioni attribuite a questo principio negli ordinamenti moderni appaiono evidenti *ictu oculi*, ma ciò che è interessante notare è il fatto che l'applicabilità del principio di buona fede fosse riservata a una serie ristretta e determinata di contratti, ovvero ai cosiddetti contratti consensuali di diritto romano¹⁶. In questi contratti il giudice possedeva un ampio margine di discrezionalità nella risoluzione delle controversie, in quanto doveva soltanto attenersi al rispetto di questo generale criterio e poteva prescindere

¹³ DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, cit.

¹⁴ DONELLUS, *Ad Tit. Instit. de Actionibus*, cit.

¹⁵ TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: “Leerformmeln” e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova, 2003, p. 1 e ss.

¹⁶ “Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto veedito, locato conducto, ... mandati, depositi, fiducia, pro socio,... rei uxoriae.” ovvero: “Sono poi giudizi di buona fede quelli che nascono da compravendita, locazione conduzione, mandato, deposito, fiducia, società.... costruzione di dote.” Cfr. *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, a cura di LUCCHETTI — PETRUCCI, con la collaborazione di PONTORIERO, p. 37, Bologna, 2009.

da una rigorosa applicazione dei precetti normativi¹⁷. La *bona fides* diventava dunque un parametro di stima, nel senso che il giudice era stato chiamato ad esprimersi come *bonus vir*, e non come *peritus peritorum*.¹⁸

Nel corso della tradizione romanistica ci sono stati deboli tentativi di slegare il principio in commento alle cosiddette *Actio bonae fidei*¹⁹, ma sarà nell'ambito della tradizione giuridica successiva che si perverrà all'idea che la buona fede è immanente a ogni tipo di contratto²⁰. Considero questo passaggio interessante anche per lo studio che mi accingo ad affrontare, visto che il processo di espansione di questo principio è iniziato in tempi remoti e continua tuttora, al giorno d'oggi, con i contratti pubblici. Ma se il principio di buona fede era conosciuto e applicato nel diritto dei contratti fin dai tempi antichi, lo stesso non si può dire circa l'istituto della responsabilità precontrattuale.

Le origini di quest'ultimo istituto risalgono alla prima metà del diciannovesimo secolo, con la pubblicazione del celeberrimo saggio intitolato *Culpa in contrahendo*

¹⁷ “È incontestabile il fatto che i giudizi di buona fede mancavano di fondamento legale: Cicerone stesso lo dichiara espressamente (*De Officiis*, 3.15.61: “et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona”). Ma non per questo debbono necessariamente trovare il proprio fondamento, come si è frequentemente detto, nell'*imperium* del magistrato”. Cfr. PARICIO, *Genesi e natura dei bonae fidei iudicia*, Collana della Rivista di Diritto Romano - Atti del Convegno “Processo civile e processo penale nell'esperienza giudica del mondo antico” in ledonline.it

¹⁸ FIORI, *Jus civile, ius genitum, ius honorarium: il problema della “recezione” dei iudicia bonae fidei*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, CI-CII, 1998-1999, 165 ss.

¹⁹ Si noti a titolo d'esempio il celebre testo di TRIFONINO in D. 16, 3, 31, sul rapporto tra buona fede ed equità, in ragione del quale la buona fede racchiude in sé l'equità e per questo va osservata in tutti i contratti (*bona fides quale in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*). Per approfondire, si veda *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, a cura di LUCCHETTI — PETRUCCI, con la collaborazione di PONTORIERO, *op. cit.*

²⁰ Innovativa in tale senso è l'osservazione di Baldo degli Ubaldi, che considera la buona fede alla stregua della *cd. bona mens contrahentium*, ossia la “buona mente dei contraenti”, che come tale deve essere presente in tutti i contratti. Su tale convinzione incidono da un lato l'*aequitas* canonica e, dall'altro, la prassi commerciale del Basso Medioevo e la conseguente elaborazione dottrina e giurisprudenziale dei contratti consuetudinari del diritto commerciale e marittimo, la cui esecuzione doveva essere conforme alla *fides bona*. Sul pensiero di Baldo in merito al concetto di buona fede interrelato a quello di *aequitas* canonica, si veda FEDELE, *Ricordo di Baldo degli Ubaldi. Rileggendo il suo commento al Cap. I Lib. XV “De Pactis” delle decretali di Gregorio IX*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni — La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, p. 159 ss.

*oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vetragen*²¹, ad opera del giurista tedesco Rudolf von Jhering.

Il diritto romano classico, infatti, non conosceva tale forma di responsabilità, dato che le uniche due azioni volte ad ottenere il risarcimento del danno erano rappresentate dall'*actio doli*, diretta a sanzionare esclusivamente il comportamento doloso del contraente e dall'*actio legis aquiliae*, un'azione di carattere penale che si esperiva in maniera generica contro il danneggiante.²²

Jhering, in quest'opera, considerò il caso in cui una parte, pur essendo a conoscenza di una o più cause di invalidità, avesse indotto l'altra parte a concludere comunque il contratto. La conclusione di tale contratto invalido, a parere dell'Autore, se da un lato non avrebbe permesso l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti, dall'altro avrebbe fatto sorgere, quantomeno, il diritto al risarcimento del danno in capo alla parte che, senza sua colpa, aveva confidato nella validità del medesimo. Da qui si profilava la necessità di garantire alla parte fedele di un contratto *in fieri* una forma di tutela risarcitoria, che aveva natura colposa ma che non poteva essere assimilata alla responsabilità contrattuale, mancando ancora la fonte formale del contratto.

Alla base della innovativa teoria proposta da Jhering figura, tra l'altro, una interessante analisi da lui compiuta su alcuni estratti del Digesto giustiniano, relativi alla alienazione di un *locus sacer, religiosus o publicus*, senza che il venditore avesse reso edotto l'acquirente che il bene oggetto della transazione era ascrivibile alla

²¹ JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten*, Jena, 1860, tradotto in italiano da PROCCHI, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005, consultabile all'interno della Collana Antiqua. Lo stesso Jhering basò la sua teoria su fonti romane, fonti in cui però non compare il termine *culpa in contrahendo*. Per approfondire, cfr. PUGLIESE, *I Pandettisti tra tradizione romanistica e moderne scienze del diritto*, in *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, 1, p.29 ss. e VIOLA, *il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Halley Editrice, 2007, p. 65 ss.

²² Se vogliamo essere più precisi, il problema della responsabilità precontrattuale era avvertito dai giuristi romani, i quali tuttavia non lo avevano compiutamente teorizzato come lo è nei tempi moderni. Si erano ad esempio preoccupati di regolare il dolo e la violenza perpetrati nel corso delle trattative da un contraente a danno dell'altro, cfr. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 23 ss., il quale aggiunge che "In origine il dolo e la violenza erano considerati fatti illeciti fonte di responsabilità extracontrattuale, con conseguente obbligo di risarcire il danno subito dal contraente vittima dell'inganno o della violenza. È solo in un momento successivo che dal piano della responsabilità delittuale, si è iniziati a passare a quello della validità del contratto, in virtù di *exceptiones*, la cui funzione era quella di impedire la conclusione del contratto viziato dal dolo o dalla violenza".

categoria dei beni *extra commercium*.²³ Il giurista colse l'occasione per distinguere nettamente la nozione di nullità del contratto da quella di inesistenza, dato che a suo avviso la nullità designava "l'assenza non di tutti ma solo di alcuni effetti", ragion per cui non escludeva aprioristicamente che il contratto nullo potesse produrre delle obbligazioni, purché diverse da quelle di adempimento. La conclusione di un contratto nullo, quindi, se da un lato non avrebbe permesso l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti, dall'altro avrebbe fatto sorgere, quantomeno, il diritto al risarcimento del danno in capo alla parte che, senza sua colpa, avesse confidato nella validità del medesimo.

Nel suo articolo, Jhering ha dunque riconosciuto che, durante le trattative, è opportuno garantire la configurabilità di una responsabilità per *culpa in contrahendo*, tuttavia non ha mai associato questa sua intuizione al problema della rottura ingiustificata delle negoziazioni.

Il primo che ha ricondotto l'innovativa intuizione di Jhering alla fondamentale questione relativa alla rottura ingiustificata delle trattative fu infatti il magistrato partenopeo Gabriele Fagella. In una sua celebre monografia²⁴, egli strutturò le trattative in tre diverse fasi. La prima fase è anteriore alla formulazione dell'offerta; la seconda è invece simultanea e la terza è, infine, successiva. Queste tre fasi sono moderate dal principio dell'autonomia della volontà²⁵, in forza del quale ciascun contraente è libero di recedere nella fase delle trattative fino a che il contratto non possa dirsi formalmente concluso. Tale principio dell'autonomia della volontà, a parere dell'autore, si comprime solamente in presenza di una particolare clausola, che poteva essere sia scritta che orale, tendenzialmente definita come una «autorizzazione, anche tacita, a contrarre». Tale clausola rendeva lo svolgimento delle trattative più serio e formale. Infatti, solo quando le parti avessero manifestato

²³ Cfr. anche FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di dir. priv.*, 2, 2011.

²⁴ Tale monografia è intitolata *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica* e fu pubblicata nel lontano 1906, Napoli, nella quale il Fagella afferma di avere elaborato le sue riflessioni in materia di responsabilità precontrattuali a partire dai principi generali del diritto, prodotta semplicemente "dalla volontà del trattante alla preparazione e alla elaborazione del disegno del contratto e dalla volontaria distruzione di un valore, quale che sia, formatosi ed acquisito all'altra parte" (*ibid.*, pp. 129-149).

²⁵ BUFFONE-BIEZUS, *La responsabilità precontrattuale*, in VIOLA, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Avellino, 2007, p. 69.

tale volontà, un recesso senza giusta causa nella fase delle trattative avrebbe determinato un'ipotesi di *culpa in contrahendo*, derivante dalla violazione dell'autorizzazione stessa.

Ebbene, la assoluta novità della teoria elaborata dal Fagella risiede nella previsione della configurabilità di una forma di responsabilità in capo ad una delle parti non solo dopo la formulazione ufficiale dell'offerta, ma anche prima, nella fase anteriore. Inoltre e a maggior ragione, il fatto che l'Autore regolamenti tale responsabilità come una nuova forma di responsabilità, avente carattere speciale rispetto alle due forme di responsabilità civile, si può forse considerare come la principale originalità del lavoro di Fagella²⁶.

Tale tesi, temporalmente, va collocata in una fase successiva all'entrata in vigore del codice civile del 1865 che, seppur non contenesse una disciplina unitaria della *culpa in contrahendo*, non ha impedito l'espansione della teoria della responsabilità precontrattuale.²⁷

Infatti, un altro Autore²⁸, prendendo le mosse dalla teoria Jheringhiana sulla responsabilità precontrattuale, arrivò a teorizzare un generale obbligo di buona fede delle parti nella fase delle trattative precontrattuali, partendo dall'analisi di specifiche fattispecie di invalidità contrattuali derivanti o dall'inidoneità dell'oggetto o dalla mancanza di un requisito soggettivo di una delle parti. Chironi, sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 1124 del vecchio codice, affermò infatti che anche durante la fase prodromica di formazione del contratto le parti dovevano conformarsi ai doveri di lealtà e correttezza richiesti in generale dal legislatore²⁹. Più

²⁶ MOSCATI, *Nugae civilistiche. sulla scuola romana del primo novecento*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno su "Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche", svoltosi alla Sapienza Università di Roma il 21 e 22 ottobre 2016 e destinata anche agli atti del convegno.

²⁷ Bisogna però ricordare che la dottrina dell'epoca era per lo più contraria a configurare la possibilità di illeciti commessi durante la fase delle trattative. In dottrina prevaleva infatti l'idea che la fase delle trattative fosse libera, e che pertanto ciascuna parte potesse recedere in qualsiasi momento dal contratto, senza correre il rischio di dover risarcire i danni. La libertà d'azione dei contraenti era, in altre parole, considerata più importante del dovere di comportarsi correttamente durante le trattative. In questo senso COVIELLO, *Della c.d. culpa in contraendo*, in *Il filangieri*, 1900, 727; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, 12.

²⁸ Ci si riferisce a CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897.

²⁹ Per approfondire, si vedano anche BUFFONE-BIEZUS, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 66.

nello specifico, l'Autore delineava le fattispecie in cui poteva configurarsi una responsabilità precontrattuale e, oltre all'ipotesi paradigmatica della conclusione di un contratto affetto da vizi conosciuti o conoscibili, indicava quella in cui una parte avesse dato esecuzione al contratto prima della sua effettiva conclusione e l'altra, nel frattempo, avesse revocato la propria proposta.

Il principio della *diligentia in contrahendo*, teorizzato da Jhering e accolto dalla citata dottrina, enfatizzava l'elemento - moderno e avanguardista - del semplice contatto tra le parti come unico presupposto per far sorgere in capo a esse specifici obblighi positivi di comportarsi secondo buona fede³⁰.

Nonostante tali aperture, sia la giurisprudenza³¹ che la dottrina dell'epoca tendevano ad escludere tale forma di responsabilità. Il principio dell'autonomia contrattuale e il dogma della volontà, infatti, tutelavano al massimo grado le libertà negoziali del soggetto, il quale doveva essere libero di stipulare il contratto o di recedere da esso secondo i suoi propri interessi.³²

Tra gli oppositori, figura in particolare il Carrara, il quale confutò la tesi del Fagella affermando che le trattative hanno una funzione solo preparatoria del contratto e che

³⁰ È esplicito il riferimento alla teoria del contatto sociale, di cui mi occuperò nei prossimi capitoli di questo elaborato.

³¹ *Ex multis*, Cass., 31 agosto 1913, in *Rep. Foro it.*, 1913, secondo cui: «Le trattative precontrattuali non generano alcun vincolo che possa dar luogo a risarcimento di danni, e quindi non è da parlare di azione giudiziaria per colpa contrattuale quando la convenzione non venga conclusa».

Al riguardo, ricorda MUSY, *Responsabilità precontrattuale (Culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, 1998, p. 360, come «La dottrina e la giurisprudenza italiana, sotto la vigenza del codice del 1865 e l'influenza del modello francese, presero in considerazione solo alcune forme di responsabilità precontrattuale (rottura delle trattative, revoca della proposta di vendita e vendita di cose altrui), ma non tentarono mai la definizione di una regola generale. Si ergeva a principio generale di tutta la teorica contrattualistica quello della libera volontà delle due parti, affiancato dal postulato della «non vincolatività delle trattative». Il modello francese offriva un appiglio per risolvere i problemi più evidenti di responsabilità precontrattuale che consisteva nell'utilizzo dell'ampia formulazione della responsabilità extracontrattuale, contenuta nel nostro codice civile di allora all'art. 1151. L'interpretazione restrittiva delle fattispecie da cui potesse sorgere un illecito extracontrattuale portò alcuni autori a sondare altre soluzioni al fine di proteggere casi di evidente responsabilità precontrattuale che non potevano però essere ricondotti allo schema dell'art. 1151 in quanto non consistenti nella violazione di un diritto assoluto. Fu allora che l'eco della teoria di Jhering risuonò nel nostro paese, dove l'influenza del modello francese in ogni contrada del diritto lasciava il posto a quella del modello tedesco».

³² VIOLA, *op. cit.*, p. 67.

per questo non possono avere alcun tipo di vincolatività³³. Veniva a tal fine richiamato il già citato principio di libertà contrattuale, nella sua particolare connotazione di libertà di non concludere il contratto. In difesa di tale libertà, parte della dottrina si oppose all'introduzione di una responsabilità precontrattuale, in quanto temeva che una siffatta responsabilità rappresentasse un'ingiusta limitazione della libertà di contrarre³⁴.

Un'ulteriore critica sollevata dal Carrara attenne alla difficoltà, per la parte richiedente il risarcimento del danno, di dimostrare il nesso eziologico intercorrente tra l'esercizio del recesso nella fase delle trattative e la mancata conclusione del contratto, data l'alea che connota tale fase. La parte fedele avrebbe dovuto infatti provare che, laddove non ci fosse stato il recesso, il contratto sarebbe stato concluso. Prova che l'Autore non reputava possibile, visto che la mancata stipulazione del contratto si reputava riconducibile al carattere intrinsecamente aleatorio delle trattative contrattuali, che, una volta intraprese, esponevano il contraente ai rischi connaturati alle operazioni di carattere economico-giuridico³⁵.

A ben vedere, solo una parte minoritaria della dottrina ammetteva l'esistenza di forme di responsabilità precontrattuale, con riferimento in particolare alla revoca della proposta, alla vendita di beni altrui e alla rottura delle trattative. A sostegno della loro

³³ Secondo CARRARA, infatti: "Nelle trattative le parti non vogliono il contratto, ma vogliono solo preparare il contratto, mentre nella proposta esiste l'elemento volitivo diretto alla formazione del contratto (...). Nelle trattative la volontà delle parti ha questo contenuto: esse vogliono semplicemente trattare, ma non vogliono, il che richiederebbe ulteriori determinazioni di volontà, l'oggetto delle loro trattative." Cfr. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 6 ss. Della stessa opinione anche COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 727 e MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, p. 784.

³⁴ Come è stato notato: "Il principio ordinante dell'universo contrattuale era dato dal principio della libera volontà delle parti e, quale suo aspetto, dal carattere non vincolante delle trattative", SAPONE, *La responsabilità contrattuale*, in *Trattati* a cura di CENDON, Giuffrè, 2008, p. 10.

Senonché si è giustamente obiettato che un'intenzione di trattare, da parte di chi non abbia affatto intenzione di concludere il contratto, integra un comportamento scorretto, contrario al principio di buona fede e correttezza. In particolare, si faceva sempre più pressante "l'esigenza di tutelare coloro che si vedono lesi, in una fase che precede la formazione dei vincoli contrattuali, nella quale il rapporto che si crea con l'altro si fa - da un certo punto in poi - contatto qualificato, rilevante per l'ordinamento giuridico"; F. FORTE - M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative*, in *Il Corriere Giuridico*, 2013, fascicolo 11.

³⁵ Sul punto, GALLO, *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 129-130. Il recesso era infatti considerato come la manifesta espressione dell'esercizio di un diritto in capo alle parti, il diritto di libertà contrattuale, peraltro in una fase in cui non era ancora propriamente sorto il vincolo formale del contratto. Cfr. CARRARA, *op. cit.*

posizione, infatti, gli interpreti sollevano richiamare anche l'art. 36 del codice del commercio abrogato³⁶, il quale prevedeva l'obbligo, in capo alla parte che avesse revocato la proposta o l'accettazione, di risarcire il danno subito dalla controparte per avere intrapreso l'esecuzione del contratto, secondo un paradigma molto simile a quello della responsabilità precontrattuale. Tale tentativo di fornire copertura normativa alla *culpa in contrahendo* fu però molto osteggiato da altra dottrina³⁷, la quale evidenziò la necessità di restringere il più possibile l'ambito di operatività di tale disposizione, reputandola una vera e propria previsione eccezionale e pertanto non suscettibile pertanto di essere applicata in via analogica³⁸.

Questo palese atteggiamento di chiusura nei confronti dell'esistenza di una responsabilità precontrattuale portò la dottrina maggioritaria a ricondurre le ipotesi di ingiustificato recesso dalle trattative e di stipulazione di un contratto invalido nell'ambito della responsabilità aquiliana, la cui clausola generale era disciplinata dall'art. 1151 del vecchio codice³⁹. Codesto tentativo di negare l'esistenza di una responsabilità per *culpa in contrahendo* si scontrò con l'incontestabile considerazione

³⁶ Così recitava l'art. richiamato: "Il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto, se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purché ne dia immediatamente avviso all'accettante.

Qualora poi il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena d'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione.

Sino che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono rinvocabili; ma sebbene la rinvocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione, il rinvocante è tenuto al risarcimento dei danni.

Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungono a notizia della parte cui sono fatte."

³⁷ Cfr. GABBA, *Momento perfezionativo del contratto tra assenti*, in *Questioni di diritto civile*, II, *Diritto ereditario e Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1911, 166 ss. e ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, in *RDCo*, 1910, p. 50 ss.

³⁸ VIOLA, *op. cit.*, che richiama GABBA, *Momento perfezionativo del contratto fra assenti*, in *Questioni di diritto civile*, II, F.lli Bocca, 1911, p. 166 e ss. Si sottolineava inoltre che la dottrina ostile alla teoria della *culpa in contrahendo* ridimensionava il dato normativo, sostenendo che la disposizione avesse un ambito di applicazione limitato alle obbligazioni commerciali e non anche a quelle civili e che inoltre essa facesse riferimento alla sola revoca della proposta e non anche alle trattative.

³⁹ Così recitava l'art. 1151 del codice del 1865: "Qualunque fatto dell'uomo che arrechi danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno."

che alcune delle ipotesi tipiche della responsabilità precontrattuale non erano riconducibili all'illecito aquiliano⁴⁰.

Invero, negli anni successivi la giurisprudenza⁴¹ ha affrontato nuovamente la tematica in questione e il dibattito si è protratto sino all'epilogo, avutosi con la promulgazione del codice civile del 1942, in cui si è giunti ad affermare che nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede.

E per quanto concerne l'ambito dei contratti ad evidenza pubblica? Se nella contrattazione privata i principali ostacoli all'ammissione di una responsabilità precontrattuale si sono sostanziati nei principi di libertà negoziale e di certezza nei rapporti giuridici, la contrattazione pubblicistica era solcata da un altro, immanente principio, ovvero il principio di sovranità statale.

Pur senza soffermarci approfonditamente nell'esame del concetto di sovranità, occorre comunque rammentare che nel periodo monarchico si riteneva che il cittadino fosse in posizione di quasi completa soggezione nei confronti dell'organizzazione statale⁴²: tra Stato e Re non vi era distinzione, ma confusione. Il potere politico e giudiziario era concentrato nelle mani del Re ed era assoluto, nel senso che era il Re medesimo ad essere la fonte del diritto, pertanto non ne era in alcun modo vincolato o responsabile⁴³.

⁴⁰ Ricordiamo che l'elaborazione giurisprudenziale ha compiuto un lungo percorso volto ad estendere la categoria dei beni tutelati dall'art. 2043. Nel periodo storico qui in rilievo, infatti, la tutela era limitata ai soli diritti assoluti, e solo successivamente si è passati alla categoria dei diritti di credito (c.d. caso Meroni, Cass., SS.UU., 26 gennaio 1971, n. 174), a quella delle situazioni di fatto per giungere infine con la storica sentenza Cass., SS.UU., 22 luglio del 1999, n. 500 alla tutela dell'interesse legittimo.

⁴¹ Si veda, per esempio: Cass., 6 febbraio 1925, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1925, II, 428; Cass., 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1951, III, 1 e Cass., 20 aprile 1962, n. 792, in *Foro amm.*, 1962, II, 334.

⁴² Per approfondire, cfr. la raccolta di saggi di MUSI, *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli, 1979.

⁴³ Per un'analisi sulla correlazione tra forme di Stato e responsabilità, si cfr. ALBINO, *Le responsabilità degli organi costituzionali*, a cura di CALABRÒ, *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, Milano, 2010.

Rebus sic stantibus, era inconcepibile mettere in discussione o perfino tacciare di illiceità gli atti o i comportamenti riferibili al Re, posto che l'organizzazione statale non aveva una propria autonomia, ma era vista come braccio meramente esecutivo del sovrano. Dal principio di sovranità conseguiva pertanto il corollario della irresponsabilità dello Stato nei confronti dei suoi cittadini e, quindi, la non risarcibilità dei danni provocati dall'organizzazione politico-amministrativa, ovvero dai funzionari amministrativi ed esecutivi.

L'idea che lo Stato, nel suo agire, dovesse rispettare la legge poté affermarsi solo in seguito, correlativamente e conseguentemente all'ascesa dello "Stato di diritto", che recava con sé il principio per cui gli uomini dovessero essere governati dalla *lex posita* e non dall'arbitrio di altri uomini. Grazie al pensiero liberale, quindi, il principio di sovranità, e con esso il corollario dell'irresponsabilità del sovrano, venne messo in discussione poiché avvertito come un ingiusto privilegio, non più conciliabile con le caratteristiche proprie dello stato democratico contemporaneo, in particolare con il principio di legalità, secondo cui la legittimità dell'esercizio del potere politico doveva passare attraverso una norma giuridica preventivamente approvata⁴⁴.

Lo Stato, si affermava, era sovrano in quanto e nella misura in cui fosse stato legittimato dal popolo, con la conseguenza che il concetto di autorità diveniva strumentale alla salvaguardia dell'interesse pubblico. L'affermarsi progressivo della democrazia rappresentativa ha mutato in modo sostanziale il soggetto politico della sovranità e lo ha individuato definitivamente nel popolo⁴⁵.

⁴⁴ "La legalità è condizione di libertà. Senza certezza del diritto non può sussistere libertà politica." CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, 2013.

⁴⁵ AA.VV. *Dizionario del liberalismo italiano*, tomo I, Rubettino, 2011. E si aggiunge "La storia e la teoria della sovranità dello Stato è anche la storia e la teoria dei diritti dell'uomo e del cittadino occidentale moderno. Anzi la sovranità, pur nella sua versione più assoluta, è stata sempre pensata come lo strumento che rende possibile agli uomini fruire di un patrimonio più o meno ampio di diritti che, tra Otto e Novecento, si sono progressivamente ampliati da quelli di libertà (diritti civili) a quelli politici (diritti di partecipazione) a quelli relativi allo standard (o, più enfaticamente, alla dignità) di vita economico-sociale e perciò difficili da prevedere nel loro sviluppo e nella loro progressiva articolazione (diritti sociali: es. lavoro, istruzione, salute, vecchiaia, ecc.)."

Da tali premesse consegue che gli atti e i comportamenti illeciti o illegittimi promananti dall'autorità statale non potevano più essere esentati da un controllo a tutela del cittadino e della sua sfera individuale. Per rendere effettiva la sottoposizione del potere esecutivo alla legge, infatti, lo Stato di diritto richiede che al cittadino sia riconosciuta "la possibilità di ottenere la tutela delle proprie ragioni anche nei confronti della pubblica amministrazione, innanzi a un giudice imparziale, indipendente dal potere esecutivo".⁴⁶

Tuttavia, la produzione legislativa non sarebbe in grado di coprire tutto il diritto vigente, il quale continuerebbe a essere integrato, per essere completo e autosufficiente, dai principi generali del diritto, elaborati dal diritto romano e applicabili anche al diritto pubblico. Il principio di buona fede costituisce uno di questi principi, e a tale proposito si parla di buona fede "verticale", ovvero di un canone integrativo e applicabile a tutte le fonti del diritto positivo esistenti, sia internazionali che nazionali⁴⁷. Il processo di espansione e di regolamentazione della buona fede è stato tuttavia mitigato dal cosiddetto dogma dell'immunità dei pubblici poteri, il quale ha escluso per molto tempo la possibilità che una condotta pubblica venisse sottoposta ai principi della *culpa in contrahendo*, facendo leva, in particolare, sulla presunzione di correttezza del comportamento tenuto dai soggetti pubblici. Tale dogma, su cui ci si soffermerà più avanti, ha contribuito a creare controversie circa il riconoscimento della buona fede come fonte integrativa del diritto pubblico contrattuale⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 19, il Mulino, 2010. Inoltre, viene precisato che di diritto si regge su alcuni elementi strutturali che costituiscono le precondizioni necessarie per sottoporre gli apparati amministrativi alla signoria della legge. Questi sono: la tendenziale separazione dei poteri, l'inserimento nelle costituzioni delle riserve di legge, e, non da ultimo, il trasferimento della titolarità della sovranità dal *rex legibus solutus* a un parlamento eletto a suffragio universale.

⁴⁷ Per approfondire, v. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, p. 11, Giuffrè, 2001.

⁴⁸ Si vedano sul punto i contributi di MICARI, *La colpa della pubblica amministrazione-autorità tra normativa comunitaria e ingiustificati privilegi intertemporali. Proposte ricostruttive*, in GC 2006, 9. RUSCICA, *La colpa della P.A., Aggiornamento Nov.mo Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 2008. TARULLO, *La colpa della pubblica amministrazione nel nascente modello di responsabilità provvedimento della pubblica amministrazione*, in Trib. Amm. Reg., 2001, II.

2. OBIEZIONI SPECIFICHE CONTRO L'OPERATIVITÀ DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTRATTUALE. IL SUPERAMENTO DEL PRIVILEGIO DELL'AMMINISTRAZIONE E IL RAPPORTO CONTROVERSO TRA BUONA FEDE E INTERESSE PUBBLICO. L'APERTURA DEL DANNO INGIUSTO ALLA LESIONE DI INTERESSI LEGITTIMI.

Occorre a questo punto passare ad esaminare le obiezioni sollevate dalla dottrina contro l'operatività del principio di buona fede in ambito contrattuale-amministrativo. Tali obiezioni possono essere ricondotte a due ordini di motivi: il primo attiene alla funzione del principio di buona fede, il secondo all'applicabilità del suddetto principio nel diritto amministrativo⁴⁹.

Circa la funzione della buona fede nel diritto amministrativo, si è ritenuto che questa fosse stata interamente assorbita dalla cosiddetta "funzione paranormativa" esercitata dall'interesse pubblico, inteso non come interesse identificato da una norma di legge e delegato all'amministrazione, ma come una vera e propria clausola generale non codificata, volta a integrare la disciplina amministrativa⁵⁰. In ragione di questa teorica dell'interesse pubblico, gli autori dell'epoca facevano tendenzialmente coincidere gli interessi generali dello Stato con quelli della pubblica amministrazione, cosicché il perseguimento dell'interesse pubblico diventava la *ratio* di tutte o quasi tutte le disposizioni concernenti l'attività contrattualistica della p.a. Il concetto stesso di correttezza e lealtà era pertanto insito nella portata regolatrice e normativa dell'interesse pubblico perseguito e contribuiva a dare ulteriore fondatezza al già citato dogma dell'insindacabilità dei comportamenti amministrativi. Il principio di buona fede pertanto era considerato superfluo nell'ambito del diritto amministrativo, dato che la sua funzione era già svolta da un altro più puntuale istituto, di natura prettamente amministrativa.

⁴⁹ MERUSI, op. cit., p. 115.

⁵⁰ Cfr. in particolare GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre, in *Arch. giur. dir. pub.*, 1936; LUCIFREDI, *Alcune questioni in tema di attività consultiva e di contratti comunali*, in *Foro it.*, 1937, I, 265 ss; GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, p. 373, Giuffrè, 1939

Si tratta, tuttavia, di argomentazioni non in linea con il dettato costituzionale e ispirate a una visione superata della pubblica amministrazione e delle sue attività: reputare la tutela della buona fede assorbita nel perseguimento dell'interesse pubblico significava “confondere quest'ultimo con l'interesse soggettivo della singola amministrazione procedente, là dove proprio l'operatività della buona fede può consentire una regolazione del rapporto idonea a garantire un equo contemperamento degli interessi in gioco.”⁵¹

L'interesse pubblico e la buona fede sono funzionalmente due concetti molto differenti. Il primo opera in quanto scopo, fine ultimo dell'agire amministrativo, il secondo opera in quanto regola di condotta, è un principio generale che è scevro da finalità di carattere utilitaristico, ma serve, tra l'altro, a “riequilibrare i rapporti giuridici che evidenziano una strutturale disparità di potere contrattuale”.⁵²

Circa il secondo punto, ovvero l'applicabilità della buona fede nel diritto amministrativo, si obiettava che la buona fede dovesse regolare solo i rapporti paritari e pertanto si collocasse ontologicamente al di fuori dall'ambito che è proprio del diritto amministrativo, ove lo squilibrio dei poteri detenuti dalle parti risulta essere la regola e non l'eccezione⁵³.

⁵¹ Cit. PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *I contratti*, 2014, 187-199. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle «interferenze» tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, II, 237 ss., secondo il quale i principi di diritto comune tendono sempre più frequentemente a disciplinare l'azione della P.A., “come si evince chiaramente dai numerosi rinvii effettuati dal giudice amministrativo - in sede di verifica del vizio di eccesso di potere ai canoni della buona fede, della correttezza, della diligenza, dell'adeguatezza e della proporzionalità, che da sempre sono a fondamento dei rapporti interprivati”.

⁵² Cit. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Il diritto civile e gli altri Atti del Convegno*, Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, 371 ss.

⁵³ GIANNINI, nell'opera sopra citata, riteneva in particolare che nel diritto amministrativo “Mancherebbe... l'urto delle volontà paritariamente contrapposte, tra le quali il principio di buona fede ha una delicata funzione regolatrice”. La questione della paritarietà del rapporto come limite dell'applicabilità della buona fede nel diritto pubblico era stata sollevata anche dalla dottrina tedesca. Cfr. SCHULE, *Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht*, Berlino, 1935, p. 401.

GIANNINI, ne *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in scritto per Iemolo, Milano, 1963, sottolinea inoltre che è fondamentale distinguere tra contratti di diritto comune e contratti ad evidenza pubblica, in quanto un problema di responsabilità precontrattuale può porsi solo per quelle amministrazioni che sottostanno alle norme della legge di contabilità pubblica e per i contratti che si concludono d'imperio con tali norme. Per i contratti non assoggettati a tali norme e nei casi in cui le amministrazioni operino in settori nei quali tali norme non devono essere applicate, si è in presenza di contratti regolati interamente dal diritto amministrativo.

Tale obiezione non è però decisiva. Il fatto che la buona fede concorra a disciplinare - più frequentemente - i rapporti giuridici paritari non esclude che possa avere un importante ruolo anche in altre branche del diritto⁵⁴. Inoltre, abbiamo già rilevato che è un principio che non deve essere limitato ai soli rapporti contrattuali, essendo una norma di comportamento che trova espressa applicazione anche in altre disposizioni che non attengono strettamente all'ambito privatistico.⁵⁵

Alla base di queste due prime obiezioni si celavano altri argomenti, più sottili: il primo fa riferimento al generale disappunto, manifestato in dottrina, di fronte all'idea che questi fossero dei maliziosi tentativi di trasferire nel diritto pubblico un istituto civilistico, attraverso lo strumento dell'analogia⁵⁶.

Il secondo invece si collega direttamente al ben noto dogma dell'insindacabilità dei comportamenti amministrativi, sostenuto con costanza dalla dottrina fino agli anni '60 del novecento. Come è noto, infatti, si riteneva che l'amministrazione, nel perseguimento dell'interesse pubblico, godesse di una posizione di privilegio, cioè di parziale esenzione dal diritto comune.⁵⁷

Il nostro ordinamento, infatti, fino alla metà del XX secolo non presentava né una norma di carattere generale che si occupasse della responsabilità della pubblica amministrazione, né una norma che disciplinasse la responsabilità civile dei suoi dipendenti ed agenti per i danni arrecati a terzi nell'esercizio illegittimo delle loro

⁵⁴ Basti solo pensare all'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente, il quale al primo comma recita che "I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede."

⁵⁵ A questo proposito non si può non citare il comma 2-bis, dell'art. 1 della legge 241/90.

⁵⁶ In realtà, fu facile obiettare che non vi è analogia quando si fa questione di principi generali (la cd. analogia *iuris*).

⁵⁷ Cfr. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in Riv. dir. civ., I, 1961, p. 415 ss.

Pur nel rinnovato quadro politico in cui fu emanato il codice civile vigente, non fu di poco momento l'influsso esercitato dalla tradizione: la locuzione introdotta nel corpo dell'art. 2043 c.c. fu per molto tempo intesa quale semplice riproduzione formale di un presupposto della tutela aquiliana già pacificamente acquisito, ossia che l'ingiustizia si traduceva nella violazione di un diritto assoluto. Questa regola, applicata ai rapporti tra privato e pubblica amministrazione, stante anche il successo riscosso dalla teoria c.d. dell'affievolimento (che qualificava ogni posizione soggettiva del privato scontrata con una pubblica potestà quale interesse legittimo), comportò la sostanziale irresponsabilità dell'amministrazione per i danni cagionati dai suoi atti.

funzioni⁵⁸. Si ammetteva infatti, in una fase risalente del dibattito, che la responsabilità dello Stato fosse limitata agli atti di gestione privata, ovvero ai casi in cui la p.a. agisse *iure privatorum*⁵⁹. Al contrario, quando lo Stato poneva in essere gli atti cosiddetti di imperio, godeva di una sostanziale irresponsabilità, e ciò per due motivazioni: da un lato perché la sua attività era diretta o correlata esplicazione di un potere discrezionale, come tale insindacabile dal giudice ordinario, che aveva il suo fondamento nel perseguimento dell'interesse pubblico che coincideva, come abbiamo detto poc'anzi, con quello dello Stato. Dall'altro lato, si obiettava che non era comunque configurabile nella controparte un diritto soggettivo al risarcimento del danno⁶⁰.

Inoltre, un altro ostacolo che si frapponneva al riconoscimento della responsabilità civile in ambito amministrativo era rappresentato dalla difficoltà di applicare la disciplina codicistica della responsabilità civile ordinaria - incentrata sulla colpa umana - a un soggetto che fosse diverso da una persona fisica. Per superare questo primo ostacolo, parte della dottrina propose di costituire una autonoma e diversa fattispecie di responsabilità, una responsabilità speciale di diritto pubblico, slegata dall'elemento soggettivo del dolo e della colpa. Una responsabilità di carattere oggettivo, sorretta dal rapporto causale tra fatto e danno e dalla illegittimità della condotta eseguita⁶¹. La giurisprudenza non accolse quanto proposto dalla dottrina, ma

⁵⁸ Cit. D'ORSOGNA, *Responsabilità della P.A.*, in *Autori vari (a cura di): Scoca Franco Gaetano, Diritto amministrativo*, p. 550-577, Giappichelli editore.

⁵⁹ Tra molti MEUCCI, *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche*, in *Arch. giur.*, 1878, p. 341; MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol I, Firenze, p. 130. Circa lo studio dei problemi e delle obiezioni sull'ammettere una responsabilità della amministrazione, si veda anche il contributo di ORLANDO, *La responsabilità regia e le disposizioni dei re inglesi*, in *Diritto pubblico generale, scritti vari coordinati dal sistema*, Milano, 1940, p. 449, il quale giustamente riteneva che "Attribuire ad una persona ad un ente la possibilità di violare ogni diritto senza che il diritto stesso sia capace di una reazione, significa negare la stessa esistenza obiettiva del diritto, il quale, se violato impunemente, cessa di essere diritto."

⁶⁰ GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 1994.

⁶¹ Cfr. ORLANDO, *op. cit.*, e FORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, I, 1903, p. 1037 ss. Ancora CAMMEO, *commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, p. 895 ss.

preferì ritenere che l'amministrazione fosse sottoposta alle norme comuni del diritto privato solo in presenza di una lesione di diritti soggettivi⁶².

In ogni caso, la convinzione che l'amministrazione fosse in linea di massima irresponsabile nell'esercizio della sua attività autoritativa era caldeggiata sia da parte della dottrina che della giurisprudenza e l'unico motivo di dibattito, che poteva dare adito a qualche dubbio, concerneva i danni derivanti da provvedimenti inefficaci che, come tali, erano privi dello schermo dato dal perseguimento dell'interesse pubblico.⁶³ Successivamente iniziò a farsi strada l'idea che i veri responsabili non erano le amministrazioni pubbliche, ma le persone fisiche che lavoravano all'interno di esse, secondo lo schema della responsabilità indiretta per fatto altrui.⁶⁴

Questo passaggio fu invero molto importante, poiché segnò il primo passo verso il riconoscimento della responsabilità dell'ente, inteso quale soggetto indipendente e

⁶² Nel periodo post-unitario si riteneva che le sole situazioni giuridiche tutelabili e dunque azionabili dinanzi ai Tribunali fossero i diritti soggettivi, mentre si discuteva circa la possibilità di individuare altre figure meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, che fossero diverse diritto soggettivo e non equiparabili ad esso. Tra queste, vi erano appunto gli interessi che il privato vantava nei confronti della pubblica amministrazione, interessi che tuttavia erano privi di tutela risarcitoria per due ordini di motivi: uno sostanziale e uno processuale. Sul piano sostanziale, la giurisprudenza sosteneva la tesi della cd. concezione soggettiva dell'illecito aquilano, secondo cui il danno ingiusto è quello prodotto *non iure* e *contra ius*. Si sosteneva infatti che l'ingiustizia del danno avesse come presupposto la lesione di una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento nella forma di diritto soggettivo perfetto. Sul piano processuale, il principale ostacolo si rinveniva nella struttura cd. bifasica del sistema della giustizia amministrativa, secondo la quale il giudice amministrativo aveva solo il potere di fornire una tutela demolitoria, mentre il giudice ordinario era ritenuto privo di giurisdizione, con la conseguenza che nessuno dei due era munito del potere di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno. Per approfondire su questo punto, si vedano GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, parte generale e speciale*, XIV, Roma, 2020, p. 1549 e CLARICH, *op. cit.*

Inoltre, il dato normativo dell'epoca non rendeva la situazione più semplice. La giurisprudenza era infatti strettamente legata all'impostazione prevista dall'art. 2, legge n. 2248/1865, all. E, contenente disposizioni sul contenzioso amministrativo, il quale prevedeva che "Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa", mentre al successivo art. 3 si precisava che "gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative". Si individuavano, quindi, oltre ai diritti soggettivi, anche gli "affari", dunque non veri e propri interessi legittimi, non situazioni giuridiche piene, ma interessi correlati alla pubblica amministrazione e tutelati attraverso un sistema di rimedi giustiziali e non giurisdizionali.

⁶³ SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4045.

⁶⁴ Con l'affermarsi della teoria della immedesimazione organica, in ragione della quale appartenere all'organizzazione dell'ente consente, per ciò solo, a quest'ultimo di utilizzare come propria la volontà dei suoi funzionari, alla fine dell'ottocento si cominciò a considerare l'ente pubblico in virtù del rapporto organico intercorrente tra dipendente e amministrazione in grado di volere e agire e conseguentemente capace di integrare esso stesso la fattispecie dell'illecito civile. Cfr. D'ORSOGNA, *op. cit.*

slegato dai propri funzionari. Infatti, con l'affermarsi della teoria della "doppia immedesimazione" o "rappresentanza organica", si compiva una finzione giuridica secondo cui tutti gli atti compiuti dai funzionari erano in realtà atti compiuti dall'amministrazione, con la conseguenza che la responsabilità addebitabile non era più indiretta per fatto altrui, ma diretta per fatto proprio⁶⁵. Questa tesi ottenne pieno riconoscimento nel 1948, con l'emanazione della Carta Costituzionale, che all'art. 28 prevede tuttora che "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti." La medesima norma aggiunge significativamente che "In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici."

Ad una prima lettura, la norma sembrerebbe porre in primo piano la responsabilità personale del dipendente e solo in via sussidiaria la responsabilità dello Stato apparato. Conseguentemente, stando a questa lettura, il danneggiato dovrebbe proporre l'azione in prima battuta nei confronti del funzionario e, solo in ipotesi di incapacità patrimoniale di quest'ultimo, poteva agire nei confronti dell'apparato amministrativo. Tuttavia, l'interpretazione successiva ha qualificato la responsabilità della p.a. e del dipendente come solidale e non necessariamente parallela, anche in forza del rapporto organico tra dipendente e amministrazione di cui si è accennato⁶⁶.

Ciò però non è stato sufficiente per ammettere la responsabilità della p.a., sia contrattuale che, soprattutto, precontrattuale. Lo stesso art. 1337 del codice civile in tema di responsabilità precontrattuale non venne ritenuto riferibile ai contratti della pubblica amministrazione, in quanto l'indagine sulla lealtà del comportamento amministrativo nella fase delle trattative con il privato avrebbe comportato - secondo

⁶⁵ CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XX ed., Milano, 2018, p. 683. Secondo l'Autore, inoltre, i vantaggi per il danneggiato sono molteplici, poiché costui ha la possibilità di agire in giudizio senza la difficoltà di dover individuare specificatamente il soggetto responsabile e inoltre nel far valere le sue ragioni può contare su un patrimonio più cospicuo di quello a disposizione dell'agente.

⁶⁶ Cfr. CLARICH, *op. cit.*, nella quale l'Autore aggiunge che "In realtà, l'articolo 28 fu il frutto della riformulazione non felice di una disposizione che i padri costituenti volevano introdurre per rafforzare la tutela dei diritti di libertà sanciti dalla costituzione. L'idea originaria era cioè di delineare una nuova responsabilità di rango costituzionale e non a caso l'articolo chiude il titolo I della parte I della Costituzione dedicata ai diritti fondamentali. Gli emendamenti via via introdotti snaturarono la portata dell'articolo, la cui formulazione finale diede subito adito a dubbi interpretativi. La giurisprudenza ricondusse la portata della disposizione al modello di responsabilità, già affermatosi nei decenni precedenti, che pone in primo piano la responsabilità dell'apparato."

la dottrina dell'epoca - un sindacato sull'esercizio del potere discrezionale e, come tale, illegittimo. Inoltre, il raggio d'azione nel quale il privato danneggiato poteva difendersi in giudizio era davvero molto limitato e concerneva, esclusivamente, la lesione dei diritti soggettivi.⁶⁷

A questo punto potremo addentrarci in un tema che è stato per lungo tempo spinoso, ovvero l'ingiustizia del danno e la risarcibilità degli interessi legittimi.

Come è noto, il giudizio amministrativo è tipo impugnatorio⁶⁸, in quanto l'oggetto del processo non è il rapporto giuridico controverso, ma il provvedimento amministrativo impugnato. Il giudice amministrativo, quindi, conosce il rapporto nei limiti di quanto allegato dalle parti, perciò ha una conoscenza mediata del rapporto sostanziale, cosa che, a suo tempo, contribuiva a rendere la discussione in materia di risarcimento degli interessi legittimi tecnicamente e ulteriormente complicata. Ciò valeva a maggior ragione in materia precontrattuale, dove l'interesse tutelabile del privato a che la pubblica amministrazione agisse secondo buona fede era dato per scontato nel perseguimento stesso dell'interesse pubblico, che, come è stato sopra accennato, era un elemento indiziario della correttezza e dell'affidamento che la collettività aveva riposto nell'agire amministrativo, vero e proprio braccio esecutore della legge.

Nella notissima sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite, dichiarante la risarcibilità degli interessi legittimi, il *focus* del problema si sposta dai poteri della p.a. all'affidamento del privato. I giudici di legittimità infatti, dopo aver riconosciuto la dimensione sostanziale degli interessi legittimi e la centralità del bene della vita di

⁶⁷ Il principio di risarcibilità degli interessi legittimi è divenuto diritto positivo nel 2010, con il codice del processo amministrativo. Prima di questo momento e prima della storica sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite, la giurisprudenza riconosceva l'ingiustizia del danno solo nelle ipotesi in cui il comportamento della pubblica amministrazione fosse lesivo di un diritto soggettivo. Si era pertanto sviluppata una giurisprudenza che "mascherava" la risarcibilità dell'interesse legittimo attraverso la *fictio* dell'affievolimento del diritto soggettivo che, a causa del provvedimento illegittimo, veniva "degradato ad interesse" e successivamente, in seguito all'annullamento del provvedimento stesso, riacquista la natura di diritto soggettivo. In tal senso è calzante la lettura della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 1867 del 4 luglio 1973, in *Foro it.*, 96, 6, 73, nella quale si affermava che "non è sufficiente che il giudice amministrativo abbia annullato l'atto, ma è necessario altresì che questo abbia inciso su una posizione originaria di diritto soggettivo, cosicché la funzione dell'annullamento sia stata quella di restituire ad una posizione soggettiva, degradata ad interesse ed affievolita dall'azione amministrativa, la sua qualificazione originaria di diritto soggettivo. Occorre cioè che l'atto amministrativo annullato risulti non soltanto illegittimo (in quanto abbia violato una norma di azione), ma altresì illecito e, quindi, violatore di un diritto soggettivo".

⁶⁸ DI MAJO, *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della p.a.: l'acquis civilistico - tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della p.a.: l'acquis civilistico*, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 253.

cui si fanno portatori, hanno individuato i presupposti concreti al cui riscontro è subordinata la fruibilità del rimedio risarcitorio, limitandola alle sole ipotesi in cui l'attività illegittima della pubblica amministrazione "abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo effettivamente si collega e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 codice civile, perché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della p.a., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse sia meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo."⁶⁹

In altre parole, la sentenza in esame identifica la situazione soggettiva protetta nell'interesse sostanziale al bene della vita, al quale l'interesse legittimo è correlato. Da ciò derivava che il funzionamento del meccanismo risarcitorio presupponeva il previo accertamento giudiziale della spettanza del bene e non il solo pregresso rapporto tra privato e amministrazione. Conseguentemente, non era ancora

⁶⁹ Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 in *in Foro it.*, 122 n. 11, 3201 - 3240, con nota di CARANTA, FRACCHIA, ROMANO E SCODITTI.

Innumerevoli sono le voci che hanno preso parte al dibattito sulla risarcibilità degli interessi legittimi; tra i tanti contributi si possono ricordare: AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi (atti del XLIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione: Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1997)*, Milano, 1998; FOLLIERI, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.leg. 80/98*, in *Riv. dir. privato*, 1998, 453; ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1998, 7; ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. ammin.*, 1998, 1; PULIATTI, *Regole autonome di risarcibilità degli interessi legittimi?*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 292; QUARANTA, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 326; BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 269 ss.; GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 253; BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi in rapporto all'attività urbanistica ed edilizia*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1489; MONTINARO, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1431; PALMIERI, *Orientamenti «occulti»: continua la risarcibilità «in obiter» degli interessi legittimi*, in *Corriere giur.*, 1997, 827; D'ORSOGNA, *Danno «da reato» e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'«ingiustizia» dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. ammin.*, 1997, 365; GALLUCCI, *Responsabilità civile (tutela aquiliana degli interessi legittimi)*, voce dell' *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1997, XXVI; CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corriere giur.*, 1996, 1148; GRASSANO, *Il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Nuova rass.*, 1996, 629; PERIN, *Risarcibilità del danno derivante dalla lesione degli interessi legittimi: proposte e soluzioni normative*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 405; BERTI, *Riflessioni in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1996, 113; CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi - Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996; MINGARELLI, *Il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo*, in *Riv. amm.*, 1995, 493.

considerata idonea a fondare la domanda risarcitoria l'eventuale lesione del solo affidamento che il privato abbia riposto nella correttezza dell'agire amministrativo. La svolta giurisprudenziale in materia di risarcibilità delle lesioni agli interessi legittimi ha avuto quindi il pregio di attenuare i profili autoritativi dell'attività amministrativa e di superare, almeno in parte, la visione asimmetrica del rapporto tra privati e amministrazione, ma non di estendere l'applicazione della responsabilità precontrattuale all'azione amministrativa.

3. LA COMPLESSA TENSIONE TRA IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DI DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E LE RIPERCUSSIONI IN MATERIA CIVILISTICA RISPETTO ALL'APPLICABILITÀ DEL CANONE DI BUONA FEDE. BUONA FEDE COME COROLLARIO DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ.

Come è stato precisato, dopo l'emanazione della Carta Costituzionale si è gradualmente sviluppata una nuova concezione dell'amministrazione, intesa non più come soggetto gerarchicamente sovraordinato e sciolto da ogni controllo sul suo operato, ma come parte "fallibile" di un negozio, che deve necessariamente essere sottoposta a un vaglio esterno. Da un'amministrazione che esercita la sua funzione attraverso l'imposizione autoritativa e unilaterale si è quindi affermato un modello giuridico di "amministrazione paritaria"⁷⁰, che trova nella partecipazione degli amministrati e nella determinazione del pubblico interesse il suo carattere peculiare.

E' in un tale, rinnovato assetto normativo e dottrinale che si è attribuito all'amministrazione il ruolo di "parte imparziale", intendendo con questa espressione un soggetto che opera nel mercato economico nel rispetto del canone della *par condicio* e, più in generale, nel rispetto dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e, conseguentemente, all'autorità amministrativa.

Il principio di imparzialità è infatti richiamato sia dall'art. 97 Cost. che dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e consiste nel "divieto di

⁷⁰ BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 808.

favoritismi”⁷¹ o, volendo usare una terminologia più frequente nella normativa europea, nel divieto di discriminazione.⁷²

Da un tale assetto giuridico è venuto spontaneo ritenere connaturato a questo modello di “amministrazione imparziale” il dovere di buona fede, che impone al soggetto pubblico di esercitare la funzione amministrativa nel rispetto delle posizioni soggettive di cui sono titolari le controparti. Esso quindi mira a tutelare sia le legittime aspettative che la p.a. ha ingenerato nei privati con un suo atto o un provvedimento (il cd. principio di legittimo affidamento, di cui ci occuperemo ampiamente più avanti), che la correttezza del suo comportamento fin dal momento della ponderazione degli interessi in gioco. Questo principio ha colliso però con il potere giuridico di cui l’amministrazione è titolare, essendo la p.a. un’ autorità a tutti gli effetti, deputata dalla legge al perseguimento del pubblico interesse.

Solitamente, infatti, il potere amministrativo ha carattere vincolato, ovvero costituisce una diretta esplicazione della legge in chiave pratica, la quale predetermina in funzione garantista i contenuti e i limiti di questo potere. Tuttavia, quando l’attività pubblica presenta numerose variabili o quando gli interessi in gioco si pongono in un piano di sostanziale parità, rendendo complessa la loro ponderazione e il loro bilanciamento, l’amministrazione è tenuta a entrare nella sfera dell’opportunità e della convenienza, ovvero nel cd. merito amministrativo, che come tale non è sindacabile giurisdizionalmente⁷³

Quando ciò succede, il potere amministrativo si manifesta nella sua forma più ampia, ovvero nella cosiddetta discrezionalità amministrativa. La discrezionalità

⁷¹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 91.

⁷² L’obbligo di non discriminazione è previsto nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea all’art. 21: “È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale. Nell’ambito d’applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità.”

⁷³ Infatti, le situazioni concrete nelle quali l’amministrazione è chiamata ad agire possono avere un grado di contingenza e imprevedibili tale da richiedere un qualche spazio di adattabilità della misura da disporre. Inoltre, è la pubblica amministrazione ad avere le competenze necessarie per garantire la migliore cura dell’interesse pubblico a lei devoluto, il che implica che vincolare la sua attività entro gli stretti schemi del dettato normativo potrebbe essere nocivo e controproducente per la collettività. Vedi *Clarich*, op. cit., p. 114.

amministrativa costituisce l'essenza stessa dell'amministrare e consiste nel margine di scelta che la legge lascia all'amministrazione nella valutazione, ponderazione e graduazione degli interessi in gioco. Emerge quindi una tensione tra il principio di discrezionalità amministrativa e il principio di legalità, o per quanto qui ci interessa, il principio di buona fede.

Come gestire pertanto il potere discrezionale della amministrazione alla luce del principio di buona fede e correttezza? Un primo spunto di riflessione ce lo fornisce il Consiglio di Stato, nell'ambito di una controversia relativa a un concorso.⁷⁴

I giudici amministrativi evidenziarono in quali la casi la discrezionalità tecnica potesse ritenersi limitata, e tra questi figura una “insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri.”⁷⁵

⁷⁴ Mi riferisco a Cons. Stato, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Repertorio Foro Italiano*, 2019, *Istruzione pubblica*, n. 123. Nella fattispecie il giudice amministrativo aveva annullato per ben tre volte il diniego di conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di prima fascia, a favore del ricorrente. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'ambito di discrezionalità tecnica rimessa all'Amministrazione si fosse progressivamente ridotto sino a «svuotarsi» del tutto, ed ha conseguentemente ordinato al Ministero di rilasciare l'abilitazione in favore del candidato.

⁷⁵ Nella sentenza sopracitata si dice che “La discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può risultare progressivamente « ridotta » per effetto: a) sul piano « sostanziale » degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata nei termini discrezionali); b) sul piano « processuale » dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile « frattura » del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati”.

Tale “insanabile frattura” del rapporto tra p.a. e privato altro non sembra che la violazione della buona fede da parte del soggetto pubblico⁷⁶. Il principio in questo caso potrebbe assurgere a vero e proprio limite della discrezionalità amministrativa, e se il principio di ragionevolezza mira ad evitare il compimento di comportamenti lesivi a danno dell’interesse pubblico, allora il principio di buona fede si pone a tutela degli interessi privati ed evita che essi vengano pregiudicati dall’esercizio scorretto della discrezionalità della p.a.

La p.a., quindi, deve scegliere la soluzione più opportuna per i cittadini e per il buon andamento dell’attività a cui è deputata, tuttavia deve rispettare dei canoni normativi che da un lato giustificano la compressione degli interessi individuali, dall’altro la guidano nella sua attività provvedimentale e contrattualistica: il citato principio di ragionevolezza⁷⁷, vero e proprio limite della discrezionalità amministrativa, il principio di proporzionalità⁷⁸ e quello di buona fede.

Come è noto, il principio di buona fede e quello di correttezza di cui agli articoli 1175 e 1375 del codice civile sono stati inizialmente codificati dal legislatore come *regulae iuris* di carattere generale, il cui principale riferimento era rinvenibile in materia di rapporti precontrattuali e di interpretazione ed esecuzione del contratto, e non anche rispetto al contenuto del negozio medesimo⁷⁹.

Ciò comporta che i contraenti possono concordare del tutto liberamente il predetto contenuto negoziale, senza poi potere, proprio in ragione di tale libertà, invocare l’asserita contrarietà alla buona fede, salvo che nei casi esplicitamente previsti dal legislatore. Nei contratti pubblici ciò non è possibile, la buona fede deve intervenire anche nella predisposizione del contratto e costituisce il punto di equilibrio tra la

⁷⁶ DI BENEDETTO, *L’esauribilità della discrezionalità amministrativa tra buona fede ed effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 2022, 2, 247-268, che aggiunge: “Il sistema di giustizia amministrativa dunque deve oggi fare i conti col passaggio da un processo amministrativo inteso come garanzia della legalità amministrativa, ad uno proiettato alla tutela delle pretese sostanziali.”

⁷⁷ Il principio di ragionevolezza è quello che guida e vincola l’attività amministrativa discrezionale ed è un canone normativo cogente: da tante soluzioni astrattamente possibili, tale principio impone di scegliere l’unica soluzione concretamente possibile e legittima.

⁷⁸ Il principio di proporzionalità è il principio in ragione del quale l’amministrazione deve limitarsi allo stretto indispensabile per soddisfare l’interesse di sua competenza.

⁷⁹ TRAMONTANO, *Compendio di diritto civile*, Piacenza, 2020, p. 522.

libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche.

Infatti, come ha precisato frequentemente la Cassazione, l'obbligo di buona fede o correttezza “costituisce, *ex art. 2 Cost.*, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extra contrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale e volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio.”⁸⁰ I soggetti del rapporto obbligatorio sono pertanto tenuti alla reciproca collaborazione: il debitore deve adempiere la prestazione secondo la diligenza richiesta dal caso concreto, il creditore deve collaborare all'adempimento, ovvero deve renderlo il meno gravoso possibile per il debitore.

Nel caso dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione, la natura pubblica dell'ente e del fine perseguito ha reso l'operare di queste regole molto più tecnico e sottile. Infatti, il principio di buona fede ha iniziato ad avere riconoscimento nel diritto amministrativo solo recentemente, dato che la sua funzione è sempre stata sostanzialmente demandata a un altro principio generale, vicario della buona fede, ovvero il principio del legittimo affidamento, principio in ragione del quale viene tutelata la posizione del privato che abbia confidato *legittimamente* su un atto o un provvedimento della p.a.

Tale principio, tuttavia, si era prestato molto spesso a limitare negli stretti argini del principio di legalità il comportamento corretto dell'amministrazione. Ad esempio, quando la p.a. doveva procedere all'annullamento d'ufficio di un atto, emanato in epoca lontana e già produttivo di effetti giuridici favorevoli nei confronti dei destinatari, una buona parte della dottrina reputava che tale annullamento fosse obbligatorio, posponendo così al principio di legalità l'interesse del privato di mantenere la propria situazione di vantaggio da tempo consolidata⁸¹. Secondo questi

⁸⁰ Cass., S.U. 4 giugno 2010, n. 13658, in *Giur. It.*, 2011, 6, 1293

⁸¹ ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Padova, 1939, p. 233. CANADA BARTOLI, in *Annulabilità e annullamento, Enc. del Dir., ad vocem*, 487, ammetteva invece il carattere facoltativo dell'annullamento, pur reputando l'illegittimità dell'atto motivo necessario e sufficiente per procedere. Questa lettura ha trovato grande sostegno anche in Germania, in cui si diceva che “non si poteva invocare il diritto per mantenere in vita un atto illegittimo.” Si veda FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Monaco, 1958, prefazione alla settima edizione.

