

Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un “diritto amministrativo praticato”)¹

SOMMARIO: 1. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, e la disciplina del rapporto fra regole di validità e regole di responsabilità nel nuovo codice dei contratti pubblici. – 2. Buona fede e attività precontrattuale della pubblica amministrazione. – 3. Il contesto teorico e sistematico della nuova previsione: il significato culturale della responsabilizzazione delle parti, e la tendenza (normativa, e sociale) verso una ricostruzione degli istituti improntata alla logica dell'effettività. – 4. L'oggetto della tutela dell'affidamento. – 5. Il nuovo testo dell'art. 124 del codice del processo amministrativo: l'azione di rivalsa. – 6. Segue: la condanna generica (predicata, e praticata). – 7. Responsabilizzazione delle parti, e condizioni di accesso al rimedio: la rete di contenimento rischia di diventare un muro di sbarramento? Teoria e pratica del rapporto fra rimedio caducatorio e rimedio risarcitorio. – 8. Ulteriori rischi dello spostamento del baricentro del sistema rimediale verso le (sole) regole di responsabilità, e relativi problemi. – 9. Possibili profili d'illegittimità costituzionale della disciplina dei rimedi: eccesso di delega? – 10. Segue: la giurisdizione sull'azione di rivalsa. – 11. Conclusioni: tutela dell'affidamento precontrattuale, e riparto di giurisdizione.

1. Una delle più interessanti novità introdotte dal Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante “Codice dei contratti pubblici”, è sicuramente costituita dall'art. 5, rubricato “Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”.

Si tratta di una disposizione che, mediante il ricorso alle categorie dell'affidamento e della buona fede precontrattuale, si preoccupa di distribuire i rischi dell'invalidità degli atti del procedimento di evidenza pubblica, collegandoli ad oneri informativi.

* Consigliere di Stato, componente dell'Ufficio Studi e Formazione della Giustizia Amministrativa. Le valutazioni espresse nello scritto sono opinioni personali dell'autore.

¹ Lo scritto prende spunto dalla relazione sul tema “*I rimedi risarcitori nelle diverse fasi della procedura d'appalto. La tutela del principio di affidamento (il rapporto fra regole di validità e di responsabilità) e la disciplina dell'azione di rivalsa; inefficacia del contratto; la mancata, o parziale, esecuzione del contratto*”, svolta il 25 ottobre 2023 al corso di formazione per magistrati ordinari ed amministrativi su “I Contratti di appalto”, organizzato a Roma dal 23 al 25 ottobre 2023 dalla Scuola Superiore di Magistratura e dall'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa.

Alcune parti del presente scritto erano state già pubblicate in G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede*, risultato, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 giugno 2023, e sono qui riproposte ed aggiornate.

Tanto che, in conseguenza della disciplina posta dal citato art. 5, l'art. 209 ha modificato l'art. 124 del codice del processo amministrativo, che regola il rapporto fra tutela in forma specifica e per equivalente.

Sul piano sostanziale, il principale profilo di interesse del nuovo art. 5 consiste non già nell'aver semplicemente esteso la generale previsione della tutela della buona fede e del principio di affidamento – contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo dopo la riforma dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 [aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120] – dal diritto amministrativo generale alla materia della contrattualistica pubblica, ma nell'aver riempito di contenuti tale, specifica disciplina.

Inoltre, la disciplina dell'affidamento contenuta nel codice dei contratti pubblici è costruita in un contesto normativo di (necessaria) interazione con altri principi posti dallo stesso codice, come si dirà più avanti.

Non si tratta quindi di un principio, ma di una regola, o di un insieme di regole: che, come accennato, ridisegna la ripartizione delle conseguenze risarcitorie dei comportamenti illeciti.²

L'attenzione sembra infatti rivolta più alla sanzione che alla regola: ma proprio la (ridefinizione della) disciplina dei rimedi ha implicato inevitabilmente alcune prese di posizione sistematiche propedeutiche ad essa.

In materia di contrattualistica pubblica il problema della tutela del terzo illegittimamente escluso o pretermesso è risalente, ed ha attraversato periodiche oscillazioni fra rimedi per equivalente e in forma specifica.³

All'epoca della trasposizione della direttiva comunitaria 89/665, la dottrina più attenta ammoniva contro il rischio di un recepimento acritico, e segnalava in particolare la conseguente

² Osserva N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pagg. 195 e segg., a proposito dell'influsso della disciplina di fonte comunitaria sulle tradizionali categorie della responsabilità civile, che “Le esigenze di tutela connesse alla evoluzione del sistema hanno portato dunque a progressivamente sfumare i classici criteri di determinazione della categoria. (...) si è rotto il meccanismo tradizionale di riferimento alla categoria e questa viene costruita a posteriori in funzione degli interessi concreti da proteggere. (...) In sostanza la disciplina non guarda più alla qualificazione in chiave contrattuale od extracontrattuale della responsabilità. Ciò che conta è la necessità di assicurare la riparazione dei danni subiti”.

³ In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Plaia e A. Bellavista, Milano, Giuffrè, 2011, pagg. 509 e segg.

necessità di “*tracciare dei confini ben precisi alla esperibilità delle azioni di risarcimento del danno, ancorandola ad un ben definito rapporto di causalità (....)*”.⁴

Dall’impianto delle nuove norme traspare che tale monito, sia pure a distanza di trenta anni, sembra essere stato raccolto dal nuovo codice dei contratti: che ha innalzato una “rete di contenimento”⁵ attorno alla disciplina dell’azione risarcitoria (in modo da “filtrare” criticamente le condizioni accesso al rimedio): si tratta, come si vedrà, di una disciplina che ha un ben preciso fondamento teorico.

Questo è senza dubbio un pregio della disciplina recata dall’art. 5, perché riporta le regole di responsabilità ad una funzione di tutela sostanziale.

Si tratta peraltro di applicazioni coerenti, alla responsabilità dell’amministrazione per atti illeciti, del requisito del nesso di causalità: e dunque dell’art. 1227 cod. civ., che disciplina la cooperazione colposa del creditore (e del danneggiato) nella causazione del danno.⁶

2. Per quanto riguarda il richiamo alla buona fede, esso ha lo stesso significato normativo di quello contenuto nell’art. 1337 cod. civ.: si tratta infatti della buona fede precontrattuale, la cui violazione dà luogo alla relativa responsabilità.

Non si tratta di buona fede integrativa, dunque, suscettibile di stimolare l’istinto creazionista della giurisprudenza (come accaduto nel diritto civile)⁷.

Nondimeno, la dialettica fra tutela dell’affidamento e risultato, di cui a breve si dirà, e il problema della connessa individuazione degli oneri – quanto mai atipici - nei quali si declina il relativo impegno delle parti ed il loro peculiare atteggiarsi nella formazione del contratto ad oggetto pubblico, rischiano di ridurre l’area della “calcolabilità giuridica”⁸ degli effetti dell’applicazione della nuova norma.⁹

⁴ G. TORREGROSSA, *Appaltare in Europa*, Calice editori, 1992, pag. 74. Il saggio è pubblicato anche con il titolo *I principi fondamentali dell’appalto comunitario*, nella *Rass. giur. en. el.*, 1992.

Sul dialogo fra giudice comunitario e giudici nazionali in materia di responsabilità della pubblica amministrazione, C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell’Unione europea e Cedu*, Napoli, 2018, in specie pagg. 121 e segg.

⁵ Per usare la nota espressione di F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno e resp.*, 1997, 2. Pag. 269.

⁶ Per un’applicazione, al di fuori della materia dei contratti pubblici, di tale disposizione: Consiglio di Stato, sez. VII, sentenza 28 agosto 2023, n. 8003;

⁷ F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impresa*, 1/2012, pagg. 77 e segg.; A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2021, pagg. 633 e segg.

⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁹ Come già osservato (G. TULUMELLO, *La tutela dell’affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in *Liber amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, ES, 2022, pagg. 365 e segg; e in

Una simile incognita si riduce, evidentemente, ove si consideri – analogamente a quanto si dirà subito *infra* a proposito dell’identica questione che si pone in materia di responsabilità per lesione dell’affidamento - che “*l’antigiuridicità della condotta lesiva, o l’individuazione dei doveri nei quali si articola il canone di buona fede procedimentale, non possono mai prescindere, in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per fatto correlato alla propria attività (o inattività) funzionale, da un significativo collegamento con la disciplina dell’attività (procedimentale o provvedimentale) che si assume lesiva, e dunque con il profilo della legittimità o quanto meno della liceità della stessa, trattandosi di attività (a forma vincolata) la cui antigiuridicità può essere predicata solo in caso di accertata deviazione dal relativo paradigma normativo (così è perfino nella costruzione delle ordinanze gemelle del 2011, nella quale vi è comunque il presupposto della illegittimità del provvedimento – indirettamente – lesivo)*”.¹⁰

Si tratta di una non altrimenti evitabile presa d’atto, sul piano strutturale, delle caratteristiche funzionali (e, conseguentemente, di regime giuridico) dell’attività di diritto privato della pubblica amministrazione (o meglio, dell’attività procedimentale ad essa propedeutica), rispetto alla quale appaiono insuperate le chiare e ferme conclusioni della dottrina.¹¹

La capacità di diritto privato degli enti pubblici “non assume profili di ‘purezza’ paragonabili a quella assegnata alle persone giuridiche private, ma è condizionata dalla immanenza della finalità

www.giustizia-amministrativa.it), “Si tratta di stabilire se l’amministrazione, nell’adottare il provvedimento favorevole, avesse un obbligo di risultato consistente nel far conseguire stabilmente il bene della vita all’interessato; ovvero avesse un obbligo di mezzi, consistente nel fare – secondo buona fede - tutto il possibile per farglielo conseguire. Nei rapporti tra privati, ad esempio, l’obbligo di buona fede nella fase di formazione del contratto viene declinato, fra l’altro, nel dovere di compiere gli “atti necessari per la validità o efficacia del contratto”: con la precisazione che “Il dato caratterizzante della buona fede dimensiona l’impegno entro i limiti di un apprezzabile sacrificio del soggetto. Il contraente dovrà pertanto presentare le relative domande per ottenere la necessaria autorizzazione ma non sarà anche tenuto, ad es., ad impugnare gli eventuali provvedimenti negativi” (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, il Contratto, II ed., Milano, 2000, pagg. 166, 167).

¹⁰ G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 9 maggio 2020.

¹¹ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce dell’*Enc. Dir.*, agg., VI, 2002, pag. 94: “... è sempre stato patrimonio comune della dottrina il ritenere che l’attività dell’amministrazione, anche se retta dal diritto privato, sia comunque necessariamente diretta alla soddisfazione di interessi pubblici; sia cioè non libera, bensì finalisticamente vincolata. Anche coloro che attribuiscono autonomia privata all’amministrazione, ed escludono che, in ordine agli atti in cui tale posizione si esplica, si possa parlare di discrezionalità, recuperano la destinazione al pubblico interesse negli atti che accompagnano la formazione dai negozi privatistici; atti che vengono qualificati come amministrativi e soggetti pertanto alla disciplina pubblicistica (86). Avendo tuttavia riguardo alla disciplina giuridica applicabile all’attività privatistica dell’amministrazione, la dottrina, a partire dalla seconda metà del secolo XX, si convince sempre più della inesattezza della totale equiparazione dell’amministrazione ad un qualsiasi operatore privato, ed inizia a mettere in evidenza le differenze che ri-tiene via via sempre meno superabili. Si afferma che tale attività può essere considerata libera solo in senso formale (87), o che essa è comunque soggetta alle norme costituzionali (88), e in particolare al principio di imparzialità (89). Si pongono in tal modo le premesse per un profondo ripensamento dello statuto giuridico dell’attività privatistica dell’amministrazione. Viene affermata l’applicabilità del principio di legalità anche a tale attività, e si nega, su questa base, la predicabilità dell’autonomia privata per l’amministrazione”.

pubblica e dalle relative garanzie (pubblicistiche) all'uopo predisposte".¹²

Ne consegue che poiché il ricorso agli atti di autonomia negoziale è, per l'amministrazione, comunque correlato ad un vincolo (sostanziale) finalistico, corrispondente a quello che informa l'attività funzionale, connesso alla tutela di interessi indisponibili della collettività (o disponibili limitatamente), "gli atti di diritto privato posti in essere dall'ente pubblico sono *atti tipici, e non liberi* e la loro legittimità deve pur sempre essere collegata (sia pure indirettamente) alle norme istitutive dell'ente pubblico (...). Si realizza, in tal modo, una diversa manifestazione del principio di *legalità dell'azione amministrativa* che, riferita all'attività di diritto privato della p.a., non esplica la nota funzione di tutela per i privati di fronte ai poteri autoritativi, bensì quella di definire l'area delle capacità dell'ente pubblico che può compiere gli atti – e solo quelli – che gli sono esplicitamente o implicitamente permessi".¹³

Tale costruzione è oggi espressamente recepita dall'art. 8, comma 1, del Codice, che delimita la capacità di diritto privato delle amministrazioni in funzioni dei loro scopi istituzionali: "*Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge*".

Ne consegue, *a fortiori*, che anche l'attività precontrattuale, propedeutica alla stipula del contratto, si esplica attraverso atti endoprocedimentali tipici e a forma vincolata.¹⁴

3. Da un punto di vista teorico e sistematico, il richiamo al dovere di buona fede contenuto nel citato art. 5 conferma, secondo una recente ed attenta ricostruzione delle tendenze evolutive del diritto amministrativo, la tendenza verso "un arretramento dei diritti e un parallelo rafforzamento dei doveri", specie nelle "relazioni con i privati".¹⁵

¹² G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pag. 55.

¹³ G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, cit., pag. 53, ove l'ulteriore precisazione che "deve ritenersi ormai pacifico che le persona giuridiche pubbliche, anche quando agiscono con strumenti di diritto privato perseguono fini pubblici, così che il contrasto tra la legge istitutiva e la loro attività sarebbe palese, ove si ammettesse l'estensione della loro capacità oltre il fine istituzionale. Conseguentemente a tale ultima affermazione è l'esatto rilievo secondo il quale gli enti pubblici in generale e quelli economici in particolare, quando adottano gli strumenti privatistici non esercitano poteri di autonomia privata, giacché la preventiva determinazione del fine esclude quella libertà nella scelta degli obiettivi concreti da perseguire e dei mezzi da adottare che costituisce l'aspetto caratterizzante del concetto di autonomia privata".

¹⁴ Tale considerazione pone una ineludibile (ancorché non adeguatamente considerata, o comunque condivisa, dal giudice del riparto) premessa teorica per l'individuazione della regola di riparto della giurisdizione (cui si accennerà nel paragrafo conclusivo), come chiarito da autorevole dottrina: "il comportamento che può generare l'affidamento non può che situarsi nel procedimento, ossia nella sede in cui viene svolto ed esercitato il potere dell'amministrazione; pertanto, non è condivisibile che tale comportamento non abbia alcun collegamento con l'esercizio del potere: esso attiene, invece, alle concrete modalità in cui il potere amministrativo viene esercitato" (F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, Il processo, n. 1/2021, pagg. 1 e segg.

La conseguenza, con specifico riguardo al dovere di buona fede, sarebbe dunque una conferma della conclusione per cui la recente legislazione tenderebbe “a voler configurare un “rapporto” di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione”, che “ (...) se genera in capo alla seconda doveri di protezione o, secondo taluni, obblighi correlati a diritti soggettivi, parimenti comporta anche una più marcata responsabilizzazione dei primi, sia in seno al procedimento che con riguardo al processo”.¹⁶

Ed è proprio questa “marcata responsabilizzazione” dei privati nel procedimento a costituire la giustificazione teorica e razionale della nuova disciplina della tutela risarcitoria.¹⁷

La disposizione, peraltro, ed il sistema che essa contribuisce a costruire (anche sul piano del nuovo assetto rimediabile), non può non essere letta anche in relazione ai due principi-cardine sanciti dagli artt. 1 e 2 del nuovo codice: vale a dire al principio del risultato (di cui si dirà più avanti) e a quello della “fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”.¹⁸

Senonché, nell’epoca attuale - come è stato ben chiarito da un recente studio - si assiste alla presa di coscienza di una crisi di fiducia nell’azione pubblica, e se ne ricava la consapevolezza che tale crisi può essere superata solo recuperando efficienza all’azione stessa per come percepita dagli amministratori, in una prospettiva di effettività misurata però dal punto di vista dei destinatari delle

¹⁵ P. PANTALONE, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023, pagg. 15 e 17. A tale percorso di “responsabilizzazione”, in relazione alla generale previsione normativa del dovere di buona fede, si faceva già riferimento in F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Decider(c) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli, 2022, pag. 105.

