

Costruire e acquistare

Lezioni sul nuovo Codice
dei contratti pubblici

a cura di Marco Macchia



Giappichelli

Capitolo Primo

Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti

di *Marco Macchia*

SOMMARIO: 1. Certezza del diritto e codificazione. – 2. I principi come modo di normazione nel nuovo Codice e le relative funzioni. – 3. Un Codice di principi? La tecnica dei “principi spiegati”. – 4. Il principio del risultato, ossia la ricerca di un contratto efficiente nel minor tempo possibile. – 5. Il principio della fiducia: fidarsi per valorizzare l’autonomia dell’amministrazione. – 6. Il principio della buona fede, ossia comportarsi secondo correttezza. – 7. I principi di solidarietà e di libera amministrazione. – 8. I principi del negozio: autonomia, conservazione dell’equilibrio e tassatività delle cause di esclusione. – 9. Il principio di determinazione dei contratti collettivi. – 10. Il principio del rinvio esterno. – 11. I principi manifesto, la loro valenza simbolica e l’obiettivo di incoraggiare le stazioni appaltanti.

1. Certezza del diritto e codificazione

La codificazione non è un’opera di mero assemblaggio di più leggi in un solo libro, con un fine di unificazione anche di disposizioni nate in momenti diversi. Codificare significa creare un sistema stabile organizzando le norme all’interno di un insieme coerente¹. E il sistema coerente è strumentale al raggiungimento dell’obiettivo della certezza del diritto. Perciò, rispetto ad un testo unico, la codificazione rende più facile l’interpretazione di una regola di condotta perché le norme sono avvinte da una visione unitaria.

Nel settore dei contratti pubblici, però, è facile notare come questa esigenza di “mettere ordine nelle cose” è un po’ troppo frequente, al punto che la costruzione di un sistema stabile appare una chimera, solo considerando che in poco più di quindici anni si sono succeduti ben tre diversi Codici. E ciò non è certamente compatibile con quell’obiettivo di certezza del diritto a cui il programma di codificazione mira.

¹ Secondo G. Tarello, *Codice (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, 1988, VI, *ad vocem*, 1, il Codice è «un libro di regole giuridiche organizzate secondo un sistema (un ordine) e caratterizzate dall’unità di materia corrispondente ad un settore dell’organizzazione giuridica, vigente per tutta l’estensione geografica dell’area di unità politica (per tutto lo Stato), rivolto a tutti i sudditi o soggetti all’autorità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato, abrogante tutto il diritto precedente e non integrabile con materiale previgente, nonché destinato a lunga durata». Sul tema, S. Cassese, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 95 ss.; B.G. Mattarella, voce *Codificazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 937.

La scelta codificatoria vanta comunque il pregio di porre un argine alle improvvisazioni, fa ordine tra le norme extravaganti contenute nelle fonti più disparate, e sistematizza una pluralità di regole connotate da un elevato dettaglio al fine di ridurre l'indeterminatezza delle condotte². In particolare, il Codice n. 36/2023 vuole evitare contraddizioni, salti logici, ingiustificate deviazioni e complicazioni, che rendono spesso impossibile la identificazione della *ratio* di una norma o di un intero istituto.

Per raggiungere questo obiettivo, il nuovo Codice non utilizza quella che si può chiamare una *riserva di codice*, ossia la previsione che tutte le regole devono essere radunate e sistematizzate unicamente all'interno del testo codicistico. Diversamente nel testo precedente era stata fatta una scelta opposta. L'art. 218, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che «ogni intervento normativo incidente sul presente Codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute». Il che equivaleva a sostenere che, al di fuori del Codice, non potevano esserci disposizioni regolatrici del settore dei contratti pubblici, con l'obiettivo di circoscrivere al massimo l'instabilità dovuta alla proliferazione delle fonti normative.

Forse tale scelta è dovuta anche ad un'evidente presa d'atto dell'inutilità dell'art. 218 e più in generale di previsioni di questo tenore, dal momento che nel caso di specie le novelle e le sospensioni della precedente disciplina codicistica, soprattutto quelle avvenute nella fase emergenziale, sono state talmente tanto frequenti al punto da far dubitare che un "vero codice" esistesse ancora³.

Questo fenomeno rientra in quella che viene chiamata la logica della "codificazione a diritto costante", che ha prodotto come risultato concreto numerosi Codici di diritto amministrativo speciale. Essi danno vita a micro-sistemi legislativi (Codice dell'ambiente, dei beni culturali, sulle espropriazioni per pubblica utilità, dell'amministrazione digitale, dei contratti pubblici, sulla trasparenza e così via) che si collocano agli antipodi dell'idea regolativa del Codice in senso tradizionale. Sono di fatto una risposta moderna alle forme di decodificazione.

Abbandonato il criterio della riserva di codice, il legislatore nel d.lgs. n. 36/2023 scommette sulla definizione dei principi generali, quali strumento per imporre dall'alto una visione d'insieme di "come" devono essere orientati i rapporti tra l'amministrazione acquirente e il mondo delle imprese. I principi possono rendere semplice, chiaro e razionale l'ordinamento, perché consentono di porre rimedio ad eventuali lacune normative con il metodo ermeneutico.

² Come nota M. Ramajoli, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347, «l'idea moderna di codificazione è una reazione al particolarismo giuridico: prima del fenomeno codificatorio il diritto dei Paesi romanisti era caratterizzato da sovrabbondanza e frammentazione delle fonti e dei poteri».

³ C. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni"*, ovvero: *nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "codice"*, in *Urb. e app.*, 2020, 757.

2. I principi come modo di normazione nel nuovo Codice e le relative funzioni

«I principi generali sono quegli enunciati esprimenti un contenuto normativo con un forte nucleo valoriale, capace di andare ben oltre la mera, seppur costante, reiterazione dello specifico ordito normativo risultante dalla formulazione riassuntiva che è invece propria della regola generale e anche di riorientare l'applicazione della regola stessa, quando questa, secondo i criteri interpretativi applicabili, non appare più adeguata al mutato contesto economico-sociale, e comunque di sospingerla programmaticamente verso finalità rinnovate»⁴. A differenza delle regole generali, che sono quelle sorrette, in relazione al loro contenuto, da esigenze unitarie, i principi sono quelli i quali, pur sorretti da esigenze unitarie, «non esauriscono in se stessi la loro operatività, ma informano, diversamente dalle prime, altre regole, più o meno numerose»⁵. Quanto al loro contenuto precettivo, i principi hanno forza almeno pari a quella delle singole regole generali e il loro contenuto normativo vale a integrare il parametro di legalità per la conseguente azione amministrativa. Questo perché la loro funzione primaria è quella dell'orientamento condizionante la regola di diritto positivo fino all'introduzione, se del caso, di un *quid novi*; anzi, quel parametro risulta riempito di contenuti di senso valoriale.