Autori, il potere di annullamento era una necessaria conseguenza del principio di legalità, che trovava il suo fondamento dogmatico nello Stato di diritto e che aveva come sua principale (e sola) missione il soddisfacimento degli interessi pubblici. La valutazione della correttezza dell'amministrazione aveva, in altri termini, una diversa unità di misura, più indulgente rispetto alla buona fede, che era il principio di legalità. In questo contesto giuridico, in cui il tema dell'affidamento non era trattato unitariamente ed era reputato inferiore ad altri principi propri del diritto pubblico, la giurisprudenza del Consiglio di Stato iniziò a inquadrare la tematica dell'affidamento per la prima volta alla luce del principio di buona fede, arrivando a delle conclusioni molto interessanti. I giudici di Palazzo Spada infatti hanno affermato che "... lo stesso pubblico interesse, sufficiente in astratto a giustificare l'annullamento, può in concreto subire notevoli limitazioni quando il tempo trascorso dall'emanazione dell'atto sia tanto notevole da determinare troppo gravi ripercussioni nella sfera giuridica dei privati controinteressati, con pregiudizio dei principi fondamentali quali quelli dell'equità e della buona fede, che l'ordinamento giuridico pone a base della stessa civile convivenza e dell'ordine sociale, e che l'amministrazione è essa stessa è tenuta a rispettare."⁸²

L'impostazione dei termini del problema inizia a mutare: adesso è incentrata sulla posizione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e non viceversa.

4. LA BUONA FEDE COME PRINCIPIO EUROPEO E INTERNAZIONALE. SIGNIFICATO ED EVOLUZIONE DEL DOVERE DI CORRETTEZZA OLTRE I CONFINI DEL NOSTRO ORDINAMENTO.

Prima di addentrarci nel cuore della trattazione, è doveroso premettere che solo in epoca recente l'Unione europea ha cominciato ad occuparsi di tematiche che, fino a poco tempo prima, sembravano riservate alla competenza esclusiva degli Stati, in quanto reputate troppo legate alle tradizioni di ciascun ordinamento interno. Fra queste, compaiono in primo luogo le regole giuridiche di diritto privato. Come è noto,

⁸² Cons. St. Sez. IV, 3 maggio 1950, n. 246, in *Foro Amm.*, 1950, I, 1, 320. Similmente, anche Cons. St., Sez. VI, 25 ottobre 1961, n. 797, in *Foro Amm.*, 1962, 1, 349.

in nessuna fonte primaria scritta del diritto europeo - ovvero i due Trattati istitutivi e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - compare una menzione al principio di buona fede né, in generale, è presente una disciplina puntuale sul diritto dei contratti. I principi contrattuali di diritto dell'unione, infatti, si compongono di sentenze e di normative che tuttavia non formano un *corpus* unitario e che, per tal motivo, sono soggetti ai fisiologici *revirement* giurisprudenziali e a normative di volta in volta diverse e talora configgenti, le cui incongruenze hanno consolidato l'interesse a fornire una sistemazione unitaria e definitiva⁸³.

L'esigenza di armonizzare le discipline degli Stati membri a livello contrattuale si è avvertita in particolare per il completamento del mercato interno dell'unione, tanto che all'inizio degli anni 2000 si è assistito a un'intensificazione del dibattito sulla possibile armonizzazione del diritto privato sostanziale⁸⁴. Il motivo è chiaro: il mercato unico europeo è governato da una pluralità di contratti, ciascuno dei quali è retto dalle normative in vigore nei diversi Stati membri. In termini economici, tale coesistenza di regole diverse implica costi di transazione aggiuntivi ed incertezza nell'operare, mentre in termini temporali la difficoltà di individuare il diritto

⁸³ Sulle difficoltà provocate da queste varietà normative, Cfr. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 49, che ha significativamente definito tale situazione come la "Babele dei diritti internazionali."; MEMMO, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contratto e impr.*, 1997, 51. ALPA, *Manuale di diritto privato europeo*, 2007, ove a p. 252 si sottolinea che "Il diritto contrattuale 'comunitario' si compone di disposizioni normative e sentenze, provenienti da modelli nazionali diversi e inserite nell'ambito delle fonti del diritto comunitario di armonizzazione dei diritti municipali (soprattutto nelle direttive), trasposte nell'ambito degli ordinamenti nazionali: l'*acquis communautaire* è dunque l'esito di un'opera di armonizzazione riguardante soprattutto la tutela del consumatore, in quanto tale non è una compiuta e organica disciplina dei fenomeni contrattuali."

⁸⁴ Nel 2001 la Commissione europea indirizzava una comunicazione (COM 2001/398) al Consiglio e al Parlamento europeo in materia di diritto contrattuale europeo, con cui veniva avviata ufficialmente un'ampia consultazione pubblica sui problemi derivanti dalla diversità dei diritti dei contratti degli Stati membri e sulle possibili azioni da intraprendere in questo campo. In particolare la consultazione si proponeva di "ricevere pareri sui problemi che risultano (per il mercato interno) dal coesistere di diversi orientamenti nazionali in materia di contratti".

applicabile o le norme di applicazione necessaria richiede uno sforzo ulteriore da parte delle parti.⁸⁵

Da questo punto di vista, il 2003 può considerarsi un anno chiave per l'armonizzazione del diritto privato dei Paesi membri dell'unione. Infatti, con la comunicazione del 12 febbraio 2003, la Commissione europea ha lanciato un Piano d'azione, richiedendo a tutti gli interessati di esprimersi al fine di realizzare una 'più coerente' disciplina europea del contratto. Il Piano d'azione conteneva la proposta di realizzare un "Quadro Comune di Riferimento", il *Draft Common Frame of Reference*, il cui ruolo era quello di uniformare e integrare il diritto privato europeo⁸⁶. All'interno di questo ambizioso progetto sono confluiti numerosi riferimenti al principio di buona fede, come si deduce dalla sua inclusione nell'ambito di due dei quattro Principi sottostanti al Progetto⁸⁷. In particolare, la buona fede è citata tra i principi di Sicurezza e Giustizia: nei numeri 23 e 24, relativi ai Principi di Sicurezza, si spiega come la sicurezza contrattuale di una parte dipenda dal comportamento

⁸⁵L'art. 57 della legge n. 218/95 rinvia la disciplina delle obbligazioni contrattuali ai principi presenti nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, ratificata nel nostro paese con la legge 18 dicembre 1984, n. 975. Tale convenzione si presenta come una convenzione universale, infatti stabilisce che la legge designata dalla presente convenzione si applica anche se è la legge di uno stato non contraente. Nell'ambito dell'Unione Europea, la convenzione è stata sostituita dal Regolamento (CE) 593/2008 del 17 giugno 2008, che riproduce sostanzialmente le stesse disposizioni della Convenzione di Roma. In particolare, la Convenzione stabilisce il criterio generale della libertà di scelta delle parti in ordine alla legge applicabile al contratto. La scelta deve essere espressa oppure risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze, fatta salva la possibilità di sottoporre in qualsiasi momento il contratto a una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza.

⁸⁶ Il *Draft Common Frame of Reference* è stato redatto dalla commissione presieduta da Christian von Bar: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, edited by C. von Bar, Clive and Schulte-Nölke, Munich, 2009. Per approfondire la tematica, si consiglia tra i tanti: AA.VV., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di Marchetti, Torino 2012; RIESENHUBER, *Wettbewerb für das europäische Vertragsrecht*, in *Juri- stenzeitung*, Torino 2011, p. 537 ss.; MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, II, p. 253 ss.

Sul tema si veda anche LUCCHETTI - PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo, dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, 2014, Pàtron editore, nella quale opera si sottolinea che "Lo scopo del DCFR, nelle interazioni della Commissione, doveva essere, in una prospettiva immediata, di accrescere la coerenza dell'*aquis* comunitario (inteso come la legislazione comunitaria vigente) nel campo del diritto contrattuale, per favorirne un'applicazione uniforme mirata a un corretto funzionamento delle transazioni transfrontaliere e, con ciò, al completamento del mercato interno."

⁸⁷ I Principi di Libertà, Sicurezza, Giustizia ed Efficienza sono enunciati in un'autonoma sezione del Progetto e costituiscono una premessa alle regole-modello del DCFR.

conforme a buona fede dell'altra e come l'operatività di tale principio di sicurezza possa tradursi in un reciproco dovere di cooperazione tra le parti⁸⁸.

Nel Principio 42, in tema di Giustizia, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede viene fatto derivare dal divieto di fare affidamento su comportamenti illegali, disonesti o irragionevoli. Inoltre, si precisa che la sua violazione non determina l'obbligo di risarcimento dei danni, bensì impedisce alla parte di esercitare o fare affidamento su un diritto, rimedio o eccezione.⁸⁹

All'interno delle regole modello, una prima e più ampia nozione del concetto di buona fede si trova enunciata nelle disposizioni generali del libro I, le quali hanno portata universale per tutti gli altri libri. Il primo comma dell'articolo I - 1:03 precisa che con la locuzione buona fede si fa riferimento ad un tipo di condotta "Caratterizzata da onestà, chiarezza e considerazione degli interessi delle parti". Il secondo comma specifica invece quali sono i comportamenti contrari a buona fede "È, in particolare, contrario alla buona fede e correttezza che una parte agisca in modo incoerente con le sue precedenti dichiarazioni o condotte a detrimento dell'altra parte, quando questa abbia fatto ragionevolmente affidamento su di essa."⁹⁰

⁸⁸ Così dice il Principio 23: "... *one party's contractual security is enhanced by the other's duty to act in accordance with the requirements of good faith... Moreover, the role of good faith and fair dealing in the DCFR goes beyond the provision of contractual security.*" Tradotto: "... la sicurezza di una parte contrattuale è rafforzata dall'obbligo dell'altra di agire in accordo con i requisiti della buona fede... In più il ruolo della buona fede e della correttezza nel DCFR va oltre le previsioni della sicurezza contrattuale."

Il Principio 24 prevede invece che "La sicurezza contrattuale è anche rafforzata dall'imposizione di un obbligo di cooperare." (*Contractual security is also enhanced by the imposition of an obligation to cooperate*).

⁸⁹ Così stabilisce il principio 42 "Not allowing people to rely on their own unlawful, dishonest or unreasonable conduct. There are several examples of this aspect of justice in the DCFR provisions on contract law. A recurring and important idea is that parties are expected to act in accordance with good faith and fair dealing... A breach of this duty does not in itself give rise to a liability to pay damages but may prevent a party from exercising or relying on a right, remedy or defence..." Tradotto: "Non permettere alle persone di fare affidamento sulla propria condotta illegale disonesta o irragionevole. ci sono molti esempi di questo aspetto di giustizia nelle previsioni del the DFCR sul diritto contrattuale. Un'idea ricorrente ed importante è che ci si aspetta che le parti agiscano secondo buona fede e correttezza... La violazione di questo dovere non fa sorgere di per se stessa la responsabilità di pagare i danni, ma può impedire a una parte di esercitare o fare affidamento su un diritto, rimedio o eccezione."

⁹⁰ Art. I. 1:103: "The expression "good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.

It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment."

Da questa ultima disposizione del DCFR risulta *ictu oculi* evidente come il principio di non contraddizione abbia un ruolo centrale rispetto alla conformità dell'agire in buona fede, tuttavia anticipo che non ci sono riferimenti espressi ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione. Tale silenzio normativo, più che una vera e propria omissione, va inteso a mio avviso come un invito ad applicare in via analogica la norma anche al di fuori dei confini dei contratti di diritto privato. Una soluzione non dissimile si è già verificata in materia consumeristica, ove il legislatore comunitario si è adeguato alla sintetica terminologia di *common law* e ha adottato l'espressione "professionista" ("professional") nell'accezione lata di persona fisica o giuridica, senza ulteriormente specificare se nella definizione debba rientrare anche il professionista pubblico.⁹¹

Prima di soffermarci sulla disciplina europea attualmente in vigore circa la responsabilità precontrattuale, è doveroso menzionare brevemente un altro importante progetto che ha dato vigore, insieme al *Draft*, all'esigenza di armonizzare il diritto privato in chiave europea. Mi riferisco naturalmente ai *Principles of European Contract Law* (PECL), ovvero una grande opera di "diritto scientifico" che si è complessivamente sviluppata tra il 1980 e il 2002⁹². Si tratta di "diritto scientifico" poiché i PECL sono stati elaborati da una commissione di giuristi accademici, i quali hanno operato al di fuori di un vero e proprio mandato da parte del legislatore ma solo in quanto cultori ed esperti nella materia. Inoltre, si tratta di "diritto scientifico" perché i PECL sono stati redatti al fine di compiere un'analisi storico-comparatistica

⁹¹ È comunque pacifico che la nozione di "professionista" comprenda implicitamente anche il soggetto pubblico.

⁹² Per approfondire, LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.; ZIMMERMANN, *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn 2003; CASTRONOVO, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *R. d. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss.

degli ordinamenti giuridici di alcuni dei paesi europei, senza perseguire specifici obiettivi di politica del diritto⁹³.

Quanto alla loro portata percettiva, bisogna tenere presente che sia i PECL che il *Draft* costituiscono norme di *soft law*, ovvero norme prive di un'efficacia vincolante diretta. Ciò non toglie che, dal punto di vista formale, i PECL siano stati concepiti come un vero e proprio articolato di norme giuridiche, e possono essere applicate per risolvere un caso pratico o per decidere la soluzione di una controversia quando le parti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto o quando hanno deciso che il contratto sia regolato da essi. Infatti, l'art. 1:101(2) dei PECL stabilisce "These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that the contract is to be governed by them".

E si consideri che la Commissione Lando ha riconosciuto alla buona fede una vera e propria funzione pervasiva.⁹⁴ Oltre che nella ipotesi della *culpa in contrahendo* (art. 2:301 PECL), la buona fede compare in numerosi altri istituti, ad esempio nell'ambito dell'azione di annullamento, per verificare se l'errore di una parte sia stato maliziosamente taciuto dall'altra (art. 4:103 PECL) o in un'altra azione paragonabile alla nostra rescissione contrattuale, secondo cui, se una parte si è

⁹³ "I PECL possono essere pertanto concepiti come il corpus di un diritto "quasi vigente"⁽⁹⁾, il quale può divenire applicabile per volontà delle parti contraenti ovvero mediante l'interpretazione giurisprudenziale degli ordinamenti nazionali." cfr. Sirena, *La scelta dei principles of european contract law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2019, p. 608 ss., che richiama in nota gli studiosi contrari a tale teoria, ovvero K. RIESENHUBER, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung. Systembildung im Europa'sischen Vertragsrecht*, in BUMKE, RO' THEL, cit., p. 49 ss., e già A. GENTILI, *Il contratto d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, a cura di SIRENA, Milano 2006, p. 94 ss., spec. p. 97 ss.

⁹⁴ Frequente è infatti il riferimento alla buona fede e correttezza nei PECL, come è rappresentato dall'art. 4:109 in tema di «Ingiusto profitto o vantaggio iniquo», secondo cui: «(1) Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: (a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e (b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze o lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto. (2) Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. (3) Il giudice può parimenti modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione».

approfittata della situazione di debolezza soggettiva dell'altra parte, quest'ultima può domandare al giudice di modificare il contratto in modo da renderlo conforme al principio di buona fede e correttezza (art. 4:109 PECL). È anche presente una disposizione avente portata generale, la quale statuisce che le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza e che non possono escludere o limitare questo obbligo” (art. 1:201 PECL), ma quella più importante si ha in materia di autonomia contrattuale, ove si dice significativamente che essa deve svolgersi nel rispetto della buona fede e della correttezza (art. 1:102 PECL). Una parte della dottrina italiana ha anche ravvisato nella buona fede dei PECL una funzione di riequilibrio del contratto, in particolare in materia di ingiusto profitto e vantaggio iniquo, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e a proposito di rettifica del contratto affetto da errore⁹⁵.

Per concludere questa lunga premessa, è indubbio che i PECL e il DCFR abbiano innescato un processo virtuoso e incisivo di armonizzazione e di europeizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali, pur non avendo portato all'emanazione di un vero e proprio codice civile europeo. La valorizzazione della buona fede e l'attenzione verso un diritto contrattuale europeo tuttavia ha avuto delle conseguenze positive sul fronte legislativo, che si riscontrano anche a livello comunitario.⁹⁶

È stato infatti emanato un regolamento, il reg. 864/2007/CE, relativo alla “legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, nel quale, all'art. 12, si dichiara in modo esplicito che la responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede

⁹⁵ Cfr. CASTRONOVO - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, p. 274, ove aggiunge che “Tale funzione di riequilibrio non opera tramite l'ancoraggio a valori o a criteri di integrazione esterni al contratto stesso, ma agisce in via di autointegrazione al fine di creare un equilibrio che il contratto non ha in partenza, ma che è in nuce nel regolamento stesso come potenzialità inespressa: una potenzialità che la buona fede consente di tradurre in atto mediante un percorso del tutto peculiare, cooperando con la volontà delle parti in modo da far emergere l'assetto degli interessi nei suoi aspetti non espressamente divisati, rispettando ciò che le parti avrebbero scelto se vi avessero provveduto da sé.”

⁹⁶ I PECL hanno ad esempio ispirato le grandi riforme del codice civile tedesco e di quello francese, che sono state realizzate rispettivamente nel 2001-2002 e nel 2016-2018. Anche il progetto di riforma del codice civile spagnolo si rifà dichiaratamente a tali modelli di soft law, così come i nuovi codici civili che sono stati emanati dagli stati dell'Europa dell'Est che hanno da poco aderito all'Unione europea (o sono in procinto di farlo).

durante le trattative ha natura extracontrattuale.⁹⁷ L'ambito di applicazione tuttavia è diverso da quello strettamente civilistico. Inerisce infatti alle trattative finalizzate al perfezionamento di un accordo internazionale, trattative che naufragano per colpa di una o più parti, causando alle controparti fedeli un danno. Il rapporto che si crea è obbligatorio, ma non ha natura contrattuale, in quanto il procedimento di formazione degli accordi internazionali è ontologicamente diverso, e naturalmente più complicato, rispetto al procedimento di formazione del contratto.

Un'altra importante svolta in materia contrattuale da parte del legislatore europeo si ha certamente nella regolazione della materia consumeristica. La direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive introduce delle regole di tenore generale che investono l'intera categoria dei contratti del consumatore⁹⁸. La normativa ha avuto un impatto davvero rivoluzionario, giacché per la prima volta sono state approvate in sede comunitaria regole che incidono sulla disciplina generale del contratto. Le asimmetrie informative esistenti tra professionista e consumatore, nonché lo stato di vulnerabilità economica in cui si trova quest'ultimo, sono state quindi livellate attraverso l'emanazione di una disciplina che si occupa di tutelare la parte debole del contratto conformemente ai parametri europei dell'economia sociale di mercato⁹⁹, che si propone di garantire

⁹⁷ L'articolo 12 del regolamento in commento è rubricato "*Culpa in contrahendo*" e così dispone:

1.a legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti dalle trattative precontrattuali, a prescindere dal fatto che il contratto sia stato effettivamente concluso o meno, è la legge che si applica al contratto o che sarebbe stata applicabile al contratto se lo stesso fosse stato concluso.

2. Quando la legge applicabile non può essere determinata in base al paragrafo 1, si applica:

a) la legge del paese in cui si verifica il danno, indipendentemente dal paese nel quale si è verificato il fatto che ha determinato il danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si sono verificate le conseguenze indirette del fatto; oppure
b) se le parti hanno la loro residenza abituale nel medesimo paese nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, la legge di tale paese; oppure
c) se dal complesso delle circostanze del caso risulta evidente che l'obbligazione extracontrattuale che deriva da trattative precontrattuali presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello di cui alle lettere a) e b), la legge di quest'altro paese.

⁹⁸ La direttiva è stata recepita in Italia con la legge 52/96, che ha novellato il codice civile introducendo gli artt. 1469 *bis-sexies*, che sono stati poi traslati nel codice del consumo del 2005, attualmente in vigore.

⁹⁹ Tale modello è contemplato espressamente all'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea.

tramite la tutela della concorrenza sia la libertà degli scambi che la giustizia sociale.¹⁰⁰

Inoltre tale direttiva ha determinato la doverosa separazione dei contratti dei consumatori dagli altri contratti sulla base della qualificazione soggettiva dei contraenti. L'intervento comunitario era infatti animato dall'esplicita premessa che tali contratti speciali erano affetti da un'asimmetria di conoscenze tecniche e potere contrattuale in favore del professionista, il quale si poneva come vero e proprio parte forte del rapporto. La direttiva infatti ricorre spesso al parametro della buona fede nel controllo dei contratti conclusi con il consumatore e affida al giudice il compito di valutare, anche ex officio, la vessatorietà delle singole clausole.¹⁰¹

Un'ultima precisazione si può aggiungere circa i paesi di *common law*. È noto come storicamente, in tali paesi, fosse radicato in essi il principio *Pacta Sunt Servanda* e come la sua erosione ad opera dei principi di *equity* e delle esigenze della prassi commerciale sia stata assai lenta.¹⁰² Pur non essendo ancora riconosciuto formalmente l'obbligo generale in capo alle parti di comportarsi secondo buona fede, bisogna precisare che in un numero sempre più crescente di decisioni le Corti ne hanno sindacato la violazione nella fase delle trattative e nella esecuzione del contratto.¹⁰³

E in particolare, il dovere della p.a. di agire in *good faith* è stato considerato essenziale dal diritto amministrativo britannico: “good faith... is an indispensable element of the lawful exercise of any statutory discretion”¹⁰⁴. Il concetto di buona fede

¹⁰⁰ Cfr. sul tema CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5, 2022, p. 968 e CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile (Per una riproposizione della questione sociale)*, Napoli 2018, p. 14 ss.

¹⁰¹ MAZZAMUTO, *Contratto di diritto europeo*, Giappichelli editore, 2012, p. 177 ss.

¹⁰² Cfr. ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, IV, Torino, 1989, p. 181.

¹⁰³ Negli Stati Uniti D'America, tuttavia, il principio di buona fede è disciplinato dai §§ 1-201 e 1-203 dell'*Uniform commercial code* del 1962.

¹⁰⁴ House of Lords, 5 aprile 1995, *R. v. Secretary of State for Home Department, ex p Fire Brigade Union*.

è, in tale ambito, piuttosto generico e consente alle Corti un sindacato flessibile ed efficace, in tutti i casi in cui sussistano gravi e intenzionali illegittimità.¹⁰⁵

Se si volesse trarre una conclusione, si potrebbe dire che non è presente a livello europeo una norma scritta che tuteli espressamente il privato dal comportamento scorretto delle pubbliche amministrazioni, ma tale tutela è comunque implicitamente riconosciuta dal riconoscimento stesso dell'operatività della buona fede.

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: QUESTIONI RISOLTE E PROSPETTIVE FUTURE

Sommario: 1. Il principio di consensualità dell'azione amministrativa e l'attività negoziale della pubblica amministrazione a seguito della legge n. 120/2020. Il conflitto tra buona fede e prassi: problema della natura del legittimo affidamento. – 2. Introduzione al procedimento d'evidenza pubblica: un *excursus* tra la disciplina civile e quella amministrativa. – 3. La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione alla luce della giurisprudenza più recente. – 4. Buona fede e tutela dell'affidamento ragionevole del privato nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione. Le condotte contrarie al canone della buona fede. – 4.1.(*Segue*): La complessa conciliabilità tra la responsabilità precontrattuale e la fattispecie di cui all'art. 32, comma 8, codice degli appalti. – 5. La *vexata questio* della natura giuridica della responsabilità precontrattuale della p.a. La tesi della natura aquiliana. – 5.1 (*Segue*): la Teoria del contatto sociale qualificato quale fondamento della natura contrattuale della responsabilità per *culpa in contrahendo*. Critica. – 6. Questioni sostanziali e processuali: il risarcimento del danno precontrattuale e il riparto di giurisdizione.

1. IL PRINCIPIO DI CONSENSUALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E L'ATTIVITÀ NEGOZIALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE A SEGUITO DELLA LEGGE N.

¹⁰⁵ Cfr. GOISIS, *Le conseguenze sul contratto di appalto dei vizi della procedura di gara nell'esperienza britannica, tra tutela della buona fede e attuazione della direttiva ricorsi. Prospettive di comparazione con le scelte del legislatore italiano* in *Riv. it. dir. pub.*, 2010, 5, 1219-1256.

120/2020. IL CONFLITTO TRA BUONA FEDE E PRASSI: PROBLEMA DELLA NATURA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO.

Per terminare il tema afferente l'evoluzione del principio di buona fede nel diritto amministrativo, è necessario soffermarsi brevemente sul principio di consensualità dell'azione amministrativa.

Recentemente, tale principio è stato oggetto di una progressiva valutazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, tanto che può ormai ritenersi superata la visione dei rapporti tra Stato e cittadini in termini di mera contrapposizione.¹⁰⁶

La pluralità degli interessi su cui la p.a. è chiamata a decidere e la complessità dei sistemi decisionali¹⁰⁷, hanno imposto di attenuare - per quanto è stato possibile - il carattere imperativo e autoritativo dell'agire pubblico e a sostituire il provvedimento amministrativo con moduli consensuali, accordi, intese e contratti. Il provvedimento amministrativo, infatti, è una manifestazione unilaterale di volontà avente carattere esecutivo, esecutorio e inoppugnabile¹⁰⁸, con cui la p.a. cura un interesse pubblico generale. Con i contratti di diritto privato, invece, la p.a. realizza interessi privati.

¹⁰⁶ Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio di consensualità nell'azione amministrativa, si vedano, D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 1981; LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 1 ss.; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; STICCHI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 2/1993, p. 237 ss.; SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483 ss.; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996; DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/1997, p. 1 ss.; FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, BUP, 2015

¹⁰⁷ GAROFOLI, *op. cit.*

¹⁰⁸ Il provvedimento amministrativo è esecutivo in quanto produce i suoi effetti giuridici per il solo fatto di essere venuto ad esistenza, a prescindere dalla sua validità o legittimità. Ha carattere esecutorio poiché l'amministrazione può portare a compimento gli effetti del provvedimento direttamente e in modo coattivo. Ed è definito inoppugnabile perché, decorso un breve termine decadenziale che si attesta tra i trenta o sessanta giorni, il provvedimento non può più essere impugnato o annullato, rimanendone cristallizzato l'effetto.

Muovendo dal presupposto che l'interesse pubblico può essere perseguito e soddisfatto anche mediante l'uso di strumenti privati, disciplinati dal diritto civile, è stata valutata la possibilità di permettere alla pubblica amministrazione di scegliere lo strumento giuridico reputato più idoneo e rispondente al principio di proporzionalità. Il principio di consensualità dell'azione amministrativa riflette così l'evoluzione stessa del diritto amministrativo, come diritto chiamato oggi a bilanciare le esigenze della collettività in chiave democratica, e non più come potere dello Stato autoritario e gerarchicamente sovraordinato, rispetto al quale i privati erano posti in una posizione di soggezione e sudditanza. Il connotato della consensualità dell'agire amministrativo si sostanzia pertanto nella ricerca del preventivo consenso degli interessati, al fine di ottenere il miglior raggiungimento dell'interesse pubblico con il minimo sacrificio di quello privato. Numerosi a tal riguardo sono gli istituti ispirati al principio di consensualità. Si pensi ad esempio agli accordi tra pubbliche amministrazioni e tra privati e pubbliche amministrazioni, ex art. 11 e 15, l. n. 241 del 7 agosto 1990, che generalizzano l'utilizzo del modulo consensuale. Ancora, agli accordi di programma ex art. 34, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; alle convenzioni di lottizzazione ex art. 28, l. 17 agosto 1942, n. 1150. Numerose sono anche le categorie giuridiche inquadrabili nella attività consensuale della p.a.: il contratto ad evidenza pubblica, il contratto di diritto pubblico, il contratto accessivo a provvedimento e gli accordi procedurali. L'attività consensuale della p.a. resta comunque un'attività in continua evoluzione, in cui la dottrina sta ancora elaborando risposte per quei casi che non rientrano facilmente nelle categorie consolidate.

Il vincolo di scopo che sorregge l'azione amministrativa tuttavia permane, sicché la p.a. non rinuncia alla propria posizione di supremazia, ma sceglie solo una via di esercizio consensuale del potere, in quanto resta immutata la sua natura di autorità deputata al perseguimento del pubblico interesse.

Quanto detto finora può forse chiarire meglio la distinzione tra l'attività consensuale della pubblica amministrazione dalla cosiddetta attività negoziale, ormai pacificamente riconosciuta. Pur essendo entrambe le attività volte a perseguire il pubblico interesse designato dalla legge, ciò che muta è la posizione della p.a. nei confronti della controparte privata. Nell'espletamento della sua attività negoziale, la

p.a. si comporta come un privato, in posizione paritaria rispetto ad esso, con contestuale assoggettamento del contratto alla disciplina civilistica. La p.a. quindi può non solo avvalersi degli schemi contrattuali tipici al pari di qualsiasi soggetto privato, ma può anche concludere contratti atipici, misti e collegati, ed è inoltre sottoposta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Tuttavia, non si può ritenere che lo strumento del contratto e quello del provvedimento amministrativo siano fungibili, oppure che i contratti stipulati con la p.a. equivalgano sotto ogni punto di vista da quelli stipulati dai privati.¹⁰⁹

I contratti della p.a., intesi quelli nei quali la scelta del contraente è fondata sui tre procedimenti dell'evidenza pubblica (appalto concorso, licitazione privata ed asta pubblica) differiscono da quelli generali di diritto privato sotto plurimi aspetti.

Sicuramente, il fatto che la p.a. non possa scegliere liberamente la propria controparte del contratto è forse la differenza più rimarchevole. Il motivo di una siffatta limitata autonomia contrattuale è chiaro: la p.a., non essendo portatrice di interessi propri ma essendo delegata dalla legge al soddisfacimento di un interesse di pubblica utilità, deve selezionare il contraente migliore dal punto di vista sia professionale che economico, e per farlo utilizza lo strumento della gara pubblica. Quindi, la controparte privata si sostanzia in un vero e proprio vincitore di un procedimento, in pieno rispetto della *par condicio* tra i potenziali contraenti.

Un'altra differenza è costituita dalla deroga al principio civilistico della libertà delle forme contrattuali. Infatti i contratti conclusi con la p.a. devono presentare la forma scritta *ad substantiam*¹¹⁰. Il privato infatti opera in un regime di auto-responsabilità, la pubblica amministrazione invece utilizza il denaro pubblico e dunque soggiace all'obbligo di rendicontazione, in ragione del quale è tenuta a formalizzare i suoi

¹⁰⁹ Si veda ad esempio AGNELLO, *il prisma della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2020.

¹¹⁰ L'obbligo generale di forma scritta è previsto nel R. D. n. 2440/1923 (oggi anche nel codice degli appalti, all'art 32, comma 14) e concerne ogni contratto della p.a., ivi compresi i contratti atipici. Per costante giurisprudenza, poi, anche i contratti conclusi *iure privatorum* devono essere stipulati in forma scritta *ad substantiam*, non potendosi pertanto né desumere l'intervenuta stipulazione del contratto da una manifestazione di volontà implicita o da comportamenti concludenti, né ritenere possibile la conversione in altro titolo e il rinnovo tacito di tali contratti. (Si veda: Cons. St., 29 maggio 2019, sent. n. 3575; Cons. St. 12 settembre 2019, sent. n. 6151, entrambe in *Massima Redazioneale*, 2019.).

impegni economici in un documento scritto¹¹¹. Inoltre, la forma scritta è utile anche in caso di controversie tra le parti per l'individuazione dei centri di responsabilità, dato che bisogna sapere chi ha generato quel tipo di spesa.

Un precipitato e al contempo un presupposto del principio di consensualità è rappresentato, inoltre, dal principio di leale collaborazione e da quello di buona fede oggettiva, che devono regolare i rapporti tra p.a. e cittadini, giusta il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 legge n. 241 del 1990, introdotto dal Decreto Semplificazioni.¹¹² Questi due principi hanno avuto il pregio di garantire *la reciprocità degli incombenti comportamentali tra p.a. e privati*¹¹³, in un'ottica di responsabilizzazione e di tendenziale parificazione delle parti contrattuali. L'espresso richiamo ai principi della (leale) collaborazione e della buona fede va dunque a positivizzare quanto era già stato sostenuto nel formante giurisprudenziale e sancisce ufficialmente il primato della garanzia nei confronti del potere¹¹⁴.

Tale primato tuttavia non va inteso come il punto risolutivo di ogni questione.

Il carattere consensuale dell'azione amministrativa di cui si è accennato sopra deve essere accompagnato alla tutela dell'affidamento della controparte,

¹¹¹ Da questo punto di vista, la necessità della forma scritta è costantemente ribadita dalla giurisprudenza, quale espressione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, sul presupposto che solo tale forma consente di identificare con precisione l'obbligazione assunta e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo così facilmente controllabile anche in punto di necessaria copertura finanziaria. Si veda tra tante Cass. civ., Sez. un., 9 agosto 2018, sent. n. 20684 in *Foro it.* 2019, I, 1392. La collocazione della disciplina del procedimento a evidenza pubblica tra le norme sulla contabilità (R. D. 18 novembre 1923, n. 2440, approvato con r.d. 23 maggio 1924 n. 824) trovava infatti spiegazione nel fatto che essa mirava a garantire una gestione corretta ed efficiente del danaro pubblico e ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli all'amministrazione.

¹¹² Ovvero il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge n. 120 del 2020. Così stabilisce il nuovo comma 2-*bis*: "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede."

¹¹³ Cit. GAROFOLI, op. cit., p. 556.

¹¹⁴ CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *www.giustizia amministrativa.it*, 3 giugno 2017.

La novella sopra citata è stata infatti reputata più significativa per il procedimento amministrativo che per i contratti¹¹⁵, dato che era già previsto al comma 1-*bis* dello stesso articolo 1 che l'amministrazione, nell'adozione di atti di natura paritetica, dovesse agire secondo le norme di diritto privato, ivi comprese le clausole generali.

L'Adunanza Plenaria, infatti, ha recentemente sottolineato che la novella ha positivizzato “una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede incombe su entrambi i soggetti del rapporto, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno bilaterale; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento.”¹¹⁶ A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere delle aspettative, che per il privato si sostanziano nell'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità.

¹¹⁵ Si v. CIRIELLI, *Il conflitto tra il principio di affidamento e la prassi nell'ordinamento giudiziario*, in *rivistaidirittovivente.it*, 2021.

La legge n. 120/2020, infatti, in linea con i principi di buona fede e collaborazione espresso nell'art. 1, comma 2 *bis*, ha infatti modificato anche l'art. 10 bis, introducendo l'obbligo a carico della p.a. di inviare un vero e proprio preavviso di rigetto contenente tutti i motivi che ostano all'accoglimento di un provvedimento, in modo da permettere agli istanti di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

¹¹⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 in *Azienditalia*, 2022, 1, 152. Nella presente sentenza è stata esclusa la tutela dell'affidamento nel caso in cui, al momento della notifica del ricorso, l'aggiudicatario del contratto fosse consapevole della possibile illegittimità del provvedimento. La massima è la seguente: “Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”.

Bisogna verificare in particolare quali sono i limiti e i presupposti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento privato, tenendo conto che le letture in giurisprudenza sono state - anche recentemente - molto contrastanti¹¹⁷. Se rimane definitivamente confermato e formalizzato in una norma di legge, per altro a chiusura dell'art. 1 della legge 241 del 1990, che la pubblica amministrazione deve operare ed essere giudicata secondo i canoni di buona fede e di lealtà, il *quomodo* e i presupposti in cui si esplica questo dovere di comportamento non sono proprio pacifici.

Occorre stabilire pertanto se l'affidamento del privato sia l'oggetto di un vero e proprio obbligo di protezione gravante sulla stazione appaltante¹¹⁸, così da desumere quale sia il tipo di responsabilità: da c.d. contatto sociale o di stampo aquiliano, con i relativi regimi applicativi. Bisogna ancora stabilire se esso si identifichi con il bene protetto, tanto da assumere le vesti, come ha reputato la Cassazione¹¹⁹, di un'autonoma posizione giuridica soggettiva la cui tutela è devoluta alla cognizione del giudice civile; o consista, invece, in un interesse che deve essere tutelato tramite il rimedio del risarcimento dei danni, così da giustificare - oltre all'azione d'annullamento - la cognizione "sul rimedio" del giudice amministrativo¹²⁰.

¹¹⁷ Come vedremo più avanti, se la Cassazione tende ad avere opinioni più aperte e meno stringenti circa l'operatività della buona fede, il Consiglio di Stato invece limita questa applicabilità, aggiungendo anche l'ulteriore presupposto dell'elemento soggettivo della colpa, inquadrando indirettamente la responsabilità precontrattuale nel genus della responsabilità aquiliana. Si veda a questo proposito l'ultima sentenza citata dell'Adunanza Plenaria, la nr. 21/2021.

¹¹⁸ La giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che l'affidamento ingenerato dal dovere di buona fede appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto: "la giurisdizione amministrativa va affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un "mero comportamento" - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo." Si veda Cons. Stato, Ad. plen., 19 ottobre 2021, n. 20

¹¹⁹ Ci si riferisce a Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Foro it.*, 2020, 8236, che reputa l'affidamento un vero e proprio diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato.

¹²⁰ Sulla tale natura rimediabile attribuita alla tutela risarcitoria quale "strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio e conformativo da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della p.a.", si veda Corte cost. 26 luglio 2004, n. 204.

2. INTRODUZIONE AL PROCEDIMENTO D'EVIDENZA PUBBLICA: UN EXCURSUS TRA LA DISCIPLINA CIVILE E QUELLA AMMINISTRATIVA.

Prima di addentarci nel dibattuto tema della responsabilità precontrattuale della p.a., reputo opportuno introdurre il processo di formazione e manifestazione di volontà della pubblica amministrazione, posto che la natura pubblica e lo *status* di persona giuridica dell'amministrazione rende assai più complesso e articolato l'*iter* di formazione del contratto.

Come è noto, le amministrazioni pubbliche godono di una generale capacità di diritto privato¹²¹. Esse, infatti, possono stipulare contratti per l'acquisto di beni e servizi utili al perseguimento dell'interesse pubblico, possono richiedere la fornitura o la gestione di particolari beni o servizi e possono, altresì, affidare a imprese private l'esecuzione di opere pubbliche.

Infatti, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione ebbe la sua origine proprio con gli appalti pubblici¹²², i quali erano gestiti e regolati in maniera diversa rispetto a come sono disciplinati oggi. Lo Stato italiano infatti, a partire dagli anni sessanta, dovette recepire una serie di direttive innovative, che cambiarono il modello di contrattazione pubblica allora vigente in Italia: precedentemente, la pubblica amministrazione aveva maggiore discrezionalità nello scegliere con chi contrattare e seguiva un modello che potremo definire più autoritativo che consensuale. Questo regime si poneva in contrasto con il principio di imparzialità e con la tutela della concorrenza, posto che le controparti private venivano individuate dalla p.a. sulla

¹²¹ L'ordinamento riconosce allo Stato e agli enti pubblici una capacità giuridica generale di diritto privato, ferme restando alcune limitazioni legali o statutarie alla possibilità di porre in essere determinati contratti. Secondo la dottrina, i limiti possono essere sia naturali che giuridici. I primi comprendono quei negozi che sono ontologicamente incompatibili con le finalità istituzionali dell'ente. Le limitazioni giuridiche vengono invece individuate nella necessità di una normativa sostanziale positiva che preveda la data attività nel perseguimento dei fini istituzionali dell'ente. Cfr. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova 1994. Sulla capacità di diritto privato della p.a., per approfondire si vedano i contributi di CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 1994; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano 1993.

¹²² All'inizio del novecento, quando l'amministrazione venne chiamata a occuparsi non più soltanto di difesa, ordine pubblico e politica estera, ma anche dei bisogni delle classi meno protette: si pensi alla previdenza sociale, alla tutela sanitaria, alle garanzie nel rapporto di lavoro, ai sussidi in caso di calamità, agli interventi economici per le zone depresse, furono necessari moduli di intervento diversi dal provvedimento amministrativo. GIANNINI, *Il pubblico potere, Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, 1986.

base di un solo parametro, e cioè il prezzo più basso¹²³. A partire dagli anni settanta questa situazione cambiò radicalmente, grazie soprattutto all'intervento della disciplina europea, che si pose come prioritario obiettivo la tutela della libera concorrenza attraverso l'apertura dei mercati interni a quello europeo, nell'ottica di garantire la più ampia libera circolazione delle merci e dei servizi.¹²⁴ L'obiettivo della normativa era infatti quello di evitare che la p.a. interna favorisse, nell'affidare l'incarico, l'impresa nazionale a discapito di quella straniera.¹²⁵

La tutela della concorrenza ha così informato il procedimento amministrativo d'evidenza pubblica a tutti i principi posti a tutela delle libertà economiche e del mercato, quindi da un lato ai principi costituzionali di legalità, buon andamento e

¹²³ Infatti, per lungo tempo la disciplina sui contratti pubblici è stata contenuta nella normativa sulla contabilità dello Stato del 1923 (r.d. n. 2420/1923) e nel relativo regolamento di attuazione del 1924, n. 824. La collocazione di tale disciplina tra le norme sulla contabilità era da giustificarsi nel fatto che essa mirava a garantire una corretta e più vantaggiosa gestione del denaro pubblico, il cui fine era assicurare le condizioni economiche migliori alla amministrazione. Solo indirettamente tali norme garantivano la *par condicio* tra gli operatori, attraverso una serie di regole relative alla gara pubblica che prevedevano, ad esempio, la presentazione delle offerte in buste sigillate. Sul punto CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013, p. 426.

¹²⁴ Le direttive che hanno interessato tale settore sono le seguenti: la Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, sostituita dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; la Direttiva 77/62/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, sostituita dalla direttiva 93/36/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; la Direttiva 92/50/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; la Direttiva 93/38/CEE del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, modificata dalla direttiva 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; la Direttiva 89/665/CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizio e infine la Direttiva 92/13/CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle normative comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

¹²⁵ Si veda ad esempio il contributo di GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in A.A.V.V., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, 12; ; PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Comunitario*, 1996; D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008.

imparzialità (art. 97), dall'altro ai principi posti dalla L. 241/90, tra i quali, per ciò che più ci interessa, la buona fede¹²⁶.

Attualmente, i contratti ad evidenza pubblica sono disciplinati nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel cui articolo 32 sono regolate le fasi della procedura di affidamento. Il *corpus* ha riordinato e unificato la disciplina, recependo per altro due importanti direttive europee, la 2004/17/CE e la 2004/18/CE. Tuttavia, non tutti i moduli contrattuali di cui l'amministrazione può fare uso sono regolati dal codice dei contratti pubblici, il quale disciplina in primo luogo gli appalti e le concessioni.¹²⁷

Ma per la maggioranza dei contratti stipulati dalla p.a., siano o non siano compresi nel codice degli appalti, occorre esperire procedimento d'evidenza pubblica previsto dall'art. 32.¹²⁸

¹²⁶ Già nel 2013 il Consiglio di Stato si esprimeva in tale senso: “Buona fede e collaborazione, per un verso, impongono innanzitutto alle stazioni appaltanti di privilegiare, nei limiti del possibile, una lettura ed una interpretazione non rigida e formalistica delle regole della *lex specialis*, onde assicurare la più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e, per altro verso, si concretizzano in un vero e proprio obbligo per l'amministrazione di cooperare con i concorrenti, invitandoli specialmente a completare la documentazione ovvero a fornire chiarimenti in ordine a certificati, documenti e dichiarazioni presentati; peraltro è altrettanto indiscutibile che il cosiddetto dovere di soccorso deve in ogni caso intendersi limitato a consentire la sanatoria di difformità e carenze di carattere meramente formale e facilmente riconoscibili, come tali idonee a violare gli altrettanto fondamentali principi di parità di trattamento del concorrente di non discriminazione non potendo pertanto con esso supplirsi a sostanziali carenze dell'offerta presentata.” Cfr. Cons. St., 26 settembre 2013, n. 4760 in *Repertorio Foro Italiano*, 2013, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n. 596.

¹²⁷ Si pensi ai casi in cui la p.a. agisca *iure privatorum*, spogliandosi della sua posizione di supremazia e contrattando in posizione paritetica con il privato come un qualsiasi soggetto. In tal caso il contratto è regolato dalle norme del diritto civile.

Per quanto concerne la differenza appalti e concessioni, bisogna innanzitutto partire dalle norme. Ai sensi dell'art. 3, lett. ii), l'appalto pubblico è un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante e un operatore economico, avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi. La concessione pubblica, avente ad oggetto lavori o servizi, definita all'art. 3, lett. uu) e vv), si distingue dall'appalto per l'elemento del corrispettivo e per la gestione del rischio operativo. Se nell'appalto il corrispettivo coincide ad un compenso monetario, nelle concessioni pubbliche l'onerosità corrisponde alla previsione del diritto del concessionario di gestire l'opera o il servizio oggetto del contratto, a cui si lega il rischio operativo di gestione. Per approfondire, Cons. St., 6 agosto 2021, n. 5785 in *Riv. cortei conti* 2021, fasc. 5, 217. In dottrina CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 5.

¹²⁸ Fanno eccezione a questa regola i contratti conclusi mediante “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara”, disciplinata dall'art. 63, codice appalti. Si configura, ad esempio, quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico, o quando, a seguito dell'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non è stata presentata alcuna domanda di partecipazione alla gara.

Arriviamo quindi al cuore del discorso, ovvero al rapporto intercorrente tra il procedimento d'evidenza pubblica, per come è regolato e applicato oggigiorno, e le norme di diritto privato.

Il procedimento di evidenza pubblica¹²⁹ è un vero e proprio procedimento amministrativo, che conosce due momenti salienti: uno pubblico di selezione del contraente e uno privato dell'esecuzione del contratto. Il primo è retto dalle norme di diritto pubblico con giurisdizione spettante al giudice amministrativo, il secondo da quelle di diritto privato con giurisdizione spettante al giudice ordinario. Questa netta demarcazione non deve però trarre in inganno, in quanto è già stato osservato che molti istituti di diritto privato operano anche nella prima fase, quella procedimentale e di natura squisitamente pubblica. Primo tra tutti, la disciplina sulla responsabilità precontrattuale che, come vedremo nei prossimi paragrafi, sembra involgere anche la pubblica amministrazione prima e a prescindere dall'emanazione del provvedimento di aggiudicazione, ossia il provvedimento che chiude la fase di scelta del contraente. Ho cautamente detto "sembra" in quanto la giurisprudenza non è concorde sul punto, in particolare quella dell'Adunanza Plenaria, che ha recentemente ridimensionato in senso restrittivo questa lettura.¹³⁰

È opportuno precisare fin da subito che il provvedimento di aggiudicazione non fa sorgere in capo all'aggiudicato alcun diritto soggettivo alla conclusione del contratto¹³¹, ma chiarisce semplicemente chi è il migliore offerente, ovvero l'impresa con cui, eventualmente, la p.a. stipulerà il contratto. È dunque escluso che la

¹²⁹ Tale locuzione fu elaborata per la prima volta da Massimo Severo Giannini. L'Autore, fornendo l'indicazione di una classificazione dei contratti dell'amministrazione, li suddivide in quattro categorie, tra le quali individua i "contratti ad evidenza, detti anche contratti amministrativi: sono accompagnati da provvedimenti amministrativi che hanno lo scopo di mettere in evidenza i motivi di pubblico interesse che stanno a loro fondamento"

¹³⁰ Mi riferisco a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 in *Azienditalia*, 2022, 1, 152.

¹³¹ L'atto di aggiudicazione è un provvedimento amministrativo con il quale si conclude la fase di scelta del contraente. La natura del provvedimento di aggiudicazione è stata molto dibattuta nel corso degli anni. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, alla aggiudicazione va riconosciuta natura provvedimentale, essendo un atto con il quale la pubblica amministrazione si limiterebbe a selezionare l'impresa con cui stipulerà il contratto pur senza manifestare alcun intento negoziale. Cfr. Cons. St. V, 25 maggio 1998, n. 677 in *Giust. amm.*, 1998; Secondo un diverso orientamento l'aggiudicazione avrebbe anche natura negoziale, atteggiandosi non solo a provvedimento conclusivo della procedura di gara, ma anche ad atto giuridico, con cui la stessa amministrazione manifesta e formalizza la sua volontà di contrarre. Cons. St., IV, 21 maggio 2004, n. 3335, in *Giust. amm.*, 2004.

posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario sia qualificabile, prima della stipula del contratto, in termini di diritto soggettivo, poiché quest'ultimo è solo titolare di un interesse legittimo alla correttezza dell'azione amministrativa.¹³²

Per la nozione di aggiudicazione, infatti, occorre allora fare riferimento ad una corrente definizione, largamente diffusa in dottrina, secondo cui "l'aggiudicazione è l'atto amministrativo che chiude la serie procedimentale di evidenza pubblica, relativa alla scelta del contraente privato"¹³³ e costituisce altresì la "specificata manifestazione della volontà pubblica di contrarre con un certo soggetto, la quale, incontrandosi con la proposta formulata dall'imprenditore in sede di offerta, è normalmente idonea a segnare, sul versante civilistico, la definitiva conclusione dell'accordo negoziale"¹³⁴.

Comunque, la *ratio* dell'istituto del procedimento di evidenza pubblica è stata individuata nell'esigenza di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, in un settore facilmente suscettibile a fenomeni collusivi e corruttivi. Difatti, concedere alla p.a. un margine di discrezionalità troppo ampio recava con sé il rischio di indurre quest'ultima a scelte che potevano essere dettate da ingiusti favoritismi o da motivi che in altro modo esulavano dalla necessità di garantire il buon andamento e il corretto uso delle risorse pubbliche. Il procedimento di evidenza pubblica ha quindi lo scopo di rendere intelligibile il processo che ha condotto l'amministrazione ad aggiudicare il contratto, al fine di consentire il controllo, interno ed esterno, dell'*iter* amministrativo seguito.¹³⁵

¹³² L'aggiudicazione infatti non equivale ad accettazione dell'offerta. Con l'aggiudicazione l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8, art. 32, codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che: 8. "Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario."

¹³³ Vedi di LIPARI in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di VILLATA, Milano, 2001, p. 456. Nel medesimo senso cfr. SEPE, voce Contratto (dir. amm.): b) *Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. IX, 1961, p. 986 ss.; ROHERSSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971, p. 284 ss.; PUGLIESE, *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di MARZANO, Roma, 1987, p. 132; SCHILLACI, *Contratti ad evidenza pubblica: scelta del contraente nell'asta pubblica e nella licitazione privata*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 373.

¹³⁴ LIPARI, *op. cit.*

¹³⁵ MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, p. 81.

Lo stesso contratto a evidenza pubblica¹³⁶, proprio per la particolarità delle parti contraenti, presenta caratteristiche peculiari rispetto al modello di contratto disciplinato dal diritto privato. L'amministrazione, in virtù della sua missione di tutela dell'interesse pubblico, non gode di una piena autonomia privata, in quanto non è libera di scegliere la propria controparte, ma deve a tal fine indire una gara pubblica e scegliere il miglior contraente sulla base di due parametri oggettivi: le caratteristiche tecniche del prodotto (o la migliore qualità del servizio) e il prezzo offerto. Questi due parametri integrano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹³⁷. Si tenga presente che vige per questo criterio un'importante regola, ovvero il divieto di commistione tra l'offerta tecnica ed quella economica: la p.a. deve prima valutare l'offerta tecnica, e solo successivamente a tale esame può aprire la busta sigillata contenente l'offerta economica. Ciò, evidentemente, al fine di evitare condizionamenti dati da valutazioni unicamente economiche.¹³⁸

Inoltre, come è stato già accennato¹³⁹, il contratto pubblico non gode del principio della libertà delle forme vigente nel diritto privato: è richiesta la forma scritta *ad substantiam* e il motivo, facilmente intuibile, si collega sempre ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità: se il privato opera in un regime di autoresponsabilità, la pubblica amministrazione opera utilizzando denaro pubblico, pertanto essa ha l'obbligo di rendicontare gli impegni assunti e deve necessariamente formalizzarli in un documento scritto.

¹³⁶ La nozione di contratto a evidenza pubblica è molto composita. Ci sono varie classificazioni: il contratto "di diritto pubblico" o "ad oggetto pubblico" è il contratto col quale la pubblica amministrazione persegue l'interesse pubblico e non si spoglia della sua posizione autoritativa. Pensiamo a quei contratti che hanno ad oggetto l'esercizio delle pubbliche funzioni. Nel contratto ad evidenza pubblica, la p.a. è in posizione di supremazia solo nella prima fase procedimentale, posto che una volta concluso il contratto, parte pubblica e privata si devono comportare come due regolari contraenti di diritto privato. Infine, ci sono i veri e propri contratti di diritto privato della p.a., che si identificano totalmente con i contratti disciplinati dal codice civile. Cfr. MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Cedam, 1999.

¹³⁷ Tale criterio è ora disciplinato dalle linee guida ANAC n. 2, di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", già approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005 del 21.09.2016 e conformate al decreto "correttivo" d.lgs n. 56/2017 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018.

¹³⁸ Cfr. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Utet giuridica, 2011, p. 509.

¹³⁹ Cfr. *Infra*, cap. II, par. 1.

Ma la differenza più incisiva rispetto alla disciplina privata attiene al principio di autonomia contrattuale che, come è noto, si manifesta in molteplici modi. Tra questi figurano ad esempio la libertà di scegliere il proprio contraente, quella di determinare il contenuto del contratto (art. 1322, co. 1, c.c.), la libertà di concludere contratti atipici (art. 1322, co. 2, c.c.) e, in senso negativo, la libertà di non concludere il contratto. Se la prima libertà è limitata per le ragioni che abbiamo visto, attualmente la libertà di concludere contratti atipici è pacificamente riconosciuta anche in capo all'amministrazione contraente.¹⁴⁰ Infatti, l'unico problema che permane su questo punto non riguarda tanto l'astratta ammissibilità di tali contratti, quanto la loro compatibilità con l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione e l'individuazione del loro regime applicabile, posto che non è chiaro se anche questi contratti debbano sottostare al procedimento di evidenza pubblica¹⁴¹.

Personalmente, ritengo che la selezione del contraente mediante il procedimento d'evidenza pubblica costituisca un obbligo gravante sulla p.a. a prescindere dall'esplicita previsione legislativa. L'attività della p.a. deve sempre avvenire nel

¹⁴⁰ Si veda, tra le più recenti, la sentenza del Cons. St., 16 luglio 2015, n. 3571, in *Massima redazionale*, 2015.

Andando invece più a ritroso nel tempo, il tema della conclusione dei contratti atipici della p.a. riguardò in particolare il servizio di tesoreria collegato al contratto di sponsorizzazione. Nella prassi è molto frequente il caso che l'amministrazione, nell'affidamento del servizio di tesoreria, assegni un punteggio aggiuntivo per l'istituto di credito che sia disponibile a versare un'ulteriore somma di denaro per essere sponsorizzato dalla stessa amministrazione. Il Cons. St., Ad. Plen., 18 giugno 2002, n. 6, ha riconosciuto la legittimità di tale erogazione "a causa dei vantaggi diretti che l'aggiudicatario può ricevere dall' gestione", reputando ammissibile il contratto accessorio di sponsorizzazione a condizione che "il pagamento del corrispettivo in denaro per la sponsorizzazione ed i criteri di attribuzione dei punteggi siano stati espressamente previsti nella lettera di invito, così da garantire il rispetto della *par condicio* dei partecipanti alla gara, tutti edotti della clausola e della sua parziale, potenziale e non risolutiva incidenza ai fini dell'aggiudicazione." Conforme, Cons. St., 22 marzo 2010, n. 1673 in *Bollettino legisl. tecnica*, 2010, 5, 478.

Si tenga infine presente che il contratto di tesoreria è disciplinato dall'art. 209 del d.lgs. 267/2000 (testo unico degli enti locali): "Il servizio di tesoreria consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo Statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie."

¹⁴¹ L'interrogativo è ricorrente in particolare nei contratti non onerosi. Si veda il contributo di DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

È stato anche osservato che l'introduzione delle regole dell'evidenza pubblica anche nell'ambito dei contratti atipici e dei contratti di partenariato è l'unico strumento che si pone a tutela della *par condicio* e del buon andamento. Cfr. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 4.

rispetto dei principi cardine previsti in Costituzione, quali buon andamento e imparzialità, ma anche buona fede, uguaglianza, parità di trattamento e pubblicità.

L'autonomia contrattuale della p.a. è anche limitata in un'altra, importante esplicitazione: la libertà di scegliere il contenuto del contratto. La pubblica amministrazione, non essendo libera nei fini, deve valutare l'opportunità e la necessità di concludere un contratto, dimostrando il collegamento tra lo strumento negoziale e la finalità pubblica perseguita.

A tal fine, l'amministrazione pubblica il primo atto del procedimento, ovvero la deliberazione a contrarre, che contiene gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. La dottrina¹⁴² suole distinguere tra i criteri di selezione ordinari, valevoli in via generale, e i criteri straordinari, ai quali è possibile fare ricorso solo nei casi tassativamente previsti dalla legge. Per criteri di selezione ordinari si intendono le procedure aperte e ristrette - le quali corrispondono rispettivamente all'asta pubblica e alla licitazione privata - quelli straordinari sono invece tutte le altre procedure, previste dall' art. 62 all'art. 65 del codice dei contratti pubblici.¹⁴³ In virtù del loro carattere straordinario, è previsto in capo all'amministrazione l'obbligo di motivare la scelta della procedura straordinaria adottata e parallelamente è stato riconosciuto ai privati candidati la facoltà di impugnare la deliberazione a contrarre qualora ritengano che l'amministrazione si sia comportata scorrettamente o abbia scelto una procedura per ragioni avulse dal precetto legale¹⁴⁴.

La determinazione a contrarre ha comunque natura di atto endoprocedimentale e quindi, per regola generale, non risulta impugnabile. Un atto che invece si può impugnare e che talvolta deve essere impugnato, a pena di decadenza, anche durante il procedimento, è il bando di gara, come vedremo nei prossimi paragrafi.

¹⁴² Cfr. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2021.

¹⁴³ Sono le procedure competitive con negoziazione, le procedure negoziate senza pubblicazione dell'avviso di gara, il cd. dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

¹⁴⁴ Cons. Stato, 30 novembre 2007, n. 6136 in *Massima redazionale*, 2007. Più risalente, si veda soprattutto Cass., Sez. Un., n. 328/1983 in *Foro Amm.*, 1983, 2102, con nota di IANNOTTA.

3. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE. QUESTIONI RISOLTE E PROSPETTIVE FUTURE.

Come è ben noto, per responsabilità precontrattuale si intende la lesione dell'altrui libertà negoziale perpetrata attraverso un comportamento doloso o colposo, ovvero mediante l'inosservanza della clausola generale di buona fede. Tale particolare responsabilità sorge durante la fase delle trattative contrattuali e si ricollega a un comportamento scorretto di una parte in danno dell'altra.¹⁴⁵

Fondamento normativo di questo istituto è l'art. 1337 del codice civile. Tale norma prescrive che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede e, così disponendo, codifica un particolare tipo di responsabilità che ha carattere generale e che riguarda indistintamente tutti i tipi di contratti e tutti i soggetti contraenti.

L'istituto in commento, infatti, è posto a protezione di numerosi interessi, tra cui l'interesse della parte a non essere coinvolta in trattative inutili o in contratti *ab origine* invalidi o inefficaci, ma la *ratio* primaria della disciplina è senza dubbio quella di tutelare la libertà negoziale dei soggetti durante la fase di formazione ed esplicazione della loro volontà.¹⁴⁶ L'ordinamento, in altri termini, non tutela l'interesse del soggetto alla conclusione del contratto¹⁴⁷, bensì l'interesse a che la controparte, con cui si tratta, si comporti correttamente e lealmente.

Infatti, chi è coinvolto in una trattativa ha diritto che questa venga condotta dalla controparte in modo leale e serio¹⁴⁸, e questo diritto viene violato in presenza di

¹⁴⁵ CHINÈ - FRATTINI - ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, in *I nuovi manuali superiori*, GAROFOLI (diretto da), XII, Roma, 2020, p. 751.

¹⁴⁶ A questo proposito si dice che “La clausola (di buona fede), strettamente collegata al principio di solidarietà sociale ed economica, realizza una necessaria conformazione dei contenuti dell'iniziativa negoziale ai valori fondamentali dell'ordinamento” cfr. DI RAIMO - PERLINGIERI, *Trattative, buona fede e responsabilità c.d. precontrattuale*, in PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 398 ss.