Della teorica relativa al dovere generale di non ledere l’altrui sfera giuridica, della dialettica fra S(anti) Romano e M. S. Giannini in argomento, e della tesi kelseniana per cui l’obbligo del risarcimento sia una “sanzione rispetto ad una norma primaria”, dà conto S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. Dir.*, Vol. II, Milano, 1958, pagg. 98 e segg. La ricostruzione di Pugliatti ha tra l’altro il merito di avvertire che le impostazioni teoriche in argomento risentono della “generale concezione del diritto e dell’ordinamento giuridico”.

¹⁶ P. PANTALONE, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri*, cit., pag. 18. Per l’affermazione secondo la quale “La buona fede (è) alla base del rapporto fra privato e pubblica amministrazione”, A. LICCI MARINI, *La rilevanza della buona fede nell’interpretazione della SCIA*, in *Urb. e app.*, n. 5/2023, pagg. 649 e segg.

¹⁷ Secondo R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. It.*, 8-9/2023, pagg. 1950 e segg., viene in tal modo “codificata la giurisprudenza che aveva sancito la concorrente responsabilità dell’operatore economico che avesse illecitamente ottenuto l’aggiudicazione”. Per una attenta e documentata ricostruzione del problema della “reciprocità delle tutele” nel sistema antecedente l’attuale Codice dei contratti pubblici., B. BIANCARDI, *Responsabilità precontrattuale nelle procedure di evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?*, in *Giur. It.*, n. 7/2021, pagg. 1708 e segg.

¹⁸ Osserva infatti giustamente R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, cit., che “i principi di buona fede e di tutela dell’affidamento” sono “strettamente collegati alla fiducia”.

scelte.¹⁹

Il delineato rapporto di tipo orizzontale, nell'ottica dei doveri, postula dunque – pena la crisi dell'intero sistema - che il risultato cui mirare sia non solo quello, di tutela degli interessi pubblici, avuto di mira dall'amministrazione, ma anche quello percepito come tale (almeno in termini di legittimità, trasparenza e correttezza) dagli “usagers”.

La fiducia, in altre parole, funziona come cardine del sistema solo se fondatamente riposta, e non come assioma fideistico dato per scontato.²⁰

Il riferimento normativo a questo tipo di categorie, come strumenti di regolazione giuridica, consegue infatti alla presa d'atto della necessità di una legittimazione reciproca dei ruoli che non sia solo formale, ed implica un approccio ai problemi in termini di “diritto amministrativo praticato”, e non meramente predicato.²¹

Come già prospettato, l'effettività della tutela delle posizioni d'interesse, “*si misura allora a valle, ripercorrendo a ritroso i percorsi ricostruttivi indicati dalla giurisprudenza in sede di giudizio di compatibilità con le esigenze antagoniste, per giungere a conclusioni che possano consentire una sistemazione teorica consapevole del dato storico*”²².

Nel momento in cui un elemento come la fiducia assurge – tanto più con il rango di principio - a criterio normativo che deve orientare l'azione amministrativa, e dunque a parametro di legittimità della stessa, esso non può che implicare un corrispondente sindacato in termini di effettività.

Diversamente opinando, come è stato efficacemente notato, il rischio sarebbe quello di “*riecheggiare l'idea di riserva di amministrazione nei confronti qui non tanto del legislatore, ma del giudice e più in generale dei controllori. Forse, e più esattamente ma con eguale effetto, il Codice sembra volere garantire un'area per il merito amministrativo*”.²³

¹⁹ Si tratta del recente studio del *Conseil d'Etat* francese « *L'usager, du premier au dernier kilomètre: un enjeu d'efficacité de l'action publique et une exigence démocratique* », Paris, 2023.

²⁰ Il significato culturale, anche sul piano del linguaggio, e le sfide conseguenti, sembrano coinvolgere soprattutto la giurisprudenza: “Il rilievo è anche culturale: come osserva, “i principi del risultato e della fiducia, oltre ad avere una valenza interpretativa e una spiccata utilità prasseologica, presentano anche una dimensione comunicativa da non sottovalutare, posto che i principi del Codice “parlano” ai giudici e a quelli amministrativi, in particolare. Sarà, dunque, interessante esaminare le prime applicazioni di essi da parte della giurisprudenza” (G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 26 aprile 2023).

²¹ Sulla complessità della (e sui problemi posti dalla) verifica della rispondenza dell'attività amministrativa al suo parametro legale nell'attuale momento storico, si veda la riflessione di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in specie pagg. 73 e segg.

La necessità di porre attenzione, nella riflessione sul potere amministrativo nell'età contemporanea, ai “comportamenti” e alle “scelte delle persone”, è alla base della riflessione di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

²² E. CAVASINO-G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2005, pp. 2000 e ss.

²³ R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, cit.

Proprio per questo sembra da condividere l'opinione, formulata a proposito del principio del risultato, secondo la quale “è tuttavia possibile che, per una non infrequente eterogenesi dei fini, la declinazione del principio del risultato finisca invece, all'opposto, per ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale, piuttosto che diminuirlo. Da oggi, infatti, la corsa al risultato, in termini di rapidità ma anche di qualità dell'opera, del servizio o della fornitura, potrà tante volte essere invocata anche dai privati, con la conseguenza di far transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili”.²⁴

Si tratta di un'opzione esegetica coerente con la prospettiva, a suo tempo segnalata, di un utilizzo del risultato quale parametro di verifica della conformità dell'azione pubblica al pieno (e non meramente formale) soddisfacimento dell'interesse del singolo come protetto dalle norme, e quale perno di una tutela giurisdizionale realmente soddisfacente.²⁵

Fiducia e risultato, infatti, “insieme a quello di accesso al mercato, compongono una triade di principi definibili (come) di primo livello o comunque di grado maggiore, rispetto a tutti gli altri, come si ricava dall'art. 4 e dalla previsione per cui essi servono ad interpretare ed applicare le disposizioni del codice”²⁶: essi, dunque, oltre ad essere legati da un vincolo di reciproca interdipendenza logica (la fiducia è “nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”: dunque nel perseguimento del risultato attraverso percorsi legittimi), integrano i parametri di legittimità dell'azione amministrativa con riguardo a categorie che implicano verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) più che di astratta conformità al paradigma normativo.²⁷

Sono tutti segnali, convergenti, nel senso di una “*nouvelle sensibilité*”, declinata ovviamente

²⁴ H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium.it.*, 12 settembre 2023.

²⁵ G. TULUMELLO, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2018, ove, in particolare, il rilievo per cui “quell'attenzione che i civilisti (...) rivolgono non più al contratto, ma all' “operazione economica” in quanto tale, sembra essere dagli amministrativisti rivolta ora al risultato dell' “operazione amministrativa”, in luogo del (e oltre il) mero contenuto dispositivo del provvedimento”.

²⁶ H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

²⁷ Già S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, cit., pagg. 107-108, osservava, a proposito del principio *alterum non laedere*, che la tesi per cui un principio esprime “soltanto, in compendio, la disciplina particolare delle diverse fattispecie (...) dovrebbe considerarsi come superamento di un dualismo tra principio generale e norme particolari, e troverebbe la sua spiegazione nel fatto che ogni norma giuridica protettiva di un determinato interesse, proprio per sua natura ed essenza, implica lo specifico dovere di tutti, di non ledere l'interesse in quanto giuridicamente protetto”.

anche sul terreno della giustiziabilità,²⁸ per la “*question de la capacité de l'action publique à atteindre son dernier kilomètre*”.²⁹

Diversamente, si rischia un serio disallineamento fra legittimazione formale e legittimazione sociale della regolazione giuridica, e dei rimedi da essa previsti: in un'epoca in cui si riflette giustamente su alcuni fenomeni e tendenze che inducono, pericolosamente, a prefigurare la possibilità di “un mondo senza diritto”.³⁰

4. L'art. 5 recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e – soprattutto - nn. 19 e 20 del 2021.³¹

Come spiega la *Relazione*, “*il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere*”.

Il riferimento al “*limite al potere amministrativo*” ripropone la questione, dibattuta in dottrina, della rilevanza della possibile violazione dell'affidamento: se essa operi unicamente sul piano delle

²⁸ La prospettiva indicata nel testo potrebbe essere indotta anche dall'evoluzione, sulla spinta del diritto comunitario, della tassonomia dei vizi di legittimità del provvedimento amministrativo nella direzione di una rivalutazione dell'eccesso di potere, con conseguenze anche sul *quomodo* del sindacato giurisdizionale: il tema è sviluppato da C. FELIZIANI, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo – profili di diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 2023 (in specie, pagg. 101 e segg.).