La codificazione dei principi per via legislativa consiste in un complesso di norme la cui precipua funzione è quella di improntare l'attività del pubblico a regole di condotta (corretta) dell'operato dell'amministrazione. Sotto questo profilo, il principio non è semplicemente una regola molto generale, ma è un *modo di normazione* diverso da quello per regole che richiede atteggiamenti pratici diversi dagli operatori. Da questa tecnica si possono enucleare tre diverse funzioni: di riempimento delle lacune; di parametro orientativo per l'interprete; di governo delle dinamiche ordinamentali nell'organizzazione della collettività, atteso il carattere pluralistico o composito dell'ordinamento.

Quest'ultima funzione è la più difficile per l'interprete, ma è tra le più necessarie. Non essendo circostanziati, i principi sono affermati senza gerarchie o precedenze. Incorporando poi un contenuto valoriale, è evidente come essi possano entrare in contrasto l'uno con l'altro. Un acquisto che rispetti lo sviluppo sostenibile fino a che punto può limitare l'accesso al mercato? A quali condizioni il subappalto a cascata può collidere con la sicurezza dei traffici? Per queste ragioni, nell'applicazione in concreto i principi devono essere bilanciati, procedendo con valutazioni tipiche del giudizio di ragionevolezza secondo un'equilibrata composizione degli interessi in gioco.

Che il legislatore del Codice dei contratti pubblici codifichi i principi regolatori del sistema non è affatto una novità. Tuttavia il Codice n. 50/2016, in linea con le codificazioni precedenti, si limitava a menzionare i principi "classici", individuati dalla giurisprudenza in materia e originati da consolidate regole europee. Si trattava di regole stratificate nel tempo e che da sempre improntano le procedure di acquisto delle pubbliche amministrazioni, ossia i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza per le fasi di affidamento e di esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e con-

⁴ TAR Sardegna, sez. I, 9 maggio 2018, n. 410.

⁵ Corte cost., 15 luglio 2005, n. 279.

cessioni; di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità; nonché di pubblicità per la sola fase dell'affidamento. Erano «principi a maglie larghe, destinati ad operare nei confronti dei contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione» codicistico⁶.

All'opposto il nuovo Codice si apre con la declinazione di nuovi principi di settore incorporando un contenuto valoriale con cui si intende mettere a fuoco la "visione complessiva" a cui il testo codicistico deve ispirarsi secondo un modello organico⁷. Tentando di individuare alcune differenze e difformità tra i principi tradizionali e quelli di nuovo conio, i primi sembrano essere frutto della tradizione, tratti dalla giurisprudenza, non sono circostanziati, sono dotati di un elevato grado di genericità e sono affermati in modo assoluto. Diversamente, il nuovo Codice apre nuovi fronti e i principi che sono qui codificati presentano in linea di massima caratteristiche opposte a quelli tradizionali. Ossia essi sono inediti e contengono formulazioni finora occasionalmente conosciute dalla giurisprudenza, sono circostanziati e non generici ossia accompagnati da norme di dettaglio, e sono affermati in modo relativo indicando il limite oltre il quale la garanzia cessa o subisce un'eccezione.

Come accennato, il nuovo Codice comprende numerosi principi inediti che influenzano il *corpus* normativo. Prima i principi erano considerati a sé stanti e affermati in relazione alle fasi di affidamento e/o esecuzione dei contratti. Ora, all'inverso, i principi classici sono citati per spiegare i "nuovi" principi o per indicare le modalità con cui questi devono essere attuati. Mentre la formulazione in passato era circoscritta alla loro enunciazione, il testo attuale è più esteso, dedicando a ciascun principio (o quasi) un apposito articolo, composto da più commi, che lo declinano in ottica esplicativa. In altre parole, essi sono configurabili come "principi spiegati" o "principi precettivi".

Queste novità meritano di essere valorizzate poiché, alla luce di ciò, è chiaro come, mettendoli in parallelo con quelli tradizionali, i nuovi principi sembrano essere il frutto di una visione molto diversa dalle precedenti al punto da essere configurati in un inedito quadro giuridico.

3. Un Codice di principi? La tecnica dei "principi spiegati"

I primi dodici articoli del Codice d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 sono dedicati ad altrettanti canoni generali. Essi esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordi-

⁶ Così in G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 287.

⁷ Come sostenuto da G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 287, il d.lgs. n. 36/2023 «ha deciso di aprire il nuovo Codice con l'affermazione di principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici in coerenza con la naturale vocazione di un Codice a costruire un sistema normativo organico. In questo modo, i principi mirano a esprimere la "visione" complessiva della regolamentazione della materia che, in quanto tale, orienta l'interpretazione e l'applicazione delle singole disposizioni. Può dunque ben dirsi che i principi esprimono una sorta di 'plusvalore' giuridico rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi, inoltre, assolve a una funzione di completamento dell'ordinamento giuridico (sebbene il Codice individui due diversi plessi normativi di riferimento per colmare le lacune) e di indirizzò/garanzia per gli interessi pubblici e privati in gioco».

ne giuridico e integrano “il fondamento giuridico della disciplina considerata”. Completano l’ordinamento giuridico e danno garanzia di tutela ad interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. Rispetto alle regole puntuali, sembrano essere caratterizzati – addirittura, a parere della Commissione speciale che li ha redatti – da una «prevalenza di contenuto deontologico»⁸, risultando in questa prospettiva assimilabili a doveri per gli operatori del settore, a regole di condotta morali attinenti al “dover essere”.

