***Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*** *[[1]](#footnote-1)*

“*Dans notre modèle, la codification rassure,*

*car elle traduit une systématisation des règles, censée favoriser la prévention di risque*””.

S. Braconnier[[2]](#footnote-2)

1. Il titolo di questo incontro (“*Cosa cambia in relazione a ….*.”) è particolarmente felice: perché storicamente il diritto dei contratti pubblici è un “diritto precursore” rispetto al diritto amministrativo generale,[[3]](#footnote-3) quindi *decodificare* la nuova disciplina dell’affidamento e della tutela per equivalente può essere interessante anche per comprendere le tendenze ordinamentali al di là della disciplina di settore.

Sono strane e varie le ragioni che ci portano ad occuparci “occasionalmente” di certi temi.[[4]](#footnote-4)

L’estate del 2022 per chi scrive è stata segnata dal lavoro nella Commissione del Consiglio di Stato incaricata di sottoporre al Governo una bozza di nuovo codice dei contratti pubblici, da adottare in esercizio della delega conferita dal Parlamento: della quale ho avuto l’onore di far parte, essendovi chiamato dal compianto Presidente Franco Frattini.

Scrivere un codice richiede anzitutto il confronto con le idee.

Così ho ripescato nella mia libreria un libretto scritto esattamente trent’anni prima dal mio Maestro, intitolato “*Appaltare in Europa*”.

Era l’estate del 1992: non ricordo se fosse anch’essa così calda, ma di sicuro era caratterizzata – come quella appena trascorsa - da una profonda crisi politica e sociale, che portò al passaggio dalla prima alla seconda Repubblica.

Si tenne un importante convegno sul tema degli appalti, nel corso del quale Giovanni Torregrossa, che avrebbe lasciato questa terra pochi mesi dopo, tenne una relazione che sarebbe rimasta il suo testamento civile e culturale, prima ancora che dottrinale.

Da quella relazione nacque, appunto, quell’aureo libretto: da cui emerge il potere delle idee, la forza delle categorie, il peso dell’intelligenza e della consapevolezza culturale, la sensibilità per gli interessi in gioco.

Era lucidissimo, ad esempio, l’invito a riflettere sui rischi di un acritico recepimento della direttiva comunitaria 89/665, specie in punto di rimedio risarcitorio, e sulla conseguente necessità di “*tracciare dei confini ben precisi alla esperibilità delle azioni di risarcimento del danno, ancorandola ad un ben definito rapporto di causalità (….)*”.[[5]](#footnote-5)

2. L’art. 5 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, rubricato “Principi di buona fede e di tutela dell’affidamento”, ha introdotto la disciplina del principio di affidamento in materia di contrattualistica pubblica.

Conseguentemente, l’art. 209 ha modificato l’art. 124 del codice del processo amministrativo.

Sul piano sostanziale, il principale profilo di interesse del nuovo art. 5 consiste non già nell’avere 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’avere riempito di contenuti tale, specifica disciplina.

Non si tratta quindi di un principio, ma di una regola, o di un insieme di regole.

Dall’esame del contenuto della disposizione emerge, come si vedrà, che il monito di Giovanni Torregrossa, sia pure a distanza di trenta anni, sembra essere stato raccolto dal nuovo codice dei contratti: che ha innalzato una “rete di contenimento” attorno alla disciplina dell’azione risarcitoria (in modo da “filtrare” criticamente le condizioni accesso al rimedio proprio in relazione al contributo causale di ciascuno).

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 vedrà in seguito se, alla luce della generale impostazione sistematica del Codice, non presenti effetti collaterali.

3. 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, dunque, di buona fede integrativa, suscettibile di stimolare l’istinto creazionista della giurisprudenza (come accaduto nel diritto civile) [[6]](#footnote-6).

Nondimeno, la dialettica fra tutela e risultato, di cui a breve si dirà, unita alle difficoltà di individuazione precisa degli oneri – quanto mai atipici - nei quali si declina il relativo impegno delle parti (ed al loro peculiare atteggiarsi nella formazione del contratto ad oggetto pubblico), riduce l’area della “calcolabilità” giuridica degli effetti dell’applicazione della nuova norma.[[7]](#footnote-7)

4. L’art. 5 recepisce poi i princìpi 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.

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 regole di responsabilità,[[8]](#footnote-8) ovvero anche con riferimento alle regole di validità[[9]](#footnote-9): 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 leso in corso di gara l’affidamento di un concorrente.