²⁹ D.R. TABUTEAU, *Avant-propos* a « *L'usager, du premier au dernier kilomètre: un enjeu d'efficacité de l'action publique et une exigence démocratique* », cit., pagg. 9-11, il quale osserva tra l'altro come « Ces échanges et entretiens ont permis d'illustrer les propositions en présentant dans l'étude des succès et des échecs concrets des politiques publiques. Ils donnent à voir et à comprendre comment franchir, par une forme de « discours de la méthode » renouvelé, le dernier kilomètre ».

³⁰ S. BRACONNIER, *Un monde sans droit?*, L'Aube, 2023, ove i richiami al ruolo dell'università e della ricerca giuridica nella “*nécessité de réacculturer la société au droit et au principe d'intérêt général*”, e nell'esigenza di “*refaire du droit un langage commun*”; e ove anche la constatazione che la fragilità del diritto deriva anche dalla fragilità del potere politico. Nella specifica prospettiva del diritto amministrativo si interroga – tra l'altro - sulle “condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto” F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere, Un quadro d'insieme*, ne *Il dir. dell'economia*, n. 2/2023, pagg. 247 e segg.

³¹ Le ultime due sentenze dell'Adunanza Plenaria si pongono in linea di coerenza con la struttura argomentativa già posta a fondamento della sentenza della III Sezione, 4 agosto 2021 n. 5758.

regole di responsabilità,³² ovvero anche con riferimento alle regole di validità³³: con la conseguenza, in questo secondo caso, di potere essere invocata come parametro di legittimità del provvedimento amministrativo ai fini della sua caducazione (o comunque, e soprattutto, come accertamento della “spettanza” dell’aggiudicazione in conseguenza dell’affidamento violato).

La disposizione in esame sembra optare decisamente per la prima soluzione.

In particolare, la seconda parte del terzo comma dell’art. 5 chiarisce che se l’operatore economico ha riposto sull’operato dell’amministrazione l’affidamento disciplinato dal comma precedente, in caso di violazione di tale affidamento il rimedio accordato è unicamente quello risarcitorio (nei limiti dell’interesse negativo).

La norma è sulla quantificazione del danno: ma la delimitazione del suo ambito applicativo ai “casi in cui non spetta l’aggiudicazione” implica chiaramente che l’affidamento tutelato non può spingersi fino ad invalidare un’aggiudicazione che secondo le regole di validità spetta ad altro operatore economico, sol perché è stato lesa in corso di gara l’affidamento di un concorrente.³⁴

L’oggetto dell’affidamento tutelato è il “legittimo esercizio del potere” e la “conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”.

La frattura può crearsi laddove il comportamento ragionevolmente affidante dell’amministrazione conduca invece ad un risultato *contra legem*: l’aggiudicatario che si veda annullare il provvedimento favorevole (o che tale provvedimento neppure arrivi ad ottenere, rimanendo l’affidamento ad uno stadio meramente procedimentale), vedrà risarcito per equivalente monetario il danno in tal modo subito.

³² G. TULUMELLO, *La tutela dell’affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit., cui si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

Fra i contributi più recenti si segnala M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.vo*, n. 3/2022, pagg. 705 e segg.; ID., *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *PA – Persona e amministrazione*, n. 2/2022 (<https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/3745/3263>).

Con particolare riguardo alla clausola generale di buona fede, e al suo rapporto con la discrezionalità amministrativa, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.vo*, n. 3/2013, pagg. 309 e segg.

Sulla responsabilità della pubblica amministrazione da “affidamento deluso” si sofferma, nella letteratura civilistica, il recente scritto di C. SCOGNAMIGLIO, *Affidamento, responsabilità precontrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in *accademiaassociazionecivilisti.it*, n. 1/2023.

³³ L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell’attività amministrativa*, Napoli, 2018, in specie pagg. 181 e segg.; ID., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. Amm.vo*, 1/2020, pagg. 235 e segg.

³⁴ Tale considerazione potrebbe spiegare il senso della scelta sistematica, ritenuta invece “dubbia” da R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, cit

Dunque né il parametro della buona fede, né quello dell'affidamento, integrano – nel paradigma normativo del provvedimento – il paradigma normativo regolante il procedimento di evidenza pubblica.

5. Come accennato, l'art. 5 del nuovo codice è norma generale, idonea a distribuire i rischi dell'annullamento, collegandoli ad oneri informativi.³⁵

Sul piano delle regole, ad esempio, la prima parte del terzo comma dell'art. 5 si preoccupa di precisare che ove dovesse risultare che il potere è stato illegittimamente esercitato, con conseguente annullamento del provvedimento favorevole, l'affidamento riposto sulla legittimità di tale provvedimento si considera “colpevole” se l'operatore economico, sulla base della diligenza professionale richiestagli, avrebbe potuto agevolmente rilevare tale illegittimità.

Qui si tratterà di individuare, caso per caso, la soglia dello sforzo diligente esigibile dall'operatore *contra se*.

Il comma 4 è forse la disposizione maggiormente innovativa dell'art. 5.

Essa tenta di riequilibrare la posizione dell'amministrazione, “schiacciata” per un verso dalla responsabilità per l'ipotesi di provvedimento illegittimo lesivo, e per altro verso dalla fattispecie di danno da provvedimento legittimo poi annullato.

Si tratta di una disposizione che, come accennato, ha la funzione di perimetrare l'efficacia causale delle condotte che hanno concorso a produrre il danno, al pari dell'art. 73 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445: “*Le pubbliche amministrazioni e i loro dipendenti, salvi i casi di dolo o colpa grave, sono esenti da ogni responsabilità per gli atti emanati, quando l'emanazione sia conseguenza di false dichiarazioni o di documenti falsi o contenenti dati non più rispondenti a verità, prodotti dall'interessato o da terzi*”.

La *Relazione* al Codice spiega che questa disposizione, riprendendo spunti contenuti nella sentenza dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2017,³⁶ “*dà un fondamento normativo all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione (condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara) nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita. La norma (...) trova giustificazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che in materia di*

³⁵ Si conferma – o meglio trova estensione alla materia dei contratti della pubblica amministrazione - la ricostruzione per cui “il tema dell'informazione ha assunto un ruolo centrale nella costruzione delle regole del diritto contrattuale” (R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di investimento e di assicurazione*. Milano, 2012, pag. 43).

³⁶ Sulla quale F.G. SCOCA, *Impossibilità di esecuzione del giudicato e azioni conseguenti*, in *Corr. Giur.*, n. 10/2017, pagg. 1252 e segg.

appalti la responsabilità della p.a. è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo (....)”.

Tale azione, sempre secondo la Relazione, è dunque un rimedio che consente “*di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto*”.

L'azione in parola è disciplinata dal riformulato art. 124 del codice del processo amministrativo: avere conseguito con comportamento illecito un'aggiudicazione illegittima, espone l'aggiudicatario alla rivalsa dell'amministrazione, condannata al risarcimento del danno in favore del terzo pretermesso.

La modifica del primo comma, anch'essa in qualche modo prefigurata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 maggio 2017 n. 2 (§ 22 e 30 e ss.), secondo la Relazione “*punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima; sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest'ultimo o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo*”.

Si noti che già l'art. 41 comma 2 del codice del processo amministrativo prevede che «*Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo*».

6. Il comma 3 dell'art. 124, con la dichiarata (nella Relazione) finalità di accelerare il contenzioso sul risarcimento per equivalente, “*evitando l'attivazione del secondo giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 34, comma 4, per il caso del mancato accordo tra le parti*”, prevede l'applicazione all'azione di rivalsa del meccanismo di liquidazione del danno previsto di cui l'art. 34, comma 4, del codice del processo amministrativo.

Un profilo di criticità è dato dalla possibile divaricazione fra la bontà teorica dell'istituto e le criticità pratiche della sua applicazione: in un contesto culturale in cui le posizioni dell'amministrazione e dei privati, specie a seguito di un contenzioso, difficilmente possono addivenire ad un accordo, rinunciando a (tentare di) lucrare (o, rispettivamente, evitare) il massimo risarcimento ottenibile.

In tal caso, paradossalmente, il ricorso alla “condanna generica” avrebbe l’effetto, opposto, di allungare il contenzioso, aggiungendo una fase di ottemperanza “anomala” al giudizio risarcitorio vero e proprio.

In questo caso verosimilmente ciò che farà funzionare o meno il disegno del legislatore, più che la minaccia di una severa condanna alle spese per la parte cui sia imputabile il mancato raggiungimento dell’accordo sulla liquidazione del danno (previsione che peraltro può avere una sua logica e una sua credibilità solo in relazione a criteri di liquidazione sufficientemente precisi e non generici o evanescenti), è l’analiticità della indicazione di tali criteri nella sentenza che chiude il giudizio di cognizione.