Forse il loro numero non è casuale. L’assonanza con l’identico numero di principi fondamentali della Costituzione, i quali rappresentano le premesse ideologiche e politiche che i Costituenti hanno trascritto, mostra in parte come la Commissione speciale del Consiglio di Stato, a cui dal Governo è stata affidata la scrittura del Codice, si sia fatta in quest’occasione prendere un po’ la mano. Vi è anche un’altra assonanza da sottolineare, giacché queste norme di principio non sono collegate tra loro proprio come i dodici principi fondamentali della Costituzione, ma sono solo poste l’una accanto all’altra, talvolta l’una contro l’altra, nella consapevolezza che questi valori sono destinati a bilanciarsi e a coesistere.

Ad ogni modo farebbe un errore chi pensasse a questo catalogo come *chiuso* e *omnicomprensivo*. Difatti, quelli elencati nei primi dodici articoli sono solo i principi esplicitamente individuati nel Titolo I, Parte I e Libro I. Mentre, se si osserva la materia dei contratti pubblici nel suo insieme, sono da annoverare molti altri principi che si traducono in strumenti di regolazione giuridica. Attingendo da diverse fonti, ad essi vanno aggiunti quantomeno i principi desumibili in via interpretativa, i principi che possono essere tratti dalla legge sul procedimento amministrativo, quelli di origine giurisprudenziale, ovvero quelli desumibili *ex lege* da altre norme del Codice, quale ad esempio il principio del *once only* nella digitalizzazione come regola di semplificazione oppure il principio della digitalizzazione *by default* secondo cui le amministrazioni, per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati⁹.

Non trattandosi di un catalogo chiuso ed esaustivo, viene da chiedersi se il d.lgs. n. 36/2023 non integri allora un “Codice di principi” secondo la qualificazione offerta da Stefano Rodotà, quella di una legislazione per principi espressa attraverso la tecnica delle clausole generali nella consapevolezza che una simile legislazione «non può esprimersi

⁸ Secondo la Relazione del Consiglio di Stato allo *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, 7 dicembre 2022, «i principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme».

⁹ Non è più costruito, come nella versione previgente, come un incentivano all’uso degli strumenti digitali, ma è divenuto un «obbligo che trova copertura costituzionale nel principio di buon andamento, così come inteso dalla Corte costituzionale, come garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità», così in G.M. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 601 ss.

che come espressione dei principî costituzionali, che costituiscono il filtro attraverso il quale le esigenze della società possono penetrare nell'ordine giuridico», il che porta al superamento della «abituale tecnica legislativa regolamentare». In questa prospettiva, il ruolo del giudice viene rivalutato quale «garante di un nuovo equilibrio tra regolazione giuridica e ricostruzione della realtà»¹⁰.

L'auspicio verso questo tipo di tecnica legislativa consistente in un rifugio verso le clausole generali presenta però più di un inconveniente quando applicata al settore dei contratti pubblici. Essa muta in radice il modo dell'intervento giurisprudenziale e, operando entro gli spazi di elasticità offerti dalle clausole generali, è il giudice ad «individuare direttamente il principio, che oltre tutto non si riconduce quasi mai ad una formulazione esplicita e testuale, ma va ricavato da una serie di indici, in una difficile opera di bilanciamento con altri principi, potenzialmente confliggenti e destinati in ipotesi a prevalere in un diverso contesto fattuale»¹¹. Orbene, una tale tecnica legislativa, se combinata con quella che è stata definita la paura di amministrare – ove il funzionario pubblico è incerto perché vacilla tra contraddittorie indicazioni normative e giurisprudenziali – non appare certo in grado di agevolare il buon andamento dell'amministrazione, ma bensì di rallentarlo. Sembra, insomma, che schemi normativi elastici non siano proprio adatti a rispondere alla sfida di organizzare un apparato di spesa efficiente come necessario in un Paese che deve affrontare il compito di dare attuazione al PNRR.

Forse non è corretto parlare di una codificazione “unicamente” per principi, dato che questa è ampiamente bilanciata con l'abituale tecnica legislativa regolamentare, eppure nondimeno gli interrogativi sull'ampio uso di tale modo di normare restano. Al riguardo, accantonata la prospettiva della legislazione per principi, occorre aggiungere che questi ultimi non essendo assoluti ma relativi, necessitano di un continuo bilanciamento e temperamento con altri principi potenzialmente divergenti. La comparazione tra il risultato e l'accesso al mercato, tra l'auto-organizzazione e la concorrenza si impone come dimostra il limite della ragionevolezza che incontra il perseguimento del principio di competitività. Anche quei principi rafforzati che hanno una valenza fondante – come il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato – vanno sempre temperati all'interno di un tessuto normativo più ampio. Ne è prova, ad esempio, il fatto che il risultato vada perseguito nell'osservanza del principio di legalità, di trasparenza e di concorrenza.

Essendo necessario un bilanciamento tra valori coesistenti, non può essere il giudice l'unico garante di questi equilibri. Dallo stesso tessuto codicistico deve essere tratta allora quella funzione ordinante e nomofilattica che i principi possiedono. Tuttavia, un potenziale uso inappropriato e ripetitivo dei principi generali che sconfini in un abuso rischia di attribuire al giudice un eccessivo potere interpretativo, nonché minaccia di erodere la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni giudiziali delle controversie.

Per scongiurare questo pericolo il Codice ha adottato una soluzione “innovativa”.

¹⁰ Tutte le citazioni sono contenute in S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 ss.

¹¹ Questa riflessione si deve a N. Lipari, *Il diritto civile dalle fonti ai principî*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 5 ss.

Invece di affidarsi a clausole generali, o meglio all'ambiguità di formule generiche quale espediente per superare l'impossibilità o la difficoltà di individuare sempre una regola puntuale, il legislatore ha deciso di specificare per legge *a monte* il contenuto concreto e puntuale di alcuni principi, esprimendo il valore precettivo di questi valori¹². In altre parole, la tecnica dei "principi spiegati e precettivi" non è affatto una scelta dettata dal caso, ma appare essere la risposta ad uno specifico timore, ossia quello che una clausola generica possa essere impiegata in modo inappropriato consegnando al giudice un potere eccessivo di interpretazione.

4. Il principio del risultato, ossia la ricerca di un contratto efficiente nel minor tempo possibile

Tra i "nuovi" principi rientra innanzitutto quello del risultato (art. 1). Insieme con il principio della fiducia (art. 2) e dell'accesso al mercato (art. 3), esso si trova in una posizione sovraordinata giacché, ai sensi dell'art. 4 – che ha un ruolo di cerniera – questi canoni sono considerati prioritariamente quali espressi criteri di interpretazione e di applicazione delle altre norme del Codice. Il fatto che tale qualità sia appositamente assegnata solo a questi principi e non ad altri non vuol dire – a dispetto delle apparenze lessicali – che i restanti principi non possano essere impiegati quali canoni ermeneutici per la lettura sistematica delle disposizioni del Codice stesso, quanto piuttosto che i primi tre sono da considerare in posizione prevalente (come fossero "super principi") rispetto agli altri otto principi¹³.