¹⁴⁷ Infatti si precisa che “Fino al momento dell'effettiva conclusione, le parti sono libere di non stipulare il contratto, ma occorre che la controparte con cui si sta trattando si comporti correttamente, in modo da non provocare un danno ingiusto” cfr. FRATTINI, *Compendio di Diritto Civile*, Nel diritto editore, 2016, p. 512

¹⁴⁸ Cfr. ROPPO, *Il Contratto*, Giuffrè, 2011, p. 176.

determinati comportamenti, pacificamente accreditati sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, tanto da costituire oggi vere e proprie *regulae iuris*, alle quali i nostri giudici si attengono allorché valutano il comportamento delle parti alla stregua della buona fede.¹⁴⁹ Essi sono stati ricondotti, come vedremo, alla violazione del dovere di informazione, al recesso ingiustificato dalle trattative e, in senso più ampio, al mancato compimento di ogni atto utile e necessario al fine di assicurare la stipulazione di un contratto valido ed efficace. Occorre inoltre, in senso più procedurale, che le trattative siano giunte a uno stadio tale da aver ingenerato nella parte fedele un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto e che la rottura delle trattative sia avvenuta senza un giustificato motivo¹⁵⁰.

Le parti dopotutto non sono ancora legate da un vero e proprio vincolo contrattuale, ma solo da un rapporto “sociale” che è intercorso fra di loro e che ha costituito un legame, un “contatto” che la legge - e come vedremo parte della giurisprudenza - ritiene meritevole di tutela.¹⁵¹

Oggi, è riconosciuta pacificamente la sussistenza di questa responsabilità anche quando il contraente recedente è un’amministrazione pubblica, sia nel caso in cui il contratto è concluso a mezzo di trattativa privata che nell’ambito del procedimento di evidenza pubblica.¹⁵²

¹⁴⁹ L’identificazione più precisa dei differenti doveri precontrattuali è spettata e spetta tuttora, infatti, in ragione della tecnica normativa che fu prescelta dal Legislatore, ovvero la previsione di una clausola generale, ai diversi formanti che si sono preoccupati di fornire una elencazione esemplificativa degli obblighi di buona fede. Cfr. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della “pre-contrattualità”*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, 565-615.

¹⁵⁰ La giurisprudenza identifica la giusta causa della rottura delle trattative con una circostanza esterna e indipendente dalla sfera del recedente, idonea a modificare la valutazione in ordine alla convenienza del contratto. ROPPO, *op. cit.*

¹⁵¹ Rimando ai paragrafi successivi in tema di natura della responsabilità precontrattuale e contatto sociale. Come vedremo, secondo la tesi di un’autorevole dottrina la violazione del canone generale di buona fede in fase precontrattuale costituisce essa stessa violazione di una norma imperativa, che determina una responsabilità con conseguente obbligo di risarcire il danno.

¹⁵² NASINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione, aspettando l’adunanza plenaria*, in *Foro it.*, 2021, 39, 2, 5; GIAGNONI, *responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell’aggiudicazione - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 639; TRIMARCHI M., *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 705-739; RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 601-639.

Allo stesso modo, si è chiarito che questo tipo di responsabilità si differenzia dalla responsabilità per l'illegittimità del provvedimento verificatasi, sotto un profilo temporale, nel corso della fase di evidenza pubblica precedente alla stipula del contratto. Affinché infatti la pubblica amministrazione possa essere chiamata a rispondere a titolo precontrattuale, non è necessaria l'illegittimità del provvedimento adottato dalla amministrazione, dato che la responsabilità precontrattuale si qualifica come una responsabilità da comportamento scorretto e presuppone la semplice violazione di norme di condotta.¹⁵³

Tuttavia, come vedremo in maniera più approfondita nei prossimi paragrafi, la configurabilità della responsabilità precontrattuale nei procedimenti di evidenza pubblica è stata oggetto di numerosi dibattiti giurisprudenziali e dottrinali¹⁵⁴, che risultano sotto certi aspetti ancora irrisolti e tuttora oggetto di attenzione da parte dell'Adunanza Plenaria.

Basti pensare che il riconoscimento della responsabilità della P.A. per *culpa in contrahendo* ha origini relativamente recenti. Infatti, come abbiamo visto, il divieto di agire slealmente, che nella previsione del legislatore del 1942 era diretto sia ai privati che alle pubbliche amministrazioni, è stato a lungo negato dagli operatori della legge sul presupposto che non si poteva affermare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, in quanto quest'ultima non poteva, nel corso della sua attività, compiere atti scorretti per ragioni ontologiche ricollegabili alle sue funzioni di tutela degli interessi pubblici¹⁵⁵. Si obiettava ancora che l'apprezzamento, da parte del giudice ordinario, delle ragioni del recesso dalle trattative avrebbe

¹⁵³ In realtà, come vedremo nei prossimi paragrafi, c'è stato chi in dottrina ha introdotto il concetto di responsabilità precontrattuale cd. "spuria" della pubblica amministrazione, ovvero quella responsabilità derivante da un provvedimento illegittimo che ha però delle ricadute nelle trattative, al punto da renderle infruttuose.

¹⁵⁴ È opportuno precisare che i particolari problemi in ordine all'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della p.a. possono sorgere solo con riferimento a quelle amministrazioni e a quei contratti soggetti alla normativa di contabilità pubblica, ossia con riferimento ai cd. contratti ad evidenza pubblica, ascrivibili, come noto, al *genus* dell'attività amministrativa di diritto privato. Sul tema GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Giuffrè, 1966, p. 266.

¹⁵⁵ Per approfondire, tra i tanti cfr. FLORIS, *La responsabilità della P.A. nei procedimenti ad evidenza pubblica*, in <http://www.appaltiecontratti.it/download/floris.pdf>, 2003. Ultima data di consultazione: 14/04/2022.

implicato un giudizio sull'esercizio discrezionale dei poteri dell'Amministrazione, al di là dei limiti fissati alla giurisdizione ordinaria.

Fino ai primi anni del secolo scorso si è quindi effettivamente posto il quesito – sia in dottrina che in giurisprudenza – circa l'astratta configurabilità di una responsabilità civile della pubblica amministrazione.

Lo stato dell'arte della disciplina vede la configurabilità di una responsabilità di tal specie riconosciuta anche nell'ambito dello *ius* pubblicistico, ma ci sono state nuove questioni che hanno interessato la giurisprudenza civile e amministrativa e che meritano di essere analizzate. Le presento sinteticamente per poi dedicarmi in modo più preciso in ognuna di esse.

La prima è la fondamentale questione che attiene alla natura della responsabilità precontrattuale, di cui mi occuperò approfonditamente nel prossimo paragrafo. La qualificazione della natura della responsabilità civile della p.a. rappresenta infatti una questione giuridica solo in parte risolta, anche se, lo si può già anticipare, fin dai tempi della storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999 l'orientamento prevalente nella giurisprudenza è stato quello di caldeggiare la tesi della natura aquilina della responsabilità precontrattuale. Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, la responsabilità non è ritenuta correlata alla sola violazione della buona fede o alla sola illegittimità del provvedimento, ma ad una più ampia e complessa valutazione, estesa all'accertamento dell'elemento soggettivo e caratterizzata dalla connotazione dell'azione amministrativa come fonte di danno ingiusto, con conseguente aggravamento dell'onere della prova in capo al privato.

Un'altra questione da analizzare attiene ai profili relativi alla giurisdizione. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵⁶ hanno chiarito che: "La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una p.a., in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza".

¹⁵⁶ Mi riferisco a Cass. Civ., Sez. Un., 4 luglio 2017 n. 16419 in *Foro it.*, 2017, n. 118.

Le Sezioni Unite hanno infatti ritenuto che il giudice adito sia chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione è stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi¹⁵⁷. E ciò deve valere, *a fortiori rationes*, allorché sia il privato a invocare la tutela risarcitoria precontrattuale nei confronti della P.A., poiché in questo caso non è mai stata posta in dubbio la competenza giurisdizionale del giudice ordinario.¹⁵⁸

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha ricondotto all'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo tutte le questioni relative agli atti della fase pubblicistica finalizzata alla conclusione del contratto, ma anche "la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno", sul presupposto che l'amministrazione è nondimeno soggetta anche alle norme di correttezza e buona fede prescritte dal diritto privato.¹⁵⁹ A sostegno della loro lettura, i Giudici di Palazzo Spada richiamano anche delle norme del c.p.a.,¹⁶⁰ come si vedrà più avanti.

Un'ulteriore problematica, che pareva fosse stata risolta nel 2018 ma che è stata recentemente riveduta dai giudici, attiene alla configurabilità della responsabilità precontrattuale anteriormente alla fase di scelta del contraente nell'ambito di un procedimento ad evidenza pubblica, vale a dire, in modo più incisivo, anteriormente alla fase di aggiudicazione.

¹⁵⁷ Per approfondire, si vedano anche Cons. St., A.P., sentenza 12 maggio 2017 n.2, in *Giust. Amm.*, 2017, secondo la quale: "In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa." Conforme: Cass. civ., Sez. Un., ordinanza 3 ottobre 2016, n. 19677, in *Foro it.*, 2016, I, 3422.

¹⁵⁸ L'azione per il risarcimento del danno da interesse legittimo rientra, invece, nella giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7, co. 4, c.p.a., inoltre essa può essere proposta insieme all'azione di annullamento o anche in modo autonomo. Si supera così il cd. principio della pregiudizialità amministrativa, cioè del collegamento necessario tra azione di annullamento e azione di risarcimento. Sul punto si veda TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2014.

¹⁵⁹ Si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19 e Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Foro it.*, 2022, III, 69, con commento di PALMIERI - PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 2022, III, 89.

¹⁶⁰ Mi riferisco all'art. 133, comma 1 lett. e, c.p.a. e all'art. 7, comma 1, dello stesso codice.

Di tale questione preferisco occuparmene in questa sede, in quanto costituisce il fondamento e il punto di partenza delle successivi problemi che sono stati sollevati sia in dottrina che in giurisprudenza.

Come è noto, per lungo tempo la Corte di Cassazione ha escluso che fosse configurabile in capo alla p.a. una responsabilità precontrattuale prima della fase di aggiudicazione. Si era osservato a riguardo che l'apertura della competizione ad una pluralità di concorrenti non instaurava una relazione paragonabile allo svolgimento delle trattative cui è riferibile l'art. 1337 c.c., e che il partecipante alla gara non poteva nutrire alcun legittimo affidamento sull'esito della stessa e sulla conclusione del relativo contratto, poiché era unicamente titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione¹⁶¹.

A partire dal 2012, però, ci sono state le prime inversioni di tendenza da parte della giurisprudenza sia civile che amministrativa, basate principalmente sulla cosiddetta tesi della "formazione progressiva del contratto"¹⁶².

I giudici, infatti, hanno ritenuto che i contratti pubblici si sviluppavano secondo lo schema dell'offerta al pubblico, di modo che l'amministrazione, entrando in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, instaurasse con ciascuno di essi delle trattative multiple o parallele, che determinavano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte¹⁶³.

¹⁶¹ *Ex multis*, Cass., 6 luglio 2005, n. 12313, in *Giust. civ.* 2005, n. 705 e Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, in *Foro it.*, 2005, n. 286; più recentemente Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477.

¹⁶² Cfr. in particolare Cass., Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725 in *Giur. it.*, 2008, 347, con nota di COTTINO; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636 in *Giur. it.*, 2015, 1963, con nota di RACCA e PONZIO; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

L'espressione "formazione progressiva del contratto" denota precisamente quelle ipotesi in cui il perfezionamento dello stesso si realizza attraverso lo svolgimento di trattative complesse, contrassegnate da accordi parziali sui vari punti del futuro negozio. In argomento si vedano BIANCA, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 228; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), UTET, 1999, p. 151; NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*, in *Corriere Giur.*, 1999, 470. Sulle trattative multiple si è occupato anche TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, 705-739.

¹⁶³ Nelle procedure di selezione del contraente pubblico le trattative che si instaurano tra i partecipanti e l'amministrazione aggiudicatrice raggiungono subito uno stadio particolarmente avanzato attesa l'irrevocabilità dell'offerta presentata che integra l'obbligazione di eseguire la prestazione come definita nel bando di gara e nei capitolati di appalto. Inoltre tali trattative sono tutte volte alla stipulazione del medesimo contratto, ove l'accettazione dell'offerta migliore determina normalmente il recesso corretto dalle altre trattative escludendo che il rapporto giuridico precontrattuale possa strutturalmente determinare la certezza in ordine alla conclusione del contratto con più di un soggetto. Cfr. sul punto RACCA, *La responsabilità precontrattuale tra autonomia e correttezza*, Jovene, 2000.

Pertanto, la procedura di scelta del contraente configura in sé una trattativa ed è nell'ambito di ognuno di tali rapporti che la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto dei principi generali di comportamento posti dalla legge a tutela delle parti contraenti, con la conseguenza che il mancato rispetto di tali precetti determina l'insorgere della sua responsabilità precontrattuale a prescindere dall'eventuale diritto all'aggiudicazione dei partecipanti¹⁶⁴.

Anche in ambito amministrativo si sono registrate pronunce contrastanti. Un primo orientamento¹⁶⁵, rifacendosi al *dictum* della Cassazione, ritiene che le trattative giuridicamente rilevanti possono ben coinvolgere più soggetti e ha perciò riconosciuto la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche nella fase che precede la scelta del contraente e, quindi, prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

Un secondo orientamento¹⁶⁶, al contrario, sostiene che la trattativa giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c. sorge solo a valle della scelta del contraente da parte dell'amministrazione, ovvero a seguito dell'aggiudicazione provvisoria e fino alla stipula del contratto. La responsabilità precontrattuale della p.a. risulta quindi connessa alla violazione delle regole di comportamento tipiche della formazione del contratto, con la conseguenza che deve attenersi esclusivamente ai fatti svoltisi durante tale fase. Ciò comporterebbe che la responsabilità precontrattuale non può

¹⁶⁴ Cfr. Cass., 3 luglio 2014, n. 15260 in *Foro it.*, 2015, p. 643 e Cons. St., 15 luglio 2013 n. 3831, in *Giust. Amm.*, 2013.

¹⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, 124; Cons. St., 15 luglio 2013, n. 3831, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2013, 5, I, 925; *Rass. avv. Stato*, 2014, fasc. 1, 173, con nota di ROMEO.; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236 in *Arch. giur.*, 2012, 1168; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

¹⁶⁶ A titolo di esempio, Cons. St., 29 luglio 2015, n. 3748 in *Foro Amm.*, 2016, 3, 562 con nota di PIGNATTI; Cons. Stato, 8 novembre 2017, n. 5146 in *Foro amm.*, 2017, 2251; Cons. Stato, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3383; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489; Cons. Stato, sez. IV, 1 novembre 2008, n. 5633; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 230.

essere configurabile anteriormente alla scelta del contraente¹⁶⁷, poiché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo dei partecipanti ad una gara e possono vantare un mero interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, prendendo atto dell'esistenza di questi due questi opposti orientamenti, ha optato per la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria¹⁶⁸. Nell'ordinanza di rimessione ha inoltre preso posizione a favore del secondo più restrittivo orientamento, evidenziando alcuni argomenti fondati su un approccio ermeneutico maggiormente rispondente ai principi civilistici.

Il Massimo Consesso Amministrativo ha optato per il più ampio orientamento, ritenendo che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configuri anche anteriormente alla fase di aggiudicazione e indipendentemente dalla pubblicazione del bando di gara. I giudici hanno espressamente optato per una lettura costituzionalmente orientata dei principi di buona fede e correttezza, i quali, in quanto posti a presidio della libertà di autodeterminazione contrattuale, sono espressione dei valori costituzionali di solidarietà e di libertà di iniziativa economica

¹⁶⁷ La scelta del contraente, è opportuno precisare, avviene con l'aggiudicazione. La distinzione operata poi dalla recente legislazione settoriale tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, per esempio, se da un lato ha contribuito al farsi strada all'interno dell'ordinamento della categoria della responsabilità precontrattuale della p.a., ha determinato, dall'altro lato, l'emergere di altre problematiche. A titolo di esempio, la differente consistenza della tutela riservata al privato rispetto alla disciplina della comunicazione di avvio del procedimento, ex art. 7 della legge n. 241/1990, letto in combinato disposto con l'art. 11 del d.lgs. 163/2006. Una differente disciplina che trova la propria giustificazione nella natura giuridica della aggiudicazione provvisoria, che costituisce un atto endoprocedimentale che si inserisce nell'ambito del procedimento di gara come momento necessario ma soggetto a verifica, controllo e approvazione da parte della stazione appaltante; da tale peculiarità deriva che la posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario provvisorio sia, rispetto all'atto di aggiudicazione definitiva, di mera aspettativa. La problematica ora brevemente accennata pone, dunque, importanti interrogativi circa le conseguenze che possono prodursi sul contratto per effetto proprio dell'annullamento di atti di gara. Per approfondire cfr. *ex multis* GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2017, p. 1355.

¹⁶⁸ Ci si riferisce a Cons. St., ord., 24 novembre 2017, n. 5492, in *Giust. Amm.*, 2017, secondo cui "È noto che l'offerta al pubblico è un'offerta di contratto rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari (1336 c.c.). Nel caso peculiare della gara, l'offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto, in guisa che sarebbe forse più appropriato, come del resto sostenuto da parte di autorevole dottrina, qualificare la gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto in *incertam personam*. Nessuna "trattativa" si realizza durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare."

e devono quindi permeare l'intero procedimento amministrativo.¹⁶⁹ Pertanto, non è necessario che esista un affidamento alla stipula del contratto pubblico: se il privato viene leso nella propria libertà contrattuale deve ottenere comunque tutela¹⁷⁰.

Infatti alla prima questione deferita ai giudici, relativa alla possibilità che il provvedimento amministrativo possa costituire una vera e propria fonte di un "legittimo e qualificato affidamento", la cui lesione per effetto del successivo annullamento del contratto in sede giurisdizionale lo legittimi a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione, il Collegio risponde affermativamente.

L'Adunanza Plenaria ribadisce che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza dell'azione amministrativa operano su piani che sono non solo distinti, ma anche autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni subiti dal privato destinatario degli stessi.

Viene pertanto affermato il seguente principio di diritto: "nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di

¹⁶⁹ Ci si riferisce ad Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2018, n. 5 in *Foro It.*, 2018, 9, 3, 453, così dispone in motivazione "Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico, 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. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento."

¹⁷⁰ La valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, nei quali, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico- giuridico, venga comunque in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative. Inoltre, la tesi che il dovere di correttezza non sia diretto a favorire solo l'utile conclusione della trattativa per la controparte, trova conferma nell'orientamento accolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Repertorio Foro Italiano*, 2008, Intermediazione e consulenza finanziaria, n.º 200, che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso. È il caso in cui il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile, ma il contraente che ha subito la scorrettezza lamenta che a causa di tale slealtà ha concluso un contratto valido ma economicamente pregiudizievole.

responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”.

Riguardo all'ulteriore questione posta, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di un'aggiudicazione definitiva successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, l'Adunanza precisa, anzitutto che: “sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di “comportarsi secondo buona fede” enunciato dall'art. 1337 del codice civile”.

Di subordinato rilievo, ma ugualmente meritevole di approfondimento, è stata la seconda questione posta all'autorevole attenzione del Collegio. L'ordinanza di rimessione chiede infatti se la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase anteriore all'aggiudicazione debba riguardare esclusivamente il comportamento anteriore alla pubblicazione del bando di gara e, quindi, debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l'amministrazione ha fatto in modo che quest'ultimo venisse pubblicato nonostante le fosse noto che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione. Secondo il collegio, la limitazione prospettata della responsabilità dell'amministrazione ai soli comportamenti anteriori al bando è volta ad introdurre, in modo aprioristico e astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità che caratterizza l'illecito civile.

Quindi il principio di buona fede e correttezza è posto a presidio dell'intero procedimento di evidenza pubblica e non sottostà al limite per così dire teleologico della conclusione del contratto. La responsabilità precontrattuale può dunque venire in rilievo sia prima che dopo la pubblicazione del bando.

La portata innovativa di questa sentenza è stata certamente rimarchevole e ha avuto il pregio di rappresentare il punto di svolta di un dibattito durato molto tempo e che, tuttora, non si è ancora sopito.¹⁷¹

La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria ha fatto, infatti, un passo indietro.

Con la sentenza numero 21 del 29 novembre 2021¹⁷² il Collegio amministrativo contraddice quanto sostenuto in precedenza, dando una lettura del concetto di legittimo affidamento molto più stringente. E infatti, secondo i giudici, l'affidamento della controparte è da reputare legittimo solo qualora sia stato pronunciato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, che viene quindi considerato il "punto di emersione dell'affidamento ragionevole", tutelabile con il rimedio della responsabilità precontrattuale. Prima di questa fase del procedimento di evidenza pubblica, dunque, alla controparte privata non è riconosciuta alcuna tutela per i comportamenti contrari a buona fede della p.a., a meno che il suo affidamento possa essere considerato "ragionevole". Dunque viene in gioco la ragionevolezza, la quale, deve essere oggetto di un accertamento in concreto, che tenga conto del grado di avanzamento della procedura. Si tratta, dunque, di una valutazione da compiersi caso per caso.

Infatti, il collegio sottolinea chiaramente che "la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale."

¹⁷¹ L'Adunanza Plenaria, così statuendo, si è pronunciata in maniera conforme ai giudici della Cassazione, i quali già in anni precedenti sostenevano che la pubblica amministrazione dovesse essere imputabile di responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede anche prima e a prescindere dal provvedimento di aggiudicazione. Cfr. Cass, sent. 12 maggio 2015, n. 9636, in *in Giur. it.* 2015, 1963, con nota di RACCA, in *Nuova giur. civ.* 2015, I, 983, con nota di SCOGNAMIGLIO, in *Corriere giur.*, 2016, 56, con nota di AGNELLO, la quale sentenza così dispone: "sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse"

¹⁷² Ci si riferisce a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 cit.

Il Collegio amministrativo ritiene quindi il provvedimento di aggiudicazione una condizione sufficiente affinché sussista un affidamento considerato come tutelabile a titolo di responsabilità precontrattuale, ma non la reputa necessaria, dato che non nega in modo aprioristico questa possibilità di tutela alle fasi antecedenti il procedimento d'evidenza pubblica.

Ora bisogna capire quando l'affidamento possa dirsi ragionevole. Non è semplice rispondere a questa questione, lo stesso Collegio si esprime a tal proposito in termini molto generici¹⁷³.

Nel capitolo che segue tenteremo quindi di dare una risposta, considerando gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali più recenti.

4. BUONA FEDE E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO RAGIONEVOLE DEL PRIVATO NEI CONTRATTI CONCLUSI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. LE CONDOTTE CONTRARIE AL CANONE DELLA BUONA FEDE.

Come è stato già precisato, L'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 dispone che “I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”.

Tale novella ha precisato quanto era stato

Tale precetto poteva essere ricavabile già dal primo comma del medesimo art. 1, laddove si prescrive che l'attività amministrativa è retta dai principi dell'ordinamento comunitario.

Un principio di genesi europea è senza dubbio quello che si andrà ad approfondire in questo paragrafo, ovvero il principio del legittimo affidamento, o meglio, come è

¹⁷³ Si limita a precisare che bisogna tenere conto del fisiologico nonché ineliminabile margine di rischio a cui ogni parte sottostà in ordine alla conclusione del contratto, e solo quando la stipula del contratto risulta “ragionevolmente prevedibile” può allora parlarsi di tutela precontrattuale.

stato puntualizzato recentemente dai giudici amministrativi¹⁷⁴, il principio del *ragionevole affidamento*¹⁷⁵.

Con l'espressione "principio di affidamento" si indica "quella regola, secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto o diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto, o se è contrastata da un'opposta apparenza, o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la situazione di fatto o diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quella apparente, o quella risultante dall'indice di pubblicità".¹⁷⁶

Il legittimo affidamento è un principio consolidato, definibile come la fiducia legittima che un soggetto ripone in un dato comportamento o nell'ottenimento di un vantaggio, e più la possibilità di ottenere questo vantaggio si fa vicina e concreta, più l'affidamento acquisisce credibilità giuridica.

Non si reputa necessario affrontare in questa sede e in modo compiuto l'astratta questione dell'inquadramento dell'affidamento nel sistema delle posizioni giuridiche

¹⁷⁴ Mi riferisco in particolare alla sentenza dell'Adunanza Plenaria, Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 in *Azienditalia*, 2022, 1, 152.

¹⁷⁵ Il principio posto a tutela dell'affidamento è di origine comunitaria, essendo stato elaborato dalla Corte di giustizia in un'ottica di protezione dell'interesse privato nei confronti delle azioni normativa e amministrativa delle istituzioni europee. Cfr. *ex multis*, Corte giustizia CE, 12 luglio 1957, *Algera Dineke e a. c. Alta Autorità*, cause riunite 7/56 e 3-7/57; Corte giustizia UE, 3 maggio 1978, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*, causa 112/77.

In realtà, tale principio appartiene innanzitutto alla tradizione giuridica germanica, dalla quale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha tratto ispirazione per costruire il principio in commento per come lo intendiamo oggi.

¹⁷⁶ Così SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc dir.*, vol. I, Milano, 1958, il quale Autore aggiunge significativamente che "Storicamente, si nota che la rilevanza dell'erronea opinione individuale (buona fede), e dell'apparenza, fu relativamente modesta nel diritto romano e comune. Il principio dell'affidamento apparve poi pressoché inconciliabile con le regole fondamentali del diritto naturale, secondo cui ogni soggetto è sovrano nella sfera dei suoi diritti soggettivi, sì che da un canto nessun terzo può disporre efficacemente di tali diritti, e, d'altro canto, nessuno può essere vincolato (ossia, può obbligarsi, o può subire gli effetti di un atto di disposizione) se non in virtù di un proprio libero atto di volontà. Il diritto naturale, cioè, afferma con energia la regola *nemo potest plus iuris in alium transferre, quam et ipse habeat*, e la regola secondo cui la volizione è elemento essenziale dell'atto giuridico (cosiddetto dogma della volontà)". Per altri contributi sulla materia, si rinvia a Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1, 121; TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823. Fondamentale resta in ogni caso il riferimento allo studio di MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, in ristampa, con Introduzione dell'A., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001. Si vedano altresì MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

soggettive, mi limiterò a osservare il rapporto di tale principio con la buona fede e con un altro principio cardine del nostro ordinamento, ovvero la certezza del diritto.

Non bisogna trascurare tuttavia che inquadrare l'affidamento come una situazione giudica soggettiva attiva comporta il rischio di sollevare questioni a livello di giurisdizione: se l'affidamento viene visto come un vero e proprio diritto soggettivo, allora la giurisdizione in caso di controversie risarcitorie spetterà al giudice ordinario e non al giudice amministrativo.¹⁷⁷ In tale caso, l'affidamento sarebbe un diritto soggettivo consistente nel diritto all'integrità patrimoniale.

Personalmente, non ritengo che l'affidamento sia un diritto autonomo, ma una aspettativa legittima, un istituto che può riferirsi sia ai diritti soggettivi che agli interessi legittimi. Cerchiamo quindi di valutare brevemente e in termini giuridici quale sia la fonte dell'affidamento e come possiamo definirlo in termini di ragionevolezza.

Certamente, un presupposto dell'esistenza stessa dell'affidamento è il principio di certezza del diritto, che opera su un piano oggettivo rispetto all'affidamento, il quale ha invece un'accezione soggettiva.

La certezza del diritto è una qualità che riguarda l'ordinamento e le norme di legge, le quali devono essere chiare, comprensibili, di prevedibile applicazione e certe nel

¹⁷⁷ “Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice, secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento «contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive» e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima.” cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, Sentenza 29 novembre 2021, n. 20 cit.

In modo difforme ragionano le Sezioni Unite, in quanto sostengono che “Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie relative a una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento incolpevole del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione difforme dai canoni civilistici di correttezza e buona fede, sia nel caso in cui il danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un provvedimento amministrativo, sia nel caso in cui nessun provvedimento sia stato adottato e il privato abbia riposto senza colpa il proprio affidamento in un mero comportamento” in quanto “la controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perchè ha ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo.” Cfr. Cass. Sez. Unite Ord., 28 aprile 2020, n. 8236 in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 6, 805.

senso di facilmente conoscibili da parte di chiunque. Tale principio costituisce quindi una situazione che preesiste all'affidamento e che ne costituisce il presupposto, né è una condizione preliminare, ma non è la fonte da cui esso nasce, poiché, procedendo a ritroso, la certezza dipende a sua volta da quella forma di stato di matrice liberale che è lo Stato di diritto, da cui si potrebbero far derivare tutti i principi generali del nostro ordinamento¹⁷⁸. La certezza è quindi un valore intrinseco dell'ordinamento, l'affidamento ha invece una dimensione soggettiva/relazionale, che si configura secondo tale schema: da una parte c'è un soggetto affidante, che deve fare o dare quanto ha promesso, dall'altra c'è un soggetto affidatario la cui aspettativa ha diversi stadi di tutela. Tra queste due posizioni giuridiche si staglia il principio di buona fede. Ci sono stati diversi Autori che reputano la buona fede come fonte vera e propria dell'affidamento. Tali autori hanno sposato una concezione per così dire estesa della buona fede, la reputano cioè una vera e propria norma verticale, un principio cioè che va integrare non solo il contratto ma proprio l'intera gerarchia delle fonti.¹⁷⁹ E tale necessità di integrazione si manifesta particolarmente quando si è in presenza di una lacuna nel diritto codificato, quale può essere la necessità di tutelare l'affidamento del cittadino nei confronti del legislatore o dell'autorità amministrativa.

Non ci sono infatti norme puntuali che tutelino l'affidamento del privato, naturalmente il principio fa parte del patrimonio giuridico del nostro ordinamento e si può ricavare implicitamente sia dalla Costituzione che dalle pronunce della Corte di Giustizia, ma un riconoscimento formale come è avvenuto per la buona fede non è ancora avvenuto. La Legge n. 120/2020 ha riconosciuto l'operatività della buona fede nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, ma non ha esplicitato né quando né quali sono le condizioni affinché l'aspettativa del privato assurga al rango di affidamento.

¹⁷⁸ Sulla riconduzione della tutela dell'affidamento alla certezza del diritto si rinvia a CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio "comune"*, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 1998, 1194; PIZZORUSSO - PASSAGLIA, *Constitution et sécurité juridique, Relazione a XV Table ronde internationale*, Aix-en-Provence, 10 e 11 settembre, 1999; PREDIERI, *Certezza e innovazione: la tutela dell'affidamento*, in AA. VV., *Certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, 29 ss.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia invece riconosce che l'affidamento sia un corollario della certezza del diritto. Si veda, per tutte Corte giustizia UE, 12 dicembre 2013, C-362/12, in *Eur-Lex*, 2012.

¹⁷⁹ La buona fede come norma verticale, ovvero come fonte di integrazione delle altre fonti, è spiegata molto chiaramente da MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., a p. 6,

Sul versante privatistico qualche risposta c'è, gli articoli 1337, 1338 1398 c.c. costituiscono la struttura dell'affidamento, ovvero un modello che è applicabile in via analogica anche nei rapporti autoritativi tra pubblica amministrazione e privato. Da queste norme si può desumere che il punto fermo dell'affidamento è il suo stato fattuale di tipo relazionale. L'affidamento è formato da una relazione avente valore per il diritto. Questo elemento tuttavia non basta per trasformare l'aspettativa in affidamento, perché anche l'aspettativa trae la sua fonte in una relazione. Occorre quindi un *quid pluris*, traducibile nel fatto che il legislatore dia rilevanza a questa relazione attraverso l'imposizione del dovere di buona fede.

La buona fede non solo condiziona la condotta dell'uno, ma influenza l'aspettativa dell'altro, il quale, sapendo che la controparte deve comportarsi secondo buona fede, può confidare sulla coerenza e sulla non contraddittorietà delle sue azioni. Ciò precisato, quando si è in presenza di un legittimo e qualificato affidamento valevole a fini risarcitori?

Da questo punto di vista, appare dirimente individuare il momento esatto a partire dal quale l'aspettativa, riposta dal privato sulla scelta della propria offerta ed quindi sulla possibilità di vedersi aggiudicare l'appalto, assume valore di legittimo affidamento, visto che la mera partecipazione alla procedura di gara, di per sé, non fonda alcuna legittima aspettativa di vittoria tutelabile dal nostro ordinamento.

Per diverso tempo ha avuto prevalenza l'orientamento in base al quale il legittimo affidamento poteva evidenziarsi solo nella fase del procedimento compresa tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto; con la diretta conseguenza che tutti i comportamenti precedenti l'aggiudicazione tenuti dalla p.a. non avrebbero mai potuto dare origine a responsabilità precontrattuale, per mancanza di un affidamento tutelabile.

Oggi si ritiene che l'aggiudicazione sia il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, e questa ragionevolezza involge anche le fasi precedenti del procedimento d'evidenza pubblica, visto che l'Adunanza Plenaria ha ammesso che la configurabilità dell'affidamento meritevole di tutela possa sussistere anche prima dell'aggiudicazione, purché sia "ragionevole".

La differenza sta nel fatto che dopo il provvedimento di aggiudicazione l'affidamento ragionevole può considerarsi presunto, visto lo stadio avanzato delle trattative, prima dell'aggiudicazione invece bisogna provarlo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con un'altra recente sentenza riguardante i profili di giurisdizione, ha precisato che l'affidamento è un istituto che trae la sua origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione da altri creata e corrispondente al vero¹⁸⁰.

Altri autori, per comprendere al meglio cosa si intenda con affidamento ragionevole, riflettono nel senso di ritenere ragionevole non tanto l'affidamento in sé, quanto la ponderazione stessa degli interessi in gioco, ponderazione da cui deve scaturire una scelta capace di perseguire il fine pubblicistico con il minor sacrificio di quello privato. L'affidamento in questo caso sarebbe già ontologicamente tutelato, perché la ragionevolezza c'è stata a monte del procedimento.¹⁸¹

Ancora, ragionevole è l'affidamento che individua le condizioni in forza delle quali l'autodeterminazione negoziale del privato può essere tutelata, vale a dire il suo diritto di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali senza subire interferenze illecite derivanti da condotte sleali e scorrette di terzi. Ad esempio, il danno da ritardo perpetrato dall'amministrazione viola l'autodeterminazione negoziale del privato e quindi il suo ragionevole affidamento alla positiva conclusione del procedimento¹⁸².

¹⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 2 cit.

¹⁸¹ Anche in questo caso la buona fede gioca un ruolo fondamentale, in quanto assumerebbe la funzione di canone di bilanciamento tra i due interessi contrapposti, quali l'interesse pubblico e l'interesse privato sotteso all'affidamento. Pertanto, lo scontro tra due situazioni giuridiche soggettive valide ed efficaci quali l'interesse pubblico e l'interesse privato sotteso all'affidamento verrebbe composto ragionevolmente dalla buona fede. Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1961, I, 157; ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. contr.*, 2005, 110, in linea con l'opinione di MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., 115 ss; MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della p.a. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2012, 12, 1498.

¹⁸² È stato infatti ritenuto che il ritardo perpetrato dalla p.a. nell'adozione di un provvedimento generi una situazione di incertezza in capo al privato tale da indurlo a scelte negoziali che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione. Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 26/03/2020, n. 215, in *Massima redazionale*, 2020.

Non è invece protetto l'affidatario che poteva conoscere con l'uso dell'ordinaria diligenza che la gara non sarebbe andata a buon fine. Pensiamo all'aspirante appaltatore che acquista il materiale pur sapendo che il bando presenta delle invalidità o, comunque, chi investe prima di aver ottenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'affidamento ragionevole, da questo punto di vista, significa incolpevole: è tutelabile in quanto non sia, esso stesso, inficiato da colpa in senso psicologico-soggettivo.

L'obbligo di buona fede assume allora lo scopo d'impedire fin dall'inizio che l'affidamento si formi. Infatti, la sua violazione determina l'affidamento incolpevole a prescindere dallo stato soggettivo del contraente; l'affidamento incolpevole è dunque “un effetto, *non una condizione*, del comportamento scorretto imputabile alla controparte”¹⁸³.

Pertinente è il caso del provvedimento favorevole d'aggiudicazione che è stato annullato in sede giurisdizionale. In tale evenienza l'affidamento del privato non sarebbe più qualificabile come incolpevole, in quanto sarebbe applicabile l'art. 1338 c.c., rubricato “conoscenza delle cause di invalidità”. Questo è spiegabile poiché il privato, assumendo nel giudizio il ruolo di controinteressato, ha piena possibilità di prendere contezza dei profili di illegittimità del provvedimento impugnato e ha, altresì, la possibilità di costituirsi in giudizio per difenderne la sua validità, con la conseguenza che sarebbe irragionevole considerare il suo affidamento incolpevole.

Ma quali sono i casi emblematici in cui si configura una lesione dell'affidamento e, quindi, una violazione del canone di buona fede da parte della p.a. contraente?

I primi due che esporrò sono stati enucleati dalla dottrina civilistica nello studio dell'art. 1337 c.c., ovvero la rottura ingiustificata dalle trattative e l'omissione dei

¹⁸³ Cfr. BESSONE, *Rapporto contrattuale e dovere di correttezza*. *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova*, Milano, 1971, 269 ss.

doveri di informazione.¹⁸⁴ Infatti, chi è coinvolto in una trattativa ha diritto che questa venga condotta da controparte in modo leale e serio, e questo affidamento giustamente riposto nella condotta altrui viene violato in presenza di condotte oggettive messe in atto dalla p.a.. Ad esempio, è necessario che le trattative siano giunte a uno stadio tale da aver ingenerato nella parte un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto e che la rottura delle stesse sia avvenuta senza un giustificato motivo¹⁸⁵. O ancora, che il dovere di informazione a cui sono tenute entrambe le parti, ma specialmente la p.a. in virtù della sua posizione qualificata, non si scontri con il broccardo *ignorantia legis non excusat*. Come vedremo, l'evocato broccardo vuole evitare che il contraente possa giustificare la violazione di un precetto di legge o la mancata conoscenza dello stesso invocandone la sua ignoranza, si pensi ad esempio alla regola disponente che per il contratto concluso con la pubblica amministrazione occorre la forma scritta *ab substantiam*. Sull'ampio problema dell'obbligo del *clare loqui* amministrativo, rimando comunque al capitolo quarto.

In questa sede, invece, voglio invece considerare un'altra fattispecie di violazione della buona fede oggettiva durante le trattative, che si verifica tipicamente in ambito amministrativo: l'ipotesi di revoca degli atti di gara, ex art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, l. 241/1990.

¹⁸⁴ In dottrina, sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si vedano i contributi di MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della L. n. 15 del 2005*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 4-5, 1175; SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 983; DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 291; AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e resp.*, 2006, 353; CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Corriere Giur.*, 2012, 5, 675; RINDONE, *Responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Contratti*, 2022, 2, 233; GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 3, 988 ss.,

¹⁸⁵ Il Consiglio di Stato, nella sent. 15 aprile 2016, n. 1532, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, dispone che “perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale sono necessari i seguenti presupposti: che tra le parti siano intercorse trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.”

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

Appare evidente che questa disposizione di legge si pone in contrasto con la teorica della responsabilità precontrattuale, poiché si evince che la stazione appaltante sia legittimata a revocare “un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea”, agendo in via di autotutela e dovendo per questo limitarsi a “indennizzare” il privato. Diversamente dalle ipotesi nelle quali si riscontra un'illegittimità nell'esercizio del potere di autotutela, ad esempio per il mancato rispetto dei requisiti previsti dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della L. n. 241/1990, quando la revoca è posta in essere in conformità al dettato normativo dovrebbe poter conseguire a carico del soggetto pubblico un mero obbligo indennitario a favore del privato, nel caso in cui lo *ius poenitendi* dell'amministrazione gli abbia in qualche modo cagionato un danno.

In realtà, la legittimità dell'atto di revoca non preclude la violazione della buona fede della p.a., la quale può aver revocato il bando o il provvedimento di aggiudicazione *secundum legem*, ma aver tenuto un comportamento contrario a buona fede e correttezza¹⁸⁶. A fronte di una revoca legittima, il privato può azionare non solo il

¹⁸⁶ Si pensi al caso in cui la pubblica amministrazione revochi il bando o l'aggiudicazione dopo aver riscontrato la mancanza dei fondi necessari per realizzare l'opera, mancanza tuttavia scoperta fin dall'inizio della procedura di gara senza che avesse tempestivamente e debitamente informato i partecipanti. In questo caso la revoca risulta legittima, ma la condotta della pubblica amministrazione risulta contraria a buona fede, e come tale generatrice di responsabilità precontrattuale. Cfr. TAR Lazio, Roma, sent. 9 marzo 2009, n. 2372, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 7, 869, secondo il quale “Nel caso di pur legittima revoca di una procedura di gara può residuare una responsabilità a titolo precontrattuale in capo alla stazione appaltante nell'ipotesi in cui via stata una violazione degli obblighi di buona fede prima della stipulazione del contratto ovvero se il comportamento tenuto dalla medesima risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro.”

Si veda anche il contributo di GAFFURI, *La responsabilità della p.a. per revoca di una gara d'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 826; DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861; QUADRI, *Responsabilità per culpa in contrahendo dell'amministrazione in caso di revoca legittima degli atti di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 1, 66; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 180-186

meccanismo dell'indennizzo previsto dalla legge, ma può altresì esperire un'azione per ottenere il risarcimento del danno precontrattuale¹⁸⁷.

Tuttavia, se si riconosce l'insussistenza della responsabilità precontrattuale a carico della p.a., allora si deve escludere l'obbligo di risarcimento dell'interesse contrattuale negativo, ovvero il danno emergente, nonché i danni subiti per il mancato guadagno derivante dalla stipulazione del contratto o dalla perdita di altre chance contrattuali. Conseguentemente, va riconosciuto al privato il solo diritto all'indennizzo, parametrato al danno emergente e corrispondente alle spese sostenute per la partecipazione alla gara, per la preparazione dell'esecuzione del contratto e per l'organizzazione dell'impresa in vista dell'esecuzione dei lavori aggiudicati.¹⁸⁸

Un ragionamento non dissimile a quest'ultimo si può fare relativamente all'art. 32, comma 8, del codice sugli appalti, che verrà approfondito nel paragrafo che segue.

Per concludere, un ultimo appunto sui rimedi in caso di lesione dell'affidamento. La tutela di questa situazione giuridica si realizza attraverso i classici rimedi risarcitori, e la difficoltà di comprendere quale sia la giurisdizione competente e a che titolo si possa richiedere il risarcimento del danno è tuttora centrale.

La dicotomia esistente tra la giurisdizione ordinaria che sostiene la natura contrattuale della responsabilità e la giurisdizione amministrativa che sostiene invece la natura aquiliana della responsabilità, si presenta anche nel caso della lesione dell'affidamento, posto che i giudici e la dottrina sono nettamente divisi. Come ho accennato poc'anzi, a complicare ulteriormente la questione è anche la qualificazione giuridica dell'affidamento stesso, visto che viene ritenuto talvolta un diritto soggettivo talaltra un interesse legittimo.

Tuttavia non è questa la sede per soffermarci a parlare dei problemi legati al riparto di giurisdizione civile e amministrativa, che toccano altre e innumerevoli questioni.

Mi limiterò a registrare un'ultima e interessante tendenza della giurisprudenza al voler applicare rimedi di natura preventiva, per garantire una tutela *ex ante* dell'affidamento ed evitare in radice la sua violazione. Un esempio si ha nel campo

¹⁸⁷ Cfr. Cons. St., 21 aprile 2016, n. 1599 in *Massima Redazionale*, 2016 e Cons. St. 1 febbraio 2013, n. 633 in *Giur. it.*, 2013, 1675.

¹⁸⁸ Cfr. Cons. St., 6 maggio 2015, n. 2270, in *Massima Redazionale*, 2015.

della rateizzazione dei debiti: il Consiglio di Stato ha infatti concesso la possibilità al privato di ripetere le somme, ricevute indebitamente a causa di un errore ascrivibile alla p.a., in modo rateale. Tra i motivi di questa rateizzazione c'è anche l'inerzia dell'autorità pubblica, che ha creato l'affidamento nel privato sulla legittimità delle somme ricevute e sulla possibilità di trattenerle.¹⁸⁹

4.1.(SEGUE): LA COMPLESSA CONCILIABILITÀ TRA LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E LA FATTISPECIE DI CUI AL RIFORMATO ART. 32, COMMA 8, CODICE DEGLI APPALTI. IL RECESSO INGIUSTIFICATO DALLE TRATTATIVE.

La legge n. 70 del 2020, oltre ad aver codificato i principi di buona fede e leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati, ha apportato altre e numerose modifiche al codice degli appalti, tra cui al comma 8 dell'art 32, nel quale è stato aggiunto un periodo ulteriore.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Cfr. Cons. Stato Sez. IV Sent., 06/05/2010, n. 2646 in *Massima redazionale*, 2010.

¹⁹⁰ Il nuovo comma 8 dell'art. 32 dispone: "Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché è comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari."

Anche in questo caso, la *ratio* della novella si conferma essere quella di garantire una pacifica convivenza tra le esigenze di tutela al privato contraente e il buon andamento dell'attività della p.a., posto che si è cercato di limitare ulteriormente i casi in cui la p.a. possa tenere un comportamento inerte, a danno non solo degli interessi del privato contraente, ma anche di quelli pubblici.

E infatti, l'inerzia della p.a. poteva presentarsi in forme molto insidiose, tali da rendere difficile al privato la possibilità di far valere la responsabilità dell'amministrazione.¹⁹¹ Si pensi al caso in cui la p.a. rinvi la gara a data da stabilire, o a quello in cui aggiudichi il contratto senza poi adoperarsi per la sua stipulazione o senza trasmettere il contratto alle competenti autorità di controllo.

Comportamenti siffatti, oltre a provocare un danno al privato aggiudicatario, causano un grave pregiudizio anche all'interesse pubblico. È infatti una triste constatazione che in Italia la realizzazione delle opere pubbliche richiede tempi eccessivamente lunghi e spesso con esiti non definitivi. Tali ritardi possono essere dovuti alla mancanza delle risorse necessarie, ma in altri casi invece, non si riesce a realizzare nei termini opere che hanno regolarmente ottenuto un finanziamento. Quando si verifica una situazione del genere, il pregiudizio per l'interesse pubblico è duplice, perché alla mancata realizzazione dell'opera si aggiunge il mancato impiego delle risorse economiche destinate alla sua realizzazione.¹⁹²

Oggi, simili comportamenti sono sanzionati più duramente, in quanto il codice garantisce da un lato che il contratto venga stipulato entro il termine di sessanta giorni, dall'altro che i controlli e l'approvazione della proposta di aggiudicazione debbano essere ultimati entro 30 giorni, o entro un termine diversamente previsto dall'ordinamento della stazione appaltante, decorrenti dal giorno di ricevimento della proposta.¹⁹³

¹⁹¹ Vedi GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Giuffrè, 1966.

¹⁹² Per approfondire: SICA, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo - inosservanza del termine per la stipula del contratto di appalto e tutela contro il silenzio*, in *Giur. It.*, 2020, 3, 696.

¹⁹³ Cfr. art. 33, codice appalti.

Dunque, l'art. 32, comma 8, del vigente codice degli appalti dispone che "divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario".

Il caso, meno frequente, in cui la mancata sottoscrizione del contratto nei termini sopra indicati è addebitabile al privato, viene sanzionato dall'art. 93 del codice, il quale prevede che una "garanzia provvisoria, pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione", copra l'eventuale mancata sottoscrizione del contratto aggiudicato dovuta a ogni fatto riconducibile all'aggiudicatario, con il correlato obbligo da parte della stazione appaltante di svincolarlo automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto.¹⁹⁴

Quando il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione del contratto è invece imputabile alla stazione appaltante, si ritiene che ciò non vada a inficiare la già completata procedura di evidenza pubblica, che si colloca dal punto di vista logico e cronologico in una fase antecedente, ma si consente all'aggiudicatario la sola possibilità di "sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto", senza che lo stesso possa chiedere "alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate".

Da una prima lettura appare chiaro che la norma configura conseguenze molto diverse da quelle previste nell'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative per violazione della buona fede.

In tale ultimo caso, vedremo che il privato è titolare del diritto al risarcimento del danno, diritto che va ben al di là della limitata ipotesi del "rimborso delle spese contrattuali documentate". Il danno precontrattuale risarcibile è infatti circoscritto all'interesse contrattuale negativo, ovvero all'interesse della parte a non essere coinvolta in trattative inutili o a non stipulare un contratto invalido, onde evitare di

¹⁹⁴ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sent., 16 marzo 2022, n. 306 in *Foro It.*, 2022, 7-8, 3, 387.

perdere tempo e *chance* contrattuali che invece sarebbero state proficue. E infatti, anche in questo caso il danno risarcibile viene scomposto nella tradizionale bipartizione del danno emergente e del lucro cessante, ove il primo si riferisce alle spese inutilmente sostenute per partecipare alle trattative infruttuose, mentre il secondo alla perdita di occasioni alternative di contrattazione.¹⁹⁵

Occorre quindi distinguere il caso in cui la mancata stipulazione del contratto abbia carattere legittimo da quello in cui la mancata stipulazione sia causata dalla violazione della buona fede oggettiva, in quanto non ogni rottura delle trattative comporta responsabilità precontrattuale.

Ad esempio, si è ritenuto che non ci sia una giusta causa di recesso da parte della pubblica amministrazione se questa, dopo aver invitato la controparte privata a dare inizio all'esecuzione della prestazione in attesa dell'ottenimento di una determinata autorizzazione, decida di recedere dalla trattativa per una ragione diversa dal mancato ottenimento della suddetta autorizzazione.¹⁹⁶

È indubbio che le situazioni che possono dare luogo a una interruzione ingiustificata delle trattative possono essere le più disparate, ma da un esame del dato giurisprudenziale si può evincere che l'amministrazione recede per due principali ordini di ragioni: perché è venuto meno il suo interesse alla conclusione del contratto, per motivi solitamente di natura economica, oppure perché non viene concessa l'approvazione da parte delle autorità di controllo.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Per un primo approfondimento, GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006; AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

¹⁹⁶ Cass., 23 maggio 1981, n. 3383, in *Foro it.*, 1982, I, 2012. Il recesso risulta invece legittimo se l'autorizzazione non viene concessa per ragioni che esulano dal potere decisionale dell'amministrazione contraente, si pensi al caso in cui la valutazione in questione sia rimessa al parlamento. Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Cedam, 2015.

¹⁹⁷ L'approvazione, infatti, è una *condicio iuris* "costitutiva dell'efficacia dell'aggiudicazione, così come la mancata approvazione - che dunque può avere solo forma espressa - è un fatto impeditivo della stessa". Cfr. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Utet, 2011, p. 701. L'Autore aggiunge anche che l'aggiudicazione può essere data anche per *facta concludentia*, con la conseguenza che il diniego della stessa deve essere sempre espresso.

Tuttavia, il rifiuto dell'approvazione, essendo espressione della discrezionalità amministrativa, non può essere qualificato come un vero e proprio comportamento scorretto a danno del privato, perché esula dalla signoria della p.a. contraente.¹⁹⁸

Più complessa e sottile è la questione relativa alla sopravvenuta mancanza dell'interesse a contrarre. Si ritiene, infatti, che se l'ente pubblico decida di recedere dalle trattative poiché ha riconosciuto la non convenienza del contratto, tale da non apportare alcun beneficio al perseguimento dell'interesse pubblico, allora questo apprezzamento non solo è consentito, ma rimane insindacabile da parte del giudice ordinario, in quanto concerne l'area del merito amministrativo¹⁹⁹.

Occorre tuttavia che siano intervenuti nuovi elementi di rilievo, di natura oggettiva e non arbitraria, che siano percepibili dalla controparte e che abbiano avuto la forza di incidere sul precedente apprezzamento della p.a. al punto da mutarlo.²⁰⁰

¹⁹⁸ Cfr. Cass., 13 maggio 2009, n. 11135 in *Mass. Giur. It.*, 2009, la quale ha infatti stabilito che "L'approvazione ministeriale del contratto stipulato con la P.A., prevista dagli artt. 19 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e 337 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, costituisce "condicio iuris", che incide non sulla formazione ma sulla efficacia del contratto, ed il suo diniego non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva affermato la responsabilità precontrattuale della P.A. in un caso in cui la mancata approvazione di un contratto, ambiguamente indicato talora come "licitazione privata per appalto dei lavori" e talora come "atto di cottimo fiduciario", era dovuta alla violazione di norme imperative disciplinanti figure negoziali inconciliabili fra loro, anche ai fini della scelta del contraente).".

¹⁹⁹ AGNELLO, *il prisma della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2020.

²⁰⁰ A titolo di esempio, è stata considerata giusta causa di recesso dalle trattative quella addotta da un ente locale, il quale, a causa dell'apertura di più inchieste - amministrativa, contabile, penale - sulla scelta dei contraenti privati e la congruità del prezzo dell'oggetto del contratto, decise di recedere dal negozio. Cfr. Cass., 1 marzo 2007, n. 4856, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

In un altro caso, la Suprema Corte ha invece ritenuto di cassare la sentenza di merito, la quale, pur avendo ritenuto che le trattative intercorse tra le parti, in relazione ad un pubblico avviso di ricerca di un immobile da destinare a sede di uffici regionali, fossero state in grado di ingenerare, nell'unico soggetto che aveva risposto a quell'avviso, un ragionevole affidamento circa la conclusione dell'accordo, aveva poi affermato che il recesso 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. Cfr. Cass, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Corriere Giur.*, 2014, 5, 655 nota di FORTE, *Quale la responsabilità della p.a. che ricerca il contraente, nella fase precedente la stipula del contratto?* in *Corriere Giur.*, 2014, 5, 652 e PASSARELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Contratti*, 2013, 5, 437.

Il Consiglio di Stato, invece, ha ritenuto che la mancanza di un giustificato motivo di recesso non è mai sufficiente per integrare la responsabilità precontrattuale: il presupposto principale è la maturazione di un legittimo affidamento. Cfr. Cons. st., 15 aprile 2016, n. 1532 in *Massima redazionale*, 2016.

Occorre altresì che nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative sussistano tutti i presupposti che stanno alla base dell'obbligo risarcitorio, ovvero la presenza di un affidamento incolpevole, il cui stadio è proporzionale all'avanzamento della fase delle trattative, l'assenza di un giustificato motivo di recesso e la determinazione di un danno che sia apprezzabile nei limiti dell'interesse contrattuale negativo.

Può venire utile, in ordine al *discrimen* tra giusta causa di recesso o recesso in autotutela e violazione della buona fede oggettiva, anche la descrizione degli ulteriori presupposti alla responsabilità precontrattuale fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5/2018.

Questi sono: “a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.”

Il fatto di considerare come extracontrattuale la natura della responsabilità precontrattuale, risulta d'aiuto nell'indagine, poiché oltre alla lesione della buona fede oggettiva si richiede il *quid pluris* della presenza dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo dell'amministrazione nell'attuazione dei suoi comportamenti scorretti, colpa e dolo che invece non sono necessari nell'accertamento della responsabilità ex art. 1218 c.c.

In ogni caso, l'inosservanza del termine di sessanta giorni per la stipula del contratto da parte dell'amministrazione, che costituisce una vera e propria interruzione delle trattative per fatti concludenti, oltre a dare al privato la possibilità di sciogliersi dal contratto, pur nel silenzio della norma gli consente anche di adire il giudice

amministrativo per ottenere la condanna della stazione appaltante a firmare il contratto, fermo l'esercizio dei poteri di autotutela.²⁰¹

Prima di concludere vorrei fare un ultimo accenno alle cosiddette clausole di *stand still*, disciplinate dallo stesso art. 38, ai comma 9 e 11.

Anche queste, infatti, costituiscono un ulteriore aspetto che attiene alla scansione temporale che separa il passaggio dalla fase procedimentale dell'evidenza pubblica a quella negoziale.²⁰² Come abbiamo visto, l'aggiudicazione diventa efficace dopo l'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante. Da tale momento, decorre un ulteriore termine sospensivo minimo di 35 giorni, in cui è inibita per le parti la stipula del contratto: si tratta del termine di *stand still* cd. sostanziale, regolato dal comma 9 dell'art. in commento²⁰³. Tale previsione serve a garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed è pensata per tutti gli offerenti esclusi che sono interessati ad adire il giudice per sincerarsi del corretto esito del procedimento. Se infatti si addivenisse a un rapido perfezionamento del contratto, senza che ci fosse un "periodo di salvaguardia", gli effetti del provvedimento di aggiudicazione diventerebbero irreversibili²⁰⁴ e il processo si farebbe più complesso.

Il comma 11 dell'art. 38, che regola il termine di *stand still* cd. processuale, risponde alla stessa *ratio* del primo ma ha presupposti diversi. Tale termine decorre dal momento in cui la stazione appaltante riceve la notifica di un ricorso giurisdizionale e difatti inibisce la stipula del contratto ogni qual volta che venga proposto un ricorso avverso l'aggiudicazione, con contestuale domanda cautelare. In quest'ultimo caso, quindi, il giudice è già stato adito e il meccanismo di *stand still* opera successivamente e non nell'eventualità che venga iniziato un processo.

²⁰¹ Cfr. SICA, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo - inosservanza del termine per la stipula del contratto di appalto e tutela contro il silenzio*, cit.

²⁰² MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, cit.

²⁰³ Il comma in narrativa prescrive che: "Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione."

²⁰⁴ Sul punto, si rimanda al 4° e 25° considerando della direttiva 2007/66/CE. L'origine di questo meccanismo sospensivo si rinviene infatti nel diritto europeo, il quale si è preoccupato di assicurare un'effettiva tutela a tutti gli operatori economici che concorrono alla procedura di gara, imponendo agli Stati membri dell'UE *standard* minimi di garanzia sostanziale e processuale.

Lasciando da parte le deroghe alla disciplina dello *stand still*, che sono segnalate al comma 10 dell'art. 32²⁰⁵, nel caso in cui tale termine venisse violato, si dà luogo a numerose conseguenze, quali l'insorgenza della responsabilità risarcitoria e l'irrogazione di sanzioni alternative, ex art. 123 c.p.a.²⁰⁶

Nel successivo paragrafo ci soffermeremo invece su un altro tema, che non inerisce più alla fase procedimentale del procedimento di evidenza pubblica.

Mi riferisco al problema della natura della responsabilità precontrattuale che, lungi dall'essere una questione meramente teorica, tuttora risulta al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato.

5. LA *VEXATA QUESTIO* DELLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A. LA TESI DELLA NATURA AQUILIANA.

Una delle questioni interpretative più rilevanti sulla responsabilità precontrattuale attiene all'inquadramento della sua natura giuridica. Come è noto, le tre teorie che si contendono il campo sono la tesi della responsabilità extracontrattuale, la tesi della responsabilità contrattuale e la tesi, ormai unanimemente abbandonata, del *tertium genus* di responsabilità.

Fin dalla generale ammissibilità della responsabilità pubblica, sancita come è ben noto dalla storica sentenza della Cassazione n. 500 del 22 luglio 1999, l'orientamento prevalente nella giurisprudenza è stato in favore della tesi della natura

²⁰⁵ Per completezza riporto anche il comma 10 dell'art. 32, contenenti le deroghe alla disciplina dello *stand still* "Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'articolo 3, lettera *bbbb*, e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)."

²⁰⁶ La giurisprudenza nega invece che la violazione di detti obblighi possa comportare l'illegittimità dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto. Cfr. Cons. St., 23 marzo 2015, n. 1565 in *Quotidiano Giuridico*, 2015. Conforme, T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 06 maggio 2020, n. 466, in *Massima redazionale*, 2020.

extracontrattuale della responsabilità precontrattuale²⁰⁷. Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, consolidato in particolare tra i giudici e la dottrina amministrativa, la responsabilità non è ritenuta correlata alla solo inadempimento della p.a., ma ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento dell'elemento soggettivo e della connotazione dell'azione amministrativa come fonte di danno ingiusto.²⁰⁸ Tale teoria si fondava sulla considerazione che il vincolo contrattuale non si fosse ancora formato e che, conseguentemente, le parti non fossero ancora tenute al rispetto delle obbligazioni contrattuali. L'unico legame intercorrente tra loro si sostanzia nel generale canone del *neminem laedere*, che vincola tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e che è fonte di responsabilità ex art. 2043 c.c. Infatti, il giudice e la dottrina amministrativa, sempre nell'ottica di ridimensionare la responsabilità dell'ente pubblico e di limitarne il più possibile i confini, hanno ritenuto - e ritengono tuttora - che la violazione del dovere di correttezza e buona fede dovesse essere imputabile all'autorità pubblica quanto meno a titolo di colpa. E questo è un punto molto importante su cui soffermarsi, dato che il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo all'ente pubblico modifica l'allocatione dei rischi economici, determinando il trasferimento dei costi sostenuti per partecipare alla trattativa da un soggetto - il privato - ad un altro - la p.a. Ne consegue la necessità di appurare con rigore la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi di tale responsabilità, ovvero l'oggettiva violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, l'affidamento

²⁰⁷ *Ex multis*, Cass., sent., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Repertorio Foro Italiano*, 1995, *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 281; Cass, sent., 10 ottobre 2003, n. 15172 in *Repertorio Foro Italiano*, 2003, *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 317; Cass., sent., 05 agosto 2004, n. 15040 in *Giust. civ.* 2005, I, 669; Cass., sent, 29 luglio 2011, n. 16735, in *Repertorio Foro Italiano*, 2011, *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 377.