7. Un ulteriore profilo di criticità della nuova disciplina risiede nel fatto che essa, come ammette la *Relazione*, è improntata alla preoccupazione, espressa in più punti, circa la “*crescente rilevanza che la tutela per equivalente sempre più assumerà nei prossimi anni nell’ambito del contenzioso nella materia dei pubblici appalti*” (in altro punto della *Relazione* si accenna ad un “*contesto ordinamentale che vede ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente*”).

In realtà la disciplina della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici recata dal codice del processo amministrativo è – almeno in astratto - congegnata in modo tale da favorire la tutela sul terreno delle regole di validità, o meglio da evitare che il contratto possa essere stipulato in presenza di un contenzioso che lasci dubitare della legittimità dell’aggiudicazione (almeno fino alla conclusione della fase di merito in primo grado).³⁷

Il che, se non ha finora impedito la proposizione di azioni risarcitorie (tuttavia coerentemente relegate ad un ruolo marginale e ad una funzione succedanea), denota un sistema comunque imperniato sulla tutela concentrata, appunto, sul piano delle regole di validità [ancor più dopo le modifiche apportate all’art. 120, comma 6, del codice del processo amministrativo dall’art. 4, comma 4, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120].³⁸

³⁷ Si rinvia in argomento a quanto a G. TULUMELLO, *Il giudice amministrativo, e le categorie del diritto civile (a proposito del risarcimento del danno)*, in *giustamm.it*, 2012.

³⁸ M.A. SANDULLI, “*Il contenzioso sui contratti pubblici*”, in *L’amministrativista – il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, 31 marzo 2023: “non posso non esprimere serie preoccupazioni per la riferita disposizione, che, se letta nel contesto di un sistema di tutela giurisdizionale che indebitamente privilegia la tutela risarcitoria per equivalente rispetto a quella soprassessoria e caducatoria (in evidente spregio anche alla qualità della prestazione), corre il rischio di ridurre il contenzioso sui contratti de quibus a una controversia tra privati”.

L'intero articolato normativo del Codice traduce la preoccupazione sopra riportata di predisporre di una "rete di contenimento" all'esperimento delle azioni risarcitorie dei privati (cui si accompagna la previsione dell'azione di rivalsa dell'amministrazione).

Tale rete di contenimento consta più di un atteggiamento culturale (come quando si sottolinea, ad esempio, che i danni da risarcire devono essere "effettivi e provati": peraltro la stessa *Relazione* in realtà dà atto che fra i danni risarcibili è compresa la c.d. "chance contrattuale alternativa"), che non di regole giuridiche innovative, trattandosi della declinazione nel settore della contrattualistica pubblica di principi e regole da tempo noti nel diritto civile e nel diritto amministrativo generale: ancorché con l'accentuazione di cui si è detto.³⁹

Nondimeno, poiché – come si accennava - la regola è affermata in funzione (del contenimento) della sanzione, c'è il rischio che questo ripetuto accento possa o voglia fornire supporto ad una giurisprudenza ancor più restrittiva in tema di risarcimento del danno per equivalente monetario (beninteso ove ne sussistano i presupposti: e non nel caso, pure riscontrabile della realtà, di c.d. abuso del rimedio; laddove correttamente la giurisprudenza tanta di arginare pretese manifestamente infondate, ed altrettanto correttamente ora il legislatore si preoccupa di una declinazione specifica della rilevanza causale delle condotte).⁴⁰

Un simile fenomeno aumenterebbe le critiche nei confronti del giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno,⁴¹ e la conseguente affermazione – spesso agitata

³⁹ M.A. SANDULLI, "Il contenzioso sui contratti pubblici", cit.: "Per non dire del rischio che, con un'interpretazione allargata del concetto di illecito, le conseguenze degli errori del committente - e, a monte, dell'incertezza delle regole - siano fatte sostanzialmente ricadere in massima parte sull'aggiudicatario, disincentivando gli imprenditori a partecipare alle gare indette nel nostro Paese. La questione induce a fare un breve accenno anche al co. 3 del medesimo art. 5, il quale dispone che "In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole [recte, non vi è legittimo affidamento: n.d.r.] se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti". La disposizione sembra dare spazio a una presunzione di concorso di colpa dell'aggiudicatario illegittimo: presunzione che pone, a ben vedere, problemi di coerenza con l'enunciazione, al co. 1 dell'art. 2, del principio di fiducia "reciproca" e conferma la distonia di un sistema che, mentre tende a giustificare gli errori delle pubbliche amministrazioni e dei loro funzionari/commissari, che, pure, dovrebbero avere una specifica e adeguata competenza all'esercizio dei compiti loro precipuamente affidati, usa un opposto parametro di valutazione delle condotte degli operatori privati".

⁴⁰ Una simile preoccupazione, già formulata in G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, cit., è espressa anche da R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, cit.: "È positivo che si tuteli la buona fede e l'affidamento, anche se il rischio, per come sono redatte le disposizioni, è che le stesse possano dar luogo ad un arretramento di tutela".

⁴¹ Critiche certamente (almeno in parte) fondate nella fase storica in cui la giurisdizione amministrativa è divenuta attributaria di un rimedio fino ad allora estraneo alla sua funzione ed alla sua tradizione: in argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Il giudice amministrativo, e le categorie del diritto civile (a proposito del risarcimento del danno)*, cit.

(strumentalmente?) nella dialettica sul riparto di giurisdizione – della sua inadeguatezza a conoscere del rimedio risarcitorio azionato dai privati contro la pubblica amministrazione.⁴²

L'alibi dei tempi (l'esigenza di rendere giustizia in modo sollecito) e dei numeri (la quantità di contenzioso) non vale evidentemente - pena la trasformazione della funzione giurisdizionale in un meccanismo produttivista solo nei suoi esiti quantitativi - a giustificare atteggiamenti di conformismo o di "resistenza" giurisprudenziale: che possono rappresentare un arretramento, e realizzano una tutela depotenziata rispetto al modo in cui il medesimo rimedio opera comunemente nei rapporti fra privati.⁴³

Nondimeno, la vicenda conosce anche ricorsi strumentali al rimedio risarcitorio che impongono al giudice l'individuazione di un delicato equilibrio fra i contrapposti rischi di eccessiva restrizione ovvero di abuso del rimedio medesimo.

8. La preoccupazione espressa nel paragrafo precedente potrebbe essere alimentata anche dal cennato contesto sistematico nel quale si inserisce la disposizione in esame.

L'art. 1, secondo comma, esprime la ferma convinzione che la tutela della concorrenza sia piuttosto un mezzo, e non un fine, nella materia in esame,⁴⁴ rispetto allo scopo di "conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti".

La previsione non può che essere accolta, in sé, con una nota di consenso.

⁴² In realtà nella giurisprudenza del giudice amministrativo si segnalano anche pronunce che non autorizzano la narrazione riferita nel testo (o almeno la sua generalizzazione). Si veda in tal senso, da ultimo, Cons. di Stato, sez. IV, sentenza n. 8149/2023: "l'attribuzione al giudice amministrativo (in tempi relativamente recenti) della cognizione piena in materia risarcitoria gli imponga di approfondire sotto ogni aspetto la pretesa economica oltre che giuridica delle parti, facendosi carico anche dell'evoluzione di un contesto di mercato (anzi, di mercati) sempre più complesso. In tale contesto, la normativa che consente – doverosamente – di limitare o di escludere la pretesa risarcitoria (soprattutto, i richiamati artt. 1227 c.c. e 30 c.p.a.) non può condurre a denegare, in concreto, in ogni caso, l'esistenza stessa di quella cognizione, che rende la tutela del g.a. effettiva, piena e satisfattiva (cfr., sul punto, anche la recente decisione di questa Sezione n. 7503 del 3 agosto 2023 e tutte la giurisprudenza ivi ampiamente richiamata). In altri termini, la declinazione del duty to mitigate sancito dal secondo comma dell'articolo 1227 c.c., in attuazione del canone solidaristico di buona fede, non può assumere, laddove riguardi un interesse legittimo, un rigore tale da condurre alla reazione di un non ammissibile "diritto speciale della p.a." in materia risarcitoria".

La sentenza definisce peraltro, forse in termini eccessivamente severi, "una forma di denegata giustizia" l'interpretazione degli artt. 1227 cod. civ. e 30, comma 3, cod. proc. amm., fatta propria in quel giudizio dalla sentenza di primo grado.

⁴³ Sulla necessità che il concreto esercizio della giurisdizione sia all'altezza del compito che non solo il sistema normativo, ma anche la stessa sistematica delle categorie, le affida, N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino e interesse legittimo (oltre le categorie per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2018, pagg. 1527 e segg.