La regola del risultato intende dare un segnale culturale di cambiamento profondo, per valorizzare lo spirito di autonoma iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici¹⁴. In questa prospettiva, le amministrazioni sono tenute a perseguire il risul-

¹² Secondo la Relazione del Consiglio di Stato allo *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., «si è voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (si veda ad esempio la specificazione del concetto di buona fede, anche ai fini delle reciproche responsabilità della stazione appaltante e dell'aggiudicatario illegittimo), oppure utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative (ad esempio, i principi che delimitano il campo di applicazione del Codice, enucleando i rapporti tra appalti e contratti gratuiti da un lato e affidamenti di servizi sociali agli enti del terzo settore dall'altro) o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente" (come ad esempio nel caso della norma sulla tassatività delle cause di esclusione e sul correlato regime delle clausole escludenti atipiche). Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge – soprattutto un Codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla».

¹³ Sul tema, M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 49 ss.

¹⁴ Come anticipava S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 80, «non si chiede solo che la condotta amministrativa sia legittima, ma anche che essa sia adeguata al raggiungimento del risultato finale». Sul principio del risultato nel nuovo Codice, L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo, Avvocatura del-

tato dell'affidamento del contratto – che significa appunto un contratto efficiente nel minor tempo possibile – e della sua esecuzione, da compiere con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, purché ciò avvenga nel rispetto di tre ulteriori ma già radicati canoni, ossia quelli di legalità, trasparenza e concorrenza.

Nel settore dei contratti pubblici il principio del risultato è identificabile come il corollario del principio costituzionale di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Non è l'idea del "risultato a tutti i costi", né può essere letto come la necessaria soddisfazione della pretesa del cittadino che si interfaccia con l'amministrazione. Il risultato va perseguito non a prescindere dal contesto, bensì nell'interesse della collettività e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea (su cui si tornerà).

Nella ricerca di un contenuto determinato il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: *a)* valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; *b)* attribuire gli incentivi mediante la retribuzione accessoria secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva. Oltre a ciò è possibile immaginare anche una portata precettiva diretta del canone del risultato, laddove si ritenga illegittimo l'operato di quella stazione appaltante che si rifiuti di semplificare l'attività ricorrendo a numerose richieste di preventivi ove non previste, ovvero ritardi l'aggiudicazione al fine di attendere la pronuncia del giudice con condotte dilatorie e cautelative dominate da un eccesso di precauzione.

La logica del risultato amministrativo richiede di considerare tempestivamente gli interessi, ponderarli contestualmente e tutelarli efficacemente nel rispetto dei termini e delle logiche di ciascun ambito di attività pubblica. Riprendendo la definizione aziendalistica, si tratta di tutelare il principio di efficienza quale misura del massimo raggiungimento di prodotti all'utenza (*output*) dato un certo livello di risorse. Sotto questo punto di vista, il risultato per astrazione generalizzatrice rappresenta la 'visione' complessiva della regolamentazione della materia in grado di orientare l'interpretazione e l'applicazione delle singole disposizioni, secondo un modello in cui i profili sociali, di tutela delle PMI e di promozione di esternalità positive assumono un ruolo centrale¹⁵.

lo Stato, 27 gennaio 2023; S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 2023; A. Cioffi, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 1, 2023; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice dei principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2023; M.A. Sandulli, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 2022; M. Di Rienzo, A. Ferrarini, *Quando l'integrità abdica all'etica del risultato. I principi di "risultato" e "fiducia" nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.spazioetico.com, 2022.

¹⁵ Secondo D. Capotorto, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in www.federalismi.it, 14 giugno 2023, «non si insegue più il modello del committente privato (far sì che le amministrazioni acquistino beni e i servizi con la stessa cura e attenzione che viene dedicata dai privati, spontaneamente propensi alla massimizzazione del proprio benessere), ma si cerca di andare ben oltre, affermando un modello più avanzato. Si tratta di un sistema ispirato al consumo etico e al commercio equo e solidale, ovvero sia ai processi di acquisito del consumatore progressista, che non si preoccupa solo di acquistare il prodotto con il miglior rapporto qualità/prezzo, ma si preoccupa di capire se quel prodotto è stato realizzato da imprese che rispettano i diritti dei lavoratori, non inquinano e operano nel pieno rispetto della legalità».

Con il risultato si intende assicurare all'amministrazione una maggiore autonomia al fine di introdurre gli obiettivi europei – esigenze sociali, tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico – all'interno dei contratti pubblici di acquisto di beni e servizi¹⁶. Nonché si vuole tutelare, almeno sul piano patrimoniale, la certezza del rapporto contrattuale e il legittimo affidamento della parte privata nella stabilità del rapporto stesso, nella consapevolezza che la stabilità dei rapporti economici rappresenti un elemento cardine delle relazioni di mercato¹⁷.

Visti da qui, la concorrenzialità, la trasparenza la legalità, il miglior rapporto qualità/prezzo sono sì beni, ma “beni strumentali”, ossia non costituiscono *ex se* il bene della vita, come invece lo sono l'affidamento del contratto e soprattutto la sua esecuzione nel rispetto del principio del risultato. Il che implica una maggiore attenzione sulla fase della prestazione contrattuale. La gara ad evidenza pubblica, sulla quale si sono concentrati finora i massimi sforzi è invero unicamente una fase prodromica, servente rispetto a ciò che più conta, cioè l'esecuzione. Conseguenza di questo ragionamento è altresì il superamento della dicotomia procedimento-diritto pubblico ed esecuzione-diritto privato, giacché proprio in questo Codice sono identificabili potenziamenti delle regole pubblicistiche relative alla fase esecutiva sempre più connotata dalla presenza di un diritto speciale.