²⁰⁸ *Ex multis* v. Cass. n. 9157/1995; 15172/2003; 15040/2004; 16735/2011 citate nella sentenza. Ma giova aggiungere anche Cass. n. 276481/2011, in ordine alla quale v. il commento di CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e Dir. Privato*, 2012, 1233 e segg.

In dottrina, com'è noto, per la natura contrattuale si era efficacemente espresso MENGONI, già dal lontano 1956, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, ora in *Scritti, Obbligazione e negozio* (Milano, 2011) 281. Desta meraviglia dunque che ci siano voluti ben più di cinquant'anni affinché la giurisprudenza si convincesse del contrario ma ciò è il segno della diffidenza di essa verso l'esistenza di rapporti non originati da contratti.

incolpevole del privato e soprattutto elemento soggettivo della p.a., *id est* l'ascrivibilità della violazione in termini di colpa o dolo²⁰⁹.

Si consideri che le sentenze più recenti dell'Adunanza Plenaria sostengono con forza unanime la teoria della natura aquiliana della responsabilità della p.a., anche se gli interpreti hanno iniziato ad interrogarsi sulla questione - e a mettere in discussione la tesi consolidata della natura aquiliana - a partire dall'emanazione della legge sulla trasparenza dell'atto amministrativo, ovvero la L. 7 agosto 1990, n. 241.²¹⁰ La riflessione ha preso avvio dal fatto che tale legge ha imposto una serie di obblighi precisi all'ente e una serie di pretese azionabili per il privato²¹¹, rendendo qualificata la posizione di quest'ultimo, il quale non è più assimilabile a un destinatario passivo dell'azione amministrativa, ma a una controparte, a un soggetto detentore di pretese risarcibili.

A tal proposito, la sentenza più recente e più incisiva di questo orientamento è una sentenza pronunciata sul finire del 2021, la quale afferma che, nell'ambito dei rapporti giuridici amministrativi, non può mai essere configurabile a carico della P.A. un vincolo obbligatorio. Nell'ambito di tali rapporti, infatti, la posizione riconosciuta alla P.A. è pur sempre di supremazia, in quanto nella prima fase del procedimento di evidenza pubblica la p.a. non si spoglia della sua veste di autorità, ragione per cui non residuerebbe alcuno spazio per riconoscere la fondatezza della teorica del "contatto

²⁰⁹ Si veda sul tema della natura extracontrattuale della p.a. tra i tanti CONTESSA *L'Adunanza Plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 621 ss. Nonché PALMIERI - PARDOLESI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare, con ampi riferimenti giurisprudenziali*, nota alla stessa sentenza, in *Foro it.*, 2021, III, 406 ss. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*, 10, 2011, 3015 ss.

²¹⁰ Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, 2010, p. 1082.

²¹¹ Senza pretese di completezza, si può ricordare il fatto che l'amministrazione debba comunicare l'avvio del procedimento e il nome del responsabile di tale procedimento. Inoltre la p.a. deve motivare il provvedimento finale e concludere il procedimento entro un certo tempo, nonché consentire tempestivamente l'accesso agli atti del procedimento qualora il privato lo richieda.

sociale qualificato”.²¹² La crescente attenzione che il legislatore impone di prestare alle posizioni giuridiche dei privati, stando a questa lettura, non attenuerebbe in alcun modo la struttura ontologicamente asimmetrica che fin dagli albori ha caratterizzato i rapporti fra amministrazione e cittadino²¹³.

Tuttavia, la sentenza in commento erra nel citare solo e soltanto la teoria del contatto sociale qualificato, come se non ci fosse altra base giuridica e dogmatica su cui fondare la qualifica contrattuale della responsabilità precontrattuale. Come vedremo più approfonditamente nel prossimo paragrafo, la buona fede è fonte essa stessa, di per sé, di obbligazioni, la cui violazione comporta responsabilità contrattuale. Non occorre richiamare necessariamente la teorica del contatto sociale, perché la buona

²¹² Sul punto la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 23/04/2021, n. 7, in *Danno e Resp.*, 2021, 4, 509, con nota di VISCONTI. La motivazione in diritto della sentenza infatti così afferma “Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell’amministrazione per l’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito. Anche in un’organizzazione dei pubblici poteri improntata al buon andamento, in cui si afferma il modello dell’amministrazione “di prestazione”, quest’ultima mantiene rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire «i fini determinati dalla legge» (art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990), con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato. Nel rapporto amministrativo contraddistinto dalla ora descritta asimmetria delle posizioni si manifesta ad un tempo l’essenza dell’ordinamento giuridico di diritto amministrativo e allo stesso tempo si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione –per ragioni storiche, sistematiche e normative- non possa essere assimilata al “debitore” obbligato per contratto ad “adempiere” in modo esatto nei confronti del privato.”

Similmente anche CAVALLARO, *La rilevanza dell’elemento soggettivo nella struttura dell’illecito della pubblica amministrazione: un ulteriore chiarimento del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Nuove autonomie*, 2005, 14, fasc. 4/5, 741 ss. “Il provvedimento amministrativo è espressione di un potere discrezionale, sicché l’azione pubblica che ne costituisce esercizio, non può formare oggetto di obbligazione, cioè l’Amministrazione non può essere obbligata, alla stregua di un debitore, ad eseguire una prestazione che forma oggetto di un potere discrezionale.”

²¹³ Sul punto è esaustivo CONTESSA, *op. cit.*, precisando che: “L’Adunanza plenaria rileva ancora (e in modo condivisibile) che le conclusioni appena delineate non possono essere revocate in dubbio neppure laddove si enfatizzi il rilevante mutamento che ha caratterizzato negli ultimi due decenni circa l’amministrazione pubblica nel suo complesso, trasformandone la mission da quella propria di un apparato di mero adempimento di obblighi formali a quella tipica di una “amministrazione di prestazione”.

Tale mutamento funzionale (di cui si rinvergono numerose conferme nell’ambito della disciplina amministrativa degli anni più recenti) è certamente idoneo a modulare l’esercizio dei poteri pubblici (orientandone e declinandone le modalità) e a delineare i presupposti e le condizioni per la relativa responsabilità. Tuttavia, tale - pur fondamentale - mutamento non risulta idoneo a modificare la tradizionale struttura asimmetrica del rapporto giuridico amministrativo e le conseguenti ricadute in ordine all’inconfigurabilità di un rapporto genuinamente paritario nell’ambito di tale rapporto.

Tale impostazione - ad avviso di chi scrive, del tutto coerente con la tradizione storica dei rapporti amministrativi nell’esperienza nazionale e con le conseguenti ricadute nell’ambito della tutela giudiziale - non lascia residuare spazi sistematici per la configurazione di ipotesi di responsabilità da contatto sociale qualificato (riconducibili al modello contrattuale di cui all’art. 1218 c.c.).”

fede stessa è fonte di obbligazioni autonome²¹⁴. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui rilevanza costituzionale è stata ribadita a più riprese.²¹⁵

A questo proposito, anche l'ultimo inciso dell'art. 1173 c.c. potrebbe svolgere un ruolo importante nell'inquadramento della fonte della responsabilità della p.a., senza che sia necessario ricorrere alla teoria del contatto sociale. Volendo anzi prescindere da quest'ultima, le obbligazioni di comportarsi secondo buona fede potrebbero derivare "da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" ove la fattispecie atipica del "fatto" non produrrebbe obbligazioni di protezione, bensì autonome obbligazioni di comportarsi in modo corretto. Ragionando così, il fatto produttivo di obbligazioni di comportamento troverebbe il suo parametro di conformità all'ordinamento giuridico nella Carta Costituzionale (artt. 2, 41, 42, 97 ecc.). Ciò radicherebbe con più certezza la fonte legale dell'obbligazione della p.a. e l'applicazione degli artt. 1218 e ss. Inoltre, la maggiore o minore lesione dei principi fondamentali avallerebbe l'incidenza sulla validità dell'atto di violazione della buona fede.

Si consideri peraltro che questi non sono stati i motivi che hanno addotto i giudici per contrastare la teoria del contatto sociale e sostenere la natura aquilana della responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici. Infatti, nella motivazione della sentenza da ultimo citata, l'Adunanza Plenaria fonda su alcuni dati normativi di

²¹⁴ Come espone brillantemente GALGANO, in *Dovere di buona fede e abuso del diritto, relazione e svolta all'incontro di studio tenutosi a Tivoli dal 6 al 10 giugno 1994*, 27: "Alla giurisprudenza sembra difficile concepire una responsabilità contrattuale che non derivi dall'inadempimento di obbligazioni nascenti da un già concluso contratto. Ma la responsabilità che si suole definire come contrattuale è, in realtà, la responsabilità nascente dall'inadempimento di una obbligazione (art. 1218), quale che sia la fonte, contrattuale o non contrattuale, dalla quale l'obbligazione inadempita derivi. Qui c'è una obbligazione inadempita: quella che trova la propria fonte nel fatto giuridico della instaurazione, fra le parti, di una trattativa precontrattuale e che ha per oggetto il comportamento secondo buona fede di ciascuna di esse."

Si veda anche BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 304 ss.

Fra le tante sentenze, in questo senso si veda Cass. 15.2.2007 n. 3462 in *Repertorio Foro Italiano*, 2007, 67.

²¹⁵ Il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna parte del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Cfr. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.* 2010, I, 85, con nota di PALMIERI - PARDOLESI.

settore la qualificazione della responsabilità come aquiliana: sul fronte sostanziale viene menzionato l'art. 2-bis, L. n. 241/1990, la cui formulazione - Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento - riecheggia gli elementi costitutivi dell'art. 2043 c.c. Mentre, per quanto riguarda il fronte processuale l'art. 30, comma 4, c.p.a. ricalca in sostanza quanto previsto al citato art. 2-bis, ovvero che il ricorrente deve comprovare di aver subito un danno in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

A quest'ultimo profilo si possono muovere delle obiezioni. Innanzitutto, come è stato rilevato, l'espressione ivi contenuta di "danno ingiusto" può essere attribuita a entrambi i tipi di responsabilità, sia contrattuale che *ex delicto*²¹⁶. La differenza si rinviene nella presunzione di ingiustizia insita nel vincolo consensuale della responsabilità contrattuale, cosa che rende il concetto di danno ingiusto solitamente associato alla sola responsabilità extracontrattuale. Per inciso, una parte degli interpreti sostiene anche in ambito contrattuale sussiste un caso in cui il creditore è onerato di provare l'ingiustizia del danno sofferto, ovvero in relazione alle

²¹⁶ Si veda principalmente VISCONTI, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della p.a.: l'arrocco dell'adunanza plenaria*, in *Danno e Resp.*, 2021, 4, 509; COMPORTI, *Responsabilità della p.a. - l'adunanza delle occasioni perse: responsabilità della p.a. in cerca di qualità*, in *Giur. It.*, 2022, 3, 708, ove spiega che "il danno ingiusto che vi compare è un "interlocutore flessibile" per la sua generalità, che può sorreggere diverse forme di responsabilità, in quanto dispositivo di soluzione di conflitti interferenziali tra la sfera protetta di un soggetto e l'attività o comportamento di un altro soggetto la cui gestione è rimessa a criteri ordinanti e di gerarchizzazione degli interessi in gioco che possono essere variamente o incorporati in predeterminate regole di condotta che definiscono il modo in cui i soggetti devono porsi l'uno verso l'altro nel corso di un rapporto giuridico instaurato per la realizzazione di un determinato effetto oppure desunti dall'opera di bilanciamento effettuata *ex post* dalla giurisprudenza."

controverse ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento, con estensione dunque all'ambito contrattuale dell'art. 2059 c.c.²¹⁷

Inoltre, la grande apertura effettuata con il riconoscimento della tutela aquiliana contro la lesione dell'interesse legittimo ha comportato un rilevante ampliamento della clausola generale del danno ingiusto, tanto che ci si è chiesti se il danno ingiusto non sia stato sostanzialmente abrogato dal diritto vivente.²¹⁸

In conclusione di questo paragrafo, quindi, possiamo appurare che la teoria che sostiene la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale ha ricevuto un forte consenso da parte della giurisprudenza e della dottrina amministrativa, e basa il proprio convincimento sul presupposto che la pubblica amministrazione debba rispondere a titolo di dolo e di colpa anche nel caso di violazione della buona fede durante le trattative.

Nel paragrafo successivo esaminerò invece la posizione dominante nella dottrina e nella giurisprudenza civilistica, che caldeggia l'opposta teoria della natura contrattuale.

5.1 (SEGUE): LA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE QUALIFICATO QUALE FONDAMENTO DELLA NATURA CONTRATTUALE DELLA RESPONSABILITÀ PER *CULPA IN CONTRAHENDO*. CRITICA.

²¹⁷ Cfr. Cass., 18 luglio 2018, n. 19101, in *CED Cassazione*, 2018, secondo la quale “Va escluso il risarcimento del danno non patrimoniale, derivante da inadempimento contrattuale (nella specie, preliminare di vendita di un bene immobile), laddove non sia fornita la prova che il disagio derivante dalla situazione di incertezza a seguito dell'inadempimento sia stato di tale afflittività da costituire un pregiudizio per la salute o per altro diritto costituzionalmente.”

Secondo l'impostazione a lungo prevalente, il danno non patrimoniale che consegue all'inadempimento delle obbligazioni non sarebbe risarcibile, stante la mancanza di una norma analoga alla previsione di cui all'art. 2059 c.c. prevista in seno alla responsabilità da fatto illecito. Si riteneva discutibile, inoltre, lo stesso riferimento al danno non patrimoniale nell'ambito disciplinato dagli artt. 1321 ss. c.c., notoriamente riferiti a rapporti aventi natura patrimoniale. All'inizio del nuovo millennio, la giurisprudenza, tuttavia, per fronteggiare le situazioni in cui, oltre ad un mero inadempimento, fosse configurabile una violazione del principio del *neminem laedere*, aveva elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale. La svolta decisiva è stata determinata dalle note sentenze di San Martino delle Sezioni Unite (Sentenze nr. 26972/75 del 2008), che hanno riconosciuto la piena risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato da un inadempimento contrattuale. In tali casi la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo delle azioni.

²¹⁸ FRANZONI, op, cit.

È stato anticipato che la teoria del contatto sociale è stata e continua a essere l'espedito privilegiato dalla Cassazione dal quale far risalire la natura contrattuale della responsabilità in commento.²¹⁹ Certamente, nel corso degli anni si è acceso un vivace dibattito circa l'utilità e l'impiego di tale figura giuridica e, come è noto, le prime applicazioni hanno riguardato il tema della responsabilità sanitaria.²²⁰

In realtà la categoria in esame è frutto di teorie civilistiche sviluppatesi in Germania già nel corso del XX secolo, a partire dalla teoria della *culpa in contrahendo* elaborata da Jhering. Quest'ultimo infatti ha rinvenuto nel canone della buona fede la fonte di un obbligo protettivo nei confronti di coloro con i quali si era intrapresa una trattativa contrattuale, la cui violazione è fonte di responsabilità per i pregiudizi cagionati. La teoria perseguiva proprio lo scopo di sanzionare comportamenti contrari a buona fede durante le trattative, i quali non essendo ascrivibili a un contratto vero e proprio né al sistema del fatto illecito come delineato del BGB, finivano per non essere sanzionati nemmeno in Germania e la parte fedele si ritrovava priva di tutela nelle trattative.

Successivamente, qualche decennio più tardi, lo studioso H. Stoll fu il primo a elaborare la teoria degli obblighi di protezione, che avrebbe poi dato ispirazione alla dottrina per il pieno riconoscimento della teoria in commento.²²¹ La Pandettistica tedesca ha senza dubbio avuto il pregio di valorizzare la clausola generale della

²¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., SS. UU. Ordinanza, 18 gennaio 2022, n. 1391 in *CED Cassazione*, 2022; Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, con note di Carbone, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione "ex lege" di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e Resp.*, 2016, 11, 1058-1069; La sentenza è stata oggetto di numerosi altri commenti, ad es. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *G. it.*, 2016, p. 2568 ss., SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ.*, 2016, p. 1950 ss.; IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1457 ss.; CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere Giur.*, 2016, 12, 1510-1516; RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista del notariato*, 2017, 4, pt. 2, 787-793.

²²⁰ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con note di DI CIOMMO, *Note critiche sui Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero* e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; Cfr. anche Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro It.*, 2008, 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*

²²¹ Cfr. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1932.

buona fede e di analizzare il rapporto obbligatorio in maniera più complessa, svincolandolo dal semplice obbligo reciproco di adempimento.²²²

La tesi della natura contrattuale della responsabilità per violazione del dovere di buona fede²²³, infatti, valorizza il legame che si instaura tra le parti per via delle trattative. Secondo questa teoria, tali soggetti non possono considerarsi tra loro degli estranei, legati solo dal generico vincolo del *neminem laedere*, poiché è riscontrabile fra loro un rapporto assimilabile a quello contrattuale, nascente da un fatto giuridico produttivo di obbligazioni, ovvero il sopraccitato “contatto sociale”. Il contatto sociale è una categoria giurisprudenziale, una relazione priva di fonte contrattuale che intercorre tra due soggetti, un privato e un soggetto qualificato. Il privato fa affidamento nell’adempimento di un dovere di diligenza gravante sul soggetto qualificato, il quale, in ragione delle sue competenze tecniche e professionali, è tenuto a raggiungere lo scopo che le parti intendono perseguire. Tale schema può applicarsi anche ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione, essendo quest’ultima un soggetto qualificato a cui il privato ripone legittimamente il proprio affidamento.

Più precisamente il “contatto sociale” è, secondo l’impostazione più accreditata in giurisprudenza, qualificabile come un fatto giuridico che, ai sensi della disposizione finale dell’art. 1173 c.c., è in grado di produrre effetti obbligatori diretti e quindi

²²² In Germania, prima dell’entrata in vigore del BGB, nel dibattito prevaleva la concezione soggettiva o psicologica della buona fede, quale ignoranza di ledere l’altrui diritto, rispetto a quella oggettiva della buona fede quale regola di correttezza. Quando il principio della *bona fides* fa il suo ingresso nel BGB del 1900, il suo potenziale fondamentale non viene subito avvertito dagli studiosi ed esso non sembra scalfire la rigidità del testo e la tecnicità del suo impianto di fondo. Due sono i paragrafi del codice dedicati alla buona fede oggettiva (*Treu und Glauben*): il par. 157, a norma del quale i contratti devono essere interpretati in conformità alla buona fede, tenendo conto degli usi del traffico, e il par. 242 che impone al debitore di eseguire la prestazione in buona fede, anche qui, in considerazione degli usi del traffico.

Cfr. in particolare EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen, 1950.

²²³ Sul punto si vedano i contributi di: GALGANO, *Trattato di diritto civile - vol 2*, Cedam, 2014. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1265-1274; MENGONI, *Sulla natura del responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, “contrattuale”?*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 283 e ss; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, introduzioni di PERLINGIERI - FESTI – Riproduzione anastatica, Napoli, 2012 (Riproduzione dell’edizione: Milano, 1963); TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006; MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, vol. I, Padova, 2009.

collocabili nell'alveo della responsabilità per inadempimento *ex art. 1218 c.c.*²²⁴ Le obbligazioni derivanti da tipologie di rapporti vengono definite in dottrina come “obbligazioni di protezione”, in cui non sussiste una prestazione in senso tecnico, ma un dovere di tutela degli interessi della controparte del contratto²²⁵.

Attenzione però: non tutti i legami sociali possono essere annessi nella categoria in commento, in quanto il contatto sociale deve anche essere “qualificato”: qualificato sia dallo scopo che le parti intendono perseguire (es. un contratto, una consulenza, una prestazione medica) che dalla particolare professionalità del soggetto contraente.²²⁶

Codesto “contatto” diventa, per così dire, il *passpartout* che permette di unificare fattispecie diverse di responsabilità, a partire dall'incidente scolastico occorso all'alunno, per finire alla responsabilità del medico dipendente da una casa di cura e alla pubblica amministrazione, che qui più ci interessa²²⁷.

Infatti, la Corte di Cassazione ha recentemente stabilito che nell'ipotesi di un contratto di appalto pubblico, divenuto inefficace per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte dell'organo di controllo, la P.A. è tenuta al risarcimento del danno per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario, e ha

²²⁴ Vedi FRATINI, *op. cit.*

²²⁵ Per approfondire, si veda Cass., 12 luglio 2016 n.14188 in *Dir. e giustizia*, 2016, 32, 4, nella quale si dice che la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., “*Deve essere inquadrata nella “responsabilità di tipo contrattuale da contatto sociale qualificato” inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell’art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.*”.

²²⁶ Ci si riferisce a chi esercita, ad esempio, un'attività professionale “protetta” o a maggior ragione a chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost., rispetto ai quali il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

²²⁷ DI MAJO, *Il contatto sociale - La culpa in contraendo tra contratto e torto* in *Giur. It.*, 2016, 12, 2565. Si tenga presente che questa teoria è stata oggetto anche di diverse critiche. A criticarla è stato dapprima ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del ‘contatto sociale’)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 92 ss., riprendendo la discussione tedesca e notando come in tale sistema giuridico non si sia mai accolta l'idea di contatto sociale fonte di obblighi di protezione. Del medesimo Autore è opportuno menzionare anche *Contatto sociale e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *juscivile*, 2017, 185 ss; nonché DI MAJO, *Giustizia e ‘materializzazione’ nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra [regole di] fattispecie e [regole di] procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 814 ss.

etichettato tale responsabilità come "da contatto qualificato"²²⁸, assimilabile anche se non coincidente con quella di tipo contrattuale, in quanto derivante dalla violazione da parte dell'amministrazione dei doveri di buona fede, di protezione e di informazione che hanno comportato la lesione dell'affidamento incolpevole del privato sulla regolarità e legittimità dell'aggiudicazione²²⁹.

Il fatto di catalogare la responsabilità precontrattuale pubblica come una responsabilità contrattuale determina numerosi vantaggi per la controparte privata, sia processuali che sostanziali.

Prima di tutto la prescrizione: come è noto, una delle maggiori differenze tra responsabilità contrattuale e aquiliana riposa nel fatto che nel primo caso vige l'ordinario termine di prescrizione decennale, nel secondo caso il termine di prescrizione è fissato in cinque anni²³⁰.

Ulteriore divergenza attiene alla costituzione in mora: se il soggetto responsabile per fatto illecito è in mora a prescindere dalla formale intimazione o dalla richiesta scritta, data l'operatività dell'art. 1219, comma 2, c.c., così non è per la responsabilità contrattuale, in cui la mora *ex persona* costituisce la regola e le ipotesi di mora *ex re* l'eccezione.

Un'altra rilevante differenza consiste nel fatto che, nel caso della responsabilità aquiliana, il danneggiato che intende agire per il soddisfacimento del proprio interesse ha l'onere di provare di aver subito un danno ingiusto e che tale danno è stato causato da un comportamento doloso o colposo.

Nel caso della responsabilità contrattuale, invece, gli oneri probatori a carico dell'attore sono più ridotti. Basterà infatti all'attore provare l'avvenuto

²²⁸ Nello stesso ordine di idee, si colloca, peraltro, anche una decisione della Corte di Giustizia, in materia di determinazione delle competenze giurisdizionali ex articolo 5, punto 1, della Convenzione del 27 settembre 1968, nella quale si afferma, a chiare lettere, che costituisce materia contrattuale ogni relazione giuridicamente rilevante tra due parti, ossia un "obbligo liberamente assunto" da una parte nei confronti dell'altra, pure in assenza di un formale atto negoziale. Per approfondire, si veda: C.G.U.E., sent. 17 giugno 1992, C- 261/91, *Handte*.

²²⁹ Vedi Cass., 27 ottobre 2017, n. 25644 in *Foro it.*, 2018, I, 998

²³⁰ Secondo i giudici ne consegue, pertanto, l'applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c., che decorre dalla data dell'illecito e che è da considerarsi interrotto a seguito dell'impugnazione da parte del privato dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo, purché la P.A., chiamata a risarcire il danno, sia stata parte del processo amministrativo.

inadempimento e a questo punto l'onere della prova sarà invertito, in quanto spetterà al debitore convenuto dimostrare che in concreto l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da una causa a lui non imputabile.

In ambito amministrativo, questa riduzione del carico probatorio è risultata fondamentale, poiché è veramente difficile immaginare un caso in cui l'amministrazione abbia agito con dolo o colpa per la stipula di un contratto al quale è preposta per la realizzazione dell'interesse pubblico²³¹. Inoltre, altro nodo problematico della tesi aquiliana - che verrebbe sciolto dalla tesi contrattuale - riguarda il problema della riferibilità dell'elemento soggettivo dell'illecito. In particolare bisogna distinguere a seconda che esso debba essere riferito alla p.a. come apparato o piuttosto al soggetto che ha in concreto agito, secondo un modello di tipo organico²³².

Ultime ma non per importanza risultano le differenze in punto di danno risarcibile. L'art. 1225 c.c., che opera per il caso di inadempimento, esclude la risarcibilità dei danni non prevedibili nel momento in cui è sorta l'obbligazione, ammettendo un'eccezione solo per l'inadempimento doloso. Al contrario, la disciplina della responsabilità aquiliana non richiama l'art. 1225 c.c. e, quindi, ammette la risarcibilità del danno che non fosse prevedibile nel momento in cui l'illecito è stato commesso, indipendentemente dal dolo.

Sul piano critico può allora rilevarsi che la tesi del contatto sociale risponde all'esigenza di assicurare una più efficace tutela, con particolare riferimento al regime dell'onere della prova e al più lungo termine di prescrizione; essa, al contempo, ha

²³¹ Si veda Cons. St., 3 aprile 2018, n. 2056, in *Massima redazionale*, 2018 secondo cui "Perché l'attività illegittima della pubblica amministrazione sia ascrivibile a colpa è necessario che la stessa sia stata posta in essere in un quadro di riferimento normativo, giuridico e fattuale tale da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo agente, in altre parole occorre che quest'ultimo nell'assumere l'atto viziato abbia agito in spregio alle regole di correttezza, imparzialità e buona fede, mentre la colpa, e conseguentemente la responsabilità, deve essere negata quando l'indagine conduce a riconoscere che l'attività è frutto di un errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per la incertezza del quadro normativo di riferimento, o per la peculiarità delle circostanze di fatto".

²³² Come chiarisce autorevole dottrina, il perimetro della responsabilità della pubblica amministrazione è più ampio di quello della responsabilità del dipendente. Infatti, la responsabilità di quest'ultimo per danni provocati nell'esercizio delle sue funzioni è limitata ai casi di dolo e colpa grave (art. 23 T.U. sugli impiegati civili dello stato). In caso di colpa lieve, l'azione risarcitoria può essere proposta solo nei confronti dell'amministrazione. Si veda CLARICH, *op. cit.*

l'effetto di delimitare l'area del risarcibile, con riferimento al solo danno che sia conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento.

E mentre nella concezione della responsabilità aquiliana il presupposto per la tutela risarcitoria è rappresentato dalla lesione dell'interesse a un bene della vita meritevole di tutela al quale l'interesse legittimo si correla, nella tesi del contatto sociale qualificato il presupposto è l'inadempimento degli obblighi nascenti dal contatto che, essendo per l'appunto qualificato, ha ingenerato l'affidamento. Nella ricostruzione della teoria del contatto sociale qualificato si ha, pertanto, una indifferenza nei confronti del bene della vita poiché è la violazione stessa dell'obbligo imposto alla amministrazione a configurare la responsabilità, indipendentemente dalla produzione del bene della vita cui aspira il privato. La responsabilità discenderebbe semplicemente dall'affidamento ingenerato nel privato nella legittimità dell'azione amministrativa. La teoria ha il pregio di consentire così il risarcimento del danno da parte dell'amministrazione, in favore del soggetto destinatario di un provvedimento lesivo, anche a prescindere dal giudizio prognostico sull'effettiva spettanza del bene della vita, essendo questa una conseguenza della sola violazione dell'obbligo di correttezza nel rapporto con il cittadino.²³³

Del tutto minoritaria è invece la tesi del *tertium genus*, ossia di una responsabilità non assimilabile né a quella contrattuale né a quella aquiliana, ma costituente un genere del tutto autonomo²³⁴.

²³³ Va ricordato che nel nostro ordinamento la teoria degli obblighi di protezione è stata criticata nei fondamenti anche da una parte della dottrina, contraria ad attribuire un ruolo autonomo agli obblighi di protezione: secondo la tesi tradizionale le lesioni di interessi diversi rispetto a quelli dedotti in obbligazione, verificati in occasione della esecuzione del rapporto contrattuale, vengono ricondotte nella clausola generale dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043. Cfr. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, 93-94, in cui viene rilevato che al "debitore non si richiede semplicemente un comportamento improntato a correttezza, ma un comportamento obiettivamente adeguato ad evitare l'evento dannoso, cioè un comportamento diligente. Tale comportamento, inoltre, fa parte della prestazione dovuta, senza che si debbano costruire artificialmente altri obblighi del debitore" Secondo tale dottrina la elaborazione degli obblighi di protezione, allo scopo di estendere la tutela contrattuale ad interessi che non hanno formato oggetto dell'obbligazione, non avrebbe senso per il nostro sistema giuridico, in quanto ciò che fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta viene ricondotta nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.)

²³⁴ L'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'ambito di un *tertium genus* di responsabilità, estranea alla *summa divisio* (contrattuale ed extracontrattuale), è opera di una dottrina oggi minoritaria, avente origini risalenti al periodo novecentesco. Sul punto si veda RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, p. 142 e ss.; FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, in MERUZZI, op. cit., p. 782

La teoria della natura autonoma o addirittura ibrida di questa forma di responsabilità è stata oggetto di numerose critiche, non essendo questa teoria accreditata a livello normativo.

Ed invero, ad eccezione dell'art. 1337 c.c., non è presente alcuna disposizione nel codice civile che tratti in modo autonomo la responsabilità precontrattuale. Anzi, è proprio l'inesistenza di una previsione normativa, atta ad individuare il *modus operandi* di questa eventuale terza forma di responsabilità, a far comprendere che non era nell'intenzione del legislatore dettare un'autonoma forma di responsabilità, slegata dalle due discipline principali²³⁵. *A fortiori*, gli stessi sostenitori della teoria del *tertium genus* concludono che la disciplina della *culpa in contrahendo* debba essere desunta in via analogica da quella relativa alla responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale, negando pertanto in modo indiretto l'autonomia dogmatica di quest'ultima teoria.

Pertanto, volendo concludere questa prima questione, reputo che l'interprete oltre a prendere atto della netta discordanza d'opinioni esistente in giurisprudenza, dovrebbe anche valutare i *pro* e i *contro* di ambedue queste teorie applicate nel caso in cui una parte del rapporto sia l'amministrazione. Personalmente, ritengo che la natura della responsabilità precontrattuale debba anche fare i conti, oggi, con l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale, che ha progressivamente eroso i confini della responsabilità civile²³⁶ e ha sancito il definitivo tramonto della concezione monofunzionale di tale responsabilità. La Suprema Corte ha infatti riconosciuto che, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria della responsabilità civile, è emersa una nuova finalità avente natura polifunzionale, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva.

In un tale contesto, anche i caratteri della responsabilità precontrattuale mutano. Se, come vedremo, il risarcimento dell'interesse contrattuale negativo mira a rimettere la situazione del danneggiato nello *status quo ante* dell'infruttuosa trattativa, in pieno

²³⁵ VISINTINI, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 372.

²³⁶ Si veda ad esempio in tema di danni punitivi, Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1365.

rispetto del principio indennitario, allora la natura contrattuale pare la soluzione più idonea perché è ontologicamente portata ad avere finalità ripristinatoria, mentre la responsabilità aquiliana si apre con maggiore facilità ai nuovi fronti sanzionatori.

Inoltre, è stato registrato che gli stessi confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale hanno iniziato a assottigliarsi. Infatti, nonostante tale apparente netta distinzione, i fautori della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità dell’Amministrazione hanno evidenziato che l’ordinamento crea una pluralità di occasioni, attraverso norme speciali, nelle quali determinate fattispecie non sono facilmente riconducibili nell’una o nell’altra ipotesi²³⁷.

Sotto tale profilo, vengono in evidenza tutte quelle situazioni nelle quali, pur in assenza di uno specifico legame contrattuale, le parti entrano in contatto fra loro e danno vita a un rapporto di reciproco affidamento, cosicché risulterebbe obiettivamente forzato continuare a definirle come “estraneae” e fondare la loro responsabilità sul paradigma tradizionale del 2043 c.c.

6. QUESTIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI: LE TECNICHE RISARCITORIE DEL DANNO PRECONTRATTUALE E IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE.

Una volta accertata la sussistenza della responsabilità della p.a., l’obbligazione risarcitoria potrà essere adempiuta attraverso i due tipi di risarcimento del danno previsti dal codice civile: il risarcimento per equivalente e quello in forma specifica.

Abbiamo però già appurato che il danno precontrattuale presuppone una forma di risarcimento ulteriormente diversa, poiché la sua quantificazione è circoscritta all’interesse contrattuale negativo²³⁸. Trovo utile riportare le parole di Gallo per comprendere la portata della distinzione tra l’interesse contrattuale positivo e negativo “mentre l’interesse negativo guarda al passato ed è finalizzato a porre i contraenti nella medesima posizione in cui si sarebbero trovati se non avessero mai instaurato le trattative, l’interesse positivo guarda al futuro ed è finalizzato a porre le

²³⁷ VISINTINI, *La Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1988.

²³⁸ Il cosiddetto: *id quod interest contractum initum non fuisse*, frutto di un orientamento costante e consolidato della giurisprudenza.

parti nella stessa posizione in cui si sarebbero trovate se il contratto fosse stato regolarmente eseguito.”²³⁹

Visto così, il risarcimento dell’interesse contrattuale negativo potrebbe assomigliare a una forma di risarcimento in forma specifica, dato che, entrambe queste forme di risarcimento mirano a rimettere la situazione del danneggiato nello *status quo ante*, ovvero hanno come obiettivo la ricostruzione dello stato delle cose a come erano prima dell’evento danno²⁴⁰. Infatti, il contraente fedele, leso nel suo affidamento durante le trattative contrattuali, viene integralmente risarcito e posto nella condizione di tornare nel mercato come se quelle infruttuose trattative non ci fossero mai state.

Tuttavia, le conseguenze del danno vengono di fatto eliminate attraverso la dazione di una somma di denaro e per questo, secondo una certa dottrina, tale forma di risarcimento costituisce a tutti gli effetti una forma di risarcimento per equivalente.²⁴¹ Ciò che è certo, è che l’interesse contrattuale negativo²⁴² consiste nel danno subito a causa della infruttuosa contrattazione e non nel guadagno che il contraente non ha ottenuto per la mancata conclusione del contratto.²⁴³ Vengono infatti in rilievo le perdite economiche derivate dall’aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e i mancati guadagni conseguenti ad altre occasioni contrattuali perdute.

²³⁹ GALLO, *Responsabilità precontrattuale - il quantum nella responsabilità precontrattuale*, in *Giur. It.*, 2022, 5, 1084 .

²⁴⁰ Cfr.

²⁴¹ FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè, 2010, sottolinea che “È materialmente impossibile concedere un risarcimento in natura, poiché è la particolare fenomenologia del danno che non si presta a essere risarcito se non per equivalente”. GALLO, in *Responsabilità precontrattuale - il quantum nella responsabilità precontrattuale*, richiama invece la disciplina dell’art. 2932 c.c., la quale, prevedendo l’esecuzione forzata dell’obbligo di contrarre, costituirebbe essa stessa un’ipotesi di risarcimento in forma specifica di un contratto concludendo, che potrebbe applicarsi anche al caso della scorrettezza nelle trattative. Ammette invece il risarcimento per equivalente: Cons. di St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Dir. e Giust.*, 2005, 39.

²⁴² La tesi dell’interesse contrattuale negativo fu ricostruita da BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contratto e Impr.*, 1987, 304 ss.

²⁴³ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Cedam, 2015. Non può dunque, in questo caso, essere riconosciuto un risarcimento per il pregiudizio connesso alla perdita dei vantaggi che si sarebbero conseguiti se il contratto fosse stato stipulato (il cd. interesse positivo).

Da questo punto di vista, la giurisprudenza ha anche ammesso il risarcimento della perdita di *chance*, il quale si differenzia dal concetto di lucro cessante per ragioni molto sottili. Senza pretesa di completezza, è stato ritenuto che la perdita di *chance* si differenzi dal lucro cessante solo per la maggiore incertezza circa la spettanza del bene colpito dal pregiudizio.²⁴⁴ Un'altra parte degli interpreti, in particolare sul fronte amministrativo, sostiene invece l'argomento opposto, ovvero che il risarcimento da perdita di *chance* sarebbe condizionato dalla prova della sussistenza di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato illegittimamente dall'amministrazione.²⁴⁵ È stato infatti sottolineato che per il risarcimento da perdita di *chance*, l'operatore leso debba dimostrare in concreto le occasioni di guadagno alternative che avrebbe potuto avere in assenza delle trattative infruttuose, "indicandole e comprovandone la concreta praticabilità in vista del conseguimento del rivendicato ristoro sostitutivo".²⁴⁶

Vista la sottigliezza della differenza e la diversità delle vedute, la giurisprudenza prevalente ha preferito aderire all'impostazione dottrinale che qualifica la *chance* in termini di danno emergente, ove la *chance* non viene intesa come un'occasione persa, ma come un bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto, la cui lesione ha

²⁴⁴ Cass., ord. 29 aprile 2022, n. 13514, nella quale i giudici sottolineano il principio di alternatività tra lucro cessante e perdita di *chance*, sostenendo che "il danneggiato, cioè, deve scegliere se provare di aver perduto un reddito futuro che molto verosimilmente avrebbe percepito, e allora si parla di risarcimento del lucro cessante, oppure, non adducendo questa prova, gli può spettare il risarcimento del danno da perdita di *chance*, sempre ovviamente che sia dimostrata la serietà della possibilità di conseguire il risultato."

²⁴⁵ "La risarcibilità del danno da perdita di *chance* è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata." V. Cons. St., 1 ottobre 2015, n. 4592, in Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559 in *Gazzetta forense* 2016, 139.

²⁴⁶ Cit. da Cons. St., 2 aprile 2019, n. 2181 in *Foro amm.*, 2019, 630.

generato la perdita di una prospettiva favorevole e non ha determinato, quindi, un mancato guadagno.²⁴⁷

Sul piano del risarcimento per le occasioni favorevoli perdute, si riscontrano inoltre non pochi dissidi in ordine all'onere della prova. Secondo un primo orientamento, il mancato utile è riconoscibile solo all'impresa che dimostri di non aver potuto accettare altre offerte o di concorrere a gare nell'ambito delle quali la prospettiva di vittoria sarebbe stata molto alta, e ciò a causa della destinazione di tutto patrimonio aziendale all'opera per cui era in trattativa.²⁴⁸

Secondo un diverso indirizzo, la perdita di *chance* può essere valutata attraverso un criterio presuntivo, in quanto "l'onere probatorio relativo alla perdita di *chance* è più attenuato rispetto a quello richiesto ove si lamenti di non avere conseguito il bene della vita".²⁴⁹ Tale criterio è poi calcolato nella misura di un decimo dell'ammontare

²⁴⁷ Distinguono concettualmente il danno da perdita di *chance* dal lucro cessante, Cass. Civ. 13 ottobre 2016, n. 20630, in *Arch. circolaz.*, 2016, 946; Cass. Civ., Sez. trib., 7 febbraio 2019, n. 3632, in *Vita not.*, 2019, 263; Cass. Civ., Sez. trib., 12 ottobre 2018, n. 25471, in *Mass. Foro it.*, Rv. 650718-01.

Qualifica la *chance* in termini di danno emergente: Cass. 14 marzo 2017, n. 6488, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Danni civili*, 76; Cass. 25 maggio 2007, n. 12243, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 1031; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Arch. giur. circolaz.*, 2005, 827; Cass. 8 maggio 2007, n. 14820, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, 1123; Cass., SS.UU., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Danno e Resp.*, 2009, 1033; Cass. 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155; Cass. 18 gennaio 2006, n. 852, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 862; Cass. 18 marzo 2003, n. 3999, in *Giur. it.*, 2003, 1783.

In dottrina, MESSINA, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo - il commento*, in *Danno e Resp.*, 2018, 3, 335; FRANZONI, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?* in *Danno e Resp.*, 2021, 5, 605, il quale affronta il tema soffermandosi nella difficile questione circa considerare la *chance* come sottocategoria riconducibile al danno emergente o al lucro cessante. Su questo ultimo punto, la giurisprudenza sancisce, in particolare, la evaporazione della distinzione tra *chance* ontologica - qualificazione, per lo più, adottata da chi riconduce la *chance* al danno emergente - e *chance* eziologica - che fa perno sul lucro cessante - giudicandola foriera di confusione concettuale ed applicativa, confermando il rilievo centrale della relazione tra la possibilità andata perduta ed il risultato finale precluso. Cfr. Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, I, 187, con nota di TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*, in *Foro it.*, 2020, 197, 1. In particolare, i giudici definiscono la *chance* "una fattispecie a consistenza variabile, che non può apprezzarsi in maniera concettualmente distinta dal risultato finale, poiché la condotta dell'agente è pur sempre destinata a rilevare sul piano della lesione del diritto... cui appare riconducibile pur se in una diversa accezione, che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico, meritevole di ricevere un'autonoma considerazione."

²⁴⁸ A questo proposito, Corte giust. amm. Sicilia, 25 gennaio 2011, n. 83, in *Foro Amm.*, 2011, 1, p. 318 ss; Cons. di St., 11 gennaio 2010, n. 20, in *Riv. Giur. Edil.*, 2010, 3, I, 954.

²⁴⁹ Cfr. Cass., 26 gennaio 2022, n. 2261 in *Ced Cass. civ.*, rv. 663862-01; Cass. civ. Sez. lavoro, 29 maggio 2018, n. 13483 in *Repertorio Foro Italiano 2018, Lavoro (collocamento e mobilità della mano d'opera)*, n.° 21.

dell'offerta²⁵⁰. Quest'ultima soluzione in realtà è stata oggetto di varie critiche perché la prova del danno, per sua ontologica natura, necessita ineluttabilmente di circostanze di fatto precise. Si esige allora la dimostrazione della percentuale dell'utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria²⁵¹. La questione si sposta quindi dal piano della certezza a quello della "probabilità", espressa in termini percentualistici, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*

Sempre in materia di onere della prova e di diritto al risarcimento, si potrebbe anche esaminare la questione circa la necessità o meno di impugnare in via pregiudiziale il provvedimento illegittimo che ha causato, o concorso nel causare, la rottura delle trattative. Questo è il caso che configura la responsabilità precontrattuale cd. "spuria", espressione con la quale si designa l'obbligazione risarcitoria avente ad oggetto i danni cagionati dall'adozione di un provvedimento illegittimo durante la fase procedimentale di evidenza pubblica (cd. responsabilità "da provvedimento illegittimo precontrattuale")²⁵².

In caso di responsabilità precontrattuale "spuria", pertanto "viene in giuoco un illegittimo provvedimento preclusivo del conseguimento del bene della vita dato dall'aggiudicazione e conseguente pattuizione"²⁵³, perciò, a differenza della responsabilità precontrattuale "pura", che si può ritenere una responsabilità da mero comportamento, in quella "spuria" sussiste anche la presenza di un provvedimento la cui illegittimità presenta ricadute sul piano delle trattative precontrattuali. In tal caso,

²⁵⁰ Cons. di St., 12 febbraio 2008, n. 491, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, 465; Cons. di St., 28 aprile 2006, n. 2408, *ivi*, 2006, 4, 1175.

²⁵¹ In tal senso, Cons. di Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1, 137 Cons. di Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, in *Foro It.*, 2009, 6, III, 309

²⁵² CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustiziaamministrativa.it; INGEGNATTI, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici - sui presupposti fondanti la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, in *Giur. It.*, 2022, 3, 705; AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Corriere Giur.*, 2016, 1, 56; Cons. Stato Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674 in *Quotidiano Giuridico*, 2014; Cass. civ., 03 luglio 2014, n. 15260, in *Foro It.*, 2015, 2, 1, 643; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 28 febbraio 2020, n. 939.

²⁵³ CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, cit.

la fonte del danno cagionato al privato non è la violazione della regola della buona fede precontrattuale, ma il cattivo uso del potere pubblico, cioè l'illegittimità dell'atto amministrativo.

Pertanto, alla domanda se è onere del privato impugnare previamente il provvedimento in commento, la risposta è oggi senza dubbio negativa.²⁵⁴

Anche ad avviso di chi scrive, infatti, sussiste una separazione concettuale e giuridica tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta, distinzione che si traduce in una mancanza di consequenzialità della prima rispetto alla seconda e viceversa.

²⁵⁴ Sulla “pregiudiziale amministrativa” ci fu un notevole dibattito tra le Sezioni Unite della Cassazione e l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Le SS. UU., con le ordinanze n. 13659 del 12 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 3181 e n. 13660 del 13 giugno 2006, in *Corriere del Merito*, 2008, 1, 119, con nota di DI MAJO, MADDALENA, negarono con viva la sua sussistenza, affermando che “1) non vi è alcun nesso inscindibile, desumibile da norme di legge o dal quadro costituzionale, tra la tutela di annullamento e tutela risarcitoria rispetto ai provvedimenti amministrativi illegittimi; 2) in un sistema in cui al cittadino sono riconosciuti sia la tutela di annullamento sia la tutela risarcitoria contro l’esercizio illegittimo del potere amministrativo, non necessariamente le due forme di tutela devono essere spese entrambe; 3) ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento del danno dal previo annullamento dell’atto dannoso significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* (rifiuto di tutela per chi esercita il diritto con colpevole ritardo) amministrativa tutta italiana; 4) l’azione per il risarcimento dei danni può essere proposta, entro il termine di prescrizione, anche in caso di omessa impugnazione del provvedimento amministrativo illegittimo che ha causato i danni; 5) l’eventuale rifiuto del giudice amministrativo, cui spetta la giurisdizione sul risarcimento del danno, di decidere sulla domanda risarcitoria in assenza di quella demolitoria del provvedimento, costituisce rifiuto di esercitare una giurisdizione che gli appartiene ed è, pertanto, sindacabile dalla Corte di Cassazione.” A questa forte presa di posizione, i Giudici di Palazzo Spada, Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 253, con nota di DI MAJO, PELLEGRINO, ribatterono con tono polemico che, essenzialmente, la Corte di Cassazione non poteva arrogarsi il potere di imporre al giudice amministrativo il contenuto delle proprie sentenze.

Nello scontro tra i due massimi organi della giustizia civile ed amministrativa sono intervenuti, ultimamente, il legislatore comunitario e quello nazionale.

Con il nuovo codice del processo amministrativo, entrato in vigore nel settembre dello scorso anno, è stata infatti definitivamente sancita la possibilità di proporre – in caso di cattivo esercizio del potere amministrativo - un’azione risarcitoria autonoma. L’art. 30 del decreto legislativo n. 104/2010 prevede, infatti, in proposito, che: “l’azione di risarcimento del danno è proposta nel termine di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto s’è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva immediatamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti ed esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’impugnazione nei termini di decadenza, degli atti amministrativi illegittimi”.

Prima della normativa, si veda anche GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 124 – 125., il quale rilevando che anche nell’ipotesi in cui la sussistenza di un comportamento scorretto si desuma dalla violazione delle norme di azione che disciplinano il procedimento amministrativo di scelta del contraente, non sussiste alcuna ragione logico-giuridica in ragione della quale il privato abbia l’onere di impugnare in via pregiudiziale e vittoriosamente l’atto amministrativo illegittimo.

Ciò, tuttavia, non significa che la previa impugnazione degli atti amministrativi illegittimi non sia utile ed opportuna ai fini del giudizio sulla responsabilità precontrattuale, potendo costituire l'illegittimità dell'atto amministrativo circostanza rilevante in ordine alla sussistenza dell'illecito precontrattuale.

In materia di onere della prova è intervenuta anche la già citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018. Tale sentenza, dopo aver riconosciuto la più ampia portata degli obblighi di buona fede e correttezza anche a prescindere - come abbiamo visto - dalla presenza di un provvedimento d'aggiudicazione definitivo, ha chiarito quali siano i requisiti necessari per l'insorgere di questa responsabilità e soprattutto come è ripartito l'onere della prova. Infatti, oltre ad aver precisato che l'affidamento incolpevole debba risultare leso da una condotta che sia oggettivamente contraria a correttezza e lealtà e che tale scorrettezza oggettiva sia imputabile in termini di colpa o dolo alla p.a., ha precisato che il privato debba provare sia il danno evento che il danno conseguenza²⁵⁵, nonché i relativi rapporti di causalità tra tali danni.²⁵⁶ Come si vede, gli elementi richiesti sono quelli propri dell'illecito aquiliano. Infatti, il dibattito giurisprudenziale relativo all'inquadramento dogmatico della responsabilità precontrattuale, porta con sé tutte le implicazioni pratiche in tema di onere probatorio, danno risarcibile, termine di prescrizione ed anche in merito al riparto di giurisdizione, di cui ci occuperemo poco più avanti. Sul punto, abbiamo già visto *supra* che la giurisprudenza è nettamente divisa, e se si preferisce accogliere la

²⁵⁵ Il danno evento è costituito dalla lesione della libertà di autodeterminazione negoziale, mentre il danno conseguenza riguarda le perdite subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate.

²⁵⁶ “Occorre, dunque, che il privato dimostri che il comportamento scorretto dell'amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del “più probabile che non”, la *condicio sine qua non* della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata correttamente.”

tesi della Cassazione²⁵⁷, si sa che l'onere della prova è invertito, il tempo prescrizione è più lungo e non è richiesta la prova dell'elemento soggettivo.

Si può aggiungere da ultimo che, in materia precontrattuale, è stato riconosciuto anche il diritto al risarcimento delle spese sostenute durante e ai fini dello svolgimento delle trattative precontrattuali (si pensi alle spese relative a un viaggio, allo studio o alla ricerca)²⁵⁸. Tuttavia, ai fini della selezione delle spese rimborsabili appare necessario effettuare un controllo di congruità in base alla teoria del danno evitabile²⁵⁹, con conseguente irrisarcibilità delle spese eccessive o che avrebbero comunque potuto essere evitate con l'ordinaria diligenza.²⁶⁰

Una disciplina diversa è invece prevista per i danni da mancata aggiudicazione, i quali sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto che l'impresa avrebbe potuto ricavare dal contratto, oltre che nel danno cd. curriculare, ovvero un danno all'immagine commerciale della società, causato dal mancato

²⁵⁷ La sentenza che affronta il tema in modo esauriente e che ha avuto accoglimento anche dalle successive, resta Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corriere Giur.*, 2016, 12, 1504 nota di CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, id.; si vedano ad esempio Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Foro it.*, *Le banche dati, archivio Cassazione civile*; da ultimo, Cass., sez. un., 2 febbraio 2022, n. 3099, *ForoPlus*. In dottrina ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 3, 2017, 1128; D'ONOFRIO, *La responsabilità da «contatto sociale» della p.a.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2021, 1350; MANFREDONIA, *Il contatto sociale qualificato tra pubblica amministrazione e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 975; PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: «cuius commoda eius et incommoda»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1193; SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corriere giur.*, 2020, 1033.

Sembrano invero uscire fuori dal coro le massime desunte da Cass. 29 maggio 2017, n. 13454, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Giustizia amministrativa*, n. 130; Cass. 21 aprile 2016, n. 8057, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Responsabilità civile*, n. 95.

²⁵⁸ TAR Sicilia, Catania, 11 luglio 2013, n. 2005.

²⁵⁹ La teoria del danno evitabile prende le mosse dall'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui "Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza."

²⁶⁰ Cfr. GALLO, *Responsabilità precontrattuale - il quantum nella responsabilità precontrattuale*, cit.

arricchimento del suo *curriculum* per non aver potuto inserire la sperata esecuzione dell'appalto.²⁶¹

Il codice del processo amministrativo, comunque, prevede in materia di danno da mancata aggiudicazione una precisa disciplina all'art. 124, che si occupa di regolare da un lato la tutela in forma specifica, mediante il c.d. "subentro" nel contratto previa declaratoria di inefficacia dello stesso, e dall'altro la tutela per equivalente, ricalcando sostanzialmente il modello indicato dall'art. 2058 c.c.

Tra queste due ipotesi, il caso più semplice si verifica ad esempio quando, durante i 35 giorni sospensivi di *stand still*, l'impresa non aggiudicataria proponga ricorso e vinca il processo. In tale caso, proprio perché il contratto non è ancora stato stipulato, si può garantire all'impresa vittoriosa una tutela in forma specifica senza eccessiva compromissione dell'interesse pubblico come, invece, accadrebbe se fosse accolta l'istanza di sospensione dell'aggiudicazione con il contratto già stipulato e l'esecuzione avviata.²⁶²

La questione si fa naturalmente più complessa se è già intervenuta la stipula del contratto con l'illegittimo aggiudicatario. In questo caso si possono profilare due diverse situazioni: se il giudice ritiene di non dichiarare l'inefficacia del contratto, allora potrà disporre a favore dell'impresa ricorrente solo il risarcimento del danno per equivalente, onerando quest'ultima di dimostrare "la percentuale dell'utile che avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, e il mancato utile per non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti fermi in vista dell'aggiudicazione della gara."²⁶³

²⁶¹ Cons. giust. amm. Sicilia, 15 aprile 2022, n. 483, in *Massima redazionale*, 2022; Cons. St., 23 agosto 2019, n. 5803, in *Massima redazionale*, 2019; In dottrina, sul danno cd. curricolare si veda il contributo di AGLIOCCHI, *Le voci di risarcimento del danno nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in BENACCHIO - COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 529. Più in generale, sul danno da mancata aggiudicazione, INGEGNATTI, *Percorsi di giurisprudenza - i criteri di determinazione del danno nel giudizio amministrativo*, in *Giur. It.*, 2020, 2, 449.

²⁶² Cons. St., 9 settembre 2020, n. 5420 in *Gazzetta forense* 2020, 813.

²⁶³ Cfr. GIRGENTI - SPAGNOLO, *La responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione*, Milano, 2016, 175 e 226.

Qualora invece il giudice dichiarasse l'inefficacia del contratto²⁶⁴, e ricorressero ambedue i presupposti della non eccessiva onerosità per il debitore e della esplicita richiesta da parte del soggetto interessato²⁶⁵, può disporre la reintegrazione in forma specifica, ovvero fare subentrare l'impresa nel contratto.

Si tenga comunque presente che il rapporto tra la tutela mediante reintegrazione in forma specifica e la tutela mediante risarcimento per equivalente si sviluppa con una "pregiudizialità sostanziale" della prima rispetto alla seconda: ciò comporta che la tutela in forma specifica assume un carattere "principale", mentre la tutela per equivalente assume un carattere di tipo "sussidiario".

Giunto questo punto passerei ora alla questione processuale, ovvero al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nell'ambito del giudizio avente ad oggetto la responsabilità precontrattuale.

Come ho poc'anzi accennato, le Sezioni Unite e l'Adunanza Plenaria sono nettamente divise.

I giudici civili sostengono con convinzione che a detenere la giurisdizione sia il giudice ordinario, in forza di diversi ordini di motivi: il primo attiene alla natura di diritto soggettivo su cui il giudice è chiamato a decidere nella domanda di risarcimento precontrattuale, che sarebbe meramente occasionata dal procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi.²⁶⁶

Il secondo motivo sui cui le Sezioni Unite fondano la loro convinzione circa la cognizione del giudice ordinario nella materia precontrattuale è basato sulla teoria del contatto sociale qualificato, su cui mi sono già soffermata nei paragrafi precedenti in tema di natura della responsabilità.

²⁶⁴ Quanto alla dichiarazione di inefficacia, il c.p.a. prevede due distinte tipologie di situazioni nelle quali il Giudice Amministrativo può trovarsi: quando sussistono i c.d. "gravi casi", ai sensi dell'art. 121 c.p.a., il giudice è obbligato a dichiarare l'inefficacia del contratto. Quando invece sussistono i c.d. "altri casi", disciplinati dal successivo art. 122 c.p.a., il giudice ha invece una mera facoltà di dichiarare l'inefficacia, rimessa alla propria valutazione discrezionale.

²⁶⁵ L'art. 2058 c.c. contempla infatti sia la necessità di una apposita istanza di parte, ricavabile dal dato letterale "il danneggiato può chiedere", sia il rispetto del criterio della non eccessività onerosità per il debitore.

²⁶⁶ Mi riferisco alla sentenza Cass., Sez. Unite Ord., 4 luglio 2017, n. 16419, in *Foro it.*, 2017, n. 118, la cui massima è stata citata nel paragrafo 2 di questo capitolo; più recentemente anche Cass., ord. 20 gennaio 2022, n. 1778, in *ForoPlus*; Cass. civ. Sez. Unite Ord., 17 giugno 2021, n. 17329, in *CED Cassazione*, 2021.

A questo proposito la Corte di Cassazione, ai precipui fini del riparto di giurisdizione con il giudice amministrativo, ha recentemente affermato che "la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come avviene in ipotesi di responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti - la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione - che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione"; dunque, viene in rilievo una "responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale"²⁶⁷

Personalmente, mi limito solo a sottolineare che concordo con quella dottrina che non ritiene necessario l'impiego di una teoria del genere, in forza dell'assunto che la buona fede oggettiva, quale principio generale dell'ordinamento, se lesa è fonte essa stessa di responsabilità.

L'Adunanza Plenaria riconosce, invece, che l'affidamento incolpevole ha un autonomo rilievo anche nel diritto amministrativo: non si tratterebbe, come invece sostenuto in più pronunce dalla Cassazione, di un diritto soggettivo autonomo, da devolvere alla cognizione del giudice ordinario, ma si collegherebbe alla fiducia che sta alla base della relazione tra amministrazione e privato e che si riferirebbe non già a un "mero comportamento", bensì al potere pubblico, nell'esercitare il quale "l'amministrazione è tenuta a osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo".²⁶⁸ Una conferma letterale di questo disposto si potrebbe trovare nell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241 del 1990: prevedendo che "i rapporti tra cittadino e amministrazione sono improntati ai principi della

²⁶⁷ Corte di cassazione civile, sez. lav., ord., 3 giugno 2022 n. 17999 in *Massima redazionale*, 2022.

²⁶⁸ Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Foro it.*, 2022, 69, 2, 3.

collaborazione e della buona fede", la norma in esame avrebbe infatti positivizzato il dovere di buona fede a carico di entrambe le parti del rapporto amministrativo. Nel definire il riparto di giurisdizione non sarebbe, perciò, più possibile limitare la rilevanza dei doveri di collaborazione e correttezza al diritto comune, con la conseguenza che la loro inosservanza da parte della amministrazione può dar vita a una lesione dell'interesse legittimo concernente "l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo".

Comunque i giudici amministrativi hanno, a sostegno della loro posizione, anche un altro riferimento letterale. Mi riferisco all'art. 133, comma 1 lett. e, c.p.a., il quale rimette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a: "procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative."

Il riferimento a "procedure di affidamento", in effetti, si presta a essere interpretato come volto a ricondurre anche il contenzioso involgente i comportamenti della stazione appaltante che danno luogo a responsabilità precontrattuale.²⁶⁹

Anche l'art. 7, comma 1, dello stesso codice presenta a mio avviso un'espressione che sembra risolvere il dibattito: "Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o *comportamenti* riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico."

²⁶⁹ Cfr. CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022; SALERNO, *Brevi riflessioni sulla responsabilità precontrattuale*, in *ildirittoamministrativo.it*; Cons. Stato, 8 novembre 2017, n. 5146, in *Massima redazionale*, 2017; T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 20/09/2021, n. 9846 in *Massima redazionale*, 2021.

Il termine “comportamenti”, che ho evidenziato col corsivo, richiama il tratto fattuale della responsabilità precontrattuale, ovvero la violazione di obblighi di comportamento.