⁴⁴ Così G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.; in argomento F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*; sulla gerarchizzazione fra i principi operata dal Codice si veda altresì L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, n. 1/2023, pagg. 5 e segg.

Anche al di fuori del settore dei contratti pubblici, e dunque nel diritto amministrativo generale, oltre un ventennio or sono la dottrina più attenta aveva prefigurato il rilievo che tale categoria avrebbe assunto: *“La rilevanza (finalmente) attribuita (anche) al risultato, con gli istituti che le si connettono, costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare, in un tempo più o meno lungo, il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari amministrativi intendono la loro azione, o, forse meglio, la loro missione”*.⁴⁵

È però altrettanto vero che, nel frattempo e nella pratica del diritto amministrativo, *“l'amministrazione di risultato non si è mai avverata”*.⁴⁶

Nel settore dei contratti pubblici il richiamo normativo assume un significato ancor più specificamente qualificante.

L'evoluzione del contratto di appalto pubblico dalla concezione meramente contabilistica alla dimensione concorrenziale aveva talvolta fatto smarrire il primato logico dei valori sullo strumento: come già segnalato in dottrina⁴⁷ e in giurisprudenza.⁴⁸

Quest'ultima, in particolare, ha anche di recente precisato che *“l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza portato dalla normativa sui contratti pubblici è funzionale comunque alla tutela dell'interesse dell'amministrazione all'acquisizione di beni o servizi destinati a soddisfare le specifiche esigenze della collettività di cui essa è tributaria, come definite nella lex specialis di gara. (...) La natura del procedimento di evidenza pubblica come sede nella quale vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza non deve infatti far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella, pur in un contesto concorrenziale, di acquisire beni e servizi*

⁴⁵ F.G. COCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pag. 101.

⁴⁶ R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, cit..

⁴⁷ In argomento si rinvia a G. TULUMELLO, *L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinamentali: l'influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di Corte cost., n. 271/2019)*, in *giurcost.org*, 2019, III. In materia si segnala altresì la documentata indagine di E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021. Si veda altresì, nella stessa prospettiva, F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 6/2015, pagg. 1529 e segg., il quale osservava come *“La necessità di trasporre nel nostro ordinamento le direttive di nuova generazione (23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE), riscrivendo il codice dei contratti, potrebbe costituire l'occasione preziosa per definire un quadro giuridico nuovo, semplificato, equilibrato e più armonico, che eviti superficiali infatuazioni rispetto a un unico interesse e che valorizzi la complessità di tutte le esigenze sopra indicate”*.

⁴⁸ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, sentenze nn. 1076/2020, 4086/2020, 7138/2020, 10673/2022, 5179/2023.

maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice".⁴⁹

Si tratta di un'adesione esplicita, quasi letterale, della giurisprudenza alla tesi dottrinale per cui *"Il tasso di politicità, l'elevata possibilità di condizionamenti esterni e l'assenza di un rischio economico paragonabile a quello degli operatori privati, rendono improbabile il naturale rispetto, da parte del soggetto pubblico, della logica imprenditoriale e delle prescrizioni del mercato, che in primo luogo impongono la scelta del contraente più conveniente. (.....) L'amministrazione costituisce quindi un soggetto economico potenzialmente assai pericoloso nei confronti di una corretta concorrenza sui mercati e del rispetto della parità degli operatori interessati. Le condizioni di concorrenza sono allora create artificialmente in virtù dell'imposizione di una serie di regole quali la non discriminazione, l'indizione delle gare, la trasparenza delle operazioni concorsuali e così via"*.⁵⁰

A ben vedere, il fenomeno è peraltro culturalmente coerente all'analogia evoluzione che storicamente ha interessato la disciplina del contratto nel diritto civile, nell'evoluzione dapprima verso una prospettiva ordoliberal e quindi di *"Mercato 'guidato' nello Stato pluriclasse"*, infine di *"scoperta dell'artificialità del mercato"* e di *"valorizzazione del ruolo fondamentale delle regole giuridiche"*.⁵¹

È pertanto ora da registrare con favore, in assoluto, il tentativo - anche da parte del diritto positivo - di ristabilire una relazione corretta fra mezzi e fini.⁵²

Il rischio, però, è che l'obiettivo del "risultato" venga perseguito mediante un ritorno alle regole di responsabilità, come strumento di soluzione dei conflitti, sacrificando dunque il piano delle

⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4086/2020.

⁵⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2001, pag. 89. Sull'influenza del diritto comunitario sulla disciplina dei contratti pubblici e dei relativi rimedi, F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010.

⁵¹ R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di investimento e di assicurazione*, cit., pagg. 25, 33: ove anche una attenta riflessione sulla relazione fra vicenda storica e rivisitazione concettuale. Nel diritto amministrativo si veda la recente indagine di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023, in specie pagg. 153 e segg.

⁵² Anche H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., evoca una "visione definibile come 'neo-contabilistica'": anche se opportunamente sottolinea che "solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore e che senza di essa ci si dovrà accontentare di un risultato minore, per non dire di un risultato qualsiasi (si direbbe, parafrasando il titolo di un'opera famosa, di "un risultato senza qualità"). Se la concorrenza è servente al risultato, come si continua a ripetere, è non meno vero che il risultato, per essere buono, per essere appunto di qualità, ha bisogno a sua volta della concorrenza, e non può farne a meno. La concorrenza è certamente un mezzo ma non è solo un mezzo; è anche, prima di tutto, un metodo, oltre che un limite. In questo modo risultato e concorrenza *simul stabunt e simul cadent*".

regole di validità e nel contempo rendendo più difficile e complessa la posizione del privato che voglia accedere alla tutela risarcitoria (e non subire la rivalsa dell'amministrazione).⁵³

Il che si porrebbe in contrasto con l'evoluzione del diritto dell'U.E. (e in particolare con la Direttiva 2007/66/CE), e con la tradizione storica della giurisdizione amministrativa⁵⁴.

Peraltro il nuovo codice riafferma e rafforza la giurisdizione del giudice amministrativo per ogni prospettiva rimediale, rimarcando dunque la connessione con il potere: ma al contempo sembra spostare l'accento, appunto, dalla tutela di annullamento (tipica e propria delle fattispecie in cui viene in rilievo l'esercizio del potere) a quella risarcitoria.

A ciò si aggiunga che l'indicazione normativa della primarietà del risultato rispetto ad ogni altro fine è stata perseguita sul piano dei principi: ma non anche, ad esempio, declinando nello specifico settore del procedimento di evidenza pubblica la regola di cui all'art. 21-*octies*, secondo comma, della legge n. 241 del 1990.

Il che inevitabilmente condurrà alla creazione di una casistica di elaborazione giurisprudenziale che verosimilmente potrebbe ampliare la categoria dell'irregolarità rispetto a quella dell'illegittimità: ancora una volta rischiando di attribuire carattere recessivo alla tutela di annullamento.⁵⁵

Il problema, depurato da prospettive fuorvianti, rimane – secondo quanto finora osservato nel diritto amministrativo generale - quello della identificazione dell'interesse tutelato dalla disposizione

⁵³ Di "rischio di eccessiva (aggiungerei cattiva) enfaticizzazione del principio del risultato" parla anche, in questa prospettiva, G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁴ In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, cit., pagg. 509 e segg. In senso conforme H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.: "Bisognerà vedere, inoltre, i riflessi che l'accentuazione del risultato e delle funzioni di committenza avranno sull'equilibrio tra tutela specifica e tutela per equivalente nelle controversie sui contratti pubblici. Da taluni segni – ricavabili in particolare nella disciplina contratti del PNRR - parrebbe cogliersi un arretramento della prima in favore, teoricamente, della seconda, per effetto dell'estensione del perimetro applicativo dell'art. 125 c.p.a., che per le cd. grandi opere limita fortemente i casi di caducazione del contratto. Ma anche qui il sacrificio della tutela in forma specifica, con l'intangibilità del contratto nonostante l'accertata illegittimità degli atti della gara, non potrà essere spinta oltre un certo grado, altrimenti si rischia di entrare in rotta di collisione con la seconda direttiva ricorsi del 2007 e con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea".