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 subìto.

Dunque né la clausola generale di buona fede, né il principio di affidamento, integrano – nel paradigma normativo del provvedimento - i parametri di legittimità condizionanti la validità degli atti adottati nel 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.

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 dell’art. 5 esprime una logica analoga.

Esso 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 – pretoria - di danno da provvedimento legittimo poi annullato.

Si tratta di una disposizione che, analogamente al richiamato comma 3 (prima parte), ha la funzione di perimetrare l’efficacia causale delle condotte che hanno concorso a produrre il danno, secondo uno schema normativo in precedenza percorso anche dall’art. 73 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445,[[10]](#footnote-10) e – in materia di responsabilità da atto lecito - dall’art. 21-*quinquies*, comma 1*-bis*, della legge n. 241 del 1990.[[11]](#footnote-11)

Tutte queste regole positive hanno la funzione, in distinte ipotesi di responsabilità dell’amministrazione, di dare una specifica disciplina al requisito del nesso di causalità: esse, pertanto, costituiscono applicazioni del canone dettato dall’art. 1227 cod. civ., che disciplina la cooperazione colposa del creditore (e del danneggiato) nella causazione del danno.

La Relazione spiega che questa specifica disposizione, riprendendo spunti contenuti nella sentenza dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2017,[[12]](#footnote-12) “*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 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.

Il presupposto è evidentemente un illecito precontrattuale, consistente nella violazione di un dovere informativo.

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 poi 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 difficoltà 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 condanna alle spese, è l’analiticità della indicazione dei criteri di risarcimento nella sentenza che chiude il giudizio di cognizione.

7. Un possibile 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 in forma specifica, 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).

Il che, se non ha finora impedito la proposizione di azioni risarcitorie, denota un sistema comunque imperniato sulla tutela concentrata sul terreno 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].

L’intero articolato normativo traduce la preoccupazione sopra riportata nella predisposizione di una “rete di contenimento” all’esperimento delle azioni risarcitorie dei privati (cui si accompagna la previsione dell’azione di rivalsa dell’amministrazione).[[13]](#footnote-13)

Per un verso una simile 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 princìpi e regole da tempo noti nel diritto civile e nel diritto amministrativo generale: ancorché con l’accentuazione di cui si è detto.[[14]](#footnote-14)

Nondimeno, 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).

Un simile fenomeno aumenterebbe le critiche nei confronti del giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno, e la conseguente affermazione – spesso agitata nella dialettica sul riparto di giurisdizione – della sua inadeguatezza a conoscere del rimedio risarcitorio azionato dai privati contro la pubblica amministrazione.

8. Una simile preoccupazione potrebbe essere alimentata anche dal 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,[[15]](#footnote-15) 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.

Si tratta infatti di una precisazione quanto mai opportuna, giacchè l’evoluzione del contratto di appalto pubblico dalla concezione meramente contabilistica ad una dimensione proconcorrenziale aveva talvolta aveva fatto smarrire il primato logico dei valori sullo strumento: come già segnalato in dottrina[[16]](#footnote-16) e in giurisprudenza.[[17]](#footnote-17)

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 attributaria, 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 maggiormente idonei a soddisfare l’interesse pubblico specifico portato dall’amministrazione aggiudicatrice*”.[[18]](#footnote-18)

Si tratta di un’adesione esplicita della giurisprudenza all’espressione utilizzata dal prof. Casetta - che mi piace ricordare davanti ai suoi allievi nei giorni in cui si celebra il centenario dalla sua nascita - il quale ebbe ad osservare che “*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*”.[[19]](#footnote-19)

È pertanto ora da registrare con favore, in assoluto, il riconoscimento - anche da parte del diritto positivo - di tale impostazione.

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 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).[[20]](#footnote-20)

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 amministrativa[[21]](#footnote-21).

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 princìpi: 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.