A dimostrazione di “come” la regola del risultato informi di sé e plasmi il Codice nella sua interezza¹⁸, si possono menzionare due elementi. Il primo è l'evidente ancillarità del principio di concorrenza, denominato principio di accesso al mercato. Quest'ultimo è enunciato dall'art. 3, ove si prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, nonché proporzionalità. Sebbene conservi la natura di principio generale, la concorrenza resta pur sempre uno strumento per assicurare la cura dell'obiettivo primario considerato nel suo evolversi, ovvero far sì che le amministrazioni acquistino beni e servizi.

Un secondo esempio di questa predominanza del risultato nella logica della nuova costruzione normativa si trova nel principio di conservazione dell'equilibrio contrattua-

¹⁶ Sull'attenzione al risultato alla luce del paradigma secondo cui l'impiego delle risorse finanziarie richiede un sistema di valutazione del rendimento attraverso indicatori di efficienza, R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 229.

¹⁷ M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in www.federalismi.it, 4 ottobre 2023.

¹⁸ Sul piano delle regole sono ispirate comunque dalla medesima logica del risultato: la riduzione semplificatoria delle fasi di progettazione per le opere pubbliche (scompare il livello di progettazione definitiva: art. 41); la reintroduzione sistemica (e non più *pro tempore*) dell'appalto integrato (art. 44); l'aumento fino a tutto il sotto-soglia anche per i lavori, degli importi sotto i quali è possibile ricorrere alla procedura negoziata (pur sempre un'evidenza pubblica, ma con caratteri di maggiore celerità: art. 50, che incorpora a regime la normazione emergenziale prevista dal d.l. n. 76/2020, art. 1, comma 2, lett. a) e b), come modificate dal d.l. n. 77/2021) e la conseguente, possibile deroga della garanzia provvisoria (art. 53, comma 1) per le ipotesi diverse dall'affidamento diretto; l'introduzione del subappalto ‘a cascata’ come regola generale, derogata solo dalle singole ipotesi espresse nell'art. 119, comma 17 da indicarsi tassativamente nella documentazione di gara.

le definito dall'art. 9, dal quale traggono origine istituti già positivizzati in passato come, ad esempio, la revisione prezzi (art. 60). Se la parte svantaggiata ha diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, qualora sopravvengano circostanze straordinarie e non prevedibili estranee alla normale alea del contratto, si evidenzia in modo plastico come sia necessario anteporre il risultato, anche a discapito della concorrenza, riconoscendo un *favor* verso i rimedi manutentivi del contratto in essere.

5. Il principio della fiducia: fidarsi per valorizzare l'autonomia dell'amministrazione

Mediante il principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei funzionari e degli operatori economici, il legislatore intende incoraggiare l'autonomia decisionale pubblica, enfatizzando la rilevanza dell'esercizio del potere discrezionale di contemperare l'obiettivo dell'operazione contrattuale con gli altri valori meritevoli di tutela. «Nonostante l'auspicata dimensione "bilaterale" della fiducia, la portata della norma rimane asimmetrica»¹⁹. Fiducia qui non ha nulla a che vedere con buona fede (in senso oggettivo), ma va inteso come diritto che «ci chiede di fidarci l'uno dell'altro» (ma più dell'amministrazione che dell'operatore economico), certo «ci dice anche (e non può non dirci) che quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma in prima istanza, esso ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni»²⁰.

Tale principio ha in sostanza una valenza più programmatica che concreta, al punto che esso viene indicato quale fondamento dell'attribuzione e dell'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici. Ricorrendo a una disposizione simile a una dichiarazione di intenti, al principio di fiducia viene attribuita una peculiare funzione, che riguarda specialmente i funzionari pubblici. Esso favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale di questi ultimi, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo l'appena menzionato principio del risultato.

Al fine di rendere maggiormente effettive l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, il Codice definisce puntualmente e delimita in senso restrittivo i casi di colpa grave suscettibili di dare luogo alla responsabilità amministrativa dei dipendenti stessi. Non solo. Proprio quale chiara misura di promozione della fiducia, le stazioni appaltanti sono abilitate ad adottare formule di copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché devono preoccuparsi di rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, pure mediante piani di formazione specializzata mirati. In effetti, poter traslare il rischio connesso al risarcimento per responsabilità del dipendente su una compagnia di assicurazione ha un effetto positivo per l'azione amministrativa nel suo complesso²¹. Sembra valorizzarsi, in tal modo, l'esigenza di prevedere la co-

¹⁹ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 292.

²⁰ Così in T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, IX.

²¹ Come noto, la regola generale è quella della responsabilità diretta del dipendente che è chiamato a

pertura assicurativa per l'attività professionale svolta dai funzionari – senza esclusione esplicita di alcuna categoria di danno, ossia non solo a copertura della responsabilità civile contro i danni causati a terzi, ma anche della responsabilità amministrativo-contabile di amministratori e dipendenti per danno erariale, con esclusione però dei fatti dolosi – ponendola a carico degli enti con conseguenti oneri incidenti sulla finanza pubblica. Sul punto, però, va aggiunto come non vi sia affatto chiarezza, giacché si registrano allo stato due fonti normative primarie aventi contenuto opposto (che non sono state armonizzate). Cioè, da un lato il menzionato art. 2, dall'altro il divieto posto dall'art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) che non solo sancisce la nullità di un tale contratto di assicurazione, ma introduce anche una sanzione pecuniaria in caso di violazione della disposizione ostativa alla stipula²². Ne consegue che sembrano aprirsi due strade interpretative: o si ritiene il divieto superato dalla regola della successione delle leggi nel tempo²³, ovvero al contrario lo si ritiene insuperabile per specialità della disposizione rispetto al contenuto generale del principio della fiducia.

Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, l'art. 2 perimetra il peso della responsabilità che grava sui pubblici funzionari riscrivendo la definizione di colpa grave. Al riguardo, nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, costituiscono colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa solo la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, e la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso

rispondere per i danni a terzi causati con azioni (atti o attività) o omissioni (inerzie o ritardi). A tale responsabilità si affianca quella diretta e solidale dell'amministrazione di appartenenza, rispetto alla quale non vale la limitazione, sul crinale soggettivo, al dolo e alla colpa grave. In sintesi, il regime della responsabilità civile verso terzi del lavoratore pubblico importa che nel caso di colpa lieve dell'agente risponda unicamente l'amministrazione e il debito connesso al risarcimento del danno entra, come elemento negativo, nel patrimonio dell'ente causandone il depauperamento. Nel diverso caso di dolo o colpa grave dell'agente, l'amministrazione e il dipendente rispondono entrambi, direttamente e solidalmente; qualora sia l'ente a rifondere il danneggiato il dipendente risponderà a titolo di responsabilità erariale per danno c.d. indiretto.

