

11. La responsabilità da comportamento amministrativo e il ruolo del principio di buona fede rispetto allo svolgimento dell'attività autoritativa

Nel vigente quadro costituzionale, è 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'art. 2 della Costituzione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).

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 reciprocaente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva.

La teoria del “**contatto sociale qualificato**” – in disparte, in questa sede, la questione ampiamente dibattuta, se ed a quali condizioni il contatto possa assurgere a fonte “atipica” di obbligazione – ha avuto il merito di avere messo bene in luce il **legame esistente** tra l'**ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza**, da un lato, e il **grado di intensità del momento relazionale** e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro.

Un ricorrente elemento che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell'altrui affidamento è certamente rappresentato dal particolare *status* – professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della vicenda “relazionale”.

Da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale “protetta” (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

Nella moderna lettura costituzionalmente orientata, il **dovere di correttezza** ha così conquistato una **funzione** (ed un conseguente ambito applicativo) **certamente più ampia** rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942.

La “funzione” del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile. Nel disegno costituzionale, che **pone al centro l'individuo** (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà.

In particolare, come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della **libertà di autodeterminazione negoziale**, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.

Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l'impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell'interesse nazionale) **impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo** alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, **esista una trattativa** che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto. Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una **situazione “relazionale”** qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

Quello che preme sottolineare è che l'**attuale portata del dovere di correttezza** è oggi tale da **prescindere dall'esistenza di una formale “trattativa”** e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto.

Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la **libertà di autodeterminazione negoziale**: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. **interesse negativo** (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più

vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).

Questo progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'**attività autoritativa della pubblica amministrazione** sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che **anche nello svolgimento dell'attività autoritativa**, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le **norme generali dell'ordinamento civile** che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul **diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali**, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

Da qui l'ordinaria possibilità che una **responsabilità da comportamento scorretto** sussista **nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo** che conclude il procedimento.

Come è stato efficacemente rilevato in dottrina, in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale.

Nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) **regole pubblicistiche e regole privatistiche** non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera **contemporanea e sinergica**, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione.

Le **regole di diritto pubblico** hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione deter-

mina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le **regole di diritto privato** hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto).

In tale direzione si inserisce il recente orientamento giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ammesso, ad esempio, la configurabilità (anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una **responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato** in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. civ., Sez. un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., Sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586). In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come **responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale** (*recte*: alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte – in quanto onerosa – di perdite o mancati guadagni.

Rispetto a tale ragionamento, sollevano, invece, perplessità le sentenze n. 19 e 20 del 2021, con cui l'Ad. plen., pur ribadendo l'ammissibilità di una responsabilità da provvedimento favorevole poi annullato e pur qualificandola come responsabilità da comportamento per violazione del dovere di correttezza, ravvisa poi la situazione giuridica lesa nell'interesse legittimo (pretensivo e poi oppositivo) soddisfatto tramite il provvedimento rivelatosi illegittimo. (Sul tema v., *funditus*,

§ 11.2. in questo stesso capitolo e Parte II, Cap. II, § 6.1).

In questi casi, al contrario, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento. La situazione soggettiva lesa sembra essere quindi la libertà negoziale, non l'interesse legittimo pretensivo.

In questa prospettiva devono essere lette anche le sentenze con le quali sia Corte di Cassazione, sia l'**Adunanza plenaria del Consiglio di Stato** (sent. n. 5/2018), superando il precedente più restrittivo, hanno espressamente affermato che il **dovere di correttezza e buona fede** (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, **prima e a prescindere dell'aggiudicazione**, nell'ambito 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.

La giurisprudenza in esame ha condivisibilmente precisato che la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità.

Anche il **legislatore**, del resto, ha mostrato **un'aperta adesione alle tesi** secondo cui i **doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione** anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo.

Innanzitutto, l'**art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241** (nella versione risultante inseguito alla riforma introdotta dall'art. 1 della l. 11 febbraio 2015, n. 15) assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la **tutela dell'affidamento legittimo**. È noto, infatti, come il principio della tutela dell'affidamento, sebbene non espressamente contemplato dai

Trattati, sia stato più volte affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza *Topfer* del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell'ordinamento comunitario. Sono, inoltre, emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima la l. n. 124/2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del **potere di autotutela**, che deve sempre considerare l'**affidamento del privato** rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-*nonies*, co. 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, co. 1, lett. *b-quater*, l. n. 164/2014, e poi dall'art. 6, co. 1, l. n. 124/2015; nonché l'art. 21-*quinquies*, come modificato dall'art. 25, co. 1, lett. *b-ter*, l. n. 164/2014).