L’Adunanza Plenaria è poi ritornata nuovamente sul tema nel 2021, con un’articolata spiegazione.²⁷⁰

Se si vuole quindi giungere a una sintetica e schematica conclusione, è opinione unanime che il danno risarcibile vada quantificato nei limiti dell’interesse contrattuale negativo. Il risarcimento da perdita di *chance* è ammesso, ma non è cumulabile con il risarcimento del lucro cessante. Le regole sull’onere della prova dipendono dalla natura che si assume abbia la responsabilità precontrattuale: aquiliana per il giudice amministrativo, contrattuale per il giudice ordinario. Il riparto di giurisdizione è tuttora una questione aperta, anche se a mio modesto avviso, i riferimenti normativi sembrano caldeggiare maggiormente la tesi amministrativa.

²⁷⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 5, 619, con nota di CONTESSA, *L’adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 5, 619.

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NEL DIBATTITO SULLE TUTELE DI SETTORE

Sommario: 1. Dalla concezione valutativa alla concezione percettiva della buona fede. – 2. Buona fede e giustizia contrattuale nei contratti conclusi con il consumatore. Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, ai sensi del nuovo art. 37-*bis* del codice del consumo. – 2.1 (*Segue:*) Clausole predisposte abusive e clausole vessatorie: tutela rafforzata del consumatore o incoerenza del legislatore? – 3. La buona fede e la responsabilità da attività provvedimentale della pubblica amministrazione. — 3.1. (*Segue:*) Riflessioni sul principio di buona fede, l’abuso del diritto e l’eccesso di potere – 4. La buona fede come principio costituzionale. Significato e portata costituzionale del dovere di correttezza della pubblica amministrazione

1. DALLA CONCEZIONE VALUTATIVA ALLA CONCEZIONE PERCETTIVA DELLA BUONA FEDE.

Come è già stato evidenziato da autorevole dottrina, la nozione di buona fede oggettiva ad oggi coincide essenzialmente con quella di correttezza²⁷¹ ed è una locuzione che compare in numerose norme del codice civile - insieme alla malafede è citata ben settanta volte²⁷² - il cui contenuto è stato individuato sulla base dell’evoluzione giuridica e socio economica dei rapporti intercorrenti tra i privati e tra questi e la pubblica amministrazione. Un’autorevole dottrina ha ad esempio affermato che la buona fede “riguarda precipuamente il modo in cui l’amministrazione agisce nell’assumere la decisione”²⁷³, un’altra ha definito il principio come una “norma che esplica i suoi effetti sia rispetto all’esercizio del

²⁷¹ Più raramente, la buona fede è intesa con un significato diverso: ad esempio nel- l’art. 1366 c.c. la buona fede diventa criterio, metodo di corretta interpretazione del contratto.

²⁷² Si veda ROMANO, in *Enc. del dir.*, Vol. V, Giuffrè, 1959, voce “buona fede (dir. priv.)”, pag. 677, che cita a sua volta SACCO, *La presunzione di buona fede*.

²⁷³ 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, a cura di GAROFALO, Cedam, 2003, p. 472.

diritto, che all'adempimento dell'obbligo"²⁷⁴, così considerando l'obbligo di correttezza *ex art. 1175 c.c.* come generale e vigente in ogni rapporto obbligatorio e non solo contrattuale. I giudici della Cassazione, in una nota sentenza hanno affermato che "In senso soggettivo, per buona fede si intende lo stato di ignoranza o l'erronea conoscenza circa una data situazione giuridica o di fatto; per contro, per "mala fede" si intende la scienza, la consapevolezza, l'esatta conoscenza, di un fatto o di una data situazione giuridica. In senso oggettivo, invece, la "buona fede" consiste in una regola di condotta da tenersi nei rapporti giuridici, una regola improntata alla lealtà nei confronti delle altre parti: è in buona fede chi si comporta con lealtà nei rapporti giuridici. Per contro, per "mala fede" si intende la slealtà di condotta nell'agire giuridico."²⁷⁵

La buona fede è sicuramente un concetto eterogeneo e designa una pluralità tale di istituti da aver indotto gli studiosi a compiere la fondamentale distinzione generale tra buona fede in senso oggettivo e buona fede in senso soggettivo. Il comportarsi secondo buona fede e l'essere in buona fede sono due attitudini completamente diverse che hanno in comune soltanto, *per un accidente linguistico*²⁷⁶, la stessa espressione. Inizialmente, infatti, nel nostro ordinamento la distinzione tra buona fede oggettiva e buona fede soggettiva non esisteva e solo dopo un cinquantennio dalla sua originaria formulazione due studiosi affrontarono il problema del diverso significato intrinseco che questo principio racchiudeva, dando una nuova esegesi brillante e innovativa.²⁷⁷

²⁷⁴ NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio* (art. 1175 del c.c.) in *AA.VV. Studi sulla buona fede*, Milano, 1985, p. 134 e ss.

²⁷⁵ Cass., sent. 11 maggio 2016, n. 9651 in *Repertorio Foro Italiano*, 2016, Vendita, n.° 31, in *Mass.* 2016, 331. Per altri contributi, PIETROBON., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale* (1173- 1320 c.c.), Torino, 2004.

²⁷⁶ Citazione testuale da MERUSI, *op. cit.*

²⁷⁷ Ci si riferisce a GIANNINI, *l'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, cit.; e a GRASSETTI, *l'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 189 ss. Entrambi gli autori distinsero nettamente la buona fede oggettiva, quale regola di condotta, dalla buona fede soggettiva, quale situazione psicologica, il Giannini rifacendosi alla dottrina tedesca, che inquadrava i due fenomeni con due distinte espressioni: *Treu und Glauben* (buona fede oggettiva) e *Gute Glauben* (buona fede soggettiva), rispettivamente delineati dai §§ 157 e 242 BGB.

Questa bipartizione teorica oggi è pacifica e non merita ulteriori puntualizzazioni, se non che nella redazione del codice civile del 1942 fu tuttavia accolto il modulo unitario sostenuto dal Bonfante e da altri studiosi, secondo i quali la buona fede era “un atteggiamento della coscienza” basato in entrambi i casi sul criterio della correttezza.²⁷⁸

Oggi, se la buona fede soggettiva si sostanzia nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto e trova particolare applicazione in materia di diritti reali²⁷⁹, la buona fede oggettiva, su cui vogliamo soffermarci con maggiore attenzione, coincide con il dovere di comportarsi secondo lealtà e correttezza e in particolare a) nel senso di conservare il risultato favorevole sul quale un soggetto aveva fatto legittimo affidamento; b) nel senso di interpretare e integrare il regolamento contrattuale al fine di non arrecare pregiudizi alla controparte²⁸⁰; c) nel senso di offrire al giudice un altro criterio di valutazione del comportamento adottato dalle parti.

La buona fede come formante del convincimento del giudice ci offre la possibilità di studiare una seconda bipartizione teorica che ha interessato la dottrina in tempi più recenti, ovvero l'oscillazione del principio tra una concezione cosiddetta valutativa e una precettiva.

La prima teoria interpretativa, ovvero la concezione valutativa della buona fede, oggi ampiamente superata dalla giurisprudenza, considera la regola della correttezza come attinente alla sola fase dinamica del rapporto obbligatorio. Stando a questa teoria il

²⁷⁸ Per approfondire si veda BONFANTE, *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teorica dell'errore*, (1893), oggi in *Scritti giuridici vari*, vol. II, Torino, 1926. L'intuizione di unire in un unico principio due situazioni giuridiche diverse si è ritenuto che derivasse da uno studio fatto sulle fonti del diritto canonico. Sull'argomento Scavo-Lombardo, *Il concetto di buona fede nel diritto canonico*, Roma, 1944.

Altri sostenitori della teoria unitaria furono GALFO - RUTA, *La buona fede e le sue applicazioni nel diritto civile italiano*, Catania, 1899 e ENNA, *Della buona fede specialmente nei rapporti col possesso*, Cagliari, 1901.

²⁷⁹ “Nell'accezione soggettiva, la buona fede si atteggia ora a un'erronea convinzione di agire in conformità al diritto, ora a ignoranza di ledere un diritto altrui, ora ad affidamento in una situazione giuridica apparente (difforme da quella reale); l'effetto giuridico che la legge collega lo stato soggettivo di buona fede consiste, a seconda dei casi, nella conservazione della situazione o degli effetti giuridici nei quali il soggetto aveva confidato ovvero nella limitazione o di esclusione di responsabilità o di effetti giuridici negativi per il soggetto stesso.” Cfr. CHINE - FRATTINI - ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, in *I nuovi manuali superiori*, GAROFOLI (diretto da), XII, Roma, 2020, p. 751.

²⁸⁰ Su questo profilo ad esempio MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, p. 210.

principio era operativo solo a posteriori, in una fase successiva al sorgere dell'obbligazione, e pertanto si limitava a offrire al giudice un criterio di valutazione del comportamento adottato dalle parti nell'esecuzione delle rispettive prestazioni. Questa tesi ormai del tutto superata, considerava la buona fede una norma giuridica sub primaria, dipendente da altre regole di condotta, e per questo ne limitava l'applicazione ai soli casi in cui vi erano specifiche disposizioni in tal senso²⁸¹.

A questa concezione, si oppone la concezione precettiva, oggi maggiormente sostenuta²⁸², in base alla quale la buona fede è un criterio di valutazione che opera in prima battuta, stabilendo già a priori quali comportamenti le parti devono tenere, nonché la fissazione di specifici obblighi assistiti da autonome azioni di adempimento, inibitorie e risarcitorie. Questa tesi assegna alla buona fede il ruolo di autonoma fonte di obbligazione: la buona fede da iniziale strumento di valutazione del comportamento delle parti in conformità al regolamento negoziale, diventa fonte di ulteriori e non pattuiti obblighi per le stesse parti.

²⁸¹ Per questa tesi si vede NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975.

²⁸² Si veda DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja - Branca* (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 335. In giurisprudenza si possono ricordare Cass., 5 novembre 1999, n. 12310 in *Foro pad.*, 2000, I, 348 e Cass., 28 gennaio 1998, n. 831, in *Giur. it.*, 1998, 1645.

L'affermarsi della teoria percettiva ha indotto un'autorevole dottrina a concepire il principio di buona fede come uno strumento che consente perfino di invalidare il contratto qualora le parti realizzino comportamenti a esso configgenti.²⁸³

Tale indirizzo, che considera il principio in esame non più come una semplice regola precettiva ma come una vera e propria regola di validità del contratto, ha trovato fondamento nel combinato disposto degli art. 1175 e 1322, comma 2 c.c., con l'art. 2 Cost., in quanto l'autonomia contrattuale è stata considerata anch'essa un mezzo per realizzare fini solidaristici costituzionali e il vaglio di meritevolezza, di cui all'art. 1322 comma 2 c.c., deve essere commisurato anche alla luce del criterio di correttezza²⁸⁴. Ciò comporta che non è più bastevole che il contratto venga stipulato in assenza di vizi formali, ma deve altresì produrre un risultato giusto e cioè conforme al canone di buona fede. Questa teoria che valuta la buona fede non come regola di condotta ma come vera e propria regola di validità, idonea come tale ad invalidare il regolamento negoziale che sia in contrasto essa attraverso lo strumento della nullità virtuale di cui all'art. 1418 comma 1 c.c., non è stata ben accolta né dalla

²⁸³ V. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 423. RICCIO, *La clausola generale di buona fede, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, 21. In giurisprudenza ci sono state recenti pronunce a sostegno di questa lettura, in particolare in materia di clausole *claim-made*: Cass., SS. UU., 06 maggio 2016, n. 9140 in *Rep. Foro It.*, 2016, 114 e Cass. civ., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437 in *Foro it.*, 2018, I, 3015, con nota di DE LUCA, in *Foro it.* 2018, I, 3511; con nota di PALMIERI, PARDOLESI, CANDIAN, TASSONE, in *Danno e resp.*, 2018, 675, che consentono al giudice la possibilità di sindacare equitativamente anche l'ingiustizia sostanziale del negozio giuridico. Così il testo riportato nel corpo della sentenza: "È già scolpita nel sistema più generale la necessità che, nella fase precontrattuale, il contatto tra le parti, in quanto qualificato dall'affidamento reciproco e dallo scopo perseguito, sia improntato, alla stregua del formante normativo di cui agli art. 1175, 1375 c.c. e 2 Cost., al rispetto degli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione (Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, id., 2016, I, 2685), che, nella specie (e, segnatamente, quelli informativi), devono tendere alla trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti, così da consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali. La violazione di tali obblighi nella fase precontrattuale (art. 1337 e 1338 c.c.) potrà assumere rilievo anche in ipotesi di contratto validamente concluso" e continuano: "Nondimeno, l'obbligo di adeguatezza del contratto assicurativo, come detto (con il richiamo alla citata Cass. n. 8412 del 2015) già presente nell'ordinamento in forza del principio di buona fede e correttezza (art. 1375 c.c. e 2 Cost.) prima ancora che fosse esplicitato dalla legislazione speciale (il citato art. 183, 2° comma, d.leg. n. 209 del 2005), consente, fin dove reso possibile dall'operare coerente del meccanismo della nullità parziale ex art. 1419, 2° comma, c.c., l'osmosi dei rimedi innanzi illustrati anche nel contesto di rapporti assicurativi sorti prima dell'affermarsi del regime di obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile professionale."

²⁸⁴ CHINE-FRATTINI-ZOPPINI, *op. cit.*

dottrina, né dalla giurisprudenza più recente²⁸⁵, secondo le quali la buona fede è un criterio che, se da un lato è idoneo a intervenire sul regolamento contrattuale integrandone il contenuto, dall'altro non può assurgere a vero e proprio parametro di validità. Le modifiche *in meius* che può apportare si traducono in adeguamenti che non vanno a comportare un apprezzabile sacrificio per le parti, ma rendono coerente la prestazione all'interesse perseguito dalla controparte. La distinzione tra regole di validità e regole di condotta non è di poco conto e riposa nella circostanza che mentre le prime stabiliscono quelli che sono i requisiti strutturali dell'atto e pongono per le parti contraenti "oneri da osservare in vista della valida conclusione del contratto"²⁸⁶, le regole di condotta designano quali sono gli obblighi reciproci di comportamento ai quali le parti devono attenersi, pena non l'invalidità del contratto, ma l'obbligo di risarcimento dei danni.²⁸⁷

Pertanto, se le regole di validità hanno carattere tipico e sono già state individuate e specificate dalla legge, le regole di comportamento presentano un contenuto dinamico ed è il giudice, coadiuvato dalla dottrina, a stabilire quali sono le regole sociali di comportamento che determinano violazione del principio di buona fede e correttezza. Anche nel diritto amministrativo le regole di legittimità e quelle di correttezza dell'azione amministrativa operano su piani completamente distinti, in quanto uno è relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concerne la responsabilità

²⁸⁵ Si vedano le riflessioni di DI MAJO, *Le nullità*, vol. XXX, uomo VII, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da BESSONE, 88 ss.; GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 256. In giurisprudenza ricordiamo la posizione assunta dalle sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 delle SS. UU. datate 19 dicembre 2007, in *Foro it.* 2008, I, 784, ove si afferma perentoriamente che "In nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma è fonte di responsabilità per danni." Tra i molti commenti, si segnalano quelli di MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 230 s., nonché di GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1 ss.

²⁸⁶ Si veda MUSIO, *La buona fede nei contratti del consumatore*, Salerno, 2001

²⁸⁷ È stato evidenziato che le due norme sono differenti per ratio e funzione. Le regole di validità sono espressione del dogma della volontà, le regole di condotta vi apportano solo un temperamento. Cfr. MUSIO, *op. cit.* e PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 118 s. L'Autore a tale proposito specifica che "I due gruppi di norme si trovano sullo stesso piano e si distinguono solamente per la diversa funzione: le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici, e solo mediatamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte."

dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte privata. Il contenuto di questi obblighi di protezione discendente dalla buona fede sarà oggetto di una più ampia trattazione più avanti, al momento si può anticipare che il contenuto degli obblighi protettivi può essere fatto discendere nel generale dovere di salvaguardare la sfera giuridica dei soggetti con i quali è stato instaurato un rapporto, non solo di tipo contrattuale, ma anche derivante da un atto o fatto produttivo di obbligazioni ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 1173 c.c. Il riferimento principale è all'istituto di origine tedesca del contatto sociale, di cui ci siamo già occupati.

2. BUONA FEDE E GIUSTIZIA CONTRATTUALE NEI CONTRATTI CONCLUSI CON IL CONSUMATORE. TUTELA AMMINISTRATIVA CONTRO LE CLAUSOLE VESSATORIE, AI SENSI DEL NUOVO ART. 37-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO.

L'art. 2, comma 2, del codice del consumo prevede espressamente che ai consumatori sono riconosciuti una serie di diritti inderogabili, tra i quali, alla lettera *e*, sono citati i diritti alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali.²⁸⁸

Questo riferimento ci permette di estendere il nostro campo di interesse a una materia che è stata al centro dell'attenzione qualche anno or sono e che continua tuttora a generare interessanti questioni interpretative per gli studiosi del diritto, ovvero la disciplina dei contratti conclusi dalla p.a. con il consumatore, regolati dal "codice del consumo", d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

²⁸⁸ Così recita l'articolo sopraccitato: "Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni.

2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:

- a) alla tutela della salute;
- b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;
- c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;
- c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;
- d) all'educazione al consumo;
- e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;
- f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;
- g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza."

La buona fede in questo campo sembra operare come limite generale all'esercizio dell'autonomia privata, assumendo l'ulteriore funzione di strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio del contenuto contrattuale²⁸⁹. Questa visione emblematica del canone di buona fede si ispira alla lettura in chiave costituzionale che gli studiosi del diritto hanno dato al principio di buona fede, quale espressione del valore di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 Cost.

Peraltro, "Il generale dovere di solidarietà, che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano "momenti relazionali" socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva."²⁹⁰

La buona fede diventa quindi uno strumento di controllo per riportare a equità contratti squilibrati e ingiusti, e questa sua funzione perequativa trova applicazione anche ai contratti conclusi tra l'amministrazione pubblica e i privati.

Come è stato brevemente accennato nel paragrafo dedicato al canone di buona fede nel diritto europeo e internazionale²⁹¹, la nozione di professionista contenuta nel

²⁸⁹ Si veda a questo proposito Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.* 2010, I, 85, secondo la quale "I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto".

²⁹⁰ Citazione testuale da Stato, Ad. Plen., n. 5 del 2018, cit.

²⁹¹ Vedi *infra*, p. 39.

codice del consumo comprende, pur in assenza di una specificazione scritta, anche il soggetto pubblico.²⁹²

La nuova normativa del codice del consumo ha infatti complicato il panorama normativo, in quanto l'art. 1469 *bis* c.c., oggi abrogato, inseriva nella nozione di contraente pubblico anche l'amministrazione, qualificando il professionista come "la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto".

Oggi tale riferimento espresso non è più presente, ma è indubbio che sussista un dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza anche in capo all'amministrazione che stipula contratti con il consumatore.

Infatti, il codice del consumo è volto a presidiare i diritti e gli interessi dei contraenti economicamente più deboli come i consumatori, i quali non hanno altra scelta se non quella di affidarsi legittimamente al contraente professionista e aderire al regolamento contrattuale da egli predisposto.

Il tema in oggetto riguarda infatti i contratti cd. per adesione, nei quali è esclusa per la parte aderente la possibilità di negoziare il contenuto del contratto che intende stipulare e di elaborare, quindi, un testo che sia il precipitato di un accordo con la controparte. La *ratio* di questo schema contrattuale si può individuare nell'esigenza, avvertita in particolare dalle grandi imprese, di determinare anticipatamente e in modo uniforme il contenuto dei loro rapporti contrattuali con la clientela, per motivi legati alla promozione su larga scala di prodotti e servizi.²⁹³

²⁹² Sul punto si veda in particolare MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, Padova, 2007, ove si dice che: "L'omissione potrebbe essere ricondotta alla superfluità della precisazione, in un contesto normativo in cui nessun giurista può ragionevolmente proporre un ritorno oscurantista ai privilegi della p.a."; TROIANO, *Gli enti pubblici come professionisti e come consumatori*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999, 186; FRANCHI, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari: la tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive*, in FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 833 ss.; LENER, *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, UTET, 2011, vol. II, pp. 129 ss.; ALBANESE, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in *Hominum causa constitutum: scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.

²⁹³ Si pensi ad esempio ai contratti bancari o assicurativi, ove è esclusa la possibilità di condurre trattative.

In tali contratti per adesione, o anche definiti “contratti in serie”, la dottrina fa rientrare i contratti aventi al loro interno le condizioni generali di contratto, regolati dall’art. 1341 c.c., il contratto concluso mediante moduli o formulari, di cui all’art. 1342 c.c., e infine i contratti aperti all’adesione di altre parti, di cui all’art. 1332 c.c.²⁹⁴

Questi contratti costituiscono un vero e proprio limite all’autonomia contrattuale, infatti, ai sensi del primo comma dell’art. 1322, rubricato per l’appunto “autonomia contrattuale”, si prescrive che le parti “possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative”. Tali “limiti imposti dalla legge” all’autonomia contrattuale possono essere limiti destinati a operare solo nei confronti di una parte a vantaggio dell’altra, oppure essere limiti imposti all’autonomia di entrambe le parti²⁹⁵. Ci soffermeremo in particolare nel primo caso, dato che è proprio su questo aspetto che si innesta la tematica delle condizioni generali di contratto predisposte dalla p.a., nonché la tutela in caso di

²⁹⁴ Si veda in proposito DIENIER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 255. Per una distinzione tra condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari, si veda Cass. 5 ottobre 1953, n. 3179, in *Foro it., Rep. 1953, voce Arbitrato irrituale*, n. 2., secondo la quale le condizioni generali di contratto costituiscono una dichiarazione diretta alla generalità degli utenti, il cui destinatario si individua di volta in volta al momento della conclusione del contratto; il modulo o formulario si concreta, invece, nella predisposizione del contenuto di una futura dichiarazione.

Per completezza aggiungo anche il contenuto degli articoli sopraccitati: l’art. 1341 prescrive che: “Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza.

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l’esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell’altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria.”

L’art. 1342 prescrive invece che: “Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell’articolo precedente.”

L’art. 1332 infine prevede che: “Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell’adesione, questa deve essere diretta all’organo che sia stato costituito per l’attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari.”

²⁹⁵ Il tipico caso in cui è limitata l’autonomia di entrambe le parti contraenti sussiste nel caso del cosiddetto contratto imposto, nel quale, ad esempio, viene determinato autoritativamente da un organo pubblico (solitamente il Comitato interministeriale prezzi, Cip) il prezzo di vendita di beni di largo consumo, come determinati generi alimentari, i pedaggi autostradali e l’energia elettrica. Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Cedam, 2015, p. 197.

predisposizione di clausole aventi carattere vessatorio o abusivo.²⁹⁶ Il nostro ordinamento, pur riconoscendo in linea generale l'efficacia delle clausole generali di contratto, impone al proponente due obblighi fondamentali: il primo di dare alla parte aderente la possibilità di conoscerle prima della conclusione del contratto, il secondo di ottenere l'approvazione per iscritto delle cosiddette clausole vessatorie, ovvero quelle clausole di carattere ulteriormente oneroso per la parte debole.

Occorre tenere anche presente che l'amministrazione faceva e fa tuttora largo uso delle condizioni generali e della predisposizione unilaterale del contratto, basti pensare all'ampio settore dell'erogazione dei servizi pubblici, quali la somministrazione di energia elettrica e il servizio di trasporto pubblico. La questione dell'applicabilità del principio di buona fede ai contratti pubblici predisposti unilateralmente aveva pertanto, e ha oggi, degli importanti risvolti sul piano pratico.

Inoltre, gli argomenti a sostegno del privilegio della p.a., che negavano apoditticamente che la pubblica amministrazione potesse comportarsi in malafede, giustificavano la non applicabilità dell'art. 1341 c.c. ai contratti conclusi dalla p.a. sulla base di tre argomenti principali: la natura giuridica delle clausole predisposte unilateralmente, che di solito erano allocate nei capitolati, ovvero in documenti tecnici contenenti il dettaglio delle opere e delle modalità realizzative delle stesse;²⁹⁷ i criteri di imparzialità e giustizia che ispirano l'attività, anche non autoritativa, della p.a.; e infine la negazione dell'unilateralità nella predisposizione del contenuto contrattuale nelle procedure di evidenza pubblica e il collegato ricorso alla figura del c.d. contratto *per relationem*.²⁹⁸

²⁹⁶ Cfr. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della L. n. 15 del 2005*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 4-5, 1175, che aggiunge "In linea generale, la predeterminazione unilaterale del contenuto del contratto, ricorrente nel caso della p.a., costituisce un limite all'autonomia contrattuale di controparte, che, seppure tollerato, ha reso necessario l'intervento del legislatore a tutela del cd. contraente aderente."

²⁹⁷ In questo senso, Cass. 8 agosto 1992, n. 9392 in *Giust. Civ.*, 1993, I, p. 1879.

²⁹⁸ MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della L. n. 15 del 2005*, cit., e di nuovo MEMMO, *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 376 ss.

Attualmente, con l'introduzione nel 2005 del comma 1-*bis* nell'art. 1 della legge 241/1990, non ci sono più dubbi in merito all'applicabilità della disciplina civile in materia di clausole vessatorie, in quanto viene prescritto chiaramente che l'amministrazione, nell'esercizio della sua attività non autoritativa, deve agire secondo le norme di diritto privato. Inoltre, anche la già segnalata novella del 2020²⁹⁹, che ha sancito l'applicabilità dei principi di buona fede e leale collaborazione nei rapporti tra cittadino e la pubblica amministrazione, ha rafforzato in senso positivo la lettura dell'applicabilità della disciplina civilistica alle clausole predisposte unilateralmente dalla p.a.

Naturalmente, tutto questo vale anche per la disciplina contenuta nel codice del consumo, stante la pacifica equiparazione tra la pubblica amministrazione e la figura del professionista.

Nei contratti conclusi con il consumatore la disciplina delle clausole abusive è, come vedremo, ancora più stringente. Secondo l'art. 33 del codice del consumo si considerano abusive le clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista che, in contrasto con la buona fede, determinano in capo al consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.³⁰⁰ In particolare, nell'ambito del controllo di vessatorietà, il giudice

²⁹⁹ Mi riferisco alla legge n. 120/2020, che ha aggiunto il comma 2-bis all'art. 1 della legge 241/90, il quale prevede che "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede."

³⁰⁰ L'art. 33 del codice del consumo prevede la nullità di tutte le clausole che, "malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". È interessante soffermarsi un momento nella locuzione "malgrado la buona fede", che a suo tempo complicò notevolmente il lavoro degli interpreti e fu all'origine di molti malintesi. Infatti, l'infelice espressione "malgrado la buona fede" era stata intesa nel senso della non rilevanza dello stato soggettivo del professionista che aveva predisposto la clausola, con la conseguenza che la clausola sarebbe stata invalida a prescindere dal fatto che il predisponente fosse stato in buona o in mala fede.

Tuttavia, è stato notato che una siffatta interpretazione avrebbe come conseguenza la sterilità dell'inciso, dal momento che la nullità prescinde dallo stato soggettivo dei contraenti. La maggioranza della dottrina ha pertanto inteso la proposizione "malgrado la buona fede" nel senso di "in contrasto con la buona fede", dando pertanto un'esegesi completamente opposta rispetto alla precedente, visto che saremmo in presenza di una clausola abusiva solo previo accertamento della mala fede di colui che l'ha predisposta. Cfr. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Giappichelli, 2004, p. 270 ss; FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. Trim. di diritto e procedura civile*, 2017, n.2, p. 541 ss.; GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Studi in onore di Alberto Burdese*, II, Padova, 2003, 176 e nota 48; PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, 59 ss.

deve valutare che la clausola contestata arrechi un significativo svantaggio al consumatore che non sia controbilanciato da un analogo svantaggio a carico del professionista. Inoltre, il codice del consumo distingue tra le clausole che sono nulle quantunque siano state oggetto di trattativa individuale, la cosiddetta lista nera, e le clausole che sono nulle fino a prova contraria, la cosiddetta lista grigia³⁰¹. In ogni caso, e come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, la nullità prevista dal codice del consumo è una nullità di protezione, avente carattere parziale e relativo, visto che viene caducata la sola clausola contestata e la legittimazione ad agire non è assoluta ma è limitata al solo consumatore.

Per concludere, un'ultima precisazione alla nuova tutela amministrativa contro le clausole vessatorie. La legge 23 dicembre 2021 n. 238 ha apportato al codice del consumo e al codice del turismo una serie di innovazioni, tra le quali una modifica all'art. 37-*bis* del codice del consumo. La norma prevede oggi che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è designata quale autorità competente circa la corretta applicazione della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti per adesione stipulati con i consumatori.³⁰² In particolare, l'AGCM dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Con l'introduzione di questa norma è stata riconosciuta al consumatore una nuova forma di tutela contro le clausole vessatorie, di cui potersi avvalere in sede amministrativa e non contenziosa.

³⁰¹ La prova contraria alla presunzione di vessatorietà è naturalmente a carico del professionista/predisponente, il quale deve provare che la clausola contestata è stata oggetto di trattativa individuale col consumatore. Inoltre, qualora la clausola in contestazione non sia riconducibile all'elenco esemplificativo che fa il codice, spetta al consumatore l'onere di provare che tale clausola determini un significativo squilibrio. Per approfondire il tema, rimando al paragrafo successivo, su cui mi soffermerò più approfonditamente.

³⁰² L'art. 37 della legge n. 328/2021 ha “provveduto a designare (peraltro, in modo incompleto e non del tutto convincente) le Autorità nazionali italiane «competenti», responsabili per *l'enforcement* nel nostro ordinamento delle “norme dell'UE sulla tutela degli interessi dei consumatori” - e cioè delle disposizioni dei regolamenti UE e delle norme interne di recepimento delle direttive UE di protezione dei consumatori elencate nella lista inserita nell'Allegato al regolamento stesso” cfr. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto “pubblico” dei (contratti dei) consumatori?* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2022, 1, 1.

Si attribuisce all'AGCM il compito di dichiarare, su denuncia dei consumatori interessati o anche d'ufficio, e previo accordo con le associazioni di categoria, la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

Qualora quanto disposto dall'Autorità dovesse non essere ottemperato, la stessa può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria. È stato tuttavia notato che il semplice accertamento di vessatorietà da parte dell'AGCM non dovrebbe sfociare nell'adozione di misure di tipo inibitorio e correttivo, tanto meno nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Queste intervengono solo in caso di inottemperanza al provvedimento emesso.³⁰³

(Segue): 2.1 CLAUSOLE PREDISPOSTE ABUSIVE E CLAUSOLE VESSATORIE: TUTELA RAFFORZATA DEL CONSUMATORE O INCOERENZA DEL LEGISLATORE?

Fino ad ora si è parlato del contratto per adesione senza prestare la dovuta attenzione al soggetto tutelato e all'elemento invalidato, ovvero il consumatore e la clausola vessatoria. In questo capitolo mi soffermerò su entrambi questi elementi per porre in relazione la disciplina consumeristica con quella del codice civile, al fine di cogliere le ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere due sanzioni diverse (nullità di protezione da una parte e inefficacia dall'altra) per dei fatti che sono, a prima vista, uguali.

Partendo dalle norme preesistenti, l'art. 1341 c.c. prevede una disciplina articolata su due commi. Il primo comma sancisce il c.d. obbligo di trasparenza o conoscibilità delle condizioni generali di contratto³⁰⁴, ovvero le condizioni predisposte da uno solo

³⁰³ Cfr. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?* cit.

³⁰⁴ È interessante notare che l'adempimento dell'obbligo di conoscibilità è stato reso più difficoltoso dal mercato digitale, in particolare quando sono le piattaforme digitali (come Facebook-Meta, Google, Amazon e cos' via) a predisporre le condizioni generali rivolte agli utenti. Rispetto ad esse si pongono particolari problemi in termini di conoscibilità, efficacia e vessatorietà, specie con riguardo alle clausole limitative della responsabilità. Infatti, le clausole contrattuali vengono solitamente espresse "con tono colloquiale, persuasivo ed espositivo, come se "parlassero" direttamente all'utente coinvolgendolo nel discorso." Cfr. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e Impr.*, 2022, 3, 721.

dei contraenti e destinate a valere in modo uniforme per tutti i contratti che verranno conclusi con i consumatori o con gli utenti, mentre il secondo comma contiene un breve elenco di clausole, definite come “vessatorie”, le quali, oltre ad essere imposte da una parte e subite dall’altra, hanno in più delle precedenti l’aggravante di essere particolarmente gravose per il sottoscrittore.

Infatti, in deroga alla disciplina legislativa, tali clausole imporrebbero a quest’ultimo limiti ed obblighi maggiori, ovvero creerebbero, a vantaggio del predisponente, delle posizioni di favore ingiustificate, creando uno squilibrio sostanziale tra le parti. Tali clausole, però, non sono state vietate *sic et simpliciter*, perché possono essere inserite a regolare il rapporto negoziale a patto che vengano rispettate le formalità di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente, che dovrebbero stimolare l’attenzione del sottoscrittore e renderlo edotto del loro particolare e gravoso significato.

In verità, si è ritenuto che l’esigenza reale di tutela della parte contrattuale debole è aggirata con un espediente di pura forma³⁰⁵, soprattutto nel caso delle condizioni generali di contratto. Il primo comma dell’art 1341, infatti, prevede che le norme predisposte da una parte non debbano essere effettivamente conosciute dall’altra, essendo sufficiente che il predisponente abbia adottato tutti gli accorgimenti necessari per consentire al futuro contraente di conoscere l’intero regolamento contrattuale con l’uso dell’ordinaria diligenza, ossia la diligenza che si possa ragionevolmente attendere dalla massa delle persone nel compimento di atti della medesima natura³⁰⁶.

³⁰⁵ Cfr. GALGANO: “Il consenso del singolo, superfluo per la determinazione del contenuto del contratto, è però indispensabile per la sua conclusione, anche se è, assai spesso, un atto di adesione formalmente volontario, nella sostanza non libero: di fronte al contratto predisposto dalla grande impresa l’utente non ha alcuna facoltà di scelta; egli deve, per necessità, aderire al contratto (salvo rinunciare ai beni o ai servizi che la grande impresa offre).” Cit. GALGANO, *Diritto Privato*, Cedam, 2010, p. 237.

³⁰⁶ Ciò impone al contraente aderente l’onere di conoscere anche ciò che esula dal contenuto del contratto, in deroga alla regola secondo la quale il contratto è concluso se sussiste l’accordo delle parti in ordine al regolamento contrattuale.

In questo modo, l'aderente sarà sempre tenuto all'adempimento ove si provi che il predisponente abbia garantito la mera conoscibilità delle clausole.³⁰⁷

Una disciplina più rigorosa è invece prevista al 2° comma dell'art. 1341 del codice civile, dove il legislatore fa riferimento ad alcune condizioni contrattuali, che proprio perché particolarmente gravose per il contraente debole, non solo devono essere rese conoscibili, ma devono anche essere oggetto di una specifica approvazione per iscritto da parte dell'aderente: in altri termini, perché tali clausole possano legittimamente regolamentare i rapporti tra parte forte e parte debole, non è sufficiente che il contraente debole si sia limitato a sottoscrivere il contratto, in quanto occorre una doppia sottoscrizione, la prima per l'accordo nel suo complesso e la seconda per la clausola o le clausole vessatorie in esso contenute³⁰⁸.

Ciò che qui particolarmente interessa, è però la reazione dell'ordinamento, che per entrambi i casi dell'art. 1341 prevede l'inefficacia delle clausole assunte come onerose. Bisogna chiedersi il perché di questa sanzione giuridica, posto che le recenti previsioni che sono confluite nel Codice del consumo stabiliscono un regime diverso e dal sapore innovativo, quello della nullità di protezione³⁰⁹, ovvero di una nullità

³⁰⁷ Sono poche le pronunce che attengono alle modalità in cui può dirsi rispettato il requisito della conoscibilità. Lo aveva ricordato ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 2017, p. 213, e ad oggi la situazione non è molto cambiata. Tra le sentenze su questo tema, si può ricordare Cass., 20 dicembre 2005, n. 28232, in *Foro It.*, 2006, I, 2065, ove si dice che “La clausola contrattuale che esime dall'obbligo di custodia del veicolo e della relativa responsabilità il gestore del parcheggio, è inefficace se apposta sul retro dello scontrino consegnato all'utente successivamente alla conclusione del contratto, in quanto non conosciuta né conoscibile usando l'ordinaria diligenza, nel momento in cui il contratto è stato concluso.”

³⁰⁸ Così dice la Cassazione: “Affinché sia configurabile l'approvazione specifica delle clausole vessatorie, occorre che ciascuna delle clausole da approvare sia chiaramente individuata e richiamata, in modo che si abbia la certezza che l'obligato sia stato posto in grado di fermare la sua attenzione sul contenuto di ogni singola clausola richiamata. Non risponde alla suddetta esigenza la generica dichiarazione di avere preso conoscenza delle clausole contrattuali e di approvarle tutte”. Cfr. Cass. 17 marzo 1998, n. 2849, in *Giust. civ.*, 1998, 594.

³⁰⁹ La nullità di protezione costituisce una sottocategoria delle nullità relative, nella quale sono confluite più ipotesi di nullità. Esse sono accomunate dalla caratteristica di porsi a protezione di una data classe di contraenti (per esemplificare, i consumatori, i risparmiatori e gli investitori), posta in condizioni di sostanziale debolezza rispetto alla controparte “forte” (i professionisti, le banche e gli intermediari finanziari). L'*incipit* dell'art. 1421 c.c., contenente una clausola di salvezza, consente infatti al legislatore di discostarsi dal principio dell'assolutezza dell'azione di nullità e di prevedere ipotesi eccezionali meritevoli di tutela.

parziale e priva del requisito della legittimazione assoluta ad agire, essendo stata legislativamente rimessa al solo consumatore.³¹⁰

Il consumatore del codice del consumo e l'utente del codice civile sono entrambi due contraenti deboli a cui è stata imposta una contrattazione iniqua, per cui sarebbe stato lecito aspettarsi che, in sede di recepimento della direttiva 93/13/ CEE, il legislatore avesse scelto il medesimo rimedio previsto per il codice civile per caducare le clausole vessatorie, ossia l'inefficacia.

Volendo però fare un confronto tra le nuove norme del codice del consumo e le preesistenti norme del codice civile si notano delle sostanziali differenze. Intanto, le nuove norme presentano un più ristretto ambito di applicazione soggettivo, potendo essere la controparte del professionista solo una persona fisica che sia definibile come consumatore, e cioè una persona fisica che agisca per scopi estranei alla sua eventuale attività imprenditoriale, commerciale o artigianale.³¹¹

Per l'art. 1341 c.c., invece, la controparte del predisponente può essere anche una

³¹⁰ Esiste tuttavia un certo orientamento in dottrina che, in spregio al dettato letterale della norma, reputa la nullità sanzione collegata all'omessa specifica approvazione per iscritto ex art. 1341 c.c.. Si veda ad esempio il contributo di DE MARTINI, *Contratti per adesione e approvazione specifica di clausole vessatorie*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1948, III, 1095; GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 230 ss; DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 481; *Contra*: SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 295; BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 367; FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, pp.11-6.

³¹¹ In merito alla nozione di consumatore ci sono state diverse pronunce della Cassazione, che ne hanno ristretto i confini. In applicazione dell'orientamento interpretativo assolutamente uniforme, ad esempio, la Suprema Corte ha cassato la sentenza del giudice di pace che aveva qualificato come consumatore finale una imprenditrice agricola nel processo contro una compagnia di assicurazione con cui aveva stipulato un contratto per la copertura dei rischi derivati dall'attività dell'azienda. Cfr. Cass, 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Foro it.*, 2007, I, 2439; ancora, la Cassazione, in un caso analogo, ha ritenuto che non sia qualificabile come consumatore l'avvocato che sottoscrive un contratto di assicurazione per i danni legati all'esercizio della sua attività di professionista, in quanto stipulato allo scopo, strettamente connesso con la sua attività professionale, di garantirsi dai rischi della responsabilità civile cui può essere esposto il professionista per lo svolgimento della sua attività. Vedi Cass., 9 novembre 2006, n. 23892, in *MFI*, 2006, 1934. Al contrario, deve essere considerato "consumatore" anche l'imprenditore od il professionista, quando conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale. Cfr. Cass., 11 ottobre 2002, n. 14561, in *Corriere giur.*, 2003, 1006, con nota di CONTI.

persona giuridica o un imprenditore, dato che non è richiesto che i beni o i servizi ricevuti dal predisponente siano usati solo per fini personali.

Per converso, l'ambito di applicazione oggettivo è invece più esteso nelle nuove norme del codice del consumo che in quelle civili preesistenti. Infatti, l'elenco delle clausole vessatorie enunciato nel codice del consumo non è tassativo, perché il consumatore può sempre dare prova che una data clausola provochi un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto e che ha natura, pertanto, abusiva. Inoltre, le nuove norme invalidano anche le clausole che siano state oggetto di trattativa individuale, conducendo alla qualificazione di vessatorietà anche clausole che non lo sarebbero per l'art. 1341.

Questo perché le nuove norme sono poste a tutela dell'ordine pubblico economico³¹², un concetto di ordine generale la cui ampiezza non si presta ad essere individuata con precisione, con la conseguenza che anche le modalità per violarlo sono altrettanto numerose e non facilmente individuabili *ex ante*. Quindi, l'aver scelto la sanzione della nullità, che è una fattispecie aperta, è stato utile anche su questo fronte, ma non solo.

³¹² L'ordine pubblico economico è un nuovo concetto di origine europea e lo si può ritenere un insieme di principi volti a salvaguardare l'utilità sociale delle contrattazioni, il corretto funzionamento del mercato, l'ordinato svolgimento dei rapporti economici e patrimoniali o comunque un presidio di principi verso interessi di carattere più particolare che generale, il cui rispetto, tuttavia, si traduce nel corretto svolgimento di tutti gli scambi commerciali. Infatti, la sopraffazione di interessi "particolari" come quelli del consumatore, integra al contempo pregiudizio a interessi "generali", quali l'accesso a beni e servizi secondo condizioni contrattuali eque, diretto riflesso per un'effettiva partecipazione all'organizzazione socio-economica del Paese. Cfr. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, il quale significativamente aggiunge che: "L'emersione della tutela della parte debole del contratto, le ragioni assiologie della stessa, rinvenibili nella tutela costituzionale dell'iniziativa economica privata che tuttavia va calibrata con la difesa dell'utilità sociale (cfr. art. 41 Cost.); il nesso che si delinea tra tutela di determinate categorie di contraenti deboli e tutela del mercato concorrenziale; tutti questi fattori determinano la progressiva evoluzione dottrinale verso la concezione dell'ordine pubblico come presidio di interessi anche, ma non esclusivamente, pubblici: perché anche individuali, purché fondamentali. In tal modo si stratifica l'opinione sulla compatibilità tra valori di ordine pubblico e interessi individuali (ma fondamentali, e perciò definibili di ordine pubblico)". Cit. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, p. 373; NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1251 ss.

È bene precisare che le nullità di protezione hanno una natura ancipite, essendo volte alla tutela di un interesse tanto generale, ovvero l'ordine pubblico economico, quanto particolare, ovvero il ripristino dell'equilibrio contrattuale tra parte forte e parte debole.

La centrale esigenza di garantire il corretto funzionamento del mercato deve essere presidiata dalla patologia contrattuale più grave dell'ordinamento che, come è noto, è la nullità. Il massimo disvalore, che la nullità esprime, comporta infatti importanti conseguenze sia sul piano sostanziale che processuale. A titolo di esempio si pensi all'inefficacia assoluta e *ab initio* del contratto o all'imprescrittibilità dell'azione, e tutto questo in linea con la *ratio* della nullità, l'essenza della quale risiede nella protezione degli interessi generali e dei valori fondamentali dell'ordinamento, che trascendono quelli del singolo.³¹³

Quindi, a mio avviso, le differenze di fondo tra le due discipline possono giustificare una diversità di trattamento, senza contare che la qualificazione del rimedio civilistico dell'inefficacia venne proposta proprio per soddisfare simili finalità di tutela del contraente debole, ossia dell'aderente alle condizioni generali di contratto da altri predisposte, rendendola funzionale a tale scopo.

Secondo la dottrina³¹⁴, infatti, l'inefficacia fu il rimedio ritenuto più adatto per proteggere la controparte debole, essendo un rimedio che ben si confaceva sia con la caducazione parziale del contratto³¹⁵ sia con la limitata legittimazione ad agire. C'era evidentemente una chiara convergenza di scopo tra l'inefficacia dell'art. 1341 e la nullità c.d. relativa che, prima dell'avvento della c.d. "legislazione di protezione" degli anni novanta, era ritenuta inammissibile dalla maggior parte della dottrina, la

³¹³ Sul punto, si veda Cass., 4 settembre 2012 n. 14828 in *Foro it.*, 2013, I, 1238 : tale orientamento "svilisce la categoria della nullità, l'essenza della quale, pur con i molti distinguo dottrinali su cui non è il caso di soffermarsi, risiede nella tutela di interessi generali e di valori fondamentali fondamentali."

³¹⁴ Per tutti VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Cedam, 2004, p. 122.

³¹⁵ Si temeva infatti che, applicando la sanzione della nullità alle norme dell'art. 1341 c.c., fosse caducato l'intero contratto ai sensi dell'art 1419 comma 1, con la conseguenza di costringere la parte debole a scegliere tra il contratto vessatorio e la perdita del suo diritto ad ottenere la prestazione o il servizio oggetto del contratto. Sul punto si veda VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, p. 440 e D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008, p. 121, che sottolinea come "L'inefficacia, per sua natura, neutralizzerebbe l'operatività del singolo patto, senza influire sul resto del negozio".

quale la considerava, non senza una certa enfasi, “intimamente contraddittoria”³¹⁶. Questa supposta contraddittorietà, però, risiede in una funzione chiara e pregevole: garantire alla violazione il massimo grado di disvalore e rimettere alla sola parte protetta la possibilità di agire in giudizio per far valere la causa di invalidità. È evidente, perciò, come la forza difensiva di tale nullità abbia prevaricato e reso secondario ogni dubbio formale.

Malgrado ciò, ci vollero comunque diversi anni prima che il legislatore accettasse questa deviazione dal modello ideale e tradizionalista della nullità “assoluta” e accogliesse nell’ordinamento quella che è stata a tutti gli effetti una nuova figura d’invalidità negoziale³¹⁷, rappresentata emblematicamente dall’art. 36 del Codice del consumo.

La spinta per innovare fu trovata sia nell’inadeguatezza strutturale del sistema codicistico rispetto alla realtà moderna, in cui il fenomeno dei contratti di massa³¹⁸ costituisce la regola mentre è diventata eccezionale l’ipotesi opposta, ossia la stipula di contratti previa trattativa, sia nella maturata sensibilità, sviluppatasi a livello europeo, per le tematiche connesse alla tutela del contraente debole per eccellenza: il

³¹⁶ Cit. PASSARELLI, *Dottrine Generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 247: “Un negozio produttivo di effetti per una delle parti in guisa tale che questa non può sottrarsi, ancor di più un negozio produttivo di effetti tra le parti e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi negozi nulli senza alterare la nozione di nullità [...]. La nullità non può che dirimere il negozio, privandolo della sua efficacia interamente e rispetto ad entrambe le parti (*quod nullum est, nullum producit effectum*)”. Dello stesso avviso sono CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 345; AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Esi, 2010, cit., p. 65

³¹⁷ Citazione da GIROLAMI, *Nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova, 2008.

³¹⁸ Si intende per “contratti di massa”, quei contratti predisposti, nel loro contenuto normativo, dall’imprenditore (il soggetto, persona fisica e o giuridica, che produce vende ed offre beni e o servizi ad una massa generalizzata di individui), per regolare in modo uniforme i propri rapporti economici con i soggetti a cui vende, e o offre, i beni e servizi che sono l’oggetto della sua attività professionale. Cfr. CUZZOLA, *La tutela della parte contrattuale debole*, in <http://www.giurisconsumatori.it>

consumatore³¹⁹.

Con le norme confluite nel Codice del consumo, infatti, si è inteso rafforzare concretamente la posizione del consumatore, assicurandogli una tutela concreta e prescindente dall'adempimento di mere formalità. Vediamo ora la sua normativa per poi passare a un rapido raffronto con quella del codice civile.

Prima sensibile novità è data dal fatto che il legislatore ha finalmente fornito una definizione ufficiale di clausola vessatoria, facendovi rientrare tutte quelle clausole che, a prescindere dalle intenzioni di chi le ha predisposte³²⁰, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Segue, al secondo comma dell'articolo 33, un elenco corposo ma non esaustivo di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria, prova che deve essere fornita dal professionista. Costui ha infatti l'onere di dimostrare che la clausola non possa comportare per la sua natura o i suoi effetti uno squilibrio contrario alla buona fede oggettiva, oppure che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale.

All'interno di queste clausole, ne figurano però tre³²¹ che sono sottoposte a un regime particolarmente rigoroso e protezionistico per il consumatore, perché sono nulle

³¹⁹ La genesi della tutela del consumatore è comunitaria. Vedasi l'art 6.1 della direttiva CE 93/13, direttiva che è stata adottata con la finalità di "ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore". Vedasi inoltre GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 79, il spiega come "Con interventi dapprima marginali, le direttive hanno armonizzato il diritto contrattuale interno in un nuovo diritto dello scambio". E infine DI MAJO, *La tutela civile dei diritti civili*, p. 45 ss. Secondo l'autore, il settore di intervento principale del diritto privato europeo è stato la tutela del consumatore, "oggetto di una marcata specializzazione di disciplina in ragione dei soggetti protagonisti dell'operazione economica, volta in particolare a predisporre strumenti giuridici capaci di riequilibrare rapporti contrattuali sbilanciati a causa di asimmetrie informative e di diverso potere economico tra le parti interessate".

³²⁰ Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, il legislatore testualmente dice "malgrado la buona fede". Si confronti l'art. 33 Codice del consumo.

³²¹ Rispettivamente le lettere *a)*, *b)* e *l)* del comma 2° dell'art 33, ripetute fedelmente dall'art 36 dello stesso Codice del consumo. Secondo la dottrina, queste clausole costituiscono la c.d. "lista nera", in quanto si risolvono in una presunzione assoluta di vessatorietà. Le restanti clausole, invece, costituiscono la c.d. "lista grigia" e pongono in essere presunzioni relative, suscettibili come tali di prova contraria da parte del professionista.

quantunque siano state oggetto di trattative individuale, anche se sono state concordate tra le parti e quindi inizialmente volute dal consumatore. Tale nullità, però, può essere fatta valere solo dal consumatore e non dal professionista, e può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice³²²

In questo aspetto si trova il carattere relativo e garantista di questa nuova forma di nullità, la quale può giocare solo a favore del consumatore e non del professionista, che sarebbe comunque vincolato alla nullità della clausola anche se, per avventura, fosse ritenuta da quest'ultimo funzionale per i suoi propri interessi. Per l'art. 36, 2° comma, Cod. Cons. sono dunque sempre “nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o di danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto od omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto”.

Già questo semplice raffronto tra il contenuto dell'art. 36, 2° comma, Cod. Cons. rispetto alla disciplina di cui all'art.1341 c.c., ci permette di comprendere la sostanziale novità rispetto al passato: non solo non è sufficiente la semplice approvazione scritta, ma non basta neanche la consapevole volontà di aderire a tali condizioni, in quanto, essendo queste obiettivamente dannose per il consumatore, devono essere sempre invalidabili, a prescindere da una eventuale trattativa iniziale.

La ragione di tale forte tutela è da rintracciare nel fatto che il consumatore, a differenza del professionista, si presume meno informato e meno capace di cogliere la portata ed il significato delle clausole che ha inteso concordare ed accettare.

³²² Cfr. Comma 3, art 36 del Codice del consumo.

E se, come abbiamo visto, l'inefficacia è stato il rimedio scelto per la sua natura parziale, relativa e anche imprescrittibile, non si vede perché non si debba estendere anche al codice civile il rimedio della nullità c.d. "relativa", che queste peculiarità le ha tutte codificate nella legge³²³. Probabilmente, si vuole mantenere una diversità di trattamento tra la tutela del consumatore persona fisica rispetto alla tutela dell'imprenditore "debole", il quale, in ragione della sua professionalità, dovrebbe sapersi muovere discretamente sul mercato ed essere in grado con le sue sole conoscenze di concludere buoni affari. Per questo motivo solo il consumatore è giustificato dall'ordinamento per la sua ignoranza sulle condizioni di mercato, e dunque per il fatto di non sapere che il mercato in alcuni casi gli offrirebbe gli stessi beni a condizioni migliori di contrattazione. Inoltre, a sostegno di ciò, la stessa Corte Costituzionale si è espressa nel senso della non estensibilità al piccolo imprenditore e all'imprenditore artigiano, considerati dal giudice remittente come "deboli" e privi dello stesso potere contrattuale del l'imprenditore medio-grande, della disciplina prevista per il consumatore³²⁴.

3. BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Il mio studio si è concentrato in misura maggiore sulla responsabilità per attività contrattuale della pubblica amministrazione, in quanto è in questo preciso ambito che il principio di buona fede svolge un ruolo centrale all'interno del diritto amministrativo. Tuttavia, reputo opportuno soffermarmi anche sull'influenza che la buona fede esercita nei rapporti giuridici amministrativi, ossia quei rapporti che

³²³ Sulla nullità relativa come anche nullità parziale, si veda PUTTI, *L'invalidità dei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Cedam, 1997, p. 714.

³²⁴ Corte Costituzionale, 20-22 novembre 2002, n. 469, in *Gazzetta Ufficiale*, 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale.

involgono da una parte l'amministrazione come autorità e dall'altra i privati titolari di un interesse legittimo.

È noto che il potere amministrativo trovi diretto fondamento nella legge, vale a dire in una norma di conferimento che impone alla pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico a prescindere dal consenso del privato. Il potere amministrativo è infatti un veicolo giuridico ed è costituito da una manifestazione unilaterale di volontà dell'amministrazione, che di per sé è sufficiente a produrre effetti giuridici. Gli interessi privati pertanto si trovano in una posizione di subordinazione rispetto all'interesse pubblico e l'unico strumento di tutela che hanno a disposizione i privati contro l'ingerenza dell'amministrazione-autorità è la possibilità di chiedere il risarcimento dell'interesse legittimo eventualmente violato dalla p.a.

Il tema della responsabilità della pubblica amministrazione afferisce a numerosissime questioni, molte delle quali esorbiterebbero i confini del mio elaborato. Si pensi a titolo di esempio alla questione della natura giuridica della responsabilità della p.a., che è stata solo di recente risolta dalla giurisprudenza³²⁵, o anche alle diverse tipologie di responsabilità della pubblica amministrazione³²⁶.

Infatti, l'elemento di congiunzione tra tutte queste problematiche e la mia trattazione vuole essere sempre il principio di buona fede che, come detto, ricopre un ruolo importante anche nell'attività autoritaria della p.a., dove il privato cittadino è titolare di interessi legittimi, la cui lesione importa risarcimento *ex art. 30 c.p.a.*

³²⁵ La responsabilità della p.a. per lesione degli interessi legittimi è stata, come la responsabilità precontrattuale, oggetto di numerose questioni. A differenza della responsabilità precontrattuale, però, la tesi che è stata maggiormente sostenuta è in questo frangente quella della responsabilità aquiliana, *ex art. 2043*. Le ragioni a sostegno di questa lettura sono molteplici, ad esempio il fatto che l'art. 30 c.p.a. presenta la stessa impostazione dell'art. 2043, laddove prescrive il risarcimento per un "danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria". Inoltre, come è stato notato da GAROFOLI-FERRARI, in *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2020, in questi casi non vengono in rilievo delle violazioni a specifiche obbligazioni o regole di comportamento vevoli solo tra le parti, ma violazioni a norme imperative, che valgono erga omnes e nelle quali ha rilievo il precetto generale e assoluto del *Neminem laedere*. In tal senso anche Cons. Stato, sent., 16/09/2011, n. 5168 in *Massima redazionale*, 2011.

³²⁶ Le condotte anti-giuridiche che può porre in essere la pubblica amministrazione sono infatti molteplici, sia omissive (si pensi alla mancata conclusione di un procedimento o al danno da mero ritardo) che commissive (l'adozione di un provvedimento viziato da invalidità). Il danno da mancata aggiudicazione, per la sua rilevanza, sarà comunque oggetto di un paragrafo specifico all'interno del IV capitolo

Infatti, si va sempre più spesso affermando la risarcibilità dell'autonoma lesione dell'affidamento del privato, indipendentemente dalla legittimità o meno dei connessi provvedimenti adottati e a prescindere da eventuali violazioni di norme pubblicistiche.³²⁷ L'unico parametro di validità che è stato violato è il principio di buona fede e correttezza, a cui la pubblica amministrazione deve conformarsi anche nell'ambito delle attività di imperio³²⁸. Si può in particolare asserire che l'efficacia della clausola di buona fede in tale ambito è strettamente collegata alla posizione di affidamento dell'amministrato, e si esplica maggiormente laddove la pubblica amministrazione svolga un'attività contraria a quella svolta precedentemente e recepita in un provvedimento già emanato. Tale tematica è destinata cioè a prendere in considerazione la cosiddetta attività di secondo grado della pubblica amministrazione, ovvero quell'attività che si sostanzia nell'annullare o revocare i provvedimenti già adottati e favorevoli per gli amministrati.³²⁹

La violazione dell'affidamento in questo ambito è stata ammessa e valorizzata anche dalla Cassazione, che ha affrontato due ipotesi: il caso dell'affidamento incolpevole

³²⁷ Si consiglia ad esempio l'analisi di TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 823 ss.

³²⁸ Così dice significativamente MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit. "Ameno che non si voglia rinunciare ad una spiegazione normativa, sia la ponderazione degli interessi, sia la tutela immediata dell'affidamento trovano il proprio fondamento nel principio di buona fede. Sulla base degli elementi in precedenza enucleati sembrerebbe di poter dire che l'annullamento d'ufficio di atti favorevoli viziati appare regolato, nell'ordinamento italiano e tedesco accidentale, dal principio di buona fede, inteso come obbligo di correttezza." cit. p. 104.

³²⁹ A titolo di completezza, si rammenti che la revoca e l'annullamento del provvedimento amministrativo sono due istituti molto diversi. L'annullamento è regolato dall'art. 21 *nonies* della legge 241/1990 ed è costituito da un atto di ritiro con effetto retroattivo, che incide sul provvedimento affetto da un vizio di legittimità e presuppone interesse pubblico concreto ed attuale alla caducazione del provvedimento. La revoca è regolata dall'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990 e presuppone non un vizio di legittimità, bensì una nuova valutazione dell'opportunità del provvedimento ritirato. La legge ne individua i seguenti presupposti indefettibili: 1) la sopravvenienza di ragioni di pubblico interesse, 2) una diversa valutazione dell'interesse originariamente dedotto nell'atto, 3) una sostanziale modificazione della situazione di fatto che aveva giustificato l'atto originario. Per approfondire, ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1956; GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Diz. amm.*, I, Milano, 1983.

su un provvedimento poi legittimamente annullato³³⁰ e il caso dell'affidamento sulla positiva conclusione di un procedimento, ingenerato nel privato dal comportamento complessivo tenuto dalla p.a.³³¹

Il primo caso individua il cosiddetto danno da provvedimento favorevole che, nel caso di specie, ha riguardato il danno patito da un'impresa edile per aver confidato nell'apparente legittimità di una concessione edilizia, poi successivamente annullata in via d'autotutela dalla p.a. L'impresa ricorrente aveva infatti già avviato i lavori e l'inaspettato ritiro della concessione ha cagionato un danno grave alla sua economia, cosa che l'ha portata a rivolgersi all'autorità giurisdizionale.

Il caso è stato poi rimesso alle Sezioni Unite del 2011, le quali hanno distinto l'ipotesi dell'annullamento legittimo della concessione da quello avvenuto invece illegittimamente, dichiarando che, nel primo caso, il danno che il privato ha subito è imputabile a una condotta scorretta dell'amministrazione, la quale, in spregio al principio di buona fede, ha creato un "affidamento nella legittimità degli atti ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta(si) arrestare", con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Nel secondo caso invece, ovvero nel caso dell'illegittimità del provvedimento di annullamento, non rileva la violazione

³³⁰ Ci si riferisce a tre distinte pronunce delle Sezioni Unite, le nn. 6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011, dove i Giudici di legittimità hanno affrontato il problema del riparto di giurisdizione con riguardo ad domande aventi ad oggetto il danno derivante dalla lesione dell'affidamento incolpevole circa la (apparente) validità dell'azione pubblica. Cfr. Cass., Sez. Unite Ord., 23 marzo 2011, n. 6594 in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, 670; Cass., Sez. Un., Ord., 23/03/2011, n. 6595 in *Foro It.*, 2011, 9, 1, 2387 e infine Cass., Sez. Unite, 23/03/2011, n. 6596 in *Giur. It.*, 2012, 1, 193.

Sul tema, si rimanda anche ai contributi dottrinali di CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro Amm.*, 7-8, 2016, 1990; CIMINI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*, 9/2011; MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 e CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 5, 2011.

³³¹ Ci riferisce a Cass., Sez. Un., Ord., 28 marzo 2020, n. 8236, in *Corriere Giur.*, 2020, 8-9, 1025, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corriere Giur.*, 2020, 8-9, 1025.

A tale decisione si è conformata anche Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Urb. e Appalti*, 2021, 309, in tema di lesione dell'affidamento perpetrato ai danni di un'impresa che, credendo di essere stata ammessa alla cassa integrazione guadagni straordinaria (c.i.g.s.) sulla base del favorevole avviso manifestato dal competente ministero, ha revocato una serie di licenziamenti. Nella sentenza si legge significativamente che "L'affidamento costituisce un'autonoma posizione giuridica soggettiva la cui tutela *sub specie damni* è devoluta alla cognizione del giudice civile".

dell'affidamento incolpevole, quanto una condotta colposa della p.a., che ha annullato per errore una concessione legittima. In questo caso la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, essendo il privato titolare di un interesse legittimo pretensivo o oppositivo³³².

Nel primo caso è il dovere buona fede a conferire tutela al titolare di un provvedimento favorevole che è stato legittimamente posto nel nulla dalla p.a., in quanto nullo o altrimenti viziato. L'atto, infatti, malgrado il suo vizio, ha ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento di poter legittimamente procedere all'edificazione del fondo o comunque alla messa in opera dei lavori, e in mancanza di un vero e proprio atto impugnabile - essendo l'annullamento valido e la concessione invalida - il privato ha solamente la possibilità di invocare la tutela risarcitoria fondata sulla lesione del suo affidamento. Tale lesione ha natura di diritto soggettivo e pertanto ha competenza in materia il giudice ordinario.³³³

Tale ultima tesi non è stata però avallata dalle Sezioni Unite del 2016, che si sono espresse in senso contrario, affermando che "l'azione amministrativa illegittima - composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentoale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione."³³⁴ Conseguentemente, i Giudici di legittimità hanno ritenuto che

³³² Così dicono i Giudici "... qualora si tratti di atto o provvedimento rispetto al quale l'interesse tutelabile è quello pretensivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, perchè vittima di danno ricollegabile con nesso di causalità immediato e diretto al provvedimento impugnato, è colui che si è visto, a seguito di una fondata richiesta, ingiustamente negare o adottare con ritardo il provvedimento amministrativo richiesto; qualora si tratti di atto o provvedimento amministrativo rispetto al quale l'interesse tutelabile si configura come oppositivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo è soltanto colui che è portatore dello interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio, che vengono direttamente pregiudicati dall'atto o provvedimento amministrativo contro il quale ha proposto ricorso. "

³³³ Conforme anche Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2018 n. 1654, in *CED Cassazione*, 2018, in quanto "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 in materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore, e di completamento, rispetto a quello demolitorio."

³³⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 21 aprile 2016, n. 8057, in *Repertorio Foro Italiano*, 2016, Responsabilità civile, n.° 195.

l'azione risarcitoria derivante da una lesione dell'affidamento riposto in un atto amministrativo poi annullato, rientri nella cognizione del giudice amministrativo.

Le Sezioni Unite, prendendo atto del contrasto, hanno preso nuovamente posizione con la sentenza nr. 8236 del 28 aprile 2020. Il caso concreto oggetto d'esame è però diverso rispetto ai precedenti, in quanto mancano due importanti presupposti: l'emissione di un provvedimento amministrativo da un lato e la formale conclusione del procedura dall'altro.

Nelle sentenze del 2011, infatti, i principi espressi dai Giudici di Legittimità erano applicabili solo qualora sussistesse un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, con la conseguenza che l'affidamento incolpevole poteva avere rilevanza solo in seguito all'emissione di un provvedimento favorevole, poi annullato in via di autotutela o *ope judicis*.

Con questa sentenza le Sezioni Unite si sono spinte oltre: hanno slegato l'applicabilità del principio di buona fede - e quindi la rilevanza dell'affidamento - dalla presenza di un provvedimento vero e proprio, ritenendo che un danno da lesione dell'affidamento potesse sorgere in forza di un semplice, scorretto comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione a danno del privato interessato, anche in assenza di un provvedimento favorevole.³³⁵

Questa presa di posizione ha avuto un importante impatto sistematico, in quanto ha individuato e riconosciuto una nuova tipologia di pregiudizio: il danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'amministrazione, indipendentemente dalla sussistenza di un'invalidità provvedimento o, più precisamente, dalla stessa esistenza di un provvedimento. L'ordinanza in commento è stata comunque resa in materia di riparto di giurisdizione e quanto all'inquadramento di tale forma di responsabilità, le Sezioni Unite si sono

³³⁵ Queste Sezioni Unite, citate in nota nr. 203, hanno infatti affermato che “la lesione dell'affidamento discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimento ma a responsabilità.”

Il caso infatti riguardava la contestazione del comportamento ondivago e dilatorio tenuto dalla p.a., che avrebbe protratto per anni l'esame di una pratica edilizia senza mai emettere il provvedimento concessorio richiesto dalla società ricorrente, inducendola in vario modo a confidare nella positiva conclusione del procedimento.

nuovamente appellate alla teoria del contatto sociale qualificato, che come è ben noto è inquadrabile nel regime della responsabilità da inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c.

In modo non difforme si è altresì affermato che legittimità del provvedimento di revoca non esclude necessariamente l'evenienza che la stazione appaltante abbia posto in essere comportamenti confliggenti con i doveri di buona fede, lesivi pertanto dell'affidamento privato. Simili comportamenti sono fonte di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. anche nei rapporti intercorrenti tra la pubblica amministrazione che agisce *iure imperii* e i soggetti sottoposti all'esercizio del suo potere³³⁶.

Il principio di buona fede quale canone dell'azione amministrativa autoritativa ispira, inoltre, l'istituto del soccorso istruttorio. Ai sensi dell'art. 6, lettera b, della L. n. 241 del 1990, il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere “il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali” utili alla più completa istruttoria procedimentale.³³⁷ Pertanto, non si può addurre l'incompletezza dei documenti o la presenza di errori formali per concludere il procedimento con un provvedimento negativo, non senza aver prima posto il soggetto istante in condizione di completare l'istanza in questione. Un comportamento siffatto

³³⁶ Cfr. Cons. Stato Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2358 in *Urbanistica e appalti*, 2020, 826.

Sotto il profilo della tutela dell'affidamento, la dottrina ha considerato anche il caso dell'esecuzione del provvedimento invalido. Osserva in proposito MEURSI, in *Buona fede e affidamento*, cit., che “L'esecuzione del provvedimento, teoricamente non efficace, determina una situazione nuova della quale non può non tenere conto l'amministrazione”; a questa situazione è parificata quella in cui l'atto non inviato a controllo sia emanato o eseguito.

³³⁷ Il soccorso istruttorio è una forma di collaborazione tra il responsabile del procedimento e il privato, volta al fruttuoso avanzamento dell'istruttoria procedimentale. Consiste infatti nella sollecitazione al privato affinché questi colmi lacune o rettifichi errori. Il responsabile quindi “soccorre” il privato, attivandosi o imponendogli di attivarsi. Tale istituto incontra un limite tutte le volte in cui il procedimento amministrativo abbia ad oggetto più interessi privati: il rischio di avvantaggiare uno a discapito di un altro non è consentito per il principio della *par conditio* tra i concorrenti. Il soccorso istruttorio non può comportare un'alterazione della parità tra i contendenti, pur rimanendo comunque un vero e proprio obbligo previsto a carico del responsabile del procedimento. Cfr. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2017, 1, 127; USAI, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 10, 1134; CERBO, *il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 12, 1288.

violerebbe infatti principio di buona fede e di leale collaborazione³³⁸, posto che l'amministrazione deve agire tenendo conto anche del principio costituzionale di solidarietà sociale, cui la buona fede ne è diretta espressione, e dell'interesse privato.

A fortiori, il principio di buona fede ispira altresì l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Tale obbligo, che come hanno sottolineato i giudici amministrativi “assume i connotati di un atto doveroso in caso di provvedimento discrezionale”, si giustifica in ragione dell'esigenza che l'amministrazione tenga in debita considerazione l'interesse del privato a difendersi dalle contestazioni mosse contro la sua posizione, al fine di favorire lo scambio informativo tra le parti in un'ottica di eguaglianza e lealtà reciproca³³⁹.

L'interessato non è più un semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, ma diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza n. 500 del 1999 identifica nelle “regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”³⁴⁰.

Reputo opportuno fare un'ultima, doverosa, riflessione anche sul nuovo art. 10-*bis* della legge 241/90, modificato dalla legge 120/20. Il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza, di cui

³³⁸ Sul punto, Cons. Stato, Sent., 4 agosto 2022, n. 6881, che significativamente sostiene “L'attivazione del soccorso istruttorio, che assume i connotati di un atto doveroso e non meramente facoltativo, si giustifica in ragione dell'esigenza che l'Amministrazione, in attuazione del dovere di buona fede, tenga in debita considerazione l'interesse del privato al rilascio del provvedimento.”

Sul punto anche CISTARO, *Il principio di leale collaborazione nello svolgimento delle operazioni di presentazione telematica della domanda di partecipazione ad una selezione*, in *Azienditalia*, 2021, 12, 1991.

³³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sent. 1 agosto 2022, n. 6753, attualmente non ancora repertoriata. Infatti, alla luce di quanto disposto dall'art. 3 della L. n. 241/1990, deve ritenersi invalido per violazione di legge l'atto amministrativo sfornito di motivazione, ovvero l'atto che non esprima in modo compiuto i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche alla base della sua emanazione. Ancora, nel caso della motivazione *per relationem*, è invalido il provvedimento che non indichi l'atto a cui fa riferimento per la motivazione o non lo renda altrimenti disponibile. E' illegittimo per eccesso di potere, invece, l'atto la cui motivazione sia perplessa, contraddittoria, incongrua o illogica. La L. n. 15 del 2005 ha introdotto la c.d. motivazione anticipata nel caso in cui, a fronte di un'istanza del privato, l'amministrazione voglia emettere un provvedimento di rigetto. In questo caso, l'art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 prevede che la pubblica amministrazione sia tenuta a comunicare anticipatamente i motivi di rigetto dell'istanza. Cfr. CASETTA - FRACCHIA (a cura di), *Compendio di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022; CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022; CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011.

³⁴⁰ Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78.

all'articolo in commento, determina oggi l'annullamento del provvedimento discrezionale senza che sia consentito all'amministrazione di dimostrare in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello che in concreto è stato adottato. Il legislatore mostra così "di non transigere sul modulo procedimentale partecipato e sul disegno di una Amministrazione pubblica trasparente e leale con il cittadino, anche per le finalità compositive dei conflitti e deflative del carico giudiziario che ne derivano".³⁴¹

Tale nuova norma assurgerebbe a regola di condotta di buona fede, in quanto impedirebbe all'amministrazione, nell'esercizio del suo potere, di addurre di nuovo e a carico dello stesso privato dei motivi ostativi che erano già emersi in un'istruttoria precedente di un provvedimento già annullato. Ciò ha permesso di superare alcune obiezioni mosse in merito al rilievo che il preavviso di rigetto poteva avere in tema di riduzione della discrezionalità amministrativa³⁴², dato che impedisce all'amministrazione di concatenare provvedimenti lesivi per il ricorrente poi annullati.

Giunti a questo punto, per concludere questa breve disamina è necessario soffermarsi anche sulla posizione giuridica degli atti endoprocedimentali, ovvero gli atti che precedono il provvedimento finale, come le promesse, i pareri e le valutazioni tecniche, i rapporti di convenzione o comunque gli atti interni destinati a ingenerare aspettative in capo agli amministrati. Tali atti acquisiscono rilevanza per il nostro studio nel momento in cui vengono caducati, dato che l'illegittimità di uno di tali atti, di regola, determina l'illegittimità in via derivata del provvedimento finale, fatta salva

³⁴¹Cit. Cons. Stato, 11 novembre 2021, n. 7529 in *Foro amm.*, 2021, 1720.

³⁴² Per approfondire il punto, DI BENEDETTO, *L'esauribilità della discrezionalità amministrativa tra buona fede ed effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 2022, 2, 247-268.

l'applicazione dell'art. 21-*octies* L. 241/1990.³⁴³ La giurisprudenza ha sottolineato più volte che è inammissibile il ricorso proposto contro un parere – ancorché esso abbia natura vincolante – quando non sia impugnato anche l'atto conclusivo del procedimento.³⁴⁴ La buona fede, nell'azione amministrativa di secondo grado, impone tuttavia chiarezza e trasparenza anche nelle procedure interne volte all'emanazione del provvedimento finale; viceversa, la violazione di tali tutele mette in luce, in senso giuridicamente rilevante, l'affidamento del cittadino a contatto con un'azione lesiva e ingannevole giacché contraria a buona fede.³⁴⁵

³⁴³ L'art. 21-*octies*, comma secondo, pone due divieti di annullabilità al provvedimento amministrativo illegittimo da parte del giudice: da una parte, non è annullabile il provvedimento viziato qualora sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso. Il presupposto è che il provvedimento abbia natura vincolata sia cioè frutto non di un'attività discrezionale della p.a. ma di un'attività rigidamente normata dalla legge in cui la p.a. si fa mera esecutrice. Dall'altra parte, non è annullabile il provvedimento che manchi della comunicazione d'avvio del procedimento qualora la pubblica amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello emesso. La *ratio* di questa disciplina è evidente non si vogliono sprecare energie processuali, tempo e denaro per un provvedimento che di fatto è idoneo a perseguire i suoi fini. Infatti, come la pubblica amministrazione è libera di scegliere se agire in autotutela, così il giudice è tenuto obbligatoriamente all'annullamento in presenza di vizi di legittimità. Questo principio di obbligatorietà è stato sempre mal visto dalla giurisprudenza, in quanto spesso si dovevano annullare provvedimenti sostanzialmente perfetti. Per questo motivo, il legislatore del 2005 ha codificato questo orientamento giurisprudenziale consolidato, sulla base dell'idoneità del provvedimento impugnato e per ragioni di economia processuale. Cfr. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pp. 637 - 672; FIENGA, *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo* in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 2, 179; MICARI, *Il contraddittorio endoprocedimentale necessario e l'art. 21 octies della l. 241/90 al vaglio giurisprudenziale*, in *Corriere Merito*, 2006, 5.

³⁴⁴ Cfr., tra le tante, Cons. di Stato, sent. n. 4369 del 18 settembre 2017, in *Massima redazionale*, 2017, secondo la quale: “costituisce uno *ius singularis*, non suscettibile di applicazione analogica, la disposizione che, in deroga al principio generale, preveda l'immediata impugnabilità di un parere, come previsto ad es. dall'art. 211, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D.Lgs. n. 56 del 2017.” Tuttavia si specificato che tali atti possono essere immediatamente impugnati solo se assumono natura conclusiva e provvedimentale: “Gli atti endoprocedimentali devono essere immediatamente impugnati solo se assumono natura conclusiva e provvedimentale, mentre possono essere impugnati unitamente all'atto definitivo se comportano effetti ancora instabili e del tutto interinali, con conseguente inidoneità a produrre la definitiva lesione; pertanto, deve essere ritenuto immediatamente impugnabile l'atto con natura endoprocedimentale solo se idoneo a interrompere definitivamente il procedimento ed è, quindi, di per sé immediatamente lesivo.” Cfr. Cons. Stato, 6 ottobre 2022, n. 8564, in *Massima redazionale*, 2022.

³⁴⁵ Cfr. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, 1979.

3.1 (*Segue*): RIFLESSIONI SUL PRINCIPIO DI BUONA FEDE, L'ABUSO DEL DIRITTO E L'ECESSO DI POTERE AMMINISTRATIVO.

Nelle pagine che precedono si è sottolineato che la responsabilità provvedimentoale della pubblica amministrazione per violazione della buona fede si configura in particolare nella cosiddetta attività di secondo grado, quando la pubblica amministrazione interviene in autotutela e caduca un provvedimento di natura favorevole su cui il privato destinatario aveva posto il proprio affidamento. Questo è senza dubbio il caso più frequente di responsabilità provvedimentoale in relazione alla buona fede, ma non è il solo. Anche la figura dell'eccesso di potere è stata presa in considerazione dagli studiosi di questa materia, soprattutto per le analogie presenti con un altro istituto, alla cui tutela è deputato in primo luogo il principio la buona fede, ovvero l'abuso del diritto.³⁴⁶

Come è noto, ricorre l'abuso del diritto quando un soggetto esercita un diritto che gli spetta in maniera apparentemente corretta, giacché in realtà ne travalica la *ratio* e utilizza il diritto spettante al solo scopo di trarne un indebito vantaggio. L'abuso del diritto consiste quindi in un uso distorto della legge, ove il profilo dell'illiceità non è

³⁴⁶ Una prima definizione di abuso di diritto si può rinvenire nel progetto italo-francese del codice delle obbligazioni del 1936, e precisamente all'art. 74, il quale statuiva che "E' tenuto al risarcimento del danno colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per i quali il diritto gli fu riconosciuto". Si veda LEVI (a cura di), *Il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni*, nella collana *Inchieste di diritto comparato*, VIII, Padova 1980, p. 220 e ss. Oggi, l'abuso del diritto si configura qualora: "un contraente esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati" cit. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, 2015, p. 659. Quest'ultimo Autore, in nota, spiega anche perché la figura in commento non è stata positivizzata dal Legislatore, dicendo "la disposizione non poteva incontrare il favore della cultura giuridica dominante: Mario Rotondi aveva contestato, negli anni 30, che l'abuso del diritto fosse un concetto giuridico, ravvisandosi piuttosto un giudizio etico (sicché chi abusa del proprio diritto merita riprovazione morale ma è immune da sanzioni giuridiche); Vittorio Scialoja aveva addirittura patrocinato la soppressione del divieto di atti di emulazione. La formula non fu riprodotta nel testo finale: la repressione giudiziaria dell'abuso del diritto fu giudicata tale da compromettere la certezza del diritto, attesa la grande latitudine di potere che essa avrebbe attribuito al giudice. Sicché agli interpreti del nuovo codice civile era sembrato di poter concludere che la repressione dell'abuso del diritto altro non potesse essere considerata, per diritto italiano, se non come la *ratio* giustificatrici e di singole norme." Nella cultura giuridica degli anni '30, pertanto, l'abuso del diritto era visto come un concetto di natura etico-morale, con la conseguenza che l'autore dell'abuso veniva considerato meritevole di un rimprovero sociale e non di una vera sanzione giuridica.

Per altri contributi, si rimanda a D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, I, 2011, p. 650; PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, pp. 76 e ss. Si veda ancora MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, II, parte I, p. 250.

manifesto ed evidente *ictu oculi*, poiché la condotta fraudolenta appare schermata da una formale correttezza d'esercizio.³⁴⁷

L'eccesso di potere è invece uno di quei casi che configura l'annullabilità del provvedimento amministrativo, insieme con la violazione di legge e l'incompetenza relativa³⁴⁸.

L'eccesso di potere è tra i tre vizi di annullabilità quello sicuramente più problematico e complesso, in quanto consente al giudice di sindacare il cuore dell'attività amministrativa e di spingersi fino al merito amministrativo, in aperta violazione del principio della separazione dei poteri³⁴⁹. Infatti, l'eccesso di potere riguarda l'attività amministrativa discrezionale, ovvero il margine di scelta che la legge lascia alla pubblica amministrazione nella valutazione e ponderazione e graduazione degli interessi, ed ebbe la sua origine con la figura dello sviamento di potere, che si configurava con il perseguimento, da parte della p.a. di un fine diverso da quello che

³⁴⁷ Cfr. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 3, 541. L'Autore si sofferma col rapporto dell'istituto col principio di buona fede, aggiungendo che "In passato tutto teso a verificare, attraverso la ricerca e l'analisi dei singoli referenti normativi, la possibilità di estrapolare - magari attraverso un preliminare processo di omogeneizzazione di detti referenti - un generale divieto di abuso del diritto; oggi, una volta affermatesi prepotentemente le clausole generali, la ricostruzione si è saldamente ancorata - al di là di un dibattito che pur ha visto autorevoli voci sollevarsi contro questa prospettiva - alla buona fede."

Per altri contributi, fondamentale è RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 281; SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.; GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss; D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 95 ss.

³⁴⁸ Art. 21-*octies*, comma primo, Legge 241/1990. A titolo di completezza, si ha violazione di legge quando il provvedimento amministrativo è posto in essere in violazione di una norma espressa di legge. Sono compresi sia gli *errores in procedendo*, cioè gli errori sul procedimento, che gli *errores in iudicando*, ovvero gli errori sostanziali, propri del provvedimento stesso. L'incompetenza relativa si differenzia dall'incompetenza assoluta in quanto, in questo caso, il provvedimento è stato emesso dall'ente giusto ma dall'organo sbagliato, in violazione del principio di competenza. Nell'incompetenza assoluta, invece, il potere di emettere il provvedimento è esercitato da un ente diverso rispetto a quello titolare, in violazione del principio di attribuzione.

L'annullabilità amministrativa - definita altresì come "illegittimità" - ha carattere generale e atipico, concerne cioè tutti i casi di invalidità non tipizzati dalla legge inoltre è l'ipotesi di invalidità indubbiamente più frequente e più comminata.

³⁴⁹ La prima utilizzazione dell'espressione "eccesso di potere" risale alla legge 31 marzo 1899 n. 371, recante *Norme sui conflitti di attribuzione*, nonché nella legge 31 marzo 1889 n. 5992. Tale espressione venne utilizzata dalla prima giurisprudenza per indicare i casi più gravi di incompetenza assoluta, ovvero le ipotesi in cui la pubblica amministrazione fosse andata oltre le proprie prerogative. Cfr. GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

la legge le aveva attribuito, in violazione del principio di funzionalità³⁵⁰. Oggi, l'eccesso di potere non è più limitato ai casi di sviamento, perché la giurisprudenza ha introdotto dei casi tipo a cui ricollegare automaticamente il vizio in commento: le cosiddette figure sintomatiche. Tali figure sono varie e di diversa gravità, e comprendono ipotesi quali l'errore o il travisamento dei fatti³⁵¹; il difetto di istruttoria da parte del responsabile del procedimento³⁵²; il difetto di motivazione³⁵³ e infine la disparità di trattamento in violazione del principio di imparzialità, in ragione del quale bisogna trattare in modo eguale situazioni eguali.

L'eccesso di potere, pertanto, si configura quando la pubblica amministrazione esercita il potere per finalità diverse da quelle stabilite dalla norma attributiva del potere stesso.

Poste queste premesse, possiamo domandarci se e in quale modo la buona fede può esplicare effetti integrativi e correttivi nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, laddove, per esempio, l'esercizio della posizione vantata si profili abusiva e l'azione amministrativa sia viziata da eccesso di potere.

È stato affermato a più riprese che la violazione del principio di buona fede diventa un "sintomo del sintomo" dell'eccesso di potere, ovvero costituisce un elemento indiziario dell'illegittimità del comportamento amministrativo³⁵⁴. Secondo la

³⁵⁰ Il principio di funzionalità (o funzionalizzazione) è considerato un canone della cosiddetta "legalità indirizzata", il quale vede la legge avere un ruolo propulsivo nel finalizzare il potere amministrativo a un obiettivo che essa stessa ha determinato. È infatti quel principio che finalizza ciascun ente pubblico ai soli ed esclusivi fini che la legge gli ha attribuito. Cfr. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Cedam, 1996; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè, 1996.

³⁵¹ A titolo di esempio, un errore può configurarsi quando viene emanato un obbligo di bonifica ambientale a carico di un terreno integro e privo di sostanze inquinanti. Cfr. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2014, p. 208.

³⁵² Ad esempio, il fatto di omettere di compiere un atto necessario o il fatto che l'istruttoria venga eseguita in modo superficiale e frettoloso. Cfr. CLARICH, cit.

³⁵³ Causa annullabilità per eccesso di potere il fatto che la motivazione sia insufficiente, incompleta, generica o tautologica. Se invece la motivazione manca del tutto, il vizio del provvedimento integrerà una vera e propria violazione di legge, ai sensi dell'art. 3, legge 241 del 1990.

³⁵⁴ Cfr. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, 2008; PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano 2004, il quale rileva come la buona fede sia "uno dei possibili modi di configurare nel concreto comportamenti rispettosi del buon andamento, dell'imparzialità, della ragionevolezza dell'esercizio del potere".

dottrina, infatti “l’eccesso di potere si lega alla violazione di principi giuridici generali che segnano indirettamente e metodologicamente il corretto esercizio del potere, senza fornire una precisa e specifica soluzione sul piano amministrativo”³⁵⁵.

Se concettualmente le figure di abuso del diritto ed eccesso di potere rappresentano due istituti ontologicamente diversi, è stato comunque notato che hanno alla base la stessa patologia, ovvero la scorrettezza dolosa del comportamento posto in essere.³⁵⁶

La differenza, invece, concerne la natura di questi due vizi, visto che l’eccesso di potere è fortemente condizionato dalla supremazia dell’interesse pubblico, che si profila assorbente di ogni eventuale violazione di canoni di condotta, l’abuso del diritto ha tratto invece la sua fonte tradizionale nel divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.)³⁵⁷. Inoltre, nel caso dell’abuso del diritto, l’atto rientra formalmente nei limiti del diritto e della sua *ratio*, mentre nel caso dell’eccesso la condotta posta in essere travalica sia formalmente che sostanzialmente i limiti attribuiti al titolare. Nell’eccesso, quindi, l’illiceità della condotta è percepibile con facilità, non essendo ravvisabile alcuna apparenza di conformità del comportamento alla *ratio* del diritto.³⁵⁸

³⁵⁵ LAZZARA, *Annulabilità e annullamento [dir. amm.]*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2012; LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. Amm.*, 2020, 1, 235-269.

³⁵⁶ Sussistono opinioni in dottrina che paragonano l’abuso di diritto all’abuso di potere e, da questa prospettiva, all’eccesso di potere. Osserva da questo punto di vista LEVI, *L’abuso di diritto*, Giuffrè, 1998.

³⁵⁷ Così recita l’articolo: “Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.”

Si ritiene infatti che la figura dell’*aemulatio* rappresenti il nucleo concettuale di partenza della categoria dell’abuso, anche se l’affinità tra i due temi è solo esteriore. Cfr. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 105 ss.; ALLARA, *Atti emulativi (diritto civile)*, in *ED*, IV, Milano 1959, 33.

³⁵⁸ Secondo un’autorevole dottrina, infatti, “abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell’apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere.” Cfr. NATOLI, *Note preliminari a una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37.

Un esempio di quanto osservato si ritrova nella ricostruzione che la dottrina più accreditata svolge in relazione a una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ovvero la manifesta ingiustizia.³⁵⁹

Tale figura, nonostante la sua somiglianza con l'abuso di diritto, giacché entrambi gli istituti si fondano su un vero e proprio sviamento dell'azione rispetto al comando normativo, ha una fondamentale differenza rispetto al secondo, ovvero la manifesta ingiustizia del provvedimento. L'abuso del diritto opera invece in modo diametralmente opposto, tramite condotte elusive del dettato normativo.³⁶⁰

4. LA BUONA FEDE COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE. SIGNIFICATO E PORTATA COSTITUZIONALE DEL DOVERE DI CORRETTEZZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Ai fini di stabilire la configurazione della portata costituzionale del dovere di correttezza in capo alla pubblica amministrazione, occorre preliminarmente esaminare se il principio di buona fede stesso abbia portata costituzionale.

La risposta è affermativa ma la questione non è stata semplice, e dato che la buona fede è una clausola generale che necessita di una specificazione giurisprudenziale e dottrinale, è proprio dall'esame dei contributi degli operatori del diritto che è stato possibile stabilire la sua natura costituzionale.

Inizialmente, si tendeva a negare alla buona fede e agli altri principi generali dell'ordinamento dignità costituzionale, in quanto si soleva distinguere nettamente tra

³⁵⁹ Ci si riferisce ai casi nei quali i provvedimenti discrezionali presentino un contenuto che appaia in modo palese manifesto e ingiusto. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

Una fattispecie di ingiustizia manifesta è stata ravvisata, ad esempio, nella dispensa dal servizio per scarso rendimento di un impiegato che aveva subito un grave infortunio in servizio: "è viziata da eccesso di potere, soprattutto per la manifesta sproporzione tra illecito commesso e sanzione inflitta, l'irrogazione di una sanzione disciplinare allorché sussistevano particolari circostanze discriminanti o almeno attenuanti che - qualora correttamente valutate dall'organo disciplinare - avrebbero probabilmente ispirato lo stesso ad una maggiore clemenza." TAR Emilia Romagna, sentenza 19 luglio 1982, n. 182.

³⁶⁰ L'eccesso di potere per manifesta ingiustizia si colloca proprio al confine tra il sindacato di legittimità e il sindacato di merito. Affinché non si debordi nel merito, il carattere ingiusto del provvedimento deve essere manifesto.

questi e i principi costituzionali.³⁶¹ Questi ultimi, infatti, erano reputati vere e proprie norme costituzionali, e come tali capaci di vincolare il legislatore e di essere suscettibili di deroga solo in via eccezionale, attraverso il procedimento di revisione costituzionale. I principi generali dell'ordinamento, invece, secondo il pensiero dell'epoca erano dei principi desunti per astrazione dalle norme legislative vigenti, potevano mutare col mutare della normativa e pertanto non esercitavano alcuna forza vincolante nei confronti del legislatore. La buona fede veniva fatta rientrare nella seconda categoria³⁶² e dunque si negava che potesse avere valore costituzionale, in quanto da un lato si reputava che potesse regolare solo i rapporti paritari tra privati, dall'altro non era ancora stata rinvenuta una norma all'interno della Costituzione che potesse darle una copertura in tal senso.³⁶³

Oggi tale norma è pacificamente inquadrata nell'art. 2 Cost., tuttavia il percorso per arrivare a tale traguardo è stato impervio.

Il codice civile, infatti, è stato emanato in costanza del regime fascista, ove era stata accreditata la concezione dello Stato come di un ordinamento corporativo, il cui scopo principale era quello di disciplinare stabilmente la relazione tra lo Stato e le forze economiche, le quali detenevano il primo posto nella scala dei valori del regime, prima dei cittadini e prima dei loro diritti fondamentali.

Il fine dell'ordinamento corporativo di stampo fascista era infatti quello di ottenere la massima produzione economica nazionale pur sotto il pieno controllo del governo. In un tale contesto socio-economico venne emanato il codice civile del 1942, il quale

³⁶¹ Per approfondire questa distinzione, cfr. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1941; MORTATI, *Osservazioni sulla natura e sulla funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 116; BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It., ad vocem*, XIII, Utet, 1966. La distinzione tra i principi generali dell'ordinamento e i principi costituzionali si trova anche in altri ordinamenti, in particolare in quelli tedeschi.

³⁶² A questo proposito si può ricordare la sentenza della Corte Costituzionale del 2 marzo 1962 n. 13, nella quale si afferma che il legislatore non è tenuto al rispetto dei principi generali dell'ordinamento non scaturenti da norme costituzionali, tra i quali la buona fede.

³⁶³ Bisogna tuttavia rammentare che ci sono stati molti tentativi da parte della dottrina di dare copertura costituzionale al principio di buona fede, alcuni dei quali non sono ancora invecchiati, ad esempio MERUSI ha riconosciuto il fondamento costituzionale del principio di buona fede nell'esigenza di tutelare le aspettative legittime del privato cittadino nei confronti del legislatore. Cfr. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit.

evidentemente risenti della cornice ideologica e del pensiero politico dell'epoca, soprattutto a livello di principi generali. La buona fede tuttavia fece eccezione, perché pur soffrendo dell'esegesi dell'epoca, che la confinava a mero canone economico e utilitaristico, volto a garantire un'utilità piuttosto che una tutela, trovò un ampio spazio all'interno delle norme del codice civile³⁶⁴. Era infatti considerato un principio strategico dell'economia nazionale, perché il fatto che una parte tradisse ad esempio la fiducia dell'altra durante le trattative contrattuali, impediva la nascita di quei valori economici meritevoli di tutela che il contratto (sfumato o invalidamente concluso) avrebbe perseguito. La specifica attenzione che il codice civile del 1942 volle dedicare al dovere di correttezza precontrattuale e alla conseguente responsabilità derivante dalla sua trasgressione, si spiegava, quindi, proprio alla luce dello stretto rapporto esistente tra il dovere di correttezza precontrattuale e i valori della c.d. solidarietà corporativa.

Questa prima interpretazione del concetto attuale di buona fede e correttezza contribuì nel tempo a renderlo un principio di stampo più normativo che costituzionale, ed ebbe come conseguenza una tendenziale, scarsa attenzione da parte della dottrina.

In seguito, il superamento dell'ordinamento corporativo e soprattutto l'emanazione della Carta Costituzionale nel 1948, hanno determinato l'avvio di un lento processo di rilettura e rivisitazione delle norme in un'ottica costituzionalmente orientata, in particolare di quelle norme che, come l'art. 1337 c.c., presentano al loro interno clausole generali, il cui contenuto è destinato, per loro stessa natura, ad adeguarsi ai mutamenti che interessano l'ordinamento giuridico e la società civile.

Nel mutato quadro costituzionale, che pone al centro l'individuo, l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà

³⁶⁴ Ci sono tanti riferimenti espressi nel codice alla buona fede: *in primis* l'art. 1175 c.c., che prescrive che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, poi si ha la buona fede nello svolgimento delle trattative contrattuali (art. 1337 c.c.), la buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), la buona fede nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.); la buona fede in pendenza della condizione se si tratta di contratto sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva (art. 1358 c.c.) e infine buona fede nell'opporre l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.). Come abbiamo visto, la buona fede ha un significato del tutto diverso se intesa nella sua accezione soggettiva e nelle tante norme che, in materia di invalidità del contratto e di simulazione fanno salvi i diritti dei terzi in buona fede. In tale caso, la buona fede è uno stato soggettivo e significa ignoranza di ledere l'altrui diritto.

fondamentali, ed è ormai affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta “una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione”³⁶⁵.

Appurato che la buona fede è un principio avente dignità costituzionale, il cui parametro normativo è da rintracciarsi nell'art. 2 Cost., resta da spiegare in che modo influenzi l'attività contrattuale della p.a.

Il dovere di correttezza della pubblica amministrazione, come è noto, veniva ritenuto già inglobato nel rispetto dei principi sanciti nell'art. 97 Cost., e per questo era considerato superfluo e non necessario. Inoltre, come già richiamato, si sosteneva che l'applicabilità del principio di buona fede, quale clausola generale che necessita essere colmata nel suo contenuto, desse troppo potere alla giurisprudenza nei confronti dell'autorità pubblica e, per tal ragione, si preferiva negare o comunque ridimensionare l'applicazione del principio di buona fede all'attività contrattuale e provvedimentale della p.a.

A ben vedere però, quando è riferito alla pubblica amministrazione, il dovere di buona fede assume un connotato ancora più pregnante, essendo riconnesso a un'attività funzionalizzata, ovverosia a un'attività svolta in funzione e per la tutela di interessi sia pubblici che privati, che come tale è anche sottoposta ai canoni di buon andamento e imparzialità ex art. 97 Cost. e di buona amministrazione ex art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La lettura in chiave costituzionale del dovere di buona fede, inoltre, ha avuto il pregio di rendere ancora più pregnante il ruolo che il dovere di correttezza svolge a livello nazionale, anche e a prescindere dagli interessi delle parti coinvolte nel contratto o nel procedimento.

Innanzitutto, come è stato rilevato in giurisprudenza, l'instaurazione di un rapporto contrattuale rispondente a correttezza svolge altresì una funzione produttiva particolarmente importante, che contribuisce a garantire alle iniziative economiche

³⁶⁵ Tante recenti sentenze usano questa espressione, sia civili che amministrative. Tra le tante, ricordo le già note Cass., 12 luglio 2016 n.14188 in *Dir. e giustizia*, 2016, 32, 4 e Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2018, n. 5 in *Foro It.*, 2018, 9, 3, 453.

private un contesto idoneo al proliferare dell'impresa e del lavoro, anche al fine di accrescere la competitività del paese a livello nazionale ³⁶⁶. Infatti, da questo punto di vista la pubblica amministrazione deve essere un esempio virtuoso, nonché lo specchio in cui possa riflettersi positivamente l'intera contrattazione nazionale.

Ma il rispetto della buona fede non giova solo sul fronte economico.

Lo stretto collegamento concettuale che ora esiste tra la buona fede e gli altri principi costituzionali in materia amministrativa fa sì che la violazione dell'uno finisca sovente (anche se non necessariamente) per concorrere alla violazione degli altri, con la conseguenza che la correttezza diventa anche un baluardo dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione³⁶⁷. Avendo natura di principio costituzionale, infatti, la buona fede può svolgere anche una funzione integratrice delle fonti³⁶⁸, in modo da determinare le regole di condotta che esulano da quelle legalmente tipizzate dalla stessa amministrazione. In altre parole, la buona fede può essere "aggiunta" ai principi generali di diritto pubblico per rafforzare ancor di più le garanzie degli amministrati³⁶⁹.

³⁶⁶ Cfr. Cons. St., 6 marzo 2018, n. 1457 in *Quotidiano Giuridico*, 2018 ove si precisa che "alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino." inoltre i giudici aggiungono significativamente che "L'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è conferma l'emersione del principio di accountability)."

³⁶⁷ Da questo punto di vista è interessante la posizione di BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 - 65: secondo l'A., le clausole generali, tra cui in particolare la clausola della buona fede (oggettiva), costituiscono una forma di penetrazione dei valori costituzionali nell'ambito contrattuale. Similmente DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, p. 560, secondo cui le clausole generali o i principi in esse incorporati sono da considerarsi come "espansione dei principi costituzionali".

³⁶⁸ Si è già accennato all'argomento in precedenza, Si rimanda pertanto al primo capitolo, paragrafo uno.

³⁶⁹ V. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della p.a.*, in SCOCA., DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 121 e ss.

È stato inoltre considerato che la violazione di norme giuridiche è certamente un indice della violazione del canone della correttezza. Chiaramente, però, la correttezza non presuppone solamente il rispetto delle norme legislativamente poste, perché se così fosse la buona fede verrebbe a coincidere con il principio di legalità e perderebbe del suo significato principale, ovvero di ispirare e imporre al comportamento delle parti di conformarsi a lealtà e correttezza. Cfr. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Cedam, 2007, p. 288.

La buona fede come manifestazione del dovere di solidarietà sociale ha anche ispirato il legislatore: nell'ottica di tutelare al massimo grado l'affidamento del privato, il legislatore ha precisato espressamente nell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 che, nell'annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo, la p.a. dovrà tener conto, tra l'altro, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.³⁷⁰

Inoltre, è stato anche previsto un termine per il suddetto annullamento, che deve essere ragionevole e comunque non deve superare i dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di altri vantaggi. Più che correttezza inteso in senso stretto, la buona fede in questo caso ha un ruolo di garanzia nei confronti dell'affidamento che il privato legittimamente ripone sull'autorità amministrativa. Ciò pertanto va ad avvalorare l'importante funzione che il principio svolge nel mantenere il corretto svolgimento della vita sociale tra p.a. e privato e per, logica di confronto, tra gli stessi privati.

La solidarietà e la correttezza si esprimono anche nel senso di condannare i comportamenti inerti della pubblica amministrazione.

Un esempio concreto è la previsione del danno da ritardo cagionato dalla amministrazione al privato, previsto dall'art. 2-*bis*, co. 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241.³⁷¹ Su questo punto, non poche questioni ha sollevato la distinzione concettuale

³⁷⁰ Così recita l'art. in commento "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20 e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo." A questo proposito TRIMARCHI, in *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 200, ha precisato che "La tutela del legittimo affidamento comporta che il potere amministrativo si esaurisce (*rectius*, può esaurirsi) «in concreto»: quante volte la fiducia del cittadino sulla stabilità del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione".

³⁷¹ Così recita l'art. 2-*bis* in narrativa "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento."

esistente tra la nozione di “danno da ritardo” e quella di “danno da *mero* ritardo”, ove nell’ultimo caso si intende il danno patito dal privato per l’omesso o tardivo esercizio del potere amministrativo, a prescindere dall’ottenimento del bene della vita o del provvedimento favorevole.³⁷²

Ma la semplice inerzia si configura anche quando la pubblica amministrazione non si degni di rispondere al privato quando quest’ultimo le chiede notizie: un comportamento siffatto è stato ritenuto contrario a buona fede e fonte di risarcimento dei danni.³⁷³ Tuttavia questa regola conosce delle eccezioni, infatti è stato ritenuto che qualora la richiesta del privato si sostanzia in un’istanza volta ad attivare un procedimento in autotutela, non sussista alcun obbligo per l’amministrazione di procedere in tal senso, in quanto il potere di autotutela è incoercibile e soggiace alla valutazione discrezionale della p.a. In tale caso, l’amministrazione non è tenuta a pronunciarsi con una risposta, in quanto vige il meccanismo del silenzio rifiuto.³⁷⁴

Infatti, la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso è considerata l’evenienza come fisiologica dall’art. 2 l. 241/90, tuttavia nel corso del tempo si sono moltiplicate le ipotesi in cui l’amministrazione non concludesse il procedimento entro il termine designato e rimasse inerte molto a lungo, senza fornire alcuna risposta al privato. Ciò ha reso necessario disciplinare il silenzio amministrativo; dapprima era inteso come semplice inadempimento, in seguito il silenzio significativo ha acquisito le due diverse e opposte connotazioni di silenzio diniego, poco frequente, e di silenzio assenso, previsto dall’art. 20 l. 241/90.

³⁷² Sono molte le sentenze che negano la sussistenza del danno da mero ritardo e riconoscono il risarcimento solo se venga previamente accertata la spettanza del bene della vita richiesto o l’adozione del provvedimento favorevole. Tra queste cfr. Cons. Stato, sent., 17 gennaio 2018, n. 240, in *Massima redazionale*, 2018; Cons. Stato., 23 giugno 2017, n. 3068, in *Foro amm.*, 2017, 6, 1261; Cons. Stato, 12 luglio 2018, n. 4260, in *Massima redazionale*, 2018; Cons. Stato, 23 giugno 2017, n. 3068, in *Foro amm.*, 2017, 6, 1261.

³⁷³ Trib. Milano, Sez. lav., 26 novembre 2002, n. 3358. Sul tema delle conseguenze dell’inerzia della p.a. si sono soffermati molti autori, tra i quali COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013; MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell’azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell’Amministrazione, Varenna, settembre 2002, Milano, 2003, p. 29 e ss.

³⁷⁴ Cons. Stato, sent. 05/10/2022, n. 8535, in *Massima redazionale*, 2022.

CAPITOLO QUARTO

Focus sulle ambigue vicende del contratto ad evidenza pubblica divergente dal paradigma normativo misto

Sommario: 1. L'influenza del principio di buona fede nella fase pubblicistica di affidamento del contratto. Le tre procedure di scelta del contraente, ovvero la procedura aperta, ristretta e negoziata. — 2. L'impugnazione del bando di gara alla luce del principio di buona fede e del nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di clausole formalmente escludenti – 2.1. (*Segue*): L'obbligo del *clare loqui* amministrativo e il danno da mancata aggiudicazione tra responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale. – 3. Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato. – 4. La cosiddetta fase negoziale dell'evidenza pubblica: la stipulazione e l'esecuzione in buona fede del contratto a evidenza pubblica nell'era dell'amministrazione digitale.

1. L'INFLUENZA DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NELLA FASE PUBBLICISTICA DI AFFIDAMENTO DEL CONTRATTO. LE TRE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE: LA PROCEDURA APERTA, RISTRETTA E NEGOZIATA.

Se ci si sofferma a pensare alla attività preponderante che svolge in concreto la p.a., non stupirà sapere che l'attività contrattuale è quella che viene svolta con più frequenza. Infatti, tutte le volte in cui la p.a. non dispone del potere pubblico attribuitole dalla legge, ricorre allo strumento del contratto. Oppure, ricorre allo strumento contrattuale anche quando, pur disponendo del potere, ritiene più veloce ed efficiente stipulare un contratto con il privato che espletare un procedimento amministrativo.³⁷⁵

La pubblica amministrazione nel prendere decisioni procedurali di questo tipo ha un ampio margine di manovra, visto che ogni sua decisione è ampiamente sostenuta

³⁷⁵ Ciò accade, in particolare, nei rapporti economici che coinvolgono i privati: la pubblica amministrazione, ad eccezione di limitati e circoscritti casi in cui l'esercizio dell'autorità si dimostra necessario (si pensi all'espropriazione per pubblica utilità, alle requisizioni, ecc.), al fine di soddisfare al meglio l'interesse perseguito, deve operare attraverso la conclusione di contratti di diritto privato, alla stregua di qualsiasi altro soggetto giuridico. Cfr. COMMANDATORE, *Autotutela e recesso contrattuale della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 687.

dalla legge e in primo luogo dalla Costituzione. È proprio per la sussistenza dei principi di imparzialità e buon andamento che la pubblica amministrazione è tenuta a scegliere in modo imparziale - rispettando cioè la *par condicio* - la sua controparte contrattuale e a sceglierla in modo da garantire il miglior risultato possibile, in ossequio al principio di efficienza.

Il principio di correttezza e buona fede svolge un ruolo altresì molto importante per tutta la durata della procedura, dalla determinazione a contrarre fino all'esecuzione del contratto. Infatti, la procedura ad evidenza pubblica è stata anche definita come una fase preparatoria, antecedente alla stipula del contratto, che può essere assimilabile al momento di formazione della volontà del soggetto persona fisica³⁷⁶, nella quale la buona fede svolge un preponderante ruolo di controllo.

Tuttavia, molti sono inclini a dare una lettura diversa al principio di correttezza, specialmente se applicato durante la fase pubblica di affidamento dell'opera. Se nella fase privatistica di esecuzione del contratto la buona fede esplica la sua principale funzione di garanzia al fatto che le parti si comportino correttamente durante le trattative, nella fase dell'affidamento è vista piuttosto come un dovere di coerenza e non contraddizione dell'operato amministrativo³⁷⁷. Ciò significa che la buona fede funge da strumento per ottenere la massima tutela possibile del principio di legalità, dato che eseguire i contratti in buona fede significa per la p.a. adempiere alla legge e restare entro i confini della sua investitura.

Valutiamo pertanto, in ogni fase del procedimento di evidenza pubblica, quali possono essere i casi in il principio possa essere direttamente o indirettamente violato.

La prima fase, ovvero la fase della determinazione o deliberazione a contrarre, non reca in sé molti aspetti problematici, dato che, come è stato detto, è costituita da un

³⁷⁶ Cfr. Cass., 10 ottobre 2007, n. 21265 in *Mass.*, 2007, 1613; Vedi anche P. SANTORO ed E. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2011. Tuttavia, questa credenza è tipica della concezione privatistica-negoziale dell'evidenza pubblica. La concezione di matrice pubblicistica, invece, il procedimento di evidenza pubblica va inteso alla stregua di un *iter* amministrativo, volto all'individuazione del miglior contraente.

³⁷⁷ Per approfondire, IANIGRO, *Commento all'art. 2*, in GAROFOLI - FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2013.

documento scritto avente valore di atto procedimentale, il cui scopo principale è quello di rendere esplicito ed evidente il fine per cui la p.a. agisce³⁷⁸. A questo proposito si può precisare che il fine perseguito può avere natura implicita solo per i contratti cosiddetti “ripetitivi”³⁷⁹, ovvero per i contratti tramite i quali l’amministrazione fornisce i mezzi ordinari di funzionamento o infine per i contratti di tenue valore economico.

Comunque, la deliberazione a contrarre è un atto che non spiega effetti nei confronti dei terzi, in quanto ha come destinatario il solo organo rappresentativo della p.a. contraente, vale a dire l’organo che è legittimato a esprimere in modo esplicito la volontà di contrarre dell’ente. In altri termini, non sussiste alcuna situazione soggettiva tutelabile in capo ai terzi, i quali non potranno mai pretendere che tale delibera venga coattivamente eseguita dalla p.a.. Conseguentemente, si ritiene che la deliberazione a contrarre possa essere revocabile *ad nutum* dalla p.a. fino a che il bando di gara non sia stato ufficialmente pubblicato³⁸⁰.

Naturalmente, la fase della deliberazione a contrarre costituisce una tappa obbligatoria per la p.a. e la sua eventuale mancanza determina l’illegittimità a cascata di tutti gli atti successivi.³⁸¹

Segue alla deliberazione a contrarre la predisposizione e la pubblicazione del bando di gara, i cui requisiti sono oggi indicati dall’art. 129 del codice dei contratti pubblici. Giacché gli aspetti meritevoli di approfondimento circa la natura e l’illegittimità del

³⁷⁸ Si rimanda all’art. 32, comma 2, del codice degli appalti, dove è stabilito che la p.a. deve indicare “gli elementi essenziali del contratto e di criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.”

Inoltre sulla delibera a contrarre si dice che “assolve a due funzioni fondamentali: essa fissa autoritativamente la *norma agendi* per chi deve porre in essere il contratto e legittima l’esercizio dei poteri da parte dell’organo che opererà in nome e per conto dell’Amministrazione.” V. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova 1994, p. 81.

³⁷⁹ I contratti ripetitivi sono essenzialmente equiparabili ai contratti in serie.

³⁸⁰ Cfr. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2001, p. 669. La giurisprudenza, tuttavia, ha individuato dei casi in cui la delibera a contrarre possa pregiudicare i diritti di soggetti terzi, rendendo così esperibile un’impugnativa da parte di questi ultimi. Si pensi al caso in cui la p.a. voglia procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre e un privato operatore economico contesti tale decisione. V. Cass., 10 gennaio 2013, n. 477 in *Danno e resp.*, 2013, 754, con nota di DELLA NEGRA, in *Giust. civ.* 2013, I, 2510; in dottrina, CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, p. 1542.

³⁸¹ GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

bando di gara sono numerosi, li rimando al paragrafo successivo, su cui cercherò di soffermarmi precisamente su ogni questione.

Con la pubblicazione del bando di gara si apre allora la seconda sequenza del procedimento di evidenza pubblica, ossia la fase della scelta del contraente.

In questa delicata fase, una funzione fondamentale è svolta dai già citati principi di imparzialità e buon andamento, che garantiscono un'ampia ed equa partecipazione alla gara da parte di tutti coloro che posseggono i requisiti richiesti nel bando, al fine di scegliere il concorrente più meritevole e garantire il miglior risultato nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Il principio di buona fede in questa fase opera su vari fronti, anche se non si può omettere di ricordare che anche sul piano del diritto penale la correttezza della competizione pubblica è ampiamente tutelata.

Si pensi all'art. 353 del codice penale, rubricato "Turbata libertà degli incanti"³⁸², il quale mira a tutelare il libero e normale svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private e, quindi, tende anche a garantire che il normale gioco della concorrenza non venga impunemente alterato. La finalità di detta norma sta infatti nel reprimere ogni comportamento volto ad impedire o turbare la gara ovvero ad allontanare gli offerenti.³⁸³ Tale reato è tuttavia configurabile solo qualora la procedura di gara abbia già avuto inizio, quindi solo in seguito alla pubblicazione del bando di gara.

Prima di questo momento, la condotta incriminatrice integra un altro reato, ovvero il successivo 353-*bis*, rubricato "Turbata libertà del procedimento di scelta del

³⁸² Riporto il testo dell'articolo in commento "Chiunque con violenza o minaccia, o condoni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1032. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2065. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà."

³⁸³ Cfr. Cass., pen., 22 dicembre 1997, n. 11984.

contraente”³⁸⁴. In tale fattispecie, introdotta nel nostro ordinamento dalla Legge 13 agosto 2010, n. 136, è sufficiente che sia posta in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara o di altro atto a esso equipollente, ma non anche che il contenuto dell’atto venga effettivamente inficiato in modo tale da interferire sull’individuazione dell’aggiudicatario. Le condotte manipolatorie, in altri termini, possono rimanere potenziali e possono riguardare anche, ad esempio, la delibera a contrarre³⁸⁵. In ogni caso, entrambe le disposizioni mirano a tutelare il principio di libertà di concorrenza tra gli operatori economici e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione, con la sola differenza che nell’art. 353-*bis* la soglia di tutela è anticipata alle condotte precedenti che abbiano potuto - anche solo potenzialmente - influenzare il contenuto del bando o di altro atto a esso equipollente.³⁸⁶

Uscendo dall’area del penalmente rilevante, la stazione appaltante può avere comportamenti contrari a buona fede in tutte e tre le tipologie di procedure di aggiudicazione, ma più frequentemente nella procedura negoziata. Abbiamo già visto che l’autonomia contrattuale dell’ente pubblico subisce una serie di restrizioni durante il momento pubblicistico ed autoritativo del suo agire, e questo in ragione del perseguimento dell’interesse pubblico e dei principi costituzionali, sia scritti che non scritti, che guidano l’attività della p.a.

³⁸⁴ Così recita la norma “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o condoni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1032.”

³⁸⁵ Si pensi al caso già prospettato della delibera che, per effetto della illecita turbativa, non preveda l’espletamento della gara ma l’affidamento diretto a un determinato soggetto. Cfr. Cass., 20 marzo 2017, n. 13431 in *CED Cassazione*, 2017.

Più chiara sulla distinzione è stata Cass., 25 giugno 2015, n. 26840, in *CED Cassazione*, 2015, la quale ha significativamente detto che “attraverso l’art. 353 bis c.p., si è inteso evitare ogni vuoto di tutela, incriminando anche quei tentativi di condizionamento a monte degli appalti pubblici che risultino, *ex post*, inidonei ad alterare l’esito delle relative procedure. L’illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente (ad esempio, mediante la personalizzazione dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l’applicazione delle sanzioni penali”.

³⁸⁶ Tra i contributi dottrinali sul tema, si veda ad esempio ANTONELLI, *Il diritto amministrativo preventivo a servizio della sicurezza pubblica*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 11, 1503; GIORDANENGO - VALENTINI, *Le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento alla luce della l. 136/2010*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 2, 149.

Tuttavia, attraverso la procedura negoziata, la p.a. torna ad avere un ampio margine di discrezionalità, che si protrae per tutto il corso del procedimento fino all'esecuzione del contratto. Tale ampiezza di discrezionalità e quindi, per converso, la scarsa influenza autoritativa del principio di legalità, vengono calibrate dal principio di buona fede, che qui torna a svolgere il suo ruolo preponderante di "controllore" della correttezza comportamentale nel processo di formazione del contratto.

Infatti, il procedimento negoziato è un procedimento informale, la cui definizione è contenuta all'art. 3, lett.-*uuu* del codice dei contratti pubblici, laddove si prevede che per "procedure negoziate" si intendono "le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto". Al loro interno, si può operare un'ulteriore distinzione tra procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando - che sono le procedure negoziate in senso stretto - e le cosiddette procedure competitive per negoziazione. Queste ultime vengono disposte solo nei casi previsti dalla legge³⁸⁷ e la differenza fondamentale rispetto alle classiche procedure negoziate va ravvisata nella pubblicità della procedura, la quale è potenzialmente aperta a chiunque.

La procedura priva di pubblicità, invece, corrisponde essenzialmente alla trattativa

³⁸⁷ Cfr. art. 59, comma 2, codice dei contratti pubblici, che prevede quanto riportato di seguito "Le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo nelle seguenti ipotesi:

a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:

1) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;

2) implicano progettazione o soluzioni innovative;

3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;

4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato XIII;

b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili ai sensi rispettivamente dei commi 3 e 4. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli dal 80 al 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto."

privata di diritto civile ed è libera nelle modalità di svolgimento.³⁸⁸ Anche in questo caso, la procedura negoziata può essere sfruttata solo nei limitati casi previsti dalla legge. Ad esempio, non è richiesta la pubblicazione del bando quando, per ragioni di tipo tecnico, vi sia un solo fornitore sul mercato, oppure nei casi di estrema urgenza non preventivati né preventivabili, nei quali bandire una procedura equivarrebbe ad assumersi il rischio di cagionare danni irreparabili³⁸⁹.

La procedura negoziata, a prescindere dalla presenza o meno del bando di gara, deve avere una fase ulteriore di pre qualifica, in cui si consente la presentazione dell'offerta ai soli candidati ritenuti idonei e rispondenti a tutti i requisiti richiesti. Per favorire la partecipazione di imprese più piccole o non disponenti di tutti i requisiti richiesti dal bando, intervengono alcuni istituti, come i consorzi stabili, le associazioni temporanee di imprese e l'avvalimento. Quest'ultimo istituto, in particolare, consente a un'impresa priva di uno o più requisiti di avvalersi delle risorse tecniche, professionali o finanziarie di un'altra impresa ausiliaria. Si tratta di un vero e proprio contratto a prestazioni sinallagmatiche, nel quale le parti si giovano l'una del contributo dell'altra.³⁹⁰ La stazione appaltante deve però vagliare che l'impresa ausiliaria soddisfi tutti i requisiti tecnici e professionali richiesti dall'appalto e che non abbia alcuno dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del codice degli appalti. Inoltre, è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa ausiliata, la cui presenza dovrà essere rilevata attraverso un'indagine - svolta in concreto - dell'efficacia del contratto, sulla base delle generali

³⁸⁸ Per approfondire, MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2021.

³⁸⁹ Si pensi alla situazione emergenziale determinata dal COVID-19, la quale ha giustificato l'indizione di molte procedure di questo tipo nell'ambito medico-sanitario. V. COCCHI, *Appalti pubblici e pandemia: un punto di svolta?* in *Azienditalia*, 2022, 6, 1068; SINISI, *L'impatto dell'emergenza covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 3, 317. Inoltre, Sul ruolo della buona fede come principio per gestire i problemi di un rapporto contrattuale nel periodo dell'emergenza, si rimanda a NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *questa rivista*, 2020, 87; MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, p. 80; BENEDETTI - NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.

³⁹⁰ Per approfondimenti, si consiglia GUCCIONE, *L'avvalimento tra giurisprudenza ed infrazioni comunitarie*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 3, 390; GIUSTI, *Avvalimento e sostituzione dell'impresa ausiliaria nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. It.*, 2017, 11, 2458. Per la distinzione tra avvalimento e il similare istituto del subappalto, DUGATO, *Il subappalto*, *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 6, 719.

regole dei contratti e, specificatamente, secondo i canoni di buona fede delle clausole contrattuali.³⁹¹

Infine, come è ammesso l'avvalimento cosiddetto plurimo, così deve considerarsi vietato l'avvalimento a cascata, ovvero il caso in cui l'impresa ausiliaria sostituisca al 100% quella prescelta.³⁹²

In questi casi la buona fede svolge un ruolo molto importante, perchè controlla la discrezionalità amministrativa e fa in modo che possano avverarsi quei momenti di collaborazione tra pubbliche amministrazioni e privati che sono essenziali per la determinazione negoziata dell'assetto dei rispettivi interessi.³⁹³ Inoltre, una volta che si è proceduto alla scelta del contraente a mezzo di trattativa privata, non è inibita all'amministrazione la possibilità di intrattenere con il soggetto successive negoziazioni al fine di migliorare le condizioni del contratto, in quanto tale attività non viola la *par condicio* ed è comunque rispondente alla massima soddisfazione dell'interesse pubblico³⁹⁴.

La pubblica amministrazione e il privato possono quindi dialogare in posizione di parità, e il reciproco obbligo di buona fede a cui sono tenuti opera anche in termini di tempestività di conclusione del contratto aggiudicato: il termine generale è fissato

³⁹¹ Cons. Stato Sez. V, 10/01/2022, n. 169 in *Massima redazionale*, 2022. Si veda anche il contributo di BUZZELLI, *Il contenuto necessario del contratto di avvalimento tra oggetto e causa*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, 2, 232, secondo il quale “la necessaria determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento non esclude che in taluni casi l'accertamento di tale requisito possa avvenire sulla base dell'interpretazione complessiva del contratto, attraverso gli ordinari strumenti dell'ermeneutica contrattuale”.

³⁹² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 2020, n. 13, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 6, 797 nota di GUCCIONE.

³⁹³ Così statuisce la giurisprudenza della Suprema Corte: “La nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, che s'impone dopo l'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990, in virtù della quale la pretesa alla regolarità dell'azione amministrativa va valutata secondo i canoni contrattuali di correttezza e buona fede, impone alla P.A. di tener conto degli interessi dei cittadini e delle loro osservazioni durante la procedura che condurrà all'adozione del provvedimento finale, legittima l'idea di un'amministrazione partecipata e impone, di conseguenza, obblighi di correttezza e buona fede a carico della P.A.” Cfr. Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss., con nota di FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, *ivi*, 79.