Il problema, depurato da prospettive fuorvianti, rimane – secondo quanto finora osservato nel diritto amministrativo generale - quello della identificazione dell’interesse tutelato dalla disposizione violata: e, sulla base di tale corretta operazione ermeneutica, della conseguente perimetrazione dell’accesso al rimedio (annullatorio).[[22]](#footnote-22)

9. Infine, 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 princìpi enucleati nella sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 20 del 2021, disciplinando le “condizioni” di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato.

La disposizione inoltre cala nella specifica materia i princìpi 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*”.[[23]](#footnote-23)

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 subìto nella fase di esercizio del potere amministrativo.

11. Conclusivamente, coerentemente al titolo del Convegno credo di avere posto più interrogativi di quanti abbia cercato di risolverne.

Al di là del metodo, felicemente dubitativo, scelto come impostazione della giornata di studio, la ragione risiede nel fatto che solo l’opera di applicazione giurisprudenziale, successivamente all’entrata in vigore del codice, potrà chiarire il significato di enunciati normativi di portata generale.

L’impatto di un codice così significativo sulla vita non solo economica del Paese involge dunque, accanto alla responsabilità politica del legislatore, anche quella – rispettivamente – professionale e scientifica della giurisdizione e della scuola.

È pertanto fondamentale, accanto al ruolo della giurisprudenza nella corretta applicazione del comando normativo,[[24]](#footnote-24) il contributo dell’Accademia alla riflessione sui princìpi, proprio perché non si può riempire di contenuto una disposizione di principio in modo non coerente con le categorie e con la stessa funzione del diritto.

Ne va non solo della calcolabilità del diritto,[[25]](#footnote-25) ma anche della stessa legittimazione sociale della regolazione giuridica, 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”.[[26]](#footnote-26)

**Giovanni Tulumello**[[27]](#footnote-27)\*

pubblicato il 7 giugno 2023

1. Testo provvisorio della relazione sul tema “*L’affidamento delle parti*”, svolta nell’ambito dell’incontro di studio “*Decodificare il codice degli appalti: dieci spunti sul decreto legislativo n. 36/2023*”, organizzato il 6 giugno 2023 a Milano presso l’Università “Luigi Bocconi”. Il presente scritto è dedicato alla memoria del prof. Giovanni Torregrossa, nel trentesimo anniversario della Sua morte.

   [↑](#footnote-ref-1)
2. S. Braconnier, *Un monde sans droit?*, L’Aube, 2023, pag. 31. [↑](#footnote-ref-2)
3. Si pensi alla responsabilità per lesione degl’interessi legittimi pretensivi (art. 13 legge 19 febbraio 1992, n. 142: art. 2, par. 1, lett. c) della Direttiva n. 89/665/CEE). [↑](#footnote-ref-3)
4. N. Irti, *Codice civile e società politica*, V ed., Roma-Bari, 2004, pag. 5: “Non scegliamo i nostri temi di studio; li incontriamo, come nella vita incontriamo persone, legandoci di simpatia e di consonanza spirituale o rifiutandole con fastidio ed impazienza. occasioni, diremmo con Goethe: che non provengono dalla nostra volontà, ma dal caso, da circostanza impreviste, poi, le occasioni ci rivelano a poco a poco la loro forza interiore, e ci stringono nel vincolo della necessità. ci sembra così che l’incontro – con una persona o con un tema di studio – sia preparato da tutta la nostra vita, e non possa esser diverso da ciò che è. esso ormai ci appartiene, ha segnato il nostro pensiero, si è combinato e collocato nell’unità della nostra esperienza”. [↑](#footnote-ref-4)
5. G. Torregrossa, *Appaltare in Europa*, Calice editori, 1992, pag. 74. Il saggio è pubblicato anche con il titolo *I princìpi fondamentali dell’appalto comunitario*, nella *Rass. giur. en. el*., 1992. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. Come già osservato al di fuori della specifica materia dei contratti (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 in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://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).

