

SALVATORE CIMINI
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Scienze Politiche
dell'Università di Teramo
scimini@unite.it

BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA P.A.

GOOD FAITH AND CIVIL LIABILITY CAUSED BY A PUBLIC AGENT

SINTESI

Dal canone della buona fede oggettiva e correttezza è possibile enucleare una serie di regole di condotta, alcune non tipizzate in norme giuridiche, che riguardano l'agire amministrativo (in particolare il procedimento amministrativo). La loro violazione connota il comportamento dell'amministrazione pubblica come scorretto e può provocare dei danni risarcibili. La buona fede (oggettiva) non coincide però con la colpa. Ci si deve chiedere allora se la violazione della clausola di buona fede oggettiva sia sufficiente per configurare un illecito civile dell'Amministrazione pubblica. La conclusione a cui si giunge nel presente scritto è che a fronte di un comportamento scorretto della p.a. è necessario provare la sussistenza dell'elemento soggettivo per affermare la responsabilità dell'ente pubblico (almeno se si accede alla tesi che riconosce natura extracontrattuale a tale responsabilità). Ad avvalorare questa tesi c'è l'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990 che, com'è noto, al co. 1, dispone che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento (e quindi un comportamento scorretto della p.a., lesivo del legittimo affidamento del privato) dà luogo al risarcimento del danno soltanto se l'inosservanza è dovuta a dolo o colpa. Si puntualizza, inoltre, che non basta invocare la circostanza di aver agito con buona fede e correttezza per andare esente da responsabilità, bensì occorre dimostrare anche l'assenza di colpa. In altre parole, il fatto di aver agito con correttezza e buona fede non esclude che vi possa essere comunque una responsabilità della p.a. per i danni conseguenti all'emanazione di un provvedimento illegittimo.

ABSTRACT

From the canon of objective good faith and fairness, it is possible to extract a series of rules of conduct, some of them not standardised in legal regulations, which deal with the administrative action (in particular, the administrative procedure). Their violation makes the behaviour of the Public Administration incorrect and may cause compensable damage. But the good faith (objective)

does not coincide with the fault. One wonders, therefore, if the violation of the clause of objective good faith is sufficient to give rise to a liability of the Public Administration. The conclusion of this paper is that in the face of an incorrect behaviour of the Public Administration it is necessary to prove the existence of the subjective element (the fault) to assert the liability of the Public Administration (at least if one acknowledges the thesis recognizing non-contractual nature to such liability). This thesis is confirmed by the art. 2-*bis* of the law no. 241 of 1990 which, as is known, in the paragraph 1, provides that failure to comply with the deadline for conclusion of the proceeding (therefore, an incorrect behaviour of the Public Administration, that violates a legitimate expectation of the private) gives rise to compensation for damages only if the non-compliance is due to willful or fault. Furthermore, it is pointed out that it is not enough to invoke the fact of acting in good faith and correctly in order to be exempt from liability, but it is also necessary to prove the absence of fault. In other words, the fact of acting with correctness and good faith does not exclude that there may still be a liability of the Public Administration for damages resulting from the enactment of an illegitimate act.

PAROLE CHIAVE: Buona fede oggettiva, legittima aspettativa, procedimento amministrativo, colpa, responsabilità della p.a.

KEYWORDS: Objective good faith, legitimate expectation, administrative procedure, fault, liability of the Public Administration.

INDICE: 1. La buona fede (oggettiva) come parametro che impone alla p.a. di tenere una condotta procedimentale corretta – 2. (*Segue*): le regole di condotta amministrativa ricavabili dal canone della buona fede (oggettiva) – 3. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e colpa – 4. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e responsabilità da attività provvedimento della p.a. – 5. Il dovere di agire in buona fede da parte del privato (cenni)

1. La buona fede (oggettiva) come parametro che impone alla p.a. di tenere una condotta procedimentale corretta

Lo scopo di questo scritto è quello di portare l'attenzione sul rapporto che intercorre tra il canone della buona fede oggettiva, il procedimento amministrativo e la responsabilità da attività provvedimento della p.a.¹

L'analisi non può che prendere le mosse da alcune precisazioni.

Anzitutto si deve osservare che la buona fede oggettiva sembra ormai

¹ Una prima versione del presente lavoro è stata pubblicata nel volume collettaneo F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 121 e ss.

coincidere con il dovere di comportarsi secondo correttezza².

Occorre poi ricordare che la dottrina amministrativistica, dopo alcuni iniziali tentennamenti³, ha da tempo chiarito che il parametro della buona fede oggettiva è senz'altro applicabile al diritto amministrativo: si tratta di un canone che rappresenta ormai parte integrante dello statuto giuridico dell'agire amministrativo⁴.

² Come notato da E. LECCESE, *Colpa e buona fede*, in *La colpa nella responsabilità civile*, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 193, la tradizionale distinzione tra correttezza e buona fede pare essere stata messa da parte dalla giurisprudenza (Cass., 10 maggio 2002, n. 6763, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3111). La distinzione sul significato da attribuire ai due concetti è stata proposta da autorevole dottrina (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 68), secondo cui «la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo». Anche altra autorevole dottrina (L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1948, p. 2 e ss.), ha distinto le due clausole quanto ad ambito di applicazione, precisando che la buona fede trova attuazione nei rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza nei rapporti che non hanno origine contrattuale. Oggi, come si diceva, queste distinzioni sembrano superate in giurisprudenza, ma anche in letteratura: si veda, ad esempio, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., spec. p. 169; nella stessa direzione sembra andare anche L. ROVELLI, *Correttezza*, voce del *Digesto disc. priv.*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, p. 423 e ss., che considera la correttezza e la buona fede un'unica clausola generale; nonché autorevoli Autori come S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 132 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1974, p. 9 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1988, p. 1 e s.

³ Si sono mostrati contrari alla rilevanza della buona fede nel diritto amministrativo illustri Autori come E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 556 ss., e M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, ora in ID., *Scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 141 ss. e 371 ss. (il quale comunque ammetteva la rilevanza della buona fede nell'ambito dei rapporti di diritto privato dell'Amministrazione, come nel caso della responsabilità precontrattuale: si veda ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 518).

⁴ Fondamentali sul punto restano i lavori di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all' "Alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001. Anche altra autorevole dottrina (F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001, a cura di L. Garofalo, vol. III, Padova, Cedam, 2003, p. 472) ha sottolineato che «non può esserci contrasto e reciproca esclusione tra il criterio del perseguimento dell'interesse pubblico, che attiene alla decisione e alle scelte sostanziali che questa comporta, e il principio di buona fede che riguarda precipuamente il modo in cui l'Amministrazione agisce nell'assumere la decisione: la correttezza non confligge con il raggiungimento del fine pubblico, semmai impone l'attenta considerazione anche dell'interesse dei privati, che siano coinvolti, in un modo o nell'altro, nell'assetto di interessi che l'Amministrazione, unilateralmente, con il provvedimento stabilisce ed impone». Evidenza come la buona fede espliciti i propri effetti soprattutto nei rapporti non paritari F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 44 e ss. Si sofferma sull'applicabilità del principio di buona fede al diritto amministrativo, e quindi nei rapporti con la p.a., L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, *passim*. Sul principio della

Analogamente, la giurisprudenza amministrativa è ferma nel sostenere che il principio di buona fede oggettiva è