⁵⁵ E' questo il possibile inconveniente della "disciplina più sostanzialistica e flessibile dell'evidenza pubblica" (H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.), indotta dal principio del risultato.

violata: e, sulla base di tale corretta operazione ermeneutica, della conseguente perimetrazione dell'accesso al rimedio (annullatorio).⁵⁶

L'insieme dei segnalati, possibili fattori di criticità verosimilmente può essere neutralizzato se si aderisce all'opzione interpretativa in precedenza indicata, nel senso della valorizzazione del risultato come parametro di legittimità dell'attività amministrativa, come tale giustiziabile anche in tale prospettiva, e come nozione complessa, comprensiva non già del solo obiettivo materiale connesso alla realizzazione dell'oggetto del contratto, ma piuttosto riferita sul piano del metodo al modo (legittimo, trasparente e corretto: per riprendere i termini indicati dall'art. 2) attraverso il quale si perviene all'individuazione dell'offerta migliore; e, sul piano del merito, al reale soddisfacimento degli interessi della collettività realizzato (in termini di “*qualità dell'opera, del servizio o della fornitura*”⁵⁷) dall'esecuzione contrattuale.

9. Sul piano formale una questione che potrebbe porsi, in astratto, è quella di un possibile eccesso di delega della disposizione in esame.

Essa, tuttavia, disciplina direttamente non un determinato rimedio processuale, ma un principio di diritto sostanziale (la cui applicazione ha poi inevitabili ricadute sul terreno dei rimedi): sicchè non pare potersi ragionevolmente prefigurare un simile vizio della disposizione.

In particolare, come ricorda la *Relazione*, l'art. 1, comma 1, della legge delega prevede “*l'adeguamento della disciplina vigente “ai principi espressi dalla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, interne ed internazionali”*”.

In questo senso il comma 3 dell'art. 5, “*nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti*”, recepisce i principi enucleati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 20 del 2021, disciplinando le “condizioni” di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato.

⁵⁶ G. TULUMELLO, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Prima Sezione, 28 maggio 2020, in causa C-535/18: brevi note a primissima lettura, in giustizia-amministrativa.it*, ove si era posta in evidenza la connessione con il profilo dell'interesse, sulla scorta degli insegnamenti di G. Corso e di A. Romano Tassone.

In argomento si segnala altresì, fra gli altri, l'indagine di P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo – fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2015, ove anche, fra l'altro, una analisi della dialettica fra formalismo e sostanzialismo giuridico riferita all'istituto in esame.

⁵⁷ H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

La disposizione inoltre cala nella specifica materia i principi da tempo pacificamente operanti in materia in punto di delimitazione dell'area di danno risarcibile (limitata al c.d. interesse negativo), e alla necessità che il danno di cui si chiede il risarcimento sia “effettivo e provato”.

10. Sempre sul terreno della conformità al parametro costituzionale, potrebbe in tesi dubitarsi (avuto riguardo ai canoni tratteggiati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004) della conformità della scelta di riservare al giudice amministrativo la cognizione dell'azione di rivalsa dell'amministrazione.

Tali dubbi tuttavia si superano solo che si abbia riguardo al collegamento, opportunamente sottolineato dalla *Relazione* al Codice, del collegamento con l'esercizio del potere.

La *Relazione* invero contiene tale riferimento in relazione all'ipotesi di lesione dell'affidamento del privato: “*Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione (che non rientra nell'oggetto della legge-delega), la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere e, pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria non può che rientrare nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alle “controversie risarcitorie”*.”⁵⁸

Tuttavia, non può dubitarsi che nel caso speculare l'affidamento dell'amministrazione è leso in sede di esercizio del potere: e dunque l'azione di rivalsa non è proposta *iure privatorum*, ma ha la funzione di ristorare il danno subito nella fase di esercizio del potere amministrativo.

⁵⁸ La *Relazione* precisa in proposito che “*Sotto tale profilo, l'espressa menzione delle “controversie risarcitorie” nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 – in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, a cui fa riferimento la norma in commento. Sarebbe, tuttavia, opportuno che le incertezze in punto di giurisdizione (come chiaramente emergente dal conflitto interpretativo delineatosi fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) vengano risolte con una norma ad hoc, che espliciti che, almeno in materia di procedure di evidenza pubblica e in tutti gli altri casi di giurisdizione esclusiva, quest'ultima include anche il danno da lesione dell'affidamento, laddove esso matura in un contesto procedimentale e il comportamento “scorretto” imputato all'amministrazione presenta collegamenti, anche indiretti o mediati con l'esercizio del potere”.*

11. La difformità di vedute fra Sezioni Unite e Adunanza Plenaria in tema di riparto di giurisdizione in materia di affidamento precontrattuale⁵⁹ si inserisce in una più vasta dialettica sul riparto avviata dall'ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cui replicò la giurisprudenza del giudice ordinario con l'ordinanza emessa il 31 luglio 2002 dal Tribunale di Roma, che sollevò la questione di legittimità costituzionale decisa dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Decisione, quest'ultima, solo in parte favorevole alle tesi del rimettente: con la conseguenza che, successivamente, nell'orientamento del giudice del riparto si è affermata una tendenza ad applicare il criterio discrezionale fra comportamento mero e comportamento costituente esercizio del potere, elaborato dalla Corte costituzionale in sede di scrutinio della legittimità delle norme che stabiliscono ipotesi di giurisdizione esclusiva, in un modo che tende ad ampliare indiscriminatamente la prima categoria anche contro l'evidenza dei tratti strutturali delle fattispecie (oltre che, come si dirà, contro la relativa disciplina positiva).⁶⁰

Ciò avviene anche mediante una artificiosa scissione della vicenda del potere.⁶¹

⁵⁹ Sul problema del riparto della giurisdizione in materia di responsabilità dell'amministrazione da lesione dell'affidamento si rinvia a G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit.; e a G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale la "resistibile ascesa" del contatto sociale*, cit.; in giurisprudenza la criticata tesi delle SS.UU. è stata recentemente riaffermata dall'ordinanza n. 1567/2023.

⁶⁰ Gli strumenti concettuali per applicare correttamente, in sede di riparto, l'esegesi della disciplina costituzionale come ricostruita dalla sentenza n. 204 del 2004 erano stati del resto indicati, con una chiarezza pari all'autorevolezza dell'insegnamento, molto tempo prima: "Bisogna distinguere: i casi in cui il fatto illecito fonte dell'obbligo di risarcire il danno consista di una mera attività materiale; quelli in cui consista di un'attività materiale collegata ad un atto amministrativo; e infine quelli in cui l'evento dannoso sia proprio l'atto amministrativo. (...) Nel secondo ordine di casi occorre ancora distinguere: se l'attività 'materiale' è fedelmente esecutiva dell'atto amministrativo, il danno evidentemente è originato non dall'attività ma dall'atto e quindi l'illecito sussiste solo se l'atto amministrativo può concretarne la fattispecie (...) senza che sia possibile distinguere fra i casi in cui l'atto è legittimo e casi in cui è illegittimo. Quando invece la condotta esecutiva è di per sé negligente e infedele, sussistono l'illecito e la competenza del giudice ordinario. Bisogna poi tener presente che solo se l'attività materiale è esecutiva di un vero e proprio provvedimento amministrativo l'accento risale dall'attività al provvedimento" (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983, pag. 199).

Né vale in contrario sostenere che quelle disattese sarebbero sistemazioni teoriche risalenti, giacché rimane valido il rilievo di metodo per cui, in assenza di nuovi e più appaganti chiavi di lettura del sistema (o di riforme ordinamentali), "chi si limita a criticarne la vecchiaia non s'accorge d'indicarne, se mai, un pregio. *What is not necessary to change, is necessary not to change*" (G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, p. XIX).

⁶¹ Osserva M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in giustiziainsieme.it, 11 febbraio 2021, che "l'approccio seguito dalla Suprema Corte sembra prendere in esame singoli comportamenti considerati in sé, nel loro aspetto statico".

Nella stessa prospettiva AL. DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. Giur. Edil.*, 4/2020, pagg. 291 e segg.: "La prospettazione così delineata non può non indurre a riflessione. Essa seziona in due parti un procedimento che si presenta unitario e orientato, nella sua destinazione, all'interesse pubblico e che non sembra possa essere scisso, a tal punto da determinare l'osservanza di

Si tratta, anche in questo caso, di una forzatura delle categorie che denota una resistenza “ideologica” del giudice del riparto rispetto all’adesione al suddetto criterio (che rimonta, com’è noto, alla sentenza n. 204/2004): o, se si preferisce, di una *“invadenza della Cassazione (...) a proposito della tutela dell’affidamento incolpevole del privato”*⁶².