²² L'art. 3, comma 59, rubricato "Nullità dei contratti di assicurazione stipulati dall'ente pubblico a favore dei propri amministratori", precisa che «è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo».

²³ A sostegno di questa tesi si consideri anche che, secondo Corte Conti, sez. giurisd. Regione Sicilia, n. 734/2008, «un ente pubblico può assicurare esclusivamente quei rischi che rientrano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale e che trasferiscono all'assicuratore la responsabilità patrimoniale stessa, ove si verifichi l'evento temuto, mentre sarebbe priva di giustificazione e, come tale, causativa di danno erariale, l'assicurazione di eventi per i quali l'ente non deve rispondere e che non rappresentano un rischio per l'ente medesimo».

concreto. Viene invece espressamente esclusa la colpa grave nei casi di violazione o omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti²⁴.

Lo scopo di tale previsione è sottrarre alle ipotesi di colpa grave – e dunque alla responsabilità erariale, che non opera in caso di colpa lieve – tutte quelle condotte che non siano palesemente ascrivibili a violazioni di norme o a regole di ordinaria cautela. Pur se tale previsione sembra conservare rilevanti margini interpretativi riguardo ciò che possa essere considerato “*palese violazione*”, nondimeno appare chiaro come il Codice intenda dare un segnale culturale per mitigare i timori, che sovente bloccano l’attività amministrativa dei funzionari pubblici, preoccupati di eventuali azioni di responsabilità erariale secondo il modello della burocrazia difensiva²⁵.

Sotto questo profilo, il modello ispiratore è rappresentato dalla nuova formulazione dell’art. 323 c.p. che ancora l’abuso d’ufficio alla “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. Non mutano insomma i criteri di imputazione della responsabilità. Eppure, al tempo stesso, per promuovere la fiducia e favorire così l’autonomia decisionale pubblica, in funzione dell’interesse realizzativo, è pur sempre necessario perimetrare le ipotesi in cui i funzionari agenti nell’esercizio dei compiti istituzionali sono chiamati a rispondere per i danni arrecati all’apparato pubblico, nel rispetto comunque dell’art. 28 Cost. diretto più che altro a rafforzare, oltre che la legalità dell’azione amministrativa, la tutela dei privati contro gli atti illeciti della pubblica amministrazione.

²⁴ Si ricorda comunque che l’art. 21, comma 2, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ha in parte riscritto i contorni dell’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa ponendo una deroga temporale al titolo soggettivo dell’imputazione per colpa grave nei seguenti termini: «Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l’azione di responsabilità di cui all’articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Si introduce così una deroga temporanea all’imputazione per colpa grave.

²⁵ Sul punto, S. Battini, F. Decarolis, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. econ.*, 2018, 625 ss. Secondo lo studio di S. Battini, F. Decarolis, *Indagine sull’amministrazione difensiva*, in *Riv. it. Public management*, 2020, 342, «i risultati principali confermano la presenza di comportamenti difensivi per una quota minoritaria ma non trascurabile dei Rup: nelle domande di scenario, la decisione difensiva è assunta da un sottoinsieme di Rup che oscilla tra il 10 e il 20 per cento del totale. Questo dato qualifica quello sulla percezione di comportamenti difensivi dove, invece, i Rup rilevano come una quota tra il 30 e il 50 per cento delle decisioni sia individuali che della stazione appaltante di provenienza vengano prese in ottica difensiva. Relativamente ai rimedi possibili, un’ampia fetta dei rispondenti (tra il 30 e il 50 per cento) dichiara di possedere una polizza assicurativa per responsabilità erariale. Il miglioramento della formazione giuridica e l’introduzione di incentivi finanziari per premiare la rapidità decisionale sono tra gli altri rimedi all’amministrazione difensiva più comunemente dichiarati come maggiormente efficaci».

6. Il principio della buona fede, ossia comportarsi secondo correttezza

Rispetto ai precedenti, i principi di buona fede, solidarietà, auto-organizzazione, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, massima partecipazione, tutela sociale vantano un contenuto meno valoriale e maggiormente prescrittivo. In questa prospettiva essi costituiscono principi-regole.

Secondo il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento, declinato all'art. 5, le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento all'interno della procedura di gara. Si intende recepire così a livello normativo la giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo secondo cui «nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa»²⁶.

In altre parole, nelle procedure di gara sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede, anche prima dell'aggiudicazione, per mezzo di una disciplina speciale di conformazione del potere amministrativo. Perciò, ove vi sia lesione dell'affidamento, si discute se esso sia in grado di radicare la giurisdizione amministrativa esclusiva, che si estende alla "controversie risarcitorie" (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), a dispetto di quanto in altre sedi affermato²⁷.

Proseguendo la declinazione di questa disciplina speciale, si precisa nella disposizione che, in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta

²⁶ Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

²⁷ Basti pensare a Trib. Roma, sez. XVII, 22 maggio 2023, n. 8025, secondo il quale «la responsabilità della amministrazione per il danno cagionato dalla lesione dell'affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa – che ha quale presupposto l'inosservanza dei doveri di correttezza e buona fede che gravano sulla pubblica amministrazione – ha natura contrattuale e si inserisce nello schema della responsabilità "relazionale" (o c.d. "da contatto sociale qualificato", fonte di obbligazioni ex art. 1173 cod. civ.), sia nell'ipotesi in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, sia nell'ipotesi di emanazione di un provvedimento lesivo, sia nel caso di emissione e successivo annullamento di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato; ne discende che la causa relativa all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione spetta al giudice ordinario». Si consideri che, quando non sono in gioco regole di diritto pubblico, la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Secondo Cass. civ., sez. un., 28 agosto 2023, n. 25324, «appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda, proposta dal privato nei confronti della pubblica amministrazione, di risarcimento dei danni conseguiti alla lesione dell'incolpevole affidamento riposto sull'adozione di un provvedimento ampliativo della propria sfera soggettiva – sia in caso di successivo annullamento del provvedimento giudicato illegittimo, sia in ipotesi di affidamento ingenerato dal comportamento dell'amministrazione nel procedimento amministrativo, poi conclusosi senza l'emanazione del provvedimento ampliativo –, perché il pregiudizio non deriva dalla violazione delle regole di diritto pubblico sull'esercizio della potestà amministrativa, bensì, in una più complessa fattispecie, dalla violazione dei principi di correttezza e buona fede, che devono governare il comportamento dell'amministrazione e si traducono in regole di responsabilità, non di validità dell'atto».

l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

Inoltre, tenuto conto della tendenza legislativa a ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente, si aggiunge che, ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito. Si legittima, così, la pubblica amministrazione a instaurare l'azione di rivalsa nei confronti dell'operatore economico che abbia conseguito l'aggiudicazione illegittima con una condotta contraria ai doveri di buona fede.