   Già in diritto civile si osservava del resto che “la materia della buona fede richiama varietà di espressioni: lealtà, correttezza, ignoranza, erronea conoscenza che, come si è visto, si aggiungono ora a concetti e termini di colpa, dolo, frode alla legge, frode in danno dei creditori, ecc. Non è certo agevole, nell'attuale stato della dottrina e della giurisprudenza, il tentativo di introdurre criteri di orientamento” [S(alvatore) Romano, *Buona fede (dir. priv.)*, voce dell’*Enc. Dir*., V, Milano, 1959, pag. 685]. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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.i*t, n. 1/2023. [↑](#footnote-ref-8)
9. L. Lorenzoni, *I princìpi 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. [↑](#footnote-ref-9)
10. “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”. [↑](#footnote-ref-10)
11. “Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sulla quale F.G. Scoca, *Impossibilità di esecuzione del giudicato e azioni conseguenti*, in *Corr. Giur*., n. 10/2017, pagg. 1252 e segg. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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”. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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'illegittimità̀ 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”. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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 princìpi 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. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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 la documenta indagine di E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, sentenze nn. 1076/2020, 4086/2020, 7138/2020, 10673/2022, 5179/2023. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4086/2020. [↑](#footnote-ref-18)
19. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2001, pag. 89. [↑](#footnote-ref-19)
20. Di “rischio di eccessiva (aggiungerei cattiva) enfatizzazione del principio del risultato” parla anche G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-20)
21. In argomento sia consentito il rinvio a G. Tulumello*, Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorn*o, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Plaia e A. Bellavista, Milano, Giuffrè, 2011, pagg. 509 e segg. [↑](#footnote-ref-21)
22. 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. [↑](#footnote-ref-22)
23. 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*”. 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, in giustizia-amministativa.it*; in giurisprudenza la criticata tesi delle SS.UU. è stata recentemente riaffermata dall’ordinanza n. 1567/2023. [↑](#footnote-ref-23)
24. Pur a fronte della presa d’atto di un legislatore “smarrito e certo incapace”, che detta norme “di ardua comprensione e di ancor più ardua applicazione ed usa a casaccio le parole in cui si articola la disposizione” (il che, si spera, non è il caso del Codice che si sta commentando), R. Villata (*Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm*., n. 2/2021, pag. 394) ritiene “doveroso riaffermare “il primato della legge, pur macchinosa, difettosa e lacunosa possa apparire” per evitare il pericolo che lo Stato costituzionale di diritto sia sostituito da uno Stato aristocratico di giurisdizione . Difesa dunque del principio di legalità e del più modesto ruolo del giurista, non “inventore” del diritto, ma ricercatore del significato dello *ius positum*  in un quadro sistematico coerente, (…..) dovendosi ribadire come non sia consentito sostituire una volontà democraticamente posta con il principio del comando di uno solo supportato dai (presunti?) valori condivisi dalla comunità”.  [↑](#footnote-ref-24)
25. “Decidere la controversia è porvi termine, sciogliere dubbi di fatto e ambiguità interpretative, preferire una soluzione fra le molte possibili. Il decidere si appoggia sul giudicare; non nasce dal nulla, non è puro atto di volontà, ma risultato d’un raffronto fra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto, tra antecipazione di ieri e realtà di oggi. In codesto raffronto risiede l’applicazione della legge. È famosa la proposizione del barone di Montesquieu, irrisa da zelanti e incolti innovatori: ‘*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des etres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la riguer*’ (*Esprit des Lois*, XI, chap. VI). Vi si esalta e garantisce la *grandezza del giudizio legale*, la relazione di coerenza e lealtà fra norma e decisione del caso concreto. Il giudizio, convertendo le ‘parole della legge’ in ‘parole della sentenza’, decide la controversia, in modo ‘inanimato’, cioè oggettivo e impersonale. (….) Si può decidere senza giudicare. Il decidere ‘per valori’ è non tanto un giudicare, ossia assegnare predicati a un soggetto (un predicato legislativo a un fatto accaduto), quanto un *prendere posizione*; non un raffronto, ma un confronto. I valori (…) non hanno bisogno né di fattispecie, né di giudizi sussuntivi, ma tendono a immediata e concreta realizzazione. La controversia è bensì *decisa*, ma senza quel giudizio in cui la legge definisce la vicenda concreta e ne fa un ‘caso’ della propria applicazione” (N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, pagg. VII e VIII). [↑](#footnote-ref-25)
26. S. Braconnier, *Un monde sans droit?*, cit., 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. [↑](#footnote-ref-26)
27. \* Consigliere di Stato, componente dell’Ufficio Studi e Formazione della Giustizia Amministrativa. Le valutazioni espresse nello scritto sono opinioni personali dell’autore. [↑](#footnote-ref-27)