In relazione alla riferita dialettica si è già avuto modo di osservare che *“Una malintesa concezione ideologica del riparto sembra aver innescato una forma di competizione (unilaterale, e ad armi impari) fra le giurisdizioni considerate in assoluto (prospettiva già di per sé fuorviante), e non in relazione alle specifiche esigenze di tutela implicate dall’esercizio del potere”*.⁶³

Si aggiunga che la divaricazione dalle categorie, dalla sistematizzazione scientifica, è un fattore di inevitabile crisi della legittimazione culturale (se non sociale) della decisione giurisprudenziale.⁶⁴

Nuovi problemi e nuove istanze vanno infatti affrontati con il rigore metodologico proprio della conoscenza e della corretta applicazione degli istituti, semmai adattati alle nuove esigenze.⁶⁵

Non sono peraltro mancate, nella giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite, isolate ed illuminate pronunce di segno opposto, maggiormente fedeli ai principi e tendenti a valorizzare coerentemente al sistema la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale e le indicazioni della dottrina.

L’ordinanza n. 8057/2016 aveva molto ben chiarito che *“l’azione amministrativa illegittima composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in differenti*

regole differenti aventi diversa destinazione. L’un piano è orientato alla tutela dello interesse pubblico (procedimento amministrativo), l’altro a quello del privato (procedimento negoziale)”.

⁶² F.G. SCOCA *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2020, pagg. 1095 e segg., ove l’ulteriore rilievo secondo cui *“Il riferimento agli interessi legittimi (e ai diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva) ha dato modo alla Cassazione, sempre a caccia di ambiti da sottrarre al giudice amministrativo, di infiltrarsi nel contenzioso con l’Amministrazione, rendendo incerto il riparto e ignorando il principio di concentrazione di ogni forma di tutela dinanzi al giudice amministrativo, chiaramente espresso dalla legge (art. 7, co. 7, c.p.a)”*.

⁶³ G. TULUMELLO, *Fenomenologia del dialogo fra le giurisdizioni*, ne *Il Libro della Giustizia Amministrativa 2021*, Torino, Giappichelli, 2021, pag. 370.

⁶⁴ G. TULUMELLO, *Fenomenologia del dialogo fra le giurisdizioni*, cit.: *“La fedeltà ai principi non è un dogma inviolabile, ma è una garanzia di coerenza dell’esercizio della discrezionalità giudiziaria alle ragioni ultime del giudizio e, in definitiva, alla stessa funzione del diritto”*.

⁶⁵ *“La salvezza, perduta o minacciata dall’irrompere delle istanze più diverse, delle esigenze collettive più inattese e varie, risiede nel metodo interpretativo che così assume la decisiva importanza di una scelta costituzionale”* (N. IRTI, *Il linguaggio è tutto?*, Intervento tenuto in apertura del convegno «Il giudice e lo Stato di diritto», promosso dalla Scuola Superiore della Magistratura alla presenza del Presidente della Repubblica, ne *Il Sole 24 Ore*, 24 ottobre 2023).

posizioni da tutelare. E' l'agire provvedimentoale nel suo complesso che è messo in discussione, mentre l'affidamento - nella legittimità di tali atti - non è altro che un profilo riflesso senza alcuna incidenza ai fini dell'affermazione della giurisdizione”.

La sentenza n. 13454/2017 aveva del pari affermato, altrettanto chiaramente, che *“Sono, dunque, comprese nella giurisdizione amministrativa anche le liti concernenti il risarcimento del danno da responsabilità dell'amministrazione per il mancato rispetto delle norme di correttezza, regole la cui violazione si concretizza quando siano venuti meno gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi, che avevano ingenerato affidamento di buona fede e in special modo l'eventuale esecuzione anticipata, però senza alcun seguito contrattuale”.*

Nonostante tali pronunzie, il complessivo indirizzo del giudice del riparto, come pure è stato osservato, mostra una resistenza finanche al dato normativo.⁶⁶

Il che, al di là di ogni altra considerazione (relativa all'incertezza della regola di riparto e all'efficacia della tutela)⁶⁷, pone – come accennato - dei problemi di legittimazione sociale della giurisdizione, di disallineamento fra diritto predicato (nelle aule universitarie) e diritto praticato (nelle aule di giustizia): *“Attribuire alla parola del legislatore un significato, estraneo alla normatività linguistica, è sovvertire il sistema, deludere l'aspettativa dei destinatari, cadere nel più capriccioso soggettivismo. La positività, giuridica e linguistica, solleva un argine contro rotture fideistiche, di cui già vivemmo il cupo orrore. Lo Stato di diritto, che non voglia precipitare nel buio mistico delle credenze o nel superbo soggettivismo dei giudicanti, ha bisogno di salvarsi e durare come Stato della razionalità linguistica, sicché i giudici, nel soggiacere al diritto, si facciano custodi e garanti del nostro capire e intenderci entro il vincolo della comune società”.*⁶⁸

⁶⁶ V. BONTEMPI, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. Dir. Amm.vo*, n. 6/2020, pagg. 805 e segg.: *“Lasciandosi guidare dal principio di effettività della tutela giurisdizionale (effettività qui intesa come concentrazione della tutela), prima con la L. n. 205/2000 e poi con l'art. 7, commi 4 e 5, c.p.a., il legislatore ha stabilito che il giudice amministrativo possa conoscere, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, anche del risarcimento del danno per la lesione dei diritti soggettivi. La Corte di cassazione si è così vista spogliata ex lege di una ampia e significativa area di tutela giurisdizionale che si era auto-assegnata. Ciò non le ha impedito di portare avanti una campagna annessionistica che è culminata in tre ordinanze gemelle del 2011”.*

⁶⁷ *“Se ci si pone infatti nella prospettiva della giustizia come ‘servizio pubblico’ offerto ai cittadini, l'incertezza sul giudice al quale rivolgersi per ottenere giustizia costituisce una disfunzione sempre meno tollerabile, specie in una fase nella quale è sempre più avvertita l'esigenza di una rapida soluzione delle controversie”* (M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021, pag. 225.).

È appena il caso di osservare che l'importante obiettivo della certezza non può essere tuttavia raggiunto rinunciando all'attributo della coerenza culturale e della razionalità (e, dunque, all'efficacia) della soluzione, né a quello della conformità della stessa alla disciplina costituzionale.

⁶⁸ N. IRTI, *Il linguaggio è tutto?*, cit.

Una tale stato di cose pone allora evidentemente le premesse (in difetto di un nuovo concordato giurisprudenziale)⁶⁹ per una nuova questione di legittimità costituzionale – del tutto speculare rispetto a quella poi culminata nella sentenza n. 204/2004 – che assuma come contraria alle norme costituzionali sulla giurisdizione, nel significato loro attribuito dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la disciplina positiva del riparto risultante dal diritto vivente delle Sezioni Unite.

⁶⁹ E' opinione personale di chi scrive che il giurista possa e debba occuparsi di soluzioni giurisprudenziali (concordate o meno) soltanto dopo che le stesse abbiano preso forma.

Beninteso, qualsiasi seria forma di confronto - purché assistita da basi plausibili, da reali finalità di servizio e da adeguati strumenti culturali - può e deve essere percorsa nel tentativo di restituire al cittadino sia chiarezza sulle sedi della tutela, che efficacia delle sue forme.

Negli ultimi anni non sono mancate occasioni di confronto sia sul piano scientifico, che in chiave “operativa”: si pensi alla riflessione svolta sul n. 1/2021 della rivista *Questione Giustizia*, interamente dedicato al tema “*La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*”; oppure agli interventi sul “*Memorandum sulle giurisdizioni superiori*” pubblicati sul n. 2/2018 del *Foro It.*

Nondimeno, a mio avviso vi sono due ostacoli ad una reale praticabilità di una soluzione “concordata”.

Il primo è dato dal fatto che quasi mai le intenzioni “conciliative” proclamate sono stati accompagnate da comportamenti (*id est*, pronunzie) ad esse coerenti (il che finisce per depotenziare e rendere poco credibili i successivi tentativi: almeno fino a prova del contrario).

Il secondo, più serio, è invece rappresentato dal rilievo per cui, per le descritte (nel testo) caratteristiche e modalità dell'attuale conflitto, i profili della conformità del riparto di giurisdizione alla coerenza sistematica (intesa come fattore di legittimazione culturale e sociale della giurisdizione) e, soprattutto, alla disciplina costituzionale, non appaiono valori negoziabili, o dei quali si possa ragionevolmente ipotizzare la recessività in un'ottica “conciliativa”.

Il concordato giurisprudenziale del 1930, più volte evocato, si raggiunse infatti mediante la convergenza su una delle due soluzioni interpretative (divergenti) fino ad allora elaborate: entrambe, tuttavia, compatibili con il dato positivo e dotate di plausibilità scientifica.