Un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al “*principio della collaborazione e della buona fede*” si trova poi **nell'art. 10 dello Statuto del contribuente** approvato con la l. n. 212/2000.

11.1. Il danno da mero ritardo

In maniera ancora più significativa, l'**art. 2-bis, co. 1, della l. n. 241/1990** (introdotto dall'art. 28, co. 10, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazione dalla l. 9 agosto 2013, n. 98), ha espressamente previsto che “*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*”.

Secondo l'interpretazione più accreditata, con tale norma il legislatore – superando per *tabulas* il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la **risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo**, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).

Il danno deriva dalla **lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale**: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tem-

pestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un **danno da comportamento**, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.

Non si tratta, a differenza, dell'**indennizzo forfettario** introdotto in via sperimentale dal comma 1-*bis* dello stesso art. 2-*bis* (inserito dall'art. 28, co. 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere.

La tesi secondo cui quello configurato dall'art. 2-*bis*, co. 1, rappresenta un'ipotesi tipica di **danno da comportamento scorretto** (il ritardo) lesivo di un diritto soggettivo (la libertà negoziale) trova, del resto, conferma nella previsione dell'art. 133, co. 1, lett. *a*), n. 1, c.p.a., che devolve alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** le controversie in materia di "*risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*".

Alla luce della **concezione c.d. rimediale del risarcimento** del danno da lesione di interesse legittimo (abbracciata dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204/2004 e ripresa dall'art. 7 del c.p.a.), la previsione per il danno da ritardo della giurisdizione esclusiva implica necessariamente la (e si giustifica alla luce della) qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica lesa dal ritardo dell'amministrazione.

La tesi trova ulteriore conferma nell'art. 2 della l. n. 241/1990, che sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo.

Presenta qualche ambiguità, sul danno da ritardo, la **pronuncia dell'Ad. plen. n. 7/2021**, secondo cui la responsabilità da illegittimo od omesso esercizio del potere richiede sempre la prova della spettanza del danno della vita. L'affermazione in sé sembrerebbe escludere la risarcibilità di un danno da mero ritardo. A ben guardare, tuttavia, come riconosciuto sia dall'Ad. plen. n. 5/2018 (richiamata e non confutata dalla sentenza 7/2021), sia dalle successive sentenze n. 19 e 20 del 2021, la responsabilità della p.a. può sussistere anche nel caso in cui il bene della vita oggetto dell'interesse legittimo non spetta al privato (tanto che, come si vedrà nel paragrafo seguente, si ammette il danno da provvedimento favorevole poi annullato, in cui l'annullamento certifica la non spettanza). Certo, non si tratta mai di un danno *in re ipsa*, dovendo il privato dimostrare che il comportamento scorretto della p.a. (nella specie integrato dal mero silenzio) ha indebitamente interferito sulla propria autodeterminazione negoziale, inducendolo a sostenere costi che una tempestiva risposta (anche negativa) avrebbe evitato.

11.2. Il danno da provvedimento favorevole poi annullato

Sulla questione del riparto di giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole poi annullato (e sul contrasto venutosi a delineare tra Ad. plen. e Sez. Un.) si rinvia alle considerazioni svolte nella Parte II, cap. II, § 6.1.)

Nel merito, l'Ad. plen. ha precisato che la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che non solo regolano l'esercizio del pubblico potere ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustifichino.

Un affidamento incolpevole non è predicabile innanzitutto nel caso estremo in cui sia il **privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento**. Altrettanto è a dirsi se **l'illegittimità del provvedimento era evidente** e avrebbe pertanto potuto essere **facilmente accertata dal suo beneficiario**, in conformità a una regola di carattere generale, espressamente richiamata in ambito civilistico (art. 1147, co. 2, c.c.), secondo cui la buona fede "non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave".

L'atteggiamento psicologico del beneficiario può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi, ma non anche ogniqualvolta e per il solo fatto che vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto. Non ogni apporto del

privato all'emanazione dell'atto può, infatti, condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla legittimità del provvedimento. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono pressoché sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

Con l'esercizio dell'azione di annullamento il beneficiario del provvedimento è posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 c.p.a., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi **induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole**, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

Non costituisce, infine, elemento costitutivo dell'affidamento il **fattore temporale**, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l'istanza per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso dalla sua emanazione costituisce semmai fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e che peraltro, con le recenti modifiche all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, da originaria regola di comportamento dell'amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell'ambito delle regole di validità dell'atto, attraverso la previsione di un termine massimo, ora fissato in dodici mesi.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Ad. plen. ha affermato il seguente principio di diritto: *“la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”*.