³⁹⁴ Nelle procedure diverse da quelle negoziate ciò non sarebbe possibile. V. Cons. Stato, 30 giugno 2022, n. 5439, in *Massima redazionale*, 2022, ove si sostiene che “Nelle gare pubbliche le regole contenute nel bando di gara, ma stesso discorso vale per gli avvisi con cui è indetta una procedura per l'erogazione di contributi pubblici per l'identica natura giuridica, vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione procedente, la quale è obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità per preservare i principi di affidamento e di parità di trattamento tra i concorrenti che sarebbero pregiudicati ove si consentisse di modificare le regole a seconda delle varie condizioni dei partecipanti.”

dalla legge in sessanta giorni dalla piena efficacia dell'aggiudicazione, fatta salva la possibilità di un differimento consensuale da parte delle parti, purché conforme a buona fede.³⁹⁵

Nelle procedure aperte e ristrette questa posizione di parità viene meno durante la fase pubblicitica dell'evidenza pubblica, dato che la p.a. mantiene la sua posizione di supremazia, giustificata dalla sua piena sottoposizione alla legge. A una minore discrezionalità in capo all'amministrazione corrisponde infatti una maggiore inferenza della legge, la quale conferisce per riflesso autorità e potere alla p.a.

La buona fede in questo ambito ha generato questioni in merito al momento, a partire dal quale, la sua violazione può generare responsabilità precontrattuale. In altri termini era messo in discussione il momento in cui poteva sorgere un affidamento tutelabile.

Mi riferisco alla fase dell'aggiudicazione del contratto, la quale segna lo spartiacque tra la fase pubblica e la fase privata, tra la qualificazione del soggetto da candidato partecipante alla gara a potenziale controparte contrattuale. In tempi risalenti, si diceva infatti che fino all'aggiudicazione il privato fosse titolare solo di interessi legittimi, con la conseguenza che poteva far valere solo la lesione di questi ultimi innanzi alla autorità del giudice amministrativo.³⁹⁶ Dopo l'aggiudicazione, per converso, si riteneva che il privato avesse maturato un diritto soggettivo alla conclusione del contratto: il dovere di buona fede nelle trattative, pertanto, non arretrava alle fasi precedenti dell'evidenza pubblica, perché sorgeva solo successivamente al provvedimento di aggiudicazione.

Attualmente, questo punto di vista è stato messo in discussione sia dai giudici ordinari che amministrativi, anche se dalla parte amministrativa si è assistito a un ritorno alla tesi che negava rilevanza alla buona fede prima del provvedimento di aggiudicazione³⁹⁷.

³⁹⁵ Cfr. CERRONI, *L'autotutela della stazione appaltante in caso di rifiuto di stipula dell'aggiudicatario*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 5, 669.

³⁹⁶ Si veda ad esempio, ALESSI, *La responsabilità della Pubblica amministrazione*, III ed., Milano, 1955; TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 7 e ss.; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953 e CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996.

³⁹⁷ Mi riferisco alla già citata sentenza dell'Adunanza Plenaria, la n. 21/2021.

Per dovere di completezza, prima di concludere il capitolo reputo corretto soffermarmi sulla disciplina di queste procedure di scelta del contraente, che nella prassi sono indubbiamente le più utilizzate dalla pubblica amministrazione.

Iniziamo dalla procedura più frequente, ovvero la procedura aperta, disciplinata dall'art. 60 del codice degli appalti.³⁹⁸ La sua definizione è tuttavia contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. sss, del codice, secondo la quale "...ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta."

Si tratta infatti del sistema di aggiudicazione che consente il più elevato livello di confronto concorrenziale tra gli operatori e che, in virtù dei principi di massima partecipazione e di *par condicio*, risulta quello privilegiato dal codice, in quanto dovrebbe essere sempre prescelto dalla stazione appaltante in mancanza di motivazioni idonee che rendano necessaria la scelta di altre procedure. Dal punto di vista procedurale, si caratterizza per essere un sistema semplice e snello, in quanto subito dopo la pubblicazione del bando di gara, i concorrenti possono presentare le loro offerte, unitamente alla documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione dalla gara³⁹⁹. Manca, pertanto, la fase intermedia di preselezione che caratterizza invece la procedura ristretta,

³⁹⁸ Qui il testo della norma: "Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

Nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte, come stabilito al comma 1, può essere ridotto a quindici giorni purché siano rispettate tutte le seguenti condizioni:

a) l'avviso di preinformazione contiene tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B1, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione;

b) l'avviso di preinformazione è stato inviato alla pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono ulteriormente ridurre di cinque giorni il termine di cui al comma 1 nel caso di presentazione di offerte per via elettronica.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti al comma 1 non possono essere rispettati."

³⁹⁹ Per approfondire il tema, si veda MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli editore, 2021; GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, parte generale e speciale*, Nel diritto editore, 2021; GAROFOLI, *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica, vol. I*, Giappichelli editore, 2018; MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 4, 10954; RUFFINI, *Le procedure di gara ai tempi del coronavirus tra rallentamenti ed accelerazioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 4, 460.

consistente nell'individuazione da parte della p.a. dei concorrenti da invitare a presentare l'offerta. Nella procedura ristretta, definita anche "procedura bifasica"⁴⁰⁰, ogni operatore economico può chiedere di partecipare alla gara in risposta a un avviso di indizione, ma non tutti ne hanno la possibilità, dato che devono essere espressamente invitati dalla p.a. per presentare la loro offerta. In ogni caso, il provvedimento di esclusione deve essere motivato e su richiesta scritta dell'offerente escluso può essere anche comunicato, ex art. 76, comma 2, lett. a.

Posto che nella procedura aperta la stazione appaltante è tenuta ad ammettere tutti gli operatori che risultano in possesso dei requisiti di partecipazione indicati dal bando, si ritiene configurabile una posizione giuridica qualificata alla correttezza dell'esercizio del potere di esclusione in capo all'operatore.⁴⁰¹

Come e quando l'operatore può impugnare il provvedimento di esclusione, lo chiarisce l'art. 120 c.p.a.

Tale provvedimento è di norma costituito dal provvedimento di aggiudicazione altrui, il quale deve essere impugnato, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla notifica o dalla sua conoscenza da parte dell'operatore escluso. Ho detto "di norma" in quanto si possono verificare casi in cui l'operatore venga escluso prima che sia emanato il provvedimento di aggiudicazione, casi che affronteremo nel prossimo paragrafo.

2. L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E DEL NUOVO ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE

Come è stato anticipato, in questo capitolo mi soffermerò sulla disciplina del bando di gara, in particolare sulla sua impugnazione e sulle questioni di diritto che esso ha sollevato e che, sotto certi aspetti, presentano delle assonanze con quanto si è detto in materia di responsabilità precontrattuale della p.a.

⁴⁰⁰ Cit. GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

⁴⁰¹ V. Cons. St., 7 novembre 2017, n. 5138, in *Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it*, 2018.

Il bando di gara è il primo, vero atto del procedimento d'evidenza pubblica, il quale prende avvio con la sua pubblicazione presso la piattaforma digitale dei bandi di gara gestita dall'ANAC⁴⁰², secondo le modalità e le forme previste dal codice.

Una questione preliminare da risolvere prima di passare all'argomento centrale del paragrafo attiene alla controversa natura giuridica del bando di gara, la cui risposta ha generato diverse discussioni.

Il bando è un atto unilaterale ma non ha carattere normativo, in quanto non è idoneo a incidere nella gerarchia delle fonti e a innovare il sistema giuridico. È un atto generale, ma non è astratto.⁴⁰³ In passato, parte della giurisprudenza gli attribuiva invece natura normativa, anche se con rilevanza e effetti limitati al solo ordinamento interno della p.a.⁴⁰⁴ Tale orientamento è stato elaborato soprattutto allo scopo di superare il limite rappresentato dal divieto di disapplicazione del provvedimento amministrativo, il quale, stando a questa lettura, è giuridicamente configurabile come la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica.⁴⁰⁵ Infatti, se il bando fosse configurabile come un atto normativo, sarebbe disapplicabile per il principio della

⁴⁰² A titolo informativo l'ANAC (ovvero l'Autorità nazionale anticorruzione) è un'autorità amministrativa indipendente nata con la legge numero 190 del 2012, che nel 2014 ha incorporato l'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Come tutte le autorità amministrative indipendenti dal potere esecutivo, l'ANAC è titolare di poteri di autoregolazione e di poteri amministrativi e si occupa della vigilanza e della regolazione di un settore particolarmente spinoso quale la prevenzione della corruzione tra le pubbliche amministrazioni. A tal fine uno dei poteri dell'ANAC è quello di mettere linee guida. Tali linee guida furono definite dalla legge delega nr. 11/2016 come atti di indirizzo eventualmente provvisti di efficacia vincolante, ma ben vedere questa definizione risulta riduttiva, soprattutto alla luce del nuovo codice degli appalti. Dal codice infatti possiamo subito rinvenire una distinzione tra linee guida "vincolanti", in quanto integrano o completano il contenuto normativo del codice e linee guida "non vincolanti", in quanto si limitano a fornire indicazioni operative o una mera interpretazione della lettera del codice.

⁴⁰³ Sulla natura giuridica del bando, si veda il contributo di QUARTA, *Il bando di gara*, Key Editore, 2019. Quanto alla generalità, i bandi sono invero rivolti a soggetti che, sebbene non determinabili a priori, sono individuabili a posteriori.

⁴⁰⁴ T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, secondo il quale "la *lex specialis* di una procedura concorsuale presenta natura normativa anche se la sua rilevanza i suoi effetti sono limitati al solo ordinamento interno della pubblica amministrazione; pertanto, essa può essere oggetto di disapplicazione, restando irrilevante la circostanza che non sia stata tempestivamente impugnata."

⁴⁰⁵ Cons. St., 29 gennaio 2008, n. 263 in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 4, 430, secondo il quale "Le prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito costituiscono la *lex specialis* della gara e vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando."

gerarchia delle fonti⁴⁰⁶, ma dato che è ormai pacifico che il bando non è un atto normativo ma è un atto avente contenuto sostanzialmente e formalmente amministrativo, al giudice non è dato il potere di disapplicarlo, in quanto non può disapplicare atti amministrativi non aventi valenza regolamentare.⁴⁰⁷

Il bando, nel caso in cui sia in conflitto con la legge, può essere impugnato e quindi annullato.

Posto che il bando è un atto amministrativo e il contrasto con la legge va risolto con il meccanismo dell'impugnazione, in quale momento deve essere fatto il ricorso per l'impugnazione? La risposta a questo quesito non è univoca, perché molto dipende dalle caratteristiche delle clausole impugate. Inoltre, è proprio su questo punto che il principio di buona fede, di importanza crescente nel diritto amministrativo, ha condizionato le opinioni dei giudici.

Prima, si riteneva che la natura strumentale del bando implicasse che le sue disposizioni non potessero presentare profili di lesione sulle posizioni giuridiche soggettive, se non di carattere meramente potenziale. Era invece il provvedimento di

⁴⁰⁶ La possibilità di disapplicare il regolamento illegittimo non è stata sempre riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si rimarcava infatti l'assenza di un'espressa previsione di legge che riconoscesse in capo al giudice amministrativo un potere di disapplicazione analogamente a quanto previsto dall'art. 5 della Legge sul contenzioso amministrativo (LAC) in capo al giudice ordinario. Infatti tale disposizione, secondo la giurisprudenza, costituiva una sorta di compensazione del mancato riconoscimento al G.O. del potere di annullamento degli atti amministrativi e per questo non poteva essere oggetto di un'applicabilità analogica a favore del G.A. (Cass., Sez. Un., 18 settembre 2017, n. 21543 in *Massima redazionale*, 2018). La tesi favorevole, per altro maggioritaria, valorizza invece la sussumibilità dei regolamenti tra le fonti del diritto, assoggettati come tali ai principi di gerarchia e dello *iura novit curia*. In virtù del principio di gerarchia delle fonti, il giudice è tenuto ad assicurare in giudizio la preminenza della fonte gerarchicamente superiore, garantendole una piena attuazione e, se necessario, disapplicando la previsione confliggente. Alla disapplicazione regolamentare il giudice deve procedere quindi perché è tenuto ad assicurare l'applicazione diretta della norma primaria sovraordinata. Sul punto si veda Cons. St., 9 gennaio 2020, n. 219 in *Massima Redazionale*, 2019, che riconosce la disapplicazione come uno strumento per la risoluzione delle antinomie tra fonti. Per ulteriori approfondimenti, si veda anche il contributo di CHIEPPA - LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008, p. 85 ss.; FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 2017.

⁴⁰⁷ Cfr. Cons. St., 22 settembre 2005, n. 5005 in *Rep. Amm.*, 2005. Nella sentenza del Cons. St. 28 maggio 2004, n. 3472, si dice inoltre che "Nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, il bando non è suscettibile di disapplicazione, perché tale potere è riconosciuto al giudice amministrativo nei confronti di norme a contenuto propriamente normativo, dotate di generalità ed astrattezza, come i regolamenti, mentre il bando di una gara di appalto a natura di provvedimento concreto." Per pronunce dello stesso segno ma più recenti, Cons. St., 23 giugno 2014, n. 3150 in *Massima redazionale*, 2014; Cons. Stato 16 giugno 2015, n. 2988 in *Massima redazionale*, 2015.

aggiudicazione a essere dotato di un'immediata incisività, capace di rendere attuale e concreta la lesione della posizione giuridica soggettiva dell'interessato.

Tuttavia, questa regola dell'impugnazione differita non era assoluta.

Poteva configurarsi il caso di una clausola del bando che fosse *ictu oculi* ingiusta e discriminatoria, si pensi al caso di scuola di un bando che escluda a prescindere i partecipanti donne per il solo fatto di essere donne.

Una clausola di questo genere non solo è sostanzialmente escludente, dato che comporta l'oggettiva impossibilità di formulare l'offerta, ma presenta carattere immediatamente lesivo e genera un immediato interesse all'impugnazione.⁴⁰⁸

La rilevante conseguenza di ciò è che l'aspirante contraente ha l'onere (e non la facoltà) di impugnare immediatamente il bando, senza attendere la fine della procedura d'evidenza pubblica e l'emissione del provvedimento d'aggiudicazione. Infatti, se in presenza di una clausola escludente il privato rimanesse inerte e si limitasse a impugnare il provvedimento d'aggiudicazione, il giudice potrebbe soltanto dichiarare inammissibile il ricorso per tardività dell'impugnazione del bando, dato che la lesione effettiva e attuale della situazione giuridica che giustifica l'interesse ad agire si verifica *ex ante*, a partire dall'emissione del bando. A questo proposito, i giudici di Palazzo Spada hanno anche precisato che non sussiste l'interesse al ricorso per il generale ripristino della legalità violata, giacché la lesione deve essere attuale, effettiva e deve incidere direttamente nella situazione soggettiva protetta⁴⁰⁹. Il ricorrente, in altri termini, deve trovarsi in una posizione differenziata e qualificata rispetto al *quisque de populo* che agisca per la mera legalità dell'azione amministrativa⁴¹⁰. Il provvedimento di esclusione⁴¹⁰ non cagiona una lesione attuale e

⁴⁰⁸ L'interesse a ricorrere consiste proprio nella possibilità per il ricorrente di ottenere un effettivo e concreto vantaggio dalla pronuncia del giudice, e perciò deve avere il carattere dell'attualità e della personalità. Come dicono i giudici, "nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza dei requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'annullamento dell'atto impugnato." Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda anche VILLATA, *Intesse ad agire – Diritto processuale amministrativo (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. Cons. St., 18 giugno 2019 n. 4133 in *Quotidiano Giuridico*, 2019;

⁴¹⁰ Sulla portata dell'interesse differenziato e qualificato, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011 n. 4, in *Foro Amm.*, 2011, 4, 1132.

diretta all'aspirante candidato, costituendo la conseguenza di un'altra causa, principale e direttamente lesiva, ovvero la clausola escludente presente nel bando.

Tali clausole vengono definite direttamente e immediatamente lesive, direttamente in quanto impediscono *ex se* la partecipazione alla gara, immediatamente perché sono preesistenti alla gara stessa e non sono condizionate al suo svolgimento. Queste caratteristiche le rendono immediatamente impugnabili, anche senza la partecipazione del ricorrente alla gara.⁴¹¹

Col passare del tempo, la giurisprudenza ha esteso la nozione di clausola immediatamente lesiva anche alle clausole “formalmente escludenti”⁴¹², ovvero quelle clausole che stabiliscono requisiti di partecipazione arbitrari, che ostacolano di fatto, ma non in modo assoluto, la partecipazione alla gara.

Ci si è riferiti, in particolare, alle previsioni di gara che impediscano di formulare un'offerta consapevole, completa e competitiva, a causa del loro tenore ambiguo e poco chiaro, in aperto contrasto ai principi di imparzialità, trasparenza e soprattutto buona fede che, come sappiamo, oggi permea tutta l'attività amministrativa.

Il Consiglio di Stato, a questo proposito, ha chiarito che “l'introduzione surrettizia di un requisito di ammissione, non chiaramente espresso dalla stazione appaltante, lede la buona fede dei concorrenti che, facendo affidamento sull'interpretazione letterale delle clausole di gara, non abbiano riscontrato l'esistenza di un requisito di ammissione implicito (nascosto) e, conseguentemente, non si siano avvalsi degli

⁴¹¹ Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4 in *Foro It.*, 2019, 2, 3, 67; v. anche Corte Cost. 22 novembre 2016, n. 245, che ha ritenuto inammissibile, per difetto di rilevanza, una questione di legittimità costituzionale promossa in un giudizio in materia di appalti pubblici, originato dal ricorso proposto da un'impresa che non aveva partecipato alla gara. Si veda anche il contributo di PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive e interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 743 ss.; VAIANO, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 693 ss.; CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza “conservativa” e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, 547 ss; MARI, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza plenaria e della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. edilizia.*, 2003, 1046 ss.

⁴¹² Ad esempio, le clausole che impongono, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura di concorso. Si veda Cons. Stato, 7 novembre 2012, n. 5671 in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1, 112; o ancora condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente. Cfr. Cons. Stato, 21 novembre 2011 n. 6135 in *Massima redazionale*, 2011; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293 in *Massima redazionale*, 2015. Ancora, quelle clausole che presentino gravi carenze nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta, in contrasto col dovere di informazione. Cfr. T.A.R Lombardia, Milano, 19 giugno 2017, n. 1362.

strumenti apprestati dall'ordinamento"⁴¹³. I bandi di gara, in virtù del principio di buona fede, devono essere redatti con un linguaggio chiaro e univoco, in modo da stroncare in radice il rischio di fraintendimenti, senza indurre in errore i partecipanti in merito ai requisiti richiesti per partecipare o alle caratteristiche delle gare.

Inoltre, nella malaugurata ipotesi di incertezza delle clausole relative all'ammissione alla gara, è opinione concorde che vada prescelta l'interpretazione favorevole alla massima partecipazione al concorso⁴¹⁴, e ciò non soltanto in omaggio al generale principio di conservazione degli atti ma, a mio avviso, anche in conformità al principio di buona fede e correttezza che si pone quale norma di comportamento a garanzia prima di tutto del privato⁴¹⁵, ma non solo.

Non sono mancate le pronunce che hanno fatto leva sul dovere di buona fede a cui è tenuto il privato concorrente nei confronti della stazione appaltante.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto doveroso e conforme a buona fede il comportamento del privato concorrente che, conoscendo una causa di invalidità della procedura o del bando, l'abbia comunicata tempestivamente alla stazione appaltante, nel pieno rispetto dell'art. 1338 c.c.⁴¹⁶ Dopotutto, non sarebbe conforme a buona fede partecipare ad una gara con la riserva mentale di contestare le regole, la cui illegittimità è nota sin dall'inizio, solo al termine della procedura di gara.⁴¹⁷

⁴¹³ Cons. St., 20 ottobre 2017, n. 4859, in *Massima Redazionale*, 2017.

⁴¹⁴ "Le clausole ambigue del bando devono essere interpretate in modo da favorire la massima partecipazione dei concorrenti, ma tale *favor* non può essere certo invocato ai fini dell'attribuzione del punteggio, cioè in un momento successivo della valutazione comparativa e selezione degli offerenti." Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27 gennaio 2004, n. 48, in *Foro amm.* TAR, 2004, 24.

⁴¹⁵ Sul punto si segnala una interessante applicazione del principio di buona fede nell'interpretazione del provvedimento amministrativo da parte della giurisprudenza: "il contenuto e gli effetti del provvedimento amministrativo vanno interpretati, per quanto riguarda la percezione che può averne il destinatario, attraverso il criterio della buona fede sancito dall'art. 1366 c.c., applicabile agli atti amministrativi in virtù del principio costituzionale del buon andamento della p.a., il quale impone un operare chiaro e lineare che fornisca ai privati regole di condotta sicura" Tar Lombardia, sez. II, 22 novembre 2002, n. 4649, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, p. 221.

⁴¹⁶ In tal senso, Cons. St., ord. 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 1921; Cons. St., ord. 8 maggio 2012, n. 2633, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Conforme anche T.A.R. Lazio, sez. II, 5 marzo 2018, n. 2471, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹⁷ Si veda MANFREDONIA, *Clausole ambigue del bando di gara e bilanciamento di principi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2009, n. 4, p. 1170; VALERIO, *Ancora incertezze sul termine per l'impugnabilità del bando immediatamente lesivo in Urbanistica e appalti*, 2002, 1, 101.

Un cenno è opportuno fare anche relativamente al problema dell'interpretazione degli atti di gara, soprattutto in presenza di clausole formalmente escludenti, la cui portata lesiva non è palese e oggettiva come per le clausole definite sostanzialmente escludenti.

Ferma, in linea di principio, l'applicabilità dei criteri ermeneutici previsti dal codice civile, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che assume carattere preminente il criterio letterale⁴¹⁸, essendo il più compatibile con i tecnicismi del provvedimento amministrativo, ma ha elaborato altresì altre linee interpretative idonee a valorizzare le peculiarità dell'atto oggetto di interpretazione e degli interessi sottesi al procedimento ermeneutico, nella convinzione che l'interpretazione delle clausole contrattuali e del bando di gara debba avvenire “secondo i principi ermeneutici generali che danno rilevanza alla buona fede”, un criterio che impone “senz'altro la considerazione delle finalità complessive perseguite dall'amministrazione”⁴¹⁹

Dunque, si applica anche il criterio ermeneutico di buona fede, ex art. 1366 c.c., secondo il quale gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere. Per cui, in caso di oscurità, equivocità o erroneità attribuibile a una clausola, il criterio ermeneutico di buona fede impone che di quella clausola sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati.⁴²⁰

Questa lettura è posta anche a tutela del principio del già citato *favor participationis*, che anima in generale tutte le procedure concorsuali e al quale la pubblica amministrazione deve attenersi con maggiore riguardo, per garantire il più possibile

⁴¹⁸ In particolare, Cons. St., 7 agosto 2018, n. 4849 in *Foro Amm.*, 2018.

⁴¹⁹ Cons. Stato, 3 marzo 2004, n. 1058, in *Dvd Juris data*.

⁴²⁰ Tra i contributi, si vedano LOMBARDI, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, e in RASS. DIR. CIV., 2009, 1165 ss.; PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *I contratti*, 2, 2014; ID, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1052 ss.; USAI, *l'interpretazione delle clausole ambigue inserite nella lex specialis della gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 11, 1319; AVANZINI, *i rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 4, 449; FERRARI, *osservatorio dei tribunali amministrativi regionali - criteri di interpretazione delle clausole ambigue del bando di gara*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 4, 428.

la migliore scelta del contraente privato. E d'altronde più concorrenti partecipano, più la possibilità di scegliere quello giusto aumenta.

Per concludere, l'obbligo del *clare loqui* amministrativo, che è una diretta esplicazione del principio di buona fede durante lo svolgimento delle trattative, deve essere adempiuto fin dal primo, vero atto della procedura d'evidenza pubblica, a pena di illegittimità del bando. Nel prossimo capitolo, ci occuperemo di altre declinazioni di quest'ultimo principio, avanzando nel procedimento d'evidenza pubblica fino ad arrivare all'aggiudicazione.

(SEGUE:) 2.1 L'OBBLIGO DEL CLARE LOQUI AMMINISTRATIVO E IL DANNO DA MANCATA AGGIUDICAZIONE TRA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE.

Come è stato detto nei capitoli precedenti, oggi è ormai pacifico che la responsabilità dell'amministrazione non si configuri più come una semplice responsabilità "da provvedimento illegittimo", poiché si è andata via via affermando anche la seconda struttura di responsabilità accreditata dalla giurisprudenza: la responsabilità pubblica "da comportamento".⁴²¹

Un dovere di comportamento che coinvolge tanto la pubblica amministrazione quanto, come vedremo, il privato destinatario, è senza dubbio il dovere di chiarezza nell'esposizione delle informazioni.

Abbiamo visto nel paragrafo precedente il caso del bando di gara: le clausole che presentino delle ambiguità o comunque un carattere astruso, di oggettiva e complessa comprensione, devono essere impugnate subito dal privato, senza che questi debba aspettare l'emissione del provvedimento di aggiudicazione.

Tale obbligo di chiarezza espositiva riguarda in primo luogo la fase preliminare della contrattazione, dove il dovere di informazione assume un'importanza delicata e fondamentale, ma anche quella successiva. Secondo i Giudici amministrativi, il linguaggio legislativo e, a maggior ragione per il principio di sussidiarietà verticale,

⁴²¹ Per approfondire si veda CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013, p. 287 e ss.

quello della pubblica amministrazione nei regolamenti e nei provvedimenti, deve essere commisurato, appropriato e intellegibile, soprattutto nelle procedure che amplificano la probabilità dell'errore, rivolte a destinatari "non necessariamente adusi e nemmeno obbligati a linguaggi burocratici o astrusi"⁴²².

La dottrina da questo punto di vista ha notato che il dovere del *clare loqui* coincide in un certo qual modo con il principio di trasparenza, ovvero la conoscibilità esterna e sostanziale dell'azione amministrativa⁴²³.

Il principio di trasparenza è oggi inserito tra i principi generali dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 1, comma 1, della legge 241/1990, e nella materia dei contratti è un principio che gioca un ruolo fondamentale, ovvero quello di rendere disponibili a chiunque le informazioni sulle modalità con cui vengono impiegate le risorse pubbliche attraverso gli appalti⁴²⁴.

La nozione di tale principio è però molto cambiata nel tempo e il percorso evolutivo di questo principio ha subito una forte influenza dal diritto dell'Unione Europea. Se prima la trasparenza, coniugata spesso insieme al principio di pubblicità, era un principio proattivo⁴²⁵, inteso nel senso di imporre all'amministrazione un *facere*, volto a garantire la conoscibilità esterna del suo operato, oggi tale principio ha una

⁴²² Cons. Stato, Sez. VI, 15/03/2021, sent. n. 2226, in *Massima Redazionale*, 2021, secondo il quale la P.A. , nell'ambito di un concorso pubblico, debba fare "[...] un uso accorto, anche semantico, dell'elencazione dei titoli valutabili, con locuzioni diverse a seconda del diverso peso che s'intende assegnare a titoli di identica categoria, ma con specie differenti, in caso contrario soggiacendo alla regola, anch'essa essenziale e ineludibile nei rapporti di massa, sulla tutela del non predisponente."

⁴²³ CONZUTTI, *Violazione del Clare loqui*, in *personaedanno.it*, 2012. Sul legame tra il principio di trasparenza e quello di *clare loqui*, si veda anche Cons. St., 19 febbraio 2007, n. 830, in *Massima redazionale*, 2007, secondo il quale "Per un naturale principio di trasparenza e coerenza dell'azione amministrativa e nel rispetto, inoltre, dei principi della par condicio, l'Amministrazione ha un dovere di *clare loqui* che le impone di non adottare determinazioni o assumere comportamenti incoerenti o contraddittori, in grado di condizionare negativamente l'agire degli amministrati."

⁴²⁴ Cfr. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?* in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 875.

⁴²⁵ Cons. St, parere 515, 18 febbraio 2016 in *gazzettaamministrativa.it*

funzione reattiva, dato che risponde alle istanze di conoscenza avanzate dai privati interessati⁴²⁶.

È quindi un principio che trova le sue principali espressioni nella possibilità di accesso ai documenti amministrativi, nell'onere di motivazione dei provvedimenti⁴²⁷, nel dialogo e nella collaborazione tra cittadini e l'amministrazione ma anche, necessariamente, nella chiarezza espressiva delle informazioni fornite. Senza tale chiarezza espressiva, il principio di trasparenza verrebbe spogliato di un suo importante presupposto e perderebbe parte del suo significato. Infatti, come può un privato di ordinaria avvedutezza fare affidamento su un provvedimento che ha un contenuto eccessivamente tecnico, che va al di là della sua comprensione?

Anche nella giurisprudenza comunitaria viene delineata l'importanza dei doveri di una chiara informazione, che sono funzionali sia a garantire la *par condicio* fra i concorrenti, visto che tutti devono avere la possibilità di partecipare alla gara alle medesime condizioni degli altri, sia la buona fede.⁴²⁸

⁴²⁶ Si pensi, ad esempio, al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che oltre ad aver istituito la sezione "Amministrazione Trasparente" nei siti istituzionali della p.a., ha introdotto il nuovo istituto dell'accesso civico, riconoscendo a chiunque la possibilità di chiedere che vengano adempiuti gli obblighi di pubblicazione eventualmente non osservati, a prescindere dal fatto che il soggetto sia direttamente legittimato o meno. Successivamente, con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, si fa un ulteriore passo avanti: la trasparenza viene visto come un principio volto "a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", ex art. 1 del citato decreto legislativo.

⁴²⁷ L'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo è stato espressamente introdotto dall'art. 3 della L. n. 241/1990 che, in via generale, ha previsto che tutti gli atti amministrativi debbono indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche a base dell'atto stesso, sulla base delle risultanze dell'istruttoria.

⁴²⁸ Nella direttiva 2014/24/UE, al considerando n. (58), viene detto che "Elementi essenziali di una procedura di appalto quali i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le con ferme di interesse e le offerte dovrebbero sempre essere in forma scritta, tuttavia la comunicazione orale con operatori economici dovrebbe d'altro canto rimanere possibile purché il suo contenuto sia sufficientemente documentato. Ciò è necessario per assicurare un adeguato livello di trasparenza che consenta di verificare se sia stato rispettato il principio della parità di trattamento. In particolare, è essenziale che le comunicazioni orali con offerenti, che potrebbero incidere sul contenuto e la valutazione delle offerte, siano documentate in misura sufficiente e con mezzi appropriati, quali registrazioni scritte o audiovisive o sunti dei principali elementi della comunicazione."

Corte di giustizia dell'UE, invece, con la sentenza Sez. VI, 10 novembre 2016, C-140/16 ha precisato che tale principio impedisce l'esclusione di un offerente che non abbia osservato l'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, in quanto tale obbligo non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti.

Il richiamo a questi principi impone alla pubblica amministrazione di valutare e di tenere in debita considerazione la posizione del privato, il quale potrebbe non disporre del bagaglio di conoscenze tecniche e formali a cui invece è tenuta l'amministrazione, in virtù del suo scopo e della sua posizione qualificata. Anzi, tale dovere è particolarmente rigoroso nel caso delle amministrazioni pubbliche che, in ragione del loro *status* professionale e dell'insieme di conoscenze che esse possiedono, si trovano su un piano di superiorità tecnica e professionale rispetto al contraente aggiudicando. Inoltre, tale obbligo è imposto alla p.a. non solo nell'ambito privatistico della trattativa privata, ma anche nel procedimento di evidenza pubblica, a tutela dell'affidamento delle imprese concorrenti nel rispetto delle prescrizioni della *lex specialis*.⁴²⁹

Per dovere di completezza, occorre tenere presente che la Cassazione si è interrogata sulla possibilità di limitare questo dovere informativo incombente sul contraente pubblico in forza dell'art 1338 del codice civile, in particolare rapportandolo al principio dell'*ignorantia legis non excusat*.⁴³⁰

In particolare, ci si chiede come bisogna comportarsi qualora non siano state oggetto di adeguata informazione delle norme generali, che per loro natura devono presumersi note alla generalità dei consociati. Infatti, stando a tale principio, l'art. 1338 c.c. non si applica se la causa di invalidità era prevista da una norma di legge, per il sopracitato dovere di conoscenza che incombe su tutti i cittadini.⁴³¹ Ma *quid*

⁴²⁹ Cfr. Cass., 12 maggio 2015 n. 9636 in Foro amm., 2015, 6, 1659. Sul tema, così stabiliscono i giudici: “la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, anche nell'ambito della procedura pubblicistica di scelta del contraente, non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento e presuppone la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto; pertanto, non rileva la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica espressa nel provvedimento amministrativo di aggiudicazione e in altri provvedimenti successivi (anche emessi in autotutela), ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, poiché tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale”.

⁴³⁰ Tale fondamentale principio, in ragione del quale è dovere del cittadino essere al corrente delle leggi per evitare che l'ignoranza venga usata come materia per la difesa, è stato ridimensionato dalla Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 364 del 1988, ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 5 codice penale nella parte in cui non scusa l'ignoranza inevitabile.

⁴³¹ Il privato, quindi, non potrebbe difendersi sostenendo di non sapere che il contratto pubblico ha forma scritta *ad substantiam*.

iuris per le norme della *lex specialis*, ossia della legge che disciplina il procedimento di evidenza pubblica?

La Corte di Cassazione risponde alla questione, stabilendo che spetta al giudice di merito valutare caso per caso se la norma violata sia conosciuta o facilmente conoscibile da qualsiasi cittadino mediamente avveduto (e sia, per riprendere le parole della Suprema Corte, causa di nullità “autoevidente”), tenuto conto dell’univocità dell’interpretazione della norma e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l’invalidità⁴³². Il principio dell’*ignorantia* non ha pertanto valore aprioristico, né lo si può reputare incondizionato.

In presenza di norme di azione che l’amministrazione è tenuta istituzionalmente a conoscere e ad applicare in modo professionale, quali, ad esempio, quelle del bando di gara che disciplinano il procedimento di scelta del contraente, essa ha l’obbligo di informare il privato delle circostanze che potrebbero determinare la invalidità o l’inefficacia o, comunque, incidere negativamente sulla aggiudicazione ed eseguibilità del contratto. In caso contrario, essa risponderà per *culpa in contrahendo*, salva la possibilità di dimostrare in concreto che l’affidamento del contraente sia stato irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche.

Pertanto, se una norma, anche facente parte della cd. *lex specialis*, risulta particolarmente oscura o è stata oggetto di recenti interpretazioni giurisprudenziali controverse, il privato potrà appellarsi al principio secondo cui è scusabile la sua *ignorantia legis*, in quanto inevitabile.

Chiarita l’importanza dell’obbligo di chiarezza espressiva, resta da valutarne la patologia, ovvero il caso in cui tale obbligo venga inadempito.

Prima di iniziare con la trattazione bisogna fare un distinguo, dato che per *clare loqui* si intende sia il caso in cui le informazioni siano presentate in maniera non consona - con un linguaggio troppo complesso e non intellegibile, ambiguo - sia il caso in cui manchino del tutto.

⁴³² Sul punto, Cass.12 maggio 2015 n. 9636, in *Foro it.*, 2015, con nota di RACCA - PONZIO, *Responsabilità precontrattuale - evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2015, 8-9, 1963.

L'omissione delle informazioni è una tra le principali declinazioni della violazione della buona fede durante le trattative contrattuali.

Come è stato autorevolmente chiarito dai giudici della Cassazione, la responsabilità che genera un comportamento siffatto è un tipo di responsabilità che non investe la legittimità degli atti amministrativi posti in essere, ma postula la lesione dell'affidamento della parte privata nella fase formativa del contratto. Va, quindi, tenuta distinta dalla responsabilità per lesione di un interesse legittimo, che invece ha come presupposto un vizio di legittimità dell'agire o dell'atto amministrativo⁴³³.

L'amministrazione, stando a quest'ultima teoria, è responsabile per *culpa in contraendo* anche quando il procedimento di evidenza pubblica ha esito positivo ed è terminato con la conclusione del contratto. Infatti, tale tipologia di responsabilità prescinde dall'accertamento di un'illegittimità provvedimentoale, in quanto i presupposti della responsabilità precontrattuale consistono, come è noto, nell'affidamento ingenerato nel privato dal comportamento della stazione appaltante sull'esito positivo della procedura e nell'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative.

Questa pronuncia mi permette di collegarmi al secondo tema oggetto di questo paragrafo, ovvero il danno da mancata aggiudicazione.

I Giudici di Palazzo Spada hanno infatti distinto questa prima forma di responsabilità dalla differente responsabilità per mancata aggiudicazione. In questo secondo caso, la responsabilità della stazione appaltante è ascrivibile all'ambito dell'illecito extracontrattuale, previsto dall'articolo 2043 c.c., nel quale si inserisce la complessa tematica del risarcimento dei danni derivanti dalla non corretta attività procedimentale, e quella - evidenziata espressamente dal Consiglio di Stato con un richiamo a una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴³⁴ - dell'elemento soggettivo.

⁴³³ Per approfondire, cfr. Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Corriere giur.*, 2008, 1380.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui la commissione tecnica proceda all'apertura dei plichi contenenti nell'offerta economica prima di aprire quelli contenenti l'offerta tecnica, in una gara da svolgersi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, n. 1236/2005 e MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, cit.

⁴³⁴ CGUE, sent. 30 settembre 2010, causa C-314/09 in curia.europa.eu, 2010 I-08769.

Quanto al risarcimento dei danni, questo sarà parametrato al cd. interesse contrattuale positivo, ovvero l'interesse alla conservazione e all'adempimento del contratto validamente concluso, consistente “nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che negli eventuali pregiudizi di tipo curricolare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica”⁴³⁵.

Si precisa, inoltre, che il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione può essere validamente richiesto solo ove il danneggiato abbia tempestivamente impugnato e ottenuto l'annullamento del provvedimento lesivo.⁴³⁶ Per gli altri partecipanti, la mancata aggiudicazione o l'aggiudicazione a un terzo soggetto costituisce un provvedimento amministrativo inoppugnabile, essendo il prodotto della discrezionalità tecnica della p.a.⁴³⁷. Ed infatti, lo scopo del sindacato giurisdizionale nelle valutazioni tecniche amministrative è quello di valutare l'attendibilità e la correttezza del criterio di scelta utilizzato dalla p.a., nonché la legittimità delle sue scelte secondo i parametri dati dalla qualità della prestazione e dal regime di concorrenza. Il giudice può cioè ripercorrere dall'esterno l'attività valutativa, per verificare che sia esente da vizi logici, incongruenze o da altre carenze⁴³⁸. Relativamente al *quantum* risarcibile, invece, si applica il cd. criterio del dieci per cento dell'importo offerto, qualora l'impresa riesca a dimostrare che sarebbe stata la legittima vincitrice della gara⁴³⁹. Nei casi, più comuni e numerosi nella prassi, in cui non sia possibile affermare con certezza che l'impresa sarebbe stata l'aggiudicataria della gara, allora il valore del risarcimento sarà minore e si seguirà il modello del

⁴³⁵ Cit. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, cit.

⁴³⁶ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, in *Corriere del Merito*, 2011, 5, 547.

⁴³⁷ Cfr. SENZANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. degli appalti*, 2013, 3, 121, secondo il quale “i criteri di valutazione delle offerte... sono chiamati ad esprimere un giudizio di merito tecnico, applicando i parametri definiti dall'amministrazione e, quindi, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica”. Sulla Discrezionalità tecnica, si veda anche DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 509-558.

⁴³⁸ Si veda la monografia di CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

⁴³⁹ Cfr. art 109, codice appalti. L'articolo fa riferimento al recesso unilaterale da parte della stazione appaltante, ma è opinione concorde in giurisprudenza che tale criterio si applica anche ai casi in cui il contratto non sia stato stipulato per vizi relativi al procedimento.

risarcimento da perdita di *chance*⁴⁴⁰. Graverà quindi sull'impresa l'onere probatorio di dimostrare la percentuale di utile che avrebbe conseguito dalla stipulazione del contratto, ridotta proporzionalmente in ragione delle concrete possibilità che aveva di risultare vincitrice della gara.⁴⁴¹

Per quanto attiene all'elemento soggettivo, è stato ribadito che nella materia in questione che non è necessario produrre la prova dell'elemento soggettivo del danneggiante⁴⁴². Sul requisito della colpa, inoltre, la giurisprudenza ha operato una serie di precisazioni, tese soprattutto a semplificare l'onere probatorio in capo al danneggiato. Il punto di arrivo di queste pronunce sembra essere nel senso di consentire al danneggiato lo strumento probatorio delle presunzioni semplici, di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., secondo i quali esse sono rimesse al prudente apprezzamento del giudice e devono essere "gravi, precise e concordanti"⁴⁴³.

Certo è che il danneggiato deve dare prova della bontà e della verosimiglianza della propria pretesa all'aggiudicazione nel caso in cui l'illegittimità non si fosse verificata.

⁴⁴⁰ Sul danno da perdita di *chance*, si è espressa la Cassazione con due importanti sentenze: la n. 28993 del 2019 e la sentenza n. 5641 del 2018. Nella sentenza più recente, attinente alla responsabilità medica, i giudici hanno stabilito dei requisiti affinché possa chiedersi il risarcimento del danno da perdita di *chance*, ovvero l'incertezza del danno da una parte e la sussistenza di un nesso causale tra il comportamento del danneggiante e la perdita della *chance* dall'altra. Così infatti dice la Corte: "Il risarcimento del danno da perdita di *chance*, pertanto, può essere riconosciuto solo nei casi in cui sia incerto il danno arrecato al paziente, non anche quando vi sia incertezza sulla relazione causale tra la condotta del sanitario e il danno subito". Cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28993 in *Foro it.*, 2020, I, 187, con nota di TASSONE, in *Foro it., Gli speciali 2020*, n. 1, 89; CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 1, 23; FRANZONI, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?* in *Danno e Resp.*, 2021, 5, 605.

⁴⁴¹ Cons. Stato, 06 luglio 2004, n. 5012 in *Foro It.*, 2005, 3, 248; Si veda anche il contributo di CAPUTO, *La perdita di chance ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 706.

⁴⁴² Per approfondire, si veda Cons. St., 27 marzo 2017 n. 1364 in *Massime Redazionali Giust. amm.*, 2017; Cons. St., 4 febbraio 2021, n. 1803, in *Massima Redazionale*, 2021, ove si dice che "La relativa imputazione opera in termini obiettivi, che prescindono dalla colpa della stazione appaltante, in quanto - in conformità alle indicazioni di matrice eurounitaria - la responsabilità assume, nella materia *de qua*, una coloritura funzionale compensativo-surrogatoria a fronte della impossibilità di conseguire l'aggiudicazione del contratto."

⁴⁴³ *Ex multis*, si veda TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, 2009, parte IV. Altra dottrina aggiunge che, per assolvere al proprio onere probatorio, il danneggiato può invocare la stessa illegittimità come indice presuntivo della colpa, allegando anche altre circostanze idonee a dimostrare che si è trattato di un errore inescusabile quali, per esempio, la chiarezza e l'univocità della norma da applicare, il carattere vincolato del potere. Per approfondire si veda CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013, p. 293.

L'accertamento della responsabilità precontrattuale opera in maniera molto diversa. Se diviene trascurabile la prova della pretesa all'aggiudicazione da parte del danneggiato, secondo i giudici del Consiglio di Stato acquista rilevanza la prova dell'elemento soggettivo della p.a., giacché, come è stato detto precedenza, il giudice amministrativo sposa la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, mentre il giudice ordinario propende senza indugio alla opposta tesi della natura contrattuale.

In ogni caso, se si limitasse la responsabilità pubblica al solo vaglio di legittimità dei provvedimenti emanati, si determinerebbe una sostanziale disapplicazione del principio di buona fede oggettiva che, come è noto, è una clausola integrativa e interpretativa del contratto, fonte del dovere di comportarsi correttamente per entrambe le parti durante tutto l'*iter* di formazione ed esecuzione del contratto⁴⁴⁴. Sicché non rileva la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica, cristallizzata nel provvedimento amministrativo di aggiudicazione o in altri provvedimenti successivi, ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, il cui obbligo è da ricondursi al diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali.

La ragione dell'evoluzione della giurisprudenza in tal senso, con una piena equiparazione dell'Amministrazione ad ogni contraente privato, si spiega considerando che tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale. La possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale anche in caso di conclusione di un contratto valido ed efficace è stata inoltre riconosciuta da dottrina e da

⁴⁴⁴La casistica giurisprudenziale, per altro, limita la responsabilità della P.A. per danno da provvedimento illegittimo solo in presenza di un vizio grave, in considerazione anche della valutazione della natura, formale o sostanziale, della violazione commessa e l'eventuale presenza di una pluralità di destinatari dell'atto illegittimo. Cfr. Cons. St., 14 marzo 2005 n. 1047 in *Urb. e appalti*, 2005, 9, 1060.

giurisprudenza, attraverso la tradizionale distinzione tra le regole di validità e le regole di comportamento, di cui si è già detto ampiamente.⁴⁴⁵

La responsabilità precontrattuale, quindi, si configura come una vera e propria responsabilità da comportamento scorretto, ma presenta dei profili giuridici più controversi rispetto alla responsabilità provvedimentoale.

3. GLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE SUL CONTRATTO MEDIO TEMPORE STIPULATO.

Se nel paragrafo precedente ci siamo occupati del danno da mancata aggiudicazione, in questo paragrafo il tema verterà su un argomento simile ma apparentemente opposto: il caso in cui l'atto di aggiudicazione è stato emesso, per poi essere successivamente annullato per un vizio all'interno del procedimento di evidenza pubblica. Bisogna quindi chiedersi quale sorte riservare al contratto che, eventualmente, la stazione appaltante abbia stipulato con l'illegittimo aggiudicatario. *Quid iuris* poi se il contratto ha già avuto un principio di esecuzione o se l'esecuzione o se la sua esecuzione è già terminata?

Bisogna innanzitutto tenere a mente che la legge n. 15 del 2005 ha introdotto, all'art. 1 della legge 241/90, un nuovo comma, il quale stabilisce chiaramente che la "pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente".

È noto che sono due gli schemi attraverso cui la pubblica amministrazione esercita la propria attività contrattuale, i quali afferiscono a due diversi procedimenti di scelta del contraente. Il primo ha carattere straordinario e consiste in una vera e propria trattativa privata con la controparte, a cui trovano diretta e pacifica applicazione gli artt. 1337 e 1338 c.c. Il secondo concerne la selezione del contraente attraverso una gara pubblica, quale l'appalto concorso, la licitazione privata e l'asta pubblica.

⁴⁴⁵ Per opinione generale, sono regole di validità quelle che determinano l'invalidità del contratto nel caso in cui vengano violate, mentre sono regole comportamentali le norme che possono fondare solo il diritto di chiedere il risarcimento del danno patito. In quest'ultimo caso il contratto stipulato rimane valido ed efficace e la parte privata può solo chiederne la risoluzione ove ricorrano le condizioni stabilite dalla legge.

In quest'ultimo caso, il problema della configurabilità della responsabilità precontrattuale e dell'eventuale stipulazione del contratto si fa più prestante.

Si possono individuare due diversi momenti in cui la pubblica amministrazione trasgredisce al dovere di buona fede nelle trattative contrattuali: dopo il provvedimento di aggiudicazione, in particolare nel periodo che dall'aggiudicazione conduce fino alla conclusione ed esecuzione del contratto, e prima dell'aggiudicazione stessa, qualora ci fosse stata una scorrettezza nelle prime fasi del procedimento.

Partiamo dal primo caso. Ci si è chiesti a più riprese quale sorte debba essere riservata al contratto se si scopre, *ex post* e successivamente alla sua stipulazione, che il procedimento a evidenza pubblica presentava un vizio tale da annullare l'aggiudicazione. Supponiamo che una società, che si era aggiudicata legittimamente un appalto e aveva provveduto alla stipula del contratto, se lo vede revocato a seguito di un provvedimento giurisdizionale, che aveva riconosciuto l'annullamento della gara per un'illegittimità della *lex specialis*.

La risposta non è stata semplice e tuttora non è univoca per via dei numerosi pareri discordanti che si registrano sia in dottrina che in giurisprudenza. La questione, inoltre, abbraccia anche altre tematiche, come quella relativa al riparto di giurisdizione, al trattamento risarcitorio del privato e agli effetti del giudicato della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione.

Le tesi che si sono susseguite in dottrina e giurisprudenza sono ben quattro: la tesi dell'annullamento del contratto, la tesi della nullità, dell'inefficacia e della caducazione automatica⁴⁴⁶. Reputo utile ricostruire brevemente l'articolato dibattito che si è sviluppato in passato, anche per meglio comprendere le ragioni sottese che hanno portato all'attuale disciplina, che tuttora come vedremo presenta dei profili ambigui.

⁴⁴⁶ Sulle tesi riferibili alla sorte del contratto, senza pretesa di essere esaustivi si veda CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo - XI edizione*, Dike Giuridica Editrice, 2017; CLARICH, *manuale di diritto amministrativo*, cit.; FERRARI, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.* in *Giur. merito*, 2011, 4, 919; AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010* in *Rivista Nel Diritto*, 2010, 757; CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664; MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 648 e ss.

La teoria più risalente è quella dell'annullamento del contratto, la quale prende le mosse dal presupposto che le norme sull'evidenza pubblica sono poste nel solo interesse della pubblica amministrazione, la quale è, quindi, la sola legittimata ad agire per chiedere l'annullamento del contratto erroneamente stipulato.⁴⁴⁷

Tale tesi, oltre a limitare la legittimità ad agire in giudizio in capo alla sola amministrazione, aveva come conseguenza il fatto che la controversia venisse sottoposta al vaglio del giudice ordinario, dato che involgeva la verifica di eventuali vizi della volontà contrattuale.

Contro questa tesi sono comunque stati sollevati numerosi rilievi critici. Si è ad esempio sostenuto che le norme dell'evidenza pubblica non sono poste solo nell'interesse del soggetto pubblico, ma di tutta la collettività, privati concorrenti compresi. Gli interessi in gioco hanno cioè una portata generale e toccano principi quali la stabilità e la certezza dei rapporti contrattuali pubblici.

Da ciò e dal fatto che le norme dell'evidenza pubblica sono regole aventi natura imperativa, parte della dottrina ha ritenuto più confacente ipotizzare la nullità del contratto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. Inoltre, a sostegno di questa lettura, c'è stato anche chi ha ipotizzato che la nullità fosse determinata dalla mancanza integrale di un accordo tra p.a. e privato, accordo che era

⁴⁴⁷ La tesi muoveva dal rilievo che gli atti amministrativi sono mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, per tanto i loro vizi comportano l'annullabilità del contratto ai sensi degli artt. 1425 e 1427 c.c. Cfr. *ex multis* Cass., 30 luglio 2002, n. 11247 in *Repertorio Foro Italiano*, 2004, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n.° 655; Cons. Stato, n. 570 del 2002, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., 17 novembre 2000, n. 14901 in *Rep. Foro Italiano*, 2000, 329. In dottrina, la tesi dell'annullabilità è condivisa da FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. amm.*, 2004, 837 ss., e VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 2003, 1656.

È invece criticata, tra gli altri, da CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, sez. III, parte I, cap. 2, e *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia* (nota a Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6666, cit.), in *Corriere giur.*, 2004, 669, il quale propende per l'inefficacia del contratto per carenza del presupposto legale costituito dal legittimo procedimento. In questo senso è anche LIPARI, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Dir. e formazione*, 2002, 1519 ss.

venuto meno colla caducazione dell'atto di aggiudicazione.⁴⁴⁸ Anche questa tesi fu oggetto di numerose critiche, soprattutto per le caratteristiche ontologiche della nullità, ovvero imprescrittibilità dell'azione, rilevabilità d'ufficio dal giudice, legittimazione assoluta, che mal si confacevano con la funzione pubblica e le esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici imputabili all'amministrazione. La terza tesi è quella della caducazione automatica del contratto, emersa in particolare nella giurisprudenza amministrativa⁴⁴⁹, e si fondava sul collegamento di consequenzialità esistente tra il provvedimento d'aggiudicazione e il contratto, i quali erano legati dalla regola *simul stabunt, simul cadent*. Tale tesi sembrava essere sostenuta anche dal dettato legislativo, visto che l'art. 246, comma 4, del codice dei contratti pubblici previgente prevedeva, limitatamente alle controversie vertenti procedure relative a infrastrutture e insediamenti, che "la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente." Secondo i giudici, se solo per questa ristretta categoria si voleva escludere la caducazione, allora si poteva dedurre che nel sistema esisteva un principio di ordine contrario che prevede come normale conseguenza la risoluzione/caducazione del contratto eventualmente stipulato. Promuovendo pertanto una lettura a contrario di tale norma, i sostenitori di questa tesi hanno qualificato tale previsione

⁴⁴⁸ La tesi della nullità era fondata sul primo comma dell'art. 1418 c.c., che sanziona con la nullità il contratto contrario a norme imperative (la cd. nullità virtuale). Le regole dell'evidenza pubblica, avendo natura imperativa, dovevano pertanto portare alla nullità del contratto a valle stipulato. Cfr. Cons. Stato, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro It.*, n. 504; Tar Campania, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Foro It.*, 2002, 576; Cons. St., ord. n. 21 maggio 2004 n. 3355 in *Foro It.*, 2005, 549. La tesi della nullità per mancanza dell'accordo era invece seguita da Cass., 9 gennaio 2002, n. 193, in *Foro It.*, 2002, 804; Cons. giust. amm. sic., 8 marzo 2005, n. 104, inedita, che ha rimesso la questione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. V. anche Tar Puglia, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, in *Foro It.*, 2003, 793. Per quanto concerne la posizione della dottrina, la tesi della nullità per violazione di norme imperative era seguita da CERULLI IRELLI, *La tesi della nullità per violazione di norme imperative*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 1195.

⁴⁴⁹ Si veda ad esempio Cons. St., 25 maggio 1998, n. 677, in *Foro it.*, 1998, 416; Cons. St. 21 ottobre 1996, n. 1373, in *Foro It.* 1996, voce *Giustizia amministrativa*, 403, 408, 410, 695; Cons. St. 5 maggio 2003, n. 2332, in *Foro It.*, 2003, 617, 764; Cons. St., 30 maggio 2003, n. 2992, in *Foro It.*, 2003, 780; Cons. St., 19 novembre 2003, n. 7470, in *Foro It.*, 2004, 363 e Tar Sicilia, sede Catania, sez. I, 25 novembre 2002, n. 2261, *Foro it.*, 2003, 796; Cons. Stato, 6 luglio 2006, n. 4295 in *Foro amm.*, 2006, 2234. In dottrina, la tesi della caducazione automatica del contratto in quanto affetto da illegittimità derivata è seguita da FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 751 ss; GRAZIANO, *L'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di appalti e la sorte del contratto a seguito di annullamento della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 2003, 1770.

come un'eccezione alla regola generale, costituita dalla caducazione automatica.⁴⁵⁰ Di tale tesi ne venne criticata la rigidità, visto che la privazione degli effetti del contratto era vista come una conseguenza sempre necessaria e automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione.

L'ultima tesi è quella dell'inefficacia ed è quella considerata risolutiva, scelta anche - almeno nominalisticamente - dal codice del processo amministrativo. Secondo tale tesi, il contratto è inefficace a causa di una circostanza esterna, che non determina un vizio genetico o funzionale.⁴⁵¹ Tale circostanza esterna risulta però ostativa alla efficacia del contratto e lo priva di un suo presupposto necessario, similmente a quanto avviene col mancato avveramento di una condizione negoziale.

Inoltre, anche la disciplina comunitaria ha promosso questa lettura. La nota "direttiva ricorsi", n. 2007/66/CE, ha valorizzato l'adozione di meccanismi che possano assicurare, nel modo più efficiente possibile, il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di appalti, sottolineando che non ogni violazione deve per forza determinare l'inefficacia del contratto, visto che tale esito è meglio demandato a "un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice". Da ciò si è desunto da un lato che il contratto concluso all'esito di una procedura d'evidenza pubblica viziata sarebbe stato inefficace, dall'altro che il giudice aveva la possibilità di mantenerlo efficace. Il decreto di recepimento della "direttiva ricorsi" e poi il codice del processo amministrativo hanno quindi positivizzato questo orientamento, all'art. 133, comma 1, lett. e, e agli artt. 120-125 del c.p.a.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Si veda ad esempio GAROFOLI, *La giurisdizione*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, 3930 ss. *Contra* GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, *Relazione presentata al Convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione"* tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008.

⁴⁵¹ Cfr. Cons. St., 12 febbraio 2008, n. 490 in *Danno e resp.*, 2008, 1085, con nota di MARENA, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 13, 101, secondo cui occorre parlare di "inefficacia sopravvenuta relativa, che comporta la cessazione degli effetti del contratto non in via automatica, ma per effetto della necessaria iniziativa giurisdizionale del contraente pretermesso (unico legittimato ad invocarla in suo favore) e con il duplice limite della buona fede dei terzi [...] e dell'eccessiva onerosità della sostituzione del contraente per la pubblica amministrazione."

⁴⁵² L'art. 133 comma 1, lett. e del c.p.a prevede infatti che "La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione".

Per orientare il giudice nella scelta di conservare o meno il contratto, gli artt. 121 e 122 c.p.a. distinguono tra violazioni gravi e violazioni meno gravi ⁴⁵³, dando in ogni caso la possibilità al giudice di conservare il contratto per “il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale” ⁴⁵⁴

Strettamente connesso a quest’ultimo argomento c’è anche la scelta tra le principali tecniche di risarcimento a favore del privato, ovvero il risarcimento per equivalente e la reintegrazione in forma specifica. Il *discrimen* riposa nella decisione del giudice: se il giudice ritiene che il contratto debba essere dichiarato inefficace, allora dispone la reintegrazione in forma specifica. Viceversa, se a suo avviso il contratto deve mantenere la sua efficacia, allora il risarcimento del danno sarà per equivalente.⁴⁵⁵ E d’altronde, la reintegrazione in forma specifica si sostanzia nella possibilità per il privato di conseguire una nuova aggiudicazione e un nuovo contratto, nel caso in cui quello originario fosse dichiarato inefficace⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Le violazioni che comportano inefficacia del contratto sono dettate dall’art. 121 c.p.a. e sono le seguenti:

- a) se l’aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- b) se l’aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l’omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall’articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell’aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento;
- d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione definitiva, ai sensi dell’articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell’aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento.

⁴⁵⁴ La dottrina parla a questo proposito di inefficacia “cedevole”, visto che comunque il legislatore ha fatta salva la possibilità di conservare il contratto anche per motivi di carattere generale. V. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”*: il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l’inefficacia flessibile del contratto in *Federalismi.it*, 2010, il quale aggiunge inoltre che “Sembra implicita, nella disposizione di delega, poi anche l’intenzione di assegnare al giudice forti poteri di ufficio, comprendenti – fra l’altro - la valutazione di vera e propria opportunità sulla conservazione del contratto.”

⁴⁵⁵ Vedi Cons. St., 1 agosto 2013 n. 4039 in *Repertorio Foro Italiano*, 2013, *Giustizia amministrativa*, n. 785.

⁴⁵⁶ Cfr. Cons. St., 3 dicembre 2010 n. 8419 in *Massima redazionale*, 2010.

Per quanto concerne il riparto di giurisdizione, competente a dichiarare l'illegittimità e la eventuale inefficacia del contratto è il giudice amministrativo, il quale è titolare della giurisdizione esclusiva⁴⁵⁷. A fondare questo assunto è stata la già citata "direttiva ricorsi", la quale sottolineava la necessità di concentrare nelle mani di un solo giudice sia la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, sia quella relativa alla sorte del contratto.

In realtà, malgrado la conseguenza dell'inefficacia sia stata cristallizzata da una norma, resta tuttora dibattuta la qualificazione del vizio che inficia il contratto. Molti ritengono che la formula "inefficacia del contratto" sia usata nel codice con un valore meramente descrittivo, concludendo quindi per la necessità di dare un vero e proprio *nomen* a quest'ultima⁴⁵⁸.

Certamente, è pacifico affermare che, anche nell'ambito delle procedure di gara, il potere di autotutela costituisce il luogo privilegiato in cui può verificarsi la lesione dell'affidamento del privato ed in cui può essere configurata la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante⁴⁵⁹. L'avvenuta stipulazione del contratto, infatti, non elide la possibilità per la p.a. di riesaminare gli atti del procedimento di evidenza pubblica, non costituendo il contratto un limite al potere di ritiro, come si evince dall'esistenza di norme che disciplinano la revoca e l'annullamento d'ufficio, incidenti su rapporti negoziali⁴⁶⁰.

L'unico limite è rappresentato, infatti e anche in questo caso, dalla tutela del legittimo affidamento, poiché il semplice fatto di ritirare gli atti di gara non è elemento sufficiente a radicare un giudizio di responsabilità, occorrendo valutare se la condotta complessivamente tenuta dalla amministrazione abbia generato nel privato un

⁴⁵⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in *Foro it.* 2010, I, 2488, con nota di TRAVI, in *Corriere giur.*, 2010, 741.

⁴⁵⁸ GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, NelDiritto Editore, 2021.

⁴⁵⁹ Si veda BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 2, Cedam, 2009.

⁴⁶⁰ Si prenda ad es. il dettato dell'art. 21-*quinquies*, comma 1-*ter*, della l. 241/90 "ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dalla amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico". Il legislatore si preoccupa così di prevedere la conseguenza più diretta ed immediata collegata all'esercizio del potere di revoca, ossia il ristoro da riconoscere al contraente per aver, l'amministrazione, vanificato il suo negozio *in fieri*: ristoro che è rappresentato da un indennizzo calcolato solo sul danno emergente, riconoscendosi alla posizione del contraente consistenza di mero interesse.

ragionevole convincimento che il procedimento si sarebbe positivamente concluso, inducendolo così ad impegnarsi in tal senso.

Occorre però precisare che in caso di illegittimo esercizio del potere di autotutela, volto alla revoca o all'annullamento d'ufficio, sarà configurabile un diverso regime di responsabilità, che non sarà semplicemente di natura precontrattuale, ma extracontrattuale⁴⁶¹.

Arrivando al secondo caso *supra* prospettato, inerente alla presenza di un vizio nelle prime fasi della procedura d'evidenza pubblica, si rimanda ai capitoli precedenti e alla centrale tematica del contatto sociale⁴⁶².

4. LA CD. FASE NEGOZIALE DELL'EVIDENZA PUBBLICA: LA STIPULAZIONE E L'ESECUZIONE IN BUONA FEDE DEL CONTRATTO PUBBLICO NELL'ERA DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE.

Sappiamo a questo punto che la stipulazione del contratto può farsi solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, al termine dell'approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme ordinamentali delle stazioni appaltanti, nonché allo spirare del termine di *stand still*.

Ciò posto, la fonte principale che disciplina l'esecuzione dei contratti pubblici è da sempre stata individuata nelle norme di diritto comune del codice civile.⁴⁶³ Il fatto non deve sorprendere: costituisce il riflesso della posizione dell'amministrazione in questa seconda fase, dato che essa si trova in posizione di sostanziale parità con il

⁴⁶¹ Cons. Stato, sent. V, 24 settembre 2003, n. 5444 in Giust. amm. 2003, 1151.

⁴⁶² Sul tema, si veda prima di tutto FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004.

⁴⁶³ Lo stesso art. 30, comma 8, del codice degli appalti prevede che: "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile."

privato, agisce nell'esercizio della sua autonomia negoziale e non in forza dell'autorità che le ha conferito la legge per perseguire l'interesse pubblico.⁴⁶⁴

Le posizioni giuridiche soggettive che vengono in considerazione sono quindi di diritto soggettivo e non di interesse legittimo. Tuttavia, il nuovo codice dei contratti pubblici, d. lgs. 50/2016, prevede diverse norme che regolano in modo puntuale istituti tipici della fase di esecuzione, quali il supappalto, le varianti in corso d'opera (art. 106), la disciplina della risoluzione (art. 108) e del recesso (art. 109).⁴⁶⁵

Il principio di buona fede svolge comunque un ruolo molto importante anche in questa fase. Il codice civile, all'art. 1375, prescrive infatti che "Il contratto deve essere svolto secondo buona fede." e l'art. 30, comma 1, del codice degli appalti prescrive altresì che "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza."

Il principio di correttezza è l'unico che viene ribadito da entrambi i codici ed è stato nuovamente riempito di contenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, come vedremo tra poco, in modo non dissimile rispetto alla buona fede precontrattuale.

Iniziamo questa trattazione seguendo l'*iter* cronologico del percorso contrattuale e partendo quindi dal momento della stipulazione.

L'art. 32, comma 14, del codice degli appalti prevede che "Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante

⁴⁶⁴ A questo proposito trovo pertinente richiamare la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 160 del 2009, ha affermato che l'amministrazione, durante la fase successiva alla stipulazione del contratto, si pone "in una posizione di tendenziale parità con la controparte" ed agisce "non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale"; ha inoltre precisato che ciò non esclude che, "in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico non possono residuare in capo alla autorità procedente poteri pubblici riferibili, fra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva".

⁴⁶⁵ Tale attenzione da parte del legislatore è anche dovuta all'intervento dell'Unione Europea, che con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2015/25/UE, tutte del 26 febbraio 2014, ha regolato la fase dell'esecuzione degli appalti pubblici di lavoro, servizi e forniture, disciplinando anche gli istituti tipici che caratterizzano tale momento contrattuale.

scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.”

Tale norma è valsa innanzitutto a superare i dubbi interpretativi che erano insorti durante la vigenza del precedente codice, con riferimento in particolare all'art. 11, comma 13, d. lgs. n. 163/2006⁴⁶⁶, il quale prevedeva una disposizione che mal si conciliava con il R.D. n. 2440/1923. Tali incertezze non riguardavano quale fosse il rapporto intercorrente tra le due discipline, considerato che l'ambito di applicazione del Regio Decreto è comprensivo di tutti i contratti (attivi o passivi) stipulati dalla Pubblica Amministrazione, mentre la portata dell'ex art. 11, comma 13, del d. lgs. 136/2006 era circoscritta ai contratti oggetto del codice⁴⁶⁷. Era controverso invece se la “modalità elettronica” che contemplava la norma in esame dovesse essere riferita “solo alla forma pubblica amministrativa ovvero anche alla scrittura privata ed è finanche controverso se le forme di stipulazione ivi contemplate siano o meno le uniche ammesse.”⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ L'abrogata disposizione così prevedeva: “13. Il contratto e' stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.”

⁴⁶⁷ Sussisteva tra le due discipline un rapporto di specialità, come è stato espressamente affermata dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, nel parere 97/2013, del 18 marzo 2013, consultabile all'indirizzo web www.corteconti.it. Nel medesimo senso si era espressa anche l'AVCP (oggi ANAC) nella determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013, consultabile all'indirizzo web www.anac.it, nella quale si rileva che la disposizione prevista dall'ex codice degli appalti si applicava alla *species* di contratto pubblico di cui all'art. 3 del Codice, e non ai contratti sottratti al suo ambito oggettivo di operatività

⁴⁶⁸ Cit. DI LENA, *Raggruppamento temporaneo di concorrenti e formalismo negoziale*, in *Contratti*, 2014, 11, 1047.

Il problema venne vagliato in prima battuta dall'AVCP (oggi ANAC), con il Parere sulla Normativa del 27/01/2011 - rif. AG 43/2010 e poi, in modo risolutivo, con la già citata determinazione n. 1/2013.

Oggi tale questione è stata risolta con l'art. 32 sopracitato, che ha formalmente decretato la transizione digitale dei contratti con la p.a.⁴⁶⁹ L'obbligo di buona fede e di leale collaborazione assumono in questo caso un nuovo significato: pretendono dalla p.a. la presenza di un patrimonio conoscitivo digitale, che verifichi dati e fatti e assicuri l'adeguatezza dell'organizzazione pubblica rispetto allo svolgimento delle funzioni ed alla gestione dei rischi, legati anche alla privacy dei privati, per la soddisfazione dell'interesse pubblico.⁴⁷⁰

Basti pensare che tra i principali stanziamenti previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, nell'ambito della componente 1 della prima missione dedicata proprio alla digitalizzazione, innovazione e sicurezza della Pubblica Amministrazione, sono stati stanziati degli investimenti relativi al *cloud*⁴⁷¹ che ammontano a circa due miliardi di euro. Ciò in quanto le tecnologie *cloud* permettono di consolidare e mettere in sicurezza le infrastrutture delle Pubbliche Amministrazioni e costituiscono la

⁴⁶⁹ Il comma in commento è ora diviso in due parti: la prima parte (fino al punto e virgola) ha una formulazione analoga a quella del precedente codice e lascia a ciascuna stazione appaltante la discrezionalità di individuare la forma del contratto più adatta alle singole esigenze, potendo scegliere tra: atto pubblico notarile, forma pubblica amministrativa o scrittura privata, tutte da redigersi secondo modalità elettroniche. Nella seconda parte viene permesso di stipulare contratti mediante uno scambio di lettere secondo l'uso del commercio, sia nelle ipotesi di contratti di qualsiasi importo a seguito di procedura negoziata, sia per appalti non superiore a 40.000 euro.

⁴⁷⁰ Cfr. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 601-639, la quale aggiunge che “La correttezza infatti oggi richiede digitalizzazione, analisi dati ed applicazione di algoritmi che assicurino imparzialità e buon andamento per la qualità dei servizi. In questa prospettiva le responsabilità andrebbero imputate all'organizzazione, limitando la responsabilità del funzionario ai casi in cui il suo comportamento sia all'evidenza deviante dagli standard funzionali o di servizio, perché l'errore o il danno da applicazione dello standard resta un danno dell'ente, assicurato congruamente da quest'ultimo secondo gli indici statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale.” Inoltre, il DL n. 36/2022, convertito in legge il 29 giugno 2022, ha contribuito al completamento della riforma del pubblico impiego e individuato nuovi profili professionali, con particolare riferimento all'insieme di conoscenze, competenze, capacità e attitudini per sostenere la transizione digitale ed ecologica della p.a..

⁴⁷¹ L'approfondimento sul *Cloud* si trova all'interno del capitolo 3 del Piano, che descrive i componenti del modello strategico evolutivo dell'informatica nella pubblica amministrazione contenuti nel macro-ambito *Infrastrutture*. Come si può trovare nel sito dell'AGID, “L'adozione dell'infrastruttura cloud consente, infatti, di migliorare l'efficienza operativa dei sistemi ICT, di conseguire significative riduzioni di costi, di rendere più semplice ed economico l'aggiornamento dei software, di migliorare la sicurezza e la protezione dei dati e di velocizzare l'erogazione dei servizi a cittadini e imprese.”

componente fondamentale per erogare servizi digitali efficienti, a loro volta indispensabili per rendere più moderno l'apparato pubblico.⁴⁷²

Si ricorda inoltre una pronuncia della Commissione UE, la quale, con la Comunicazione CF COM(2017) 572 del 3 ottobre 2017 si pronunciava per elaborare risposte strategiche adeguate nel mercato degli appalti pubblici: “è fondamentale disporre di dati affidabili. La trasformazione digitale, il generale aumento della quantità di dati e la disponibilità di standard in materia di dati aperti offrono opportunità per creare migliori strumenti di analisi per un'elaborazione delle politiche orientata alle esigenze e di sistemi di allarme per segnalare e contrastare la corruzione negli appalti pubblici. È opportuno rendere disponibili dati migliori e più accessibili sugli appalti, poiché in questo modo si apre la strada a molteplici possibilità per valutare meglio l'efficacia delle politiche in materia di appalti, ottimizzare l'interazione tra i sistemi di appalti pubblici e delineare future decisioni strategiche. I sistemi di appalti elettronici devono produrre dati di buona qualità, ma è ancor più importante che i responsabili politici utilizzino tali dati e li condividano con altre parti interessate. Tali sistemi costituiscono inoltre un mezzo per identificare irregolarità. L'accesso ai dati sugli appalti pubblici dovrebbe consentire il dialogo con la società civile e responsabilizzare ulteriormente i governi. Le autorità pubbliche avrebbero quindi strumenti migliori per la lotta contro le frodi e la corruzione”.

Il transito verso l'azione digitale va svolto con un approccio basato sulla sicurezza dei sistemi di intelligenza artificiale, in pieno rispetto dei diritti fondamentali e dei valori dell'Unione.⁴⁷³ Tale approccio precauzionale, oltre a essere caldeggiato dalla normativa dell'Unione, trova fondamento anche nei richiamati principi di collaborazione e buona fede che, nel settore dei contratti pubblici, richiedono uno snellimento procedurale delle gare e pretendo che le p.a. diano fondamento scientifico agli *standard* individuati con gli strumenti dell'intelligenza artificiale. I

⁴⁷² V. MACRÌ, *Dalle infrastrutture digitali delle amministrazioni al cloud, il nuovo regolamento per la sicurezza dei dati e dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 488.

⁴⁷³ Come è stato evidenziato nella importantissima Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale), Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD), in cui si propone di utilizzare "a proportionate and risk-based European regulatory approach" al fine di promuovere l'uso delle nuove tecnologie.

mezzi di comunicazione elettronici sono particolarmente idonei a favorire le pratiche e gli strumenti di concentrazione delle committenze formulate dalle p.a., grazie alle possibilità che essi offrono per il riutilizzo e il trattamento automatico dei dati e per la riduzione dei costi legati all'informazione e alle transazioni.

Per quanto riguarda invece la fase dell'esecuzione del contratto pubblico⁴⁷⁴, l'art. 100 c.a. rappresenta l'*incipit* della disciplina e conferisce la facoltà alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "requisiti" e delle "capacità" oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori "requisiti particolari" inerenti all'esecuzione, a condizione che: a) siano rispettosi degli ordinari canoni di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione b) siano individuati ed indicati con precisione nel corpo della *lex specialis* di gara.⁴⁷⁵

Tali condizioni sono definite particolari in quanto sono più gravose e il loro contenuto lo ha esplicitato il Legislatore europeo, nella citata direttiva 2014/24/UE⁴⁷⁶. Anche in questo caso, i motivi ambientali citati in nota si fondano sulla necessità di innovare tecnologicamente il sistema, utilizzando strumenti a minore impatto ambientale e più sofisticati dal punto di vista tecnologico, per garantire l'ecoinnovazione e promuovere servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità.

La direttiva precisa inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche poter escludere liberamente candidati o offerenti che, in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici, hanno tenuto comportamenti manchevoli e scorretti, che

⁴⁷⁴ Sulla fase esecutiva, per approfondimenti si veda anche LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 897-898; CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il mulino, 2014; FANTINI-SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 104-112 e GIORDANO, *I nuovi contratti pubblici*, Piacenza, 2017, 88-101.

⁴⁷⁵ La ratio di tale disposizione è quella di precisare, già nei documenti di gara, le caratteristiche richieste nella fase esecutiva del contratto. Cfr. CORREALE, *Art. 69, Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, diretto da FERRARI e MORBIDELLI, I, Milano, 2013, 1002.

⁴⁷⁶ In particolare nei considerando n. 97 e 98, ove si parla di esigenze di carattere sociale (ad esempio favorire misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, nonché la tutela della disabilità), ambientale (ad esempio, che "la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico") e di tutela della salute del personale coinvolto nel processo produttivo.

hanno dato adito a seri dubbi sulla loro affidabilità⁴⁷⁷. Tale disposizione è stata attuata nel nostro ordinamento con l'art. 80, c.a., il quale prevede alcuni motivi di esclusione dell'operatore avente carattere facoltativo, rimessi cioè all'apprezzamento della stazione appaltante.⁴⁷⁸

In tema di esecuzione del contratto di appalto in buona fede, sono intervenute di recente delle sentenze in merito alla modifica dei contratti durante il periodo di validità, la cui disciplina è prevista dall'art. 106.

In questa fase infatti vige il principio dell'immutabilità del contratto: l'oggetto del contratto, il prezzo pattuito e la parte contraente per regola generale non si possono modificare, a differenza di quanto accade con il contratto d'appalto di diritto civile. Questo generale sfavore per lo *ius variandi* si spiega perchè si vuole evitare che vengano eluse le regole dell'evidenza pubblica e che si modifichino aspetti che sono frutto di un procedimento amministrativo e non dell'autonomia delle parti⁴⁷⁹.

L'art. 106, tuttavia, descrive delle ipotesi in cui sia possibile modificare il contratto senza la necessità di indire una nuova gara pubblica, ad esempio quando si sono verificate circostanze impreviste o imprevedibili che hanno determinato una modificazione dell'opera, o quando le modifiche furono già previste nei documenti iniziali di gara in modo preciso e inequivocabile⁴⁸⁰. Tali modifiche devono, in brevi termini, essere guidate dal participio di buona fede.

⁴⁷⁷ Art. 57, nonché i considerando 101 e 102 direttiva 2014/24.

⁴⁷⁸ Ad esempio il comma 4, l'inadempimento agli obblighi di pagamento delle imposte e delle tasse (o dei contri

⁴⁷⁹ Cfr. TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 30 settembre 2021, n. 872 - in *Il Foro amm.*, 9, 2021, pag. 1333.

⁴⁸⁰ La Cassazione, con sentenza del 22 febbraio 2022, n. 5848, in *CED Cassazione*, 2022, ha stabilito a questo proposito che "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)."

Inoltre, dato che durante l'esecuzione dell'appalto pubblico si possono verificare non di rado aspetti patologici, l'impresa privata è tenuta a versare una cauzione alla stazione appaltante, la cd. garanzia definitiva, a copertura dell'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori in caso di risoluzione del contratto o in generale nel caso in cui l'impresa risulti inadempiente per non aver osservato le norme e le prescrizioni poste a protezione della sicurezza dei lavoratori.

Un'altra eventualità che potrebbe verificarsi in fase di esecuzione del contratto è la sospensione dei lavori, che il codice regola all'art. 107. Anche questo istituto, come per le modifiche in corso d'opera, non è visto di buon occhio dal legislatore ed è ammesso solo nei casi previsti dalla norma, quali, ad esempio la sospensione disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse, o per "circostanze speciali" che impediscano in via temporanea che i lavori procedano a regola d'arte.

Le ragioni di pubblico interesse o necessità che possono giustificare la sospensione dei lavori devono essere comunque identificate in esigenze pubbliche di carattere oggettivo e sopravvenuto, non previste né prevedibili da parte della pubblica amministrazione, e non possono quindi essere invocate da quest'ultima al fine di porre rimedio a sue proprie negligenze.⁴⁸¹ Anche le direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25/UE non consentono un generale *jus variandi* correlato alle mutevoli esigenze della p.a., seppur correlate all'interesse pubblico.

Gli ultimi aspetti da analizzare attengono alla eventuale cessazione anticipata del contratto pubblico, ovvero al caso in cui il contratto venga risolto (art. 108) o al caso in cui una delle due parti receda (art. 109).

Seguendo l'ordine del codice, l'art. 108 si può suddividere in due parti: la prima parte prevede i casi di risoluzione facoltativi, la seconda parte, invece, i casi di risoluzione obbligatori.

⁴⁸¹ Si veda di nuovo la Cassazione, con Ordinanza del 12 ottobre 2018, n. 25554, in *CED Cassazione*, 2018, secondo la quale spetta alla p.a. procurarsi con puntualità "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."

La prima parte fa infatti riferimento sia ai casi di illegittime modifiche del contratto intervenute durante la fase dell'esecuzione, sia a delle vicende intervenute prima di questa fase, ovvero durante il procedimento di evidenza pubblica.⁴⁸²

La seconda parte contempla anch'essa due distinte circostanze in cui "le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico": la prima riguarda il caso di sopravvenuta decadenza della attestazione di qualificazione dell'appaltatore, per "falsa documentazione o dichiarazioni mendaci"; la seconda circostanza sussiste quando nei confronti dell'appaltatore "sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80, comma 1, codice dei contratti."⁴⁸³

Anche questa disposizione, benché sembri scorrevole a un primo sguardo, ha richiesto l'intervento chiarificatore della giurisprudenza in merito alla natura giuridica della risoluzione. Si tratta, cioè, di un rimedio di diritto privato attribuito alla stazione appaltante, o invece è una forma di autotutela pubblica, avente carattere squisitamente pubblicistico? Il quesito non è di poco conto in quanto ha delle ricadute

⁴⁸² Riporto per comodità il testo dell'articolo.

"Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;

b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b);

c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136, comma 1;

d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE."

A ben vedere, queste ultime sono delle vicende che avrebbero dovuto riguardare la fase precontrattuale, di cui l'amministrazione ha avuto contezza in ritardo, dopo la conclusione del contratto.

⁴⁸³ Si tratta, ad esempio, di reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, concussione, frode, delitti con finalità terroristica, riciclaggio di proventi di attività criminose, e in generale i delitti contro la pubblica amministrazione.

sul piano della giurisdizione. Anche per questa questione, la Cassazione e il Consiglio di Stato seguono orientamenti differenti.

A sostegno della natura privatistica della risoluzione, è stato sottolineato che l'art. 108 prevede per la maggior parte dei casi di risoluzione che fanno riferimento a vicende relative alla fase di esecuzione, e come tali concettualmente incompatibili con l'annullamento d'ufficio, il quale per sua natura presuppone vizi originari di atti amministrativi (ovvero violazione di legge, incompetenza relativa ed eccesso di potere, ex art. 21 *octies*, l. 241/90).⁴⁸⁴

Le Sezioni Unite, in una sentenza riguardante il riparto di giurisdizione, hanno significativamente riportato che: “il punto terminale del processo di “contrattualizzazione” delle concessioni, in particolare per quanto concerne la fase esecutiva, è costituito dagli artt. 106 e 108 d. lgs. n. 50 del 2016 che, in attuazione della direttiva n. 2014/23/UE citata, configurano cause di modifica e di risoluzione del contratto di concessione (anche per inadempimento), sulla falsariga di quanto previsto per la modifica e la risoluzione del contratto di appalto”.⁴⁸⁵ In questo modo, i giudici hanno considerato l'art. 108 di cui si tratta come una norma esemplificativa del processo di “contrattualizzazione” delle concessioni e, come tale, un esempio di esercizio di diritti di carattere privatistico da parte della p.a. durante la fase di esecuzione del contratto.

Inoltre, a sostegno di questa lettura mi sentirei anche di richiamare l'art. 30, comma 8, del codice degli appalti, che dispone espressamente che alla fase di esecuzione si applicano le norme del codice civile, sottolineandone implicitamente la natura negoziale.

⁴⁸⁴ Cfr. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea)*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2022, I, 1-30.

⁴⁸⁵ Cass., Sez. Unite Ord., 8 luglio 2019, n. 18267, in *Repertorio Foro Italiano* 2019, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n. 528. Il Cons. giust. amm. Sicilia, 29 giugno 2022, n. 774 in *Massima redazionale*, 2022, sostiene la tesi della Cassazione adducendo che “Le controversie che hanno ad oggetto il provvedimento di risoluzione anticipata del contratto adottato per grave inadempimento (grave irregolarità e grave ritardo) ex art. 163 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - ora art. 108, comma 3, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - sono devolute alla cognizione del giudice ordinario perché attinenti alla fase esecutiva e per la ragione che l'atto risolutivo va qualificato come una forma di autotutela contrattuale riconosciuta alla pubblica amministrazione che incide sul diritto soggettivo del contraente privato”.

Il Consiglio di stato, tuttavia, è recentemente giunto a qualificare come annullamento d'ufficio una fattispecie di risoluzione del contratto per sopravvenuta decadenza della attestazione di qualificazione dell'appaltatore⁴⁸⁶, riconoscendo, così, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risoluzione. Nella sentenza viene anche citato il comma 1-*bis* dell'art. 108 il quale, a una prima lettura, sembrerebbe propendere per la tesi della natura pubblica della risoluzione: “Nelle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241”.

In realtà, è stato notato che questa disposizione si applica unicamente al comma 1, comma che riguarda i casi in cui non è consigliabile stabilire un limite temporale entro cui individuare la causa di risoluzione, la quale potrebbe venire in rilievo dopo molto tempo.⁴⁸⁷ Per questo motivo, e anche per esigenze di “*più armonica formulazione*”⁴⁸⁸, è stato inserito il correttivo del 19 aprile 2017, che ha inserito nell'art. 108 il comma 1-*bis* in commento.

Va infine aggiunto, a conferma del carattere privatistico della risoluzione, che esso è ormai espressamente riconosciuto anche nel caso delle concessioni. L'art. 176, comma 7, del Codice dei contratti pubblici dispone che “qualora la concessione sia risolta per inadempimento del concessionario trova applicazione l'art. 1453 del codice civile”. Questo, per le “esigenze di più armonica formulazione” di cui sopra, dovrebbe essere sufficiente a fugare ogni dubbio.

La disciplina del recesso è invece prevista all'articolo successivo. Con riferimento al recesso, l'articolo 109 del codice dei contratti pubblici prevede la possibilità per la stazione appaltante di recedere dal contratto in qualunque momento, *ad nutum*,

⁴⁸⁶ Cons. Stato, sez.V, 27 gennaio 2022, n. 590, in *Massima redazionale*, 2022, che ha ritenuto “Evidente... la natura provvedimentale della determinazione impugnata, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo. Il dato formale della stipulazione del contratto non muta la natura del potere esercitato, diretto a soddisfare l'esigenza, di matrice pubblicistica, che l'aggiudicazione venga disposta e mantenuta nei confronti di operatori economici provvisti dei requisiti di qualificazione”.

⁴⁸⁷ Si pensi ad esempio al caso della violazione della procedura "comunitaria" di affidamento, accertata a seguito di procedura d'infrazione. Cfr. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea)*, cit.

⁴⁸⁸ Mi riferisco al parere della Commissione speciale del 28 dicembre 2016 n. 2777, ove il Consiglio di Stato ha evidenziato la necessità di una “più armonica formulazione, nel codice, del comma 1 dell'art. 108 (risoluzione), in materia di appalti, e dei commi 1 e 2 dell'art. 176 (cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro), in materia di concessioni”.

“previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizio forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi e delle forniture non eseguite.”⁴⁸⁹

L'esercizio del diritto di recesso, inoltre, deve essere preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore, da darsi con un preavviso non inferiore a 20 giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, i servizi, o le forniture prestati, effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

Anche in merito al recesso si è sollevata la questione della sua natura, ovvero se esso costituisca un'estrinsecazione della potestà amministrativa autoritativa o fosse invece un diritto potestativo privatistico. La questione è stata risolta dall'Adunanza plenaria⁴⁹⁰, che ha ribadito nuovamente che con la stipula del contratto si esaurisce la fase pubblicistica retta dei poteri amministrativi e si avvia una fase in cui la pubblica amministrazione si trova in una posizione di parità con il contraente. Di conseguenza, allorché le amministrazioni “rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 d.leg. n. 163 del 2006” (oggi 109 d. lgs. 50/2016).

E ciò in quanto sussiste un rapporto di specialità tra la previsione del recesso di cui all'art. 109 e l'esercizio della revoca di cui all'art. 21-*quinquies* L. 241/90.

Infatti la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (ad esempio la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) se venisse usata anche nell'ambito contrattuale renderebbe lo strumento del recesso sostanzialmente inutile. La revoca, infatti, può essere utilizzata solo durante la fase procedimentale di scelta del contraente, nella quale la p.a. conserva il suo ruolo di autorità pubblica.

Il recesso, quindi, rappresenta l'unico strumento che consente alla stazione appaltante di sciogliersi dal vincolo contrattuale per ragioni di opportunità una volta stipulato il

⁴⁸⁹ Cit. art. 109, comma 1, codice contratti pubblici.

⁴⁹⁰ Cons. St., Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14 in *Foro it.* 2015, III, 673, con nota di PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn., dir. amm.*, 2015, 1, 77.

contratto con l'aggiudicatario, non potendo essa ricorrere al generale potere di revoca di cui all'articolo 21-*quinques*.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Questo studio ha avuto ad oggetto un tema che presenta tuttora una rilevanza centrale nel l'applicabilità del principio di buona fede oggettiva nel diritto pubblico, in particolare nel diritto dei contratti, ma non solo.

Ho tentato infatti di non limitarmi a inquadrare la buona fede nel suo carattere relazionale, ovvero come una regola a volta a conformare il comportamento di soggetti che si inseriscono in un rapporto bilaterale, ma ho cercato di calcare la sua natura di principio generale, di canone che comporta degli inderogabili doveri di solidarietà sociale che pervadono ogni rapporto giuridico, compreso quello pubblicistico, e che sono espressione anche del fondamentale principio di convivenza civile.

Bisogna inoltre precisare che questo studio si è inserito in un momento in cui la stessa concezione della pubblica amministrazione è cambiata. Si è passati da un'amministrazione di comando e di supremazia a un'amministrazione di risultato, in cui verificare la portata dei benefici dell'azione amministrativa alla collettività risulta più importante dell'amministrazione in sé, che in nome di questi benefici oggi può subire limitazioni non solo dal *dictum* giurisprudenziale, ma anche dal principio civilistico (*rectius*: generale) della buona fede oggettiva.

La p.a., in altri termini, assume oggi un ruolo servente rispetto agli interessi pubblici e ai privati destinatari.

Parliamo, quindi, di un principio generale, che si ispira ai doveri di solidarietà e giustizia, di un principio che è sia una regola di condotta che una clausola generale. È una regola di condotta perché, come si è visto, costituisce una vera e propria norma di comportamento, la cui violazione impone l'obbligo di risarcire il danno. È una clausola generale in quanto presenta quelle caratteristiche di elasticità e duttilità proprie delle clausole generali. È infatti un principio avente una natura eterogenea, portato a regolare ambiti molto diversi del diritto, basti pensare alla sua accezione

soggettiva, ove la buona fede diventa una presunzione dal carattere eminentemente psicologico, ossia, lo ricordiamo, l'ignoranza di ledere l'altrui diritto.

A questo principio generale deve oggi conformarsi anche la pubblica amministrazione, e non ci sono più dubbi. La *vexata questio* è stata infatti ufficialmente risolta dal Legislatore, il quale, con la legge di conversione dell' 11 settembre 2020, n. 120, ha dato una soluzione alla questione.

Questa novella, intervenuta in *medias res* durante le mie ricerche, ha certamente avuto un'importanza fondamentale e un forte impatto per gli studiosi, ma non si possono reputare risolte tutte le questioni relative alla materia. Emerge tuttora, infatti, dalle pronunce dei giudici di ultima istanza una diversità di opinioni che si manifesta in modo irrimediabile anche nella prassi. Le Sessioni Unite e l'Adunanza Plenaria continuano a procedere per binari paralleli e se pure hanno concordato sul fatto che la pubblica amministrazione debba essere sottoposta a responsabilità per violazione del canone della buona fede, ancora mettono in discussione gli aspetti procedurali di questa responsabilità, con toni apparentemente inconciliabili.

Tali questioni ancora in discussione sono frutto di un retaggio di una visione asimmetrica del rapporto tra privati ed amministrazione, che affonda le sue radici fin dal medioevo.

Senza arretrare troppo nel passato e soffermarci in questioni non pertinenti in questa sede, basti ricordare nei contratti della pubblica amministrazione la buona fede rivestiva un ruolo marginale, perché si riteneva che l'amministrazione non potesse mai essere in mala fede nell'esercizio delle sue funzioni, perché doveva ispirarsi ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, perché era un contraente che non agiva per finalità proprie ma per l'interesse pubblico, e perché utilizzava condizioni generali particolari, ovvero i capitolati, che sono documenti tecnici. Quindi, secondo la dottrina e la giurisprudenza anteriori agli anni ottanta, la pubblica amministrazione veniva reputata sempre in buona fede, tanto che si parlava di un vero e proprio privilegio che le era stato accordato dallo Stato. Questo privilegio, a posteriori definito come il "dogma dell'insindacabilità dei comportamenti amministrativi", ha contribuito in modo determinante a escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale a carico della p.a.

Successivamente, si sono registrate le prime aperture da parte della giurisprudenza, soprattutto in tema di condizioni generali di contratto e di clausole vessatorie all'interno di contratti pubblici. La principale sentenza che si suole ricordare è una cassazione del 1984, la n. 4832⁴⁹¹ che, nell'ordine di aggirare l'ostacolo del privilegio della p.a., sottolineò il fatto che la disciplina sulle condizioni generali di contratto non serviva tanto alla tutela del contraente più debole, quanto all'esigenza che questi fosse messo in condizione di vagliare bene e in toto il contenuto contrattuale. Si diceva infatti che il meccanismo della doppia sottoscrizione serviva a sollecitare l'attenzione della controparte e a indurla a leggere interamente il regolamento contrattuale, non tanto a tutelarla da eventuali abusi da parte del soggetto pubblico.

In seguito, sempre nell'ottica di fondare indirettamente dei profili di responsabilità, si è rilevato che la pubblica amministrazione, quando agisce *iure privatorum*, ovvero come un qualunque contraente privato e non come un soggetto esercente il potere amministrativo, si deve comportare alla stregua di un qualsiasi altro "soggetto di diritto comune", la cui attività è valutabile in termini di correttezza.

Di rilievo è stata anche la disciplina comunitaria, che ha contribuito sensibilmente all'evoluzione in senso garantista della disciplina. Le direttive comunitarie - oggi "dell'unione"- sugli appalti hanno privilegiato la tutela della concorrenza e della trasparenza, ancor più del controllo nella gestione delle risorse finanziarie.

Ma in cosa si sostanzia il comportamento contrario a buona fede da parte della pubblica amministrazione? Quando e a quali condizioni si sostanzia, all'interno del procedimento di evidenza pubblica? Le questioni non sono di poco conto, posto che non ci sono norme precise a regolare la materia e, come detto, la giurisprudenza si pronuncia con poca coerenza.

Nelle pagine del mio studio si è pertanto tentato di ricostruire il turbato rapporto tra autorità e libertà in una prospettiva evolutiva, tenendo sempre conto della complessità del fenomeno dal punto di vista sia storico che giuridico.

⁴⁹¹ Cass., 29 settembre 1984, n. 4832 in *Foro it.*, 1984, I, 2442, con nota di BARONE, *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3254 ed il commento di MEMMO, *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 376.

Naturalmente, se si considera il punto di partenza, costituito dalla concezione autoritaria del rapporto tra la pubblica amministrazione e il cittadino, e si guarda al punto di arrivo, si coglie con nitore l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale nel senso di affermare la parità delle posizioni. L'attenuazione dei profili autoritativi dell'azione amministrativa ha favorito la tutela dell'affidamento del privato e di interessi giuridicamente meritevoli, la cui rilevanza giuridica è espressione di una maggiore sensibilità verso quelle dinamiche che si pongono l'obiettivo di ridurre le asimmetrie negoziali attraverso un dialogo collaborativo tra i soggetti coinvolti nella contrattazione pubblica.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di FIORI, vol. III, Napoli, 2008, in particolare il capitolo intitolato: Fides e bona fides. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, di FIORI, p. 237 ss.

AA.VV. *Dizionario del liberalismo italiano*, tomo I, Rubettino, 2011.

AA.VV., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di Marchetti, Torino 2012.

AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi (atti del XLIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione: Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1997)*, Milano, 1998.

ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1998, 7.

ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoreponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. contr.*, 2005, 110.

AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e resp.*, 2006, 353.

AGLIOCCHI, *Le voci di risarcimento del danno nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in BENACCHIO - COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 529.

AGNELLO, *Il prisma della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2020.

AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Corriere Giur.*, 2016, 1, 56.

AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/1997, p. 1 ss.

ALBANESE, *Buona fede, contratto e legge*, in *Europa e diritto priv.*, 2021, 1, 31 ss.

ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 3, 2017, 1128.

ALBANESE, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in *Hominum causa constitutum: scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.

ALBINO, *Le responsabilità degli organi costituzionali*, a cura di CALABRÒ, *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, Milano, 2010.

ALESSI, *La responsabilità della Pubblica amministrazione*, III ed., Milano, 1955.

ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1956.

ALLARA, *Atti emulativi (diritto civile)*, in *ED*, IV, Milano 1959, 33.

ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, IV, Torino, 1989, p. 181.

ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Laterza, 2007.

ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss.

ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e Impr.*, 2022, 3, 721.

AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1988, p. 149.

ANTONELLI, *Il diritto amministrativo preventivo a servizio della sicurezza pubblica*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 11, 1503.

AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010* in *Rivista Nel Diritto*, 2010, 757.

AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Esi, 2010, cit.

AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 4, 449.

AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Cedam, 2007, p. 288.

BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 3, 541.

BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 2, Cedam, 2009.

BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 304 ss.

BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, introduzioni di PERLINGIERI - FESTI – *Riproduzione anastatica*, Napoli, 2012 (Riproduzione dell'edizione: Milano, 1963).

BENEDETTI - NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020.

BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Cedam, 1996.

BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 808.

BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988.

BERTI, *Riflessioni in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1996, 113.

BESSONE, *Rapporto contrattuale e dovere di correttezza*. *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova*, Milano, 1971, 269 ss.

BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della “pre-contrattualità”*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, 565-615.

BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1993.

BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2000.

BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It., ad vocem*, XIII, Utet, 1966.

BONFANTE, *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teorica dell'errore*, (1893), oggi in *Scritti giuridici vari*, vol. II, Torino, 1926.

BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi in rapporto all'attività urbanistica ed edilizia*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1489.

BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996.

BUFFONE-BIEZUS, *La responsabilità precontrattuale*, in VIOLA, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Avellino, 2007, p.66.

BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova 1994, p. 81.

BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999, 186.

BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 269 ss.

BUZZELLI, *Il contenuto necessario del contratto di avalimento tra oggetto e causa*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, 2, 232.

C. VON BAR, CLIVE AND SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, edited by, Munich, 2009.

CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi - Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996.

CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, 2013.

CAMMEO, *commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, p. 895 ss.

CANADA BARTOLI, in *Annulabilità e annullamento, Enc. del Dir., ad vocem*, 487.

CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 1, 23.

CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 5, 2011.

CAPUTO, *La perdita di chance ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 706.

CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 3 giugno 2017.

CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Corriere Giur.*, 2012, 5, 675.

CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI*, XXXII, 1966, p. 97.

CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011.

CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in LOVATO (a cura di), *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Bari, 2013, p. 184.

CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia* (nota a Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6666, cit.), in *Corriere giur.*, 2004, 669.

CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustiziaamministrativa.it

CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo - XI edizione*, Dike Giuridica Editrice, 2017.

CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corriere giur.*, 1996, 1148.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 345.

CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664.

CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

CASSETTA - FRACCHIA (a cura di), *Compendio di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022.

CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XX ed., Milano, 2018.

CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio "comune"*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1998, 1194.

CASTRONOVO - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, p. 274.

CASTRONOVO, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *R. d. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.

CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e Dir. Privato*, 2012, 1233.

CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile (Per una riproposizione della questione sociale)*, Napoli 2018, p. 14 ss.

CAVALLARO, *La rilevanza dell'elemento soggettivo nella struttura dell'illecito della pubblica amministrazione: un ulteriore chiarimento del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Nuove autonomie*, 2005, 14, fasc. 4/5, 741 ss.

CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 12, 1288.

CERRONI, *L'autotutela della stazione appaltante in caso di rifiuto di stipula dell'aggiudicatario*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 5, 669.

CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 1994.

CERULLI IRELLI, *La tesi della nullità per violazione di norme imperative*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 1195.

CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 5.

CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022.

CHIEPPA - LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008, p. 85 ss.

CHINÈ - FRATTINI - ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, in *I nuovi manuali superiori*, GAROFOLI (diretto da), XII, Roma, 2020, p. 751.

CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897.

CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, 547.

CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere Giur.*, 2016, 12, 1510-1516.

CICERONE, *De Officiis*, 1.23, a cura di ZORZI, Dante Alighieri Editore, 2009.

CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della p.a.*, in SCOCA, DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 121 e ss.

CIMINI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*, 9/2011.

CIRIELLI, *Il conflitto tra il principio di affidamento e la prassi nell'ordinamento giudiziario*, in *rivistaildirittovivente.it*, 2021.

CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro Amm.*, 7-8, 2016, 1990.

CISTARO, *Il principio di leale collaborazione nello svolgimento delle operazioni di presentazione telematica della domanda di partecipazione ad una selezione*, in *Azienditalia*, 2021, 12, 1991.

CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2014.

COCCHI, *Appalti pubblici e pandemia: un punto di svolta?* in *Azienditalia*, 2022, 6, 1068.

COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013.

COMMANDATORE, *Autotutela e recesso contrattuale della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 687.

COMPORI, *Responsabilità della p.a. - l'adunanza delle occasioni perse: responsabilità della p.a. in cerca di qualità*, in *Giur. It.*, 2022, 3, 708.

CONTESSA, *L'Adunanza Plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 621 ss.

CONZUTTI, *Violazione del Clare loqui*, in *personaedanno.it*, 2012.

CORREALE, *Art. 69, Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, diretto da FERRARI e MORBIDELLI, I, Milano, 2013, 1002.

CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5, 2022, p. 968

COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 727.

CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1941.

CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, 2008.

CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1265-1274.

CUZZOLA, *La tutela della parte contrattuale debole*, in <http://www.giurisconsumatori.it/>

DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2022, 1, 1.

DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, BUP, 2015.

DE FALCO, *Il divieto di venire contra factum proprium nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 201.

DE MARTINI, *Contratti per adesione e approvazione specifica di clausole vessatorie*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1948, III, 1095.

DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 481.

DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 509-558.

DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861.

DI BENEDETTO, *L'esauribilità della discrezionalità amministrativa tra buona fede ed effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 2022, 2, 247-268.

DI LENA, *Raggruppamento temporaneo di concorrenti e formalismo negoziale*, in *Contratti*, 2014, 11, 1047.

DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, p. 560.

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja - Branca* (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 335.

DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra [regole di] fattispecie e [regole di] procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 814 ss.

DI MAJO, *Il contatto sociale - La culpa in contrahendo tra contratto e torto* in *Giur. It.*, 2016, 12, 2565.

DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 291.

DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *G. it.*, 2016, p. 2568 ss.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti civili*, Giuffrè, 1993.

DI MAJO, *Le nullità*, vol. XXX, tomo VII, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da BESSONE, 88 ss.

DI MAJO, *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della p.a.: l'acquis civilistico - tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della p.a.: l'acquis civilistico*, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 253.

DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008.

DI RAIMO - PERLINGIERI, *Trattative, buona fede e responsabilità c.d. precontrattuale*, in PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 398 ss.

DIENIER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002.

DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 20347.

DONELLUS, *Ad Tit. Instit. de Actionibus*, § XIX, n. XVIII, in *Opera omnia*, Tom. VI, Florentiae, 1846, c. 851.

DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pp. 637 - 672.

DUGATO, *Il subappalto*, *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 6, 719.

D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008.

D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008.

D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 1981.

D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 95 ss.

D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, I, 2011, p. 650.

D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.

D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Giappichelli, 2004, p. 270.

D'ONOFRIO, *La responsabilità da «contatto sociale» della p.a.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2021, 1350.

D'ORSOGNA, *Danno «da reato» e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'«ingiustizia» dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. ammin.*, 1997, 365.

D'ORSOGNA, *Responsabilità della P.A.*, in *Autori vari (a cura di): Scoca Franco Gaetano, Diritto amministrativo*, p. 550-577, Giappichelli editore.

ENNA, *Della buona fede specialmente nei rapporti col possesso*, Cagliari, 1901.

F. FORTE - M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative*, in *Il Corriere Giuridico*, 2013, fascicolo 11.

FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918, p. 36.

FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004.

FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

FANTINI-SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017

FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di dir. priv.*, 2, 2011.

FEDELE, *Ricordo di Baldo degli Ubaldi. Rileggendo il suo commento al Cap. I Lib. XV “De Pactis” delle decretali di Gregorio IX*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni – La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, p. 159 ss.

FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*, 10, 2011, 3015 ss.

FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. Trim. di diritto e procedura civile*, 2017, n.2, p. 541 ss.

FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985.

FERRARI, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.* in *Giur. merito*, 2011, 4, 919.

FERRARI, *osservatorio dei tribunali amministrativi regionali - criteri di interpretazione delle clausole ambigue del bando di gara*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 4, 428.

FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 6.

FIENGA, *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo* in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 2, 179.

FIORI, *Jus civile, ius genitum, ius honorarium: il problema della "recezione" dei iudicia bonae fide*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano, CI-CII, 1998-1999*, 165 ss.

FLORIS, *La responsabilità della P.A nei procedimenti ad evidenza pubblica*, in <http://www.appaltiecontratti.it/download/floris.pdf>, 2003. Ultima data di consultazione: 14/04/2022.

FOLLIERI, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.leg. 80/98*, in *Riv. dir. privato*, 1998, 453.

FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Monaco, 1958, prefazione alla settima edizione.

FORTE, *Quale la responsabilità della p.a. che ricerca il contraente, nella fase precedente la stipula del contratto?* in *Corriere Giur.*, 2014, 5, 652.

FORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, I, 1903, p. 1037 ss.

FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 79.

FRANCHI, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari: la tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive*, in FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012.

FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Utet giuridica, 2011, p. 509.

FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle «interferenze» tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, II, 237 ss.

FRANZONI, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?* in *Danno e Resp.*, 2021, 5, 605.

FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173- 1320 c.c.)*, Torino, 2004.

FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, "contrattuale"?*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 283 e ss.

FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, 2010.

FRATINI, *Compendio di Diritto Civile*, Nel diritto editore, 2016, p. 512.

FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. amm.*, 2004, 837.

FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 2017.

GABBA, *Momento perfezionativo del contratto fra assenti*, in *Questioni di diritto civile*, II, F.lli Bocca, 1911, p. 166.

GAFFURI, *La responsabilità della p.a. per revoca di una gara d'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 826.

GALFO - RUTA, *La buona fede e le sue applicazioni nel diritto civile italiano*, Catania, 1899.

GALGANO, *Diritto Privato*, Cedam, 2010.

GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1 ss.

GALGANO, in *Dovere di buona fede e abuso del diritto, relazione e svolta all'incontro di studio tenutosi a Tivoli dal 6 al 10 giugno 1994*.

GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 49.

GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.

GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 423.

GALGANO, *Trattato di diritto civile - vol 2*, Cedam, 2014.

GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 1994.

GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Studi in onore di Alberto Burdese, II*, Padova, 2003.

GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017.

GALLO, *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 129-130.

GALLO, *Responsabilità precontrattuale - il quantum nella responsabilità precontrattuale*, in *Giur. It.*, 2022, 5, 1084 .

GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, I*, Milano, 2006.

GALLUCCI, *Responsabilità civile (tutela aquiliana degli interessi legittimi)*, voce dell' *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1997, XXVI.

GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?* in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 875.

GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 253.

GAROFOLI, *La giurisdizione*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, 3930 ss.

GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, parte generale e speciale*, XIV edizione, Roma, 2020.

GAROFOLO, *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica, vol. I*, Giappichelli editore, 2018.

GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.

GENTILI, *Il contratto d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, a cura di SIRENA, Milano 2006, p. 94 ss., spec. p. 97 ss.

GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2011.

GIAGNONI, *responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 639.

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

GIANNINI, *Il pubblico potere, Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, 1986.

GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Giuffrè, 1966.

GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939.

GIORDANENGO - VALENTINI, *Le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento alla luce della l. 136/2010*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 2, 149.

GIORDANO, *I nuovi contratti pubblici*, Piacenza, 2017.

GIRGENTI - SPAGNOLO, *La responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione*, Milano, 2016, 175 e 226.

GIROLAMI, *Nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam,, 2008.

GIUSTI, *Avvalimento e sostituzione dell'impresa ausiliaria nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. It.*, 2017, 11, 2458.

GOISIS, *Le conseguenze sul contratto di appalto dei vizi della procedura di gara nell'esperienza britannica, tra tutela della buona fede e attuazione della direttiva ricorsi. Prospettive di comparazione con le scelte del legislatore italiano* in *Riv. it. dir. pub.*, 2010, 5, 1219-1256.

GRASSANO, *Il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Nuova rass.*, 1996, 629.

GRASSETTI, *l'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 189.

GRAZIANO, *L'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di appalti e la sorte del contratto a seguito di annullamento della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 2003, 1770.

GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, Relazione presentata al Convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione"* tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008.

GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in A.A.V.V., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, 12.

- GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea)*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2022, I, 1-30.
- GROSSO, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1959, Vol. V, voce “buona fede (dir. rom.)”, pag. 661 ss.
- GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Diz. amm.*, I, Milano, 1983.
- GUCCIONE, *L'avvalimento tra giurisprudenza ed infrazioni comunitarie*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 3, 390.
- GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 3, 988 ss.
- GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. giur. dir. pub.*, 1936.
- HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 423 ss.
- IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- INGEGNATTI, *Percorsi di giurisprudenza - i criteri di determinazione del danno nel giudizio amministrativo*, in *Giur. It.*, 2020, 2, 449.
- INGEGNATTI, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici - sui presupposti fondanti la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, in *Giur. It.*, 2022, 3, 705
- IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1457 ss.
- JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten*, Jena, 1860, tradotto in italiano da PROCCHI, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.

- KASER, *Das römische Privatrecht*, I2, München, 1971, 181.
- KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 5.
- LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.
- LAZZARA, *Annulabilità e annullamento [dir. amm.]*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2012.
- LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 1 ss.
- LENER, *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, UTET, 2011, vol. II, pp. 129 ss.
- LEVI, *L'abuso di diritto*, Giuffrè, 1998.
- LIPARI in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di VILLATA, Milano, 2001, p 456.
- LIPARI, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Dir. e formazione*, 2002, 1519 ss.
- LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto in Federalismi.it*, 2010.
- LOMBARDI, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, e in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1165 ss.
- LOMBARDI L., *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Giuffrè, 1961.
- LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018.
- LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. Amm.*, 2020, 1, 235-269.

LUCCHETTI — PETRUCCI (A CURA DI), con la collaborazione di PONTORIERO, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference* Bologna, 2009.

LUCIFREDI, *Alcune questioni in tema di attività consultiva e di contratti comunali*, in *Foro it.*, 1937, I, 265 ss.

MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, p. 80.

MACRÌ, *Dalle infrastrutture digitali delle amministrazioni al cloud, il nuovo regolamento per la sicurezza dei dati e dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 488.

MANFREDONIA, *Clausole ambigue del bando di gara e bilanciamento di principi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2009, n. 4, p. 1170.

MANFREDONIA, *Il contatto sociale qualificato tra pubblica amministrazione e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 975.

MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol I, Firenze, 1880-1882.

MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, 1979.

MARI, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza plenaria e della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. edilizia.*, 2003, 1046 ss.

MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 230 .

MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 4.

MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2021.

MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della p.a. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2012, 12, 1498.

MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, II, p. 253 ss.

MAZZAMUTO, *Contratto di diritto europeo*, Giappichelli editore, 2012, p. 177 ss.

MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896.

MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002.

MEMMO, *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 376 ss.

MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, Padova, 2007.

MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Cedam, 1999.

MEMMO, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contratto e impr.*, 1997, 51.

MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della L. n. 15 del 2005*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 4-5, 1175.

MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, ora in *Scritti, Obbligazione e negozio*, Milano, 2011, 281.

MERUSI, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, 2001.

MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, in ristampa, con Introduzione dell'A., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001.

MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, settembre 2002, Milano, 2003, p. 29 e ss.

MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, vol. I, Padova, 2009.

MESSINA, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo - il commento*, in *Danno e Resp.*, 2018, 3, 335.

MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, p. 784.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, II, parte I, p. 250.

MEUCCI, *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche*, in *Arch. giur.*, 1878, p. 341.

MICARI, *Il contraddittorio endoprocedimentale necessario e l'art. 21 octies della l. 241/90 al vaglio giurisprudenziale*, in *Corriere Merito*, 2006, 5.

MICARI, *La colpa della pubblica amministrazione-autorità tra normativa comunitaria e ingiustificati privilegi intertemporali. Proposte ricostruttive*, in *GC* 2006, 9.

MINGARELLI, *Il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo*, in *Riv. amm.*, 1995, 493.

MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 648 e ss.

MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 4, 10954.

MONTINARO, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1431.

MORTATI, *Osservazioni sulla natura e sulla funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 116.

MOSCATI, *Nugae civilistiche. sulla scuola romana del primo novecento*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno su "Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche", svoltosi alla Sapienza Università di Roma il 21 e 22 ottobre 2016 e destinata anche agli atti del convegno.

MUSI, *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli, 1979.

MUSIO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, diretto da STANZIONE, Trento, 2012.

MUSY, *Responsabilità precontrattuale (Culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, 1998, p. 360.

NASINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione, aspettando l'adunanza plenaria*, in *Foro it.*, 2021, 39, 2, 5.

NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*, in *Corriere Giur.*, 1999, 470.

NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 del c.c.)* in *AA.VV. Studi sulla buona fede*, Milano, 1985, p. 134 e ss.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1961, I, 157.

NATOLI, *Note preliminari a una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37.

NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *questa rivista*, 2020, 87.

- NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1251 ss.
- ORLANDO, *La responsabilità regia e le disposizioni dei re inglesi*, in *Diritto pubblico generale, scritti vari coordinati dal sistema*, Milano, 1940, p. 449.
- PALMIERI, *Orientamenti «occulti»: continua la risarcibilità «in obiter» degli interessi legittimi*, in *Corriere giur.*, 1997, 827
- PALMIERI - PARDOLESI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare, con ampi riferimenti giurisprudenziali*, nota alla stessa sentenza, in *Foro it.*, 2021, III, 406 ss.
- PALMIERI - PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 2022, III, 89.
- PASSARELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Contratti*, 2013, 5, 437.
- PASSARELLI, *Dottrine Generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 247.
- PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: «cuius commoda eius et incommoda»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1193
- PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007.
- PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1052 ss.
- PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *I contratti*, 2, 2014.
- PERIN, *Risarcibilità del danno derivante dalla lesione degli interessi legittimi: proposte e soluzioni normative*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 405.
- PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2001, p. 669.

PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Comunitario*, 1996.

PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

PIETROBON., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969.

PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano 2004.

PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn., dir. amm.*, 2015, 1, 77.

PIZZORUSSO - PASSAGLIA, *Constitution et sécurité juridique, Relazione a XV Table ronde internationale*, Aix-en-Provence, 10 e 11 settembre, 1999.

PREDIERI, *Certezza e innovazione: la tutela dell'affidamento*, in AA. VV., *Certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, 29 ss.

PUGLIESE, *I Pandettisti tra tradizione romanistica e moderne scienze del diritto*, in *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, 1, p.29 ss.

PUGLIESE, *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di MARZANO, Roma, 1987, p. 132.

PULIATTI, *Regole autonome di risarcibilità degli interessi legittimi?*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 292.

PUTTI, *L'invalidità dei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Cedam, 1997.

QUADRI, *Responsabilità per culpa in contrahendo dell'amministrazione in caso di revoca legittima degli atti di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 1, 66.

QUARANTA, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 326

QUARTA, *Il bando di gara*, Key Editore, 2019.

RACCA-PONZIO, *Responsabilità precontrattuale - evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2015, 8-9, 1963.

RACCA, *La responsabilità precontrattuale tra autonomia e correttezza*, Jovene, 2000.

RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 601-639.

RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, p. 415 ss.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 281.

RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, p. 142 e ss.

RICCIO, *La clausola generale di buona fede, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, 21.

RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, UTET, 1999, p. 151.

RIESENHUBER, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung. Systembildung im Europäischen Vertragsrecht*, in BUMKE, ROßTHEL, c p. 49 ss.

RIESENHUBER, *Wettbewerb für das europäische Vertragsrecht*, in *Juristenzeitung*, Torino 2011, p. 537 ss.

RIEZLER, *Venire Contra factum proprium*, Leipzig, 1912.

RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista del notariato*, 2017, 4, pt. 2, 787-793.

RINDONE, *Responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Contratti*, 2022, 2, 233.

ROHERSSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971, p. 284 ss; PUGLIESE, *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di MARZANO, Roma, 1987, p. 132.

ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Padova, 1939, p. 233.

ROMANO, in *Enc. del dir.*, Vol. V, Giuffrè, 1959, voce “buona fede (dir. priv.)”, pag. 677.

ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. ammin.*, 1998, 1.

ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 2017.

ROPPO, *Il Contratto*, Giuffrè, 2011, p. 176.

ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circolaz. e Trasp.*, 4-5, 2000, 662 ss.

ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 105 ss.

RUFFINI, *Le procedure di gara ai tempi del coronavirus tra rallentamenti ed accelerazioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 4, 460.

RUSCICA, *La colpa della P.A.*, *Aggiornamento Nov.mo Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 2008.

SACCO, *La presunzione di buona fede* in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, 255.

SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc dir.*, vol. I, Milano, 1958.

SALERNO, *Brevi riflessioni sulla responsabilità precontrattuale*, in ildirittoamministrativo.it

SANTORO P. e SANTORO E., *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2011.

SAPONE, *La responsabilità contrattuale*, in *Trattati* a cura di CENDON, Giuffrè, 2008, p. 10.

SCHILLACI, *Contratti ad evidenza pubblica: scelta del contraente nell'asta pubblica e nella licitazione privata*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 373.

SCHULE, *Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht*, Berlino, 1935, p. 401.

SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 151 ss.

SCHULZ., *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti Ferrini*, III, Milano, 1948, 90 ss.

SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4045.

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, a cura di GAROFALO, Cedam, 2003.

SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 295.

SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ.*, 2016, p. 1950 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 983.

SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corriere Giur.*, 2020, 8-9, 1025.

SENZANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. degli appalti*, 2013, 3, 121.

SEPE, voce *Contratto* (dir. amm.): b) *Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. IX, 1961, p. 986 ss.

SICA, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo - inosservanza del termine per la stipula del contratto di appalto e tutela contro il silenzio*, in *Giur. It.*, 2020, 3, 696.

SINISI, *L'impatto dell'emergenza covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 3, 317.

SIRENA, *La scelta dei principles of european contract law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2019, p. 608 ss.

SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483 ss.

STICCHI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1932. EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen, 1950.

TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova, 2003, p. 1 e ss.

TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*, in *Foro it.*, 2020, 197, 1.

TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2017, 1, 127.

TARULLO, *La colpa della pubblica amministrazione nel nascente modello di responsabilità provvedimentale della pubblica amministrazione*, in *Trib. Amm. Reg.*, 2001, II.

TRAMONTANO, *Compendio di diritto civile*, Piacenza, 2020, p. 522.

TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1, 121.

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2014.

TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 7 e ss.

TRIFONINO in *Digestum*, 16, 3, 31.

TRIMARCHI M., *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 705-739

TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823.

TRIMARCHI BANFI, in *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 200.

TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, 2009.

TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 2/1993, p. 237 ss.

TROIANO, *Gli enti pubblici come professionisti e come consumatori*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999, 186.

TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

USAI, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 10, 1134.

USAI, *l'interpretazione delle clausole ambigue inserite nella lex specialis della gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 11, 1319.

VAIANO, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 693.

VALERIO, *Ancora incertezze sul termine per l'impugnabilità del bando immediatamente lesivo* in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1, 101.

VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Cedam, 2004.

VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 2003, 1656.

VILLATA, *Intesse ad agire – Diritto processuale amministrativo (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.

VIOLA, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Halley Editrice, 2007, p. 65 ss.

VISCONTI, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della p.a.: l'arrocco dell'adunanza plenaria*, in *Danno e Resp.*, 2021, 4, 509.

VISINTINI, *La Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1988.

VISINTINI, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 372.

ZACCARIA, *Contatto sociale' e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *juscivile*, 2017, 185 ss

ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del 'contatto sociale')*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 92 ss.

ZIMMERMANN, *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn 2003.

ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Il diritto civile e gli altri Atti del Convegno*, Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, 371 ss.

ABSTRACT

L'applicazione del principio di buona fede oggettiva all'attività della pubblica amministrazione, sia contrattuale che provvedimentale, è attualmente fuori discussione, tuttavia i limiti e le modalità attraverso cui questo principio si articola sono ancora oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in particolare modo per quanto riguarda l'istituto della responsabilità precontrattuale della p.a.

Tale ultimo istituto è oggetto di uno specifico approfondimento, che tenterà di analizzare i principali punti cruciali del dibattito: la tutela del legittimo affidamento del privato durante le trattative instaurate con la p.a., la natura giuridica della responsabilità precontrattuale e questioni di stampo più processuale, come il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo.

Al fine poi di comprendere pienamente le funzioni svolte dal principio di buona fede nell'ambito delle attività pubbliche, sia contrattuali che autoritative, la ricerca si è concentrata anche sulle diverse interpretazioni che gli studiosi del diritto hanno attribuito oggi al giudizio di buona fede, inteso sia come principio civile contrattuale che come nuovo principio amministrativo costituzionalmente orientato.

Nel proseguo della dissertazione, infatti, si cerca di valutare l'applicabilità del giudizio di buona fede da un punto di vista interdisciplinare, civile e amministrativo, allo scopo di dimostrare come tale principio sia riuscito lentamente a pervadere anche la materia amministrativa, condizionando in senso garantista non solo il *dictum* giurisprudenziale, ma anche l'intervento normativo del legislatore.