Premesso ciò, occorre capire se l'art. 5 possa definirsi "norma sulla giurisdizione" in grado di incidere sui criteri di riparto della materia. È chiaro, difatti, che secondo la Corte regolatrice della giurisdizione essa spetta al giudice ordinario quanto alle controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo poi annullato in autotutela o in sede giurisdizionale, nonché il risarcimento dei danni lamentati dall'aggiudicatario di una gara per la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento di aggiudicazione poi annullato dal giudice amministrativo²⁸. Secondo queste pronunce, le parti private non mettono in discussione l'illegittimità degli atti amministrativi ampliativi della loro sfera giuridica – annullati in via di autotutela o *ope judicis* –, ma lamentano invece la lesione del loro affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedono il risarcimento dei danni subiti²⁹.

La logica è che la fattispecie causativa del danno non consiste nella lesione dell'interesse legittimo del destinatario del provvedimento, bensì nella lesione dell'affidamento che costui ha riposto nella legittimità del provvedimento che gli ha attribuito il bene della vita. Ciò «perché la scaturigine del danno costituente l'oggetto della pretesa risarcitoria del privato non consiste nella mera illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì nella lesione dell'affidamento del privato sulla legittimità di tale atto; si tratta, cioè, di una fattispecie complessa, che richiede il concorso, con tale illegittimità, anche di ulteriori circostanze, la cui attitudine a fondare la fiducia incolpevole deve essere valutata caso per caso; inoltre, la lesione di cui si discute non è causata dal provvedimento favorevole (illegittimo – e, perciò, giustamente annullato – ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità».

²⁸ Si rinvia alle ordinanze Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

²⁹ Sul punto, Cass. civ., sez. un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586; Cass. civ., sez. un., ord. 22 maggio 2017, n. 12799; Cass. civ., sez. un., ord. 22 giugno 2017, n. 15640; Cass. civ., sez. un., ord. 2 agosto 2017, n. 19171; Cass. civ., sez. un., ord. 23 gennaio 2018, n. 1654; Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2018, n. 4996; Cass. civ., sez. un., ord. 24 settembre 2018, n. 22435; Cass. civ., sez. un., ord. 13 dicembre 2018, n. 32365; Cass. civ., sez. un., ord. 8 marzo 2019, n. 6885. Eppure non sono mancate nella giurisprudenza delle sezioni unite delle voci minoritarie, come Cass. civ., sez. un., ord. 21 aprile 2016, n. 8057, Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454, secondo le quali l'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dell'atto amministrativo, poi annullato in autotutela, rientra nella cognizione del giudice amministrativo e non può essere proposta al giudice ordinario.

timità e dal successivo (legittimo) annullamento dell'atto stesso. La lesione, cioè, discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità»³⁰.

Del resto, la giurisdizione amministrativa – pure quella su diritti, ove si versi in materia di giurisdizione esclusiva – postula che sia in questione l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo e, anche quando la controversia riguardi meri comportamenti, deve pur sempre trattarsi di comportamenti riconducibili *anche mediatamente* all'esercizio di tale potere. Mentre nel caso in cui il comportamento della pubblica amministrazione abbia leso l'affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste alcun collegamento, nemmeno mediato, tra il comportamento dell'amministrazione e l'esercizio del potere.

Inoltre, perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione e ciò non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì in un comportamento (nel cui ambito l'atto di esercizio del potere amministrativo – provvedimentale o adottato secondo moduli convenzionali – rileva come mero fatto storico) la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato³¹.

La giurisprudenza amministrativa ha offerto ricostruzioni differenti, riconducendo alla giurisdizione amministrativa in materia di procedure ad evidenza pubblica l'azione di condanna per responsabilità precontrattuale, anche laddove l'affidamento sull'esito favorevole della gara risulti frustrato dall'adozione di atti di ritiro legittimi³². In particolare, in esplicito dissenso con il richiamato orientamento delle Sezioni Unite del 2011, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sostenuto che «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»³³.

³⁰ Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2010, n. 8236.

³¹ Cass. civ., sez. un., ord. 17 dicembre 2020, n. 28979; Cass. civ., sez. un., ord. 25 maggio 2021, n. 14324; Cass. civ., sez. un., ord. 20 gennaio 2022, n. 1778; Cass. civ., sez. un., ord. 29 aprile 2022, n. 13595.

³² Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857.

³³ Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

Perciò «deve essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che "agisce in veste di autorità" e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo – interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa». Né sembra condivisibile «interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della giurisdizione amministrativa. Attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, che nella misura in cui è correlata ad un pubblico potere è e rimane oggetto di un interesse legittimo (da pretensivo a oppositivo, secondo la terminologia invalsa al riguardo). Non può dunque essere seguita l'impostazione secondo cui quando il potere amministrativo non si è manifestato in un provvedimento tipico ma è rimasto a livello di comportamento la giurisdizione sarebbe devoluta al giudice ordinario; questa è per contro ipotizzabile solo a fronte di comportamenti "meri", non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo. In tale contesto, non sembra possa sostenersi, in assenza di base testuale, che l'ambito di applicazione dell'art. 7, comma 1, c.p.a. sia circoscritto al solo risarcimento del danno da provvedimento sfavorevole, azionabile dal ricorrente con l'azione di annullamento, mentre nella situazione assolutamente simmetrica alla precedente e del pari inserita nella vicenda relazionale governata dal diritto amministrativo, sussisterebbe la giurisdizione ordinaria per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, "degradato" a mero fatto»³⁴.

³⁴ Secondo questa ricostruzione, l'affidamento non ha consistenza di autonomo diritto soggettivo (esso «non è infatti una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi»). A conferma del proprio orientamento l'Adunanza plenaria ha evocato altresì la disposizione di cui all'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede) che non consentirebbe di circoscrivere la rilevanza dei doveri in esame al diritto comune; al contrario, secondo la citata pronuncia, la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere; si tratta, quindi, di aspettative correlate ad interessi legittimi concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo.

Nondimeno, seppure alla presenza di queste osservazioni di segno opposto, le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno confermato la loro posizione con conseguente devoluzione delle controversie aventi ad oggetto la pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento nella legittimità di un provvedimento amministrativo, poi annullato, alla giurisdizione del giudice ordinario³⁵.

In particolare, il corredo argomentativo del giudice amministrativo «sembra trascurare il rilievo che il provvedimento ampliativo, ancorché illegittimo, non produce *ex se* alcun danno al suo destinatario/beneficiario; in relazione agli interessi legittimi pretenitivi, infatti, l'interesse del privato all'ampliamento della propria sfera giuridica è soddisfatto quando l'amministrazione, all'esito del procedimento, emani il provvedimento che produce l'effetto positivo, senza che rilevi, dal punto di vista del medesimo privato, se tale emanazione sia legittima o illegittima; al privato interessa soltanto poter vedere ampliata la propria sfera giuridica, cioè acquisire un bene della vita. Il danno patito dal beneficiario del provvedimento illegittimo, pertanto, deriva non dal provvedimento ma dalla caducazione del medesimo; la causa del danno, in altri termini, non è il provvedimento illegittimo (come accade quando il bene della vita sia stato illegittimamente negato) bensì il fatto storico della emissione di un provvedimento (di per sé stesso non dannoso per il destinatario) che, successivamente, è stato caducato perché illegittimo; per le sezioni unite, non si tratta di degradare il provvedimento a mero fatto, bensì di individuare, ai fini dell'identificazione della situazione soggettiva lesa, il fatto dannoso, che è diverso a seconda che il provvedimento illegittimo abbia negato o abbia attribuito il bene della vita ambito dal privato.

Non sembra risolutiva la considerazione che l'interesse legittimo pretensivo del privato avrebbe ad oggetto non soltanto la emissione ma anche la conservazione di un provvedimento al medesimo favorevole, cosicché l'annullamento di quest'ultimo lederebbe proprio il suddetto interesse legittimo pretensivo, considerazione che sembra non considerare che l'azione risarcitoria per la lesione dell'affidamento (mal) riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del suo destinatario costituisce un *posterius* – sia cronologico che logico – rispetto all'accertamento della illegittimità di tale provvedimento implicato nella relativa caducazione, *ope iudicis* o in autotutela. Per le sezioni unite, chi agisce, in sostanza, non si duole della lesione di una situazione soggettiva di interesse legittimo alla conservazione del bene della vita concessogli con il provvedimento illegittimo (e, perciò, successivamente caducato), ma si duole del fatto che l'amministrazione lo ha indotto, con l'emissione di un provvedimento illegittimo, a sostenere spese e a compiere attività che la successiva caducazione del medesimo provvedimento ha reso inutili.

La situazione giuridica la cui lesione costituisce la causa della pretesa del privato di vedersi risarciti i danni causati dall'annullamento di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica non è l'interesse legittimo alla conservazione del bene della vita acquisito con tale provvedimento, bensì l'affidamento (incolpevole) dal medesimo riposto nella legittimità di tale provvedimento.

Il fatto che nell'esercizio del proprio potere pubblico l'amministrazione sia tenuta

³⁵ Cass. civ., sez. un., ord. 24 aprile 2023, n. 10880; Cass. civ., sez. un., ord. 6 febbraio 2023, n. 3514 e Cass. civ., sez. un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2175.

ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo – ed al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo – non esclude che essa sia tenuta ad osservare anche le regole generali di correttezza e buona fede; la tecnica di protezione giuridica dell'interesse all'altrui correttezza e buona fede, d'altra parte, è quella del diritto soggettivo e che nell'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione la situazione attiva a cui corrisponde, dal lato passivo, l'obbligo di correttezza abbia consistenza di diritto soggettivo sembra riconosciuto pure dalla sentenza 4 maggio 2018, n. 5 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

A diversa conclusione non sembra orientare il *novum* recato dal comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241; inoltre, la correttezza che emerge con la lesione dell'affidamento è quella cui si correla una posizione di diritto soggettivo.

Che la protezione offerta all'affidamento dall'ordinamento giuridico abbia la forma del diritto soggettivo sembra trovare conferma anche nel rilievo che la legittima aspettativa rientra nell'ambito dei beni protetti dal disposto dell'art. 1 del Protocollo 1 alla CEDU (Protezione della proprietà), secondo l'interpretazione che di tale articolo la giurisprudenza della Corte EDU ha fornito fin dalla sentenza *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda* del 29 novembre 1991.

La giurisprudenza delle sezioni unite va altresì confermata anche in relazione alle controversie risarcitorie che traggano origine dalla caducazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato adottati in materie soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: se, infatti è vero che un provvedimento amministrativo illegittimamente emesso (e perciò successivamente caducato) costituisce comunque un atto di esercizio del potere amministrativo, è vero anche che nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento caducato perché illegittimo non è in questione l'esercizio del potere amministrativo; le suddette controversie non hanno ad oggetto le modalità di esercizio del potere amministrativo e non ineriscono a situazioni soggettive che, ancorché aventi consistenza di diritti, siano state tuttavia incise dalla spendita di poteri pubblici, ma riguardano il complessivo *modus agendi* dell'amministrazione, che si assume contrario a regole comportamentali di buona fede e correttezza e nel cui ambito il provvedimento illegittimo e la sua caducazione (in autotutela o *ope judicis*) rilevano come meri fatti storici.

In sintesi, l'oggetto del giudizio di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica che sia stato annullato, in autotutela o dal giudice amministrativo, non è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento poi annullato, né è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento di annullamento del primo (ove l'annullamento sia avvenuto in autotutela e non in sede giurisdizionale); l'illegittimità del provvedimento annullato (e la legittimità dell'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela) costituiscono, infatti, presupposti della lite, che restano all'esterno del perimetro della *res giudicanda*; l'oggetto del suddetto giudizio, invece, è il modo in cui l'amministrazione – nonché lo stesso privato destinatario del provvedimento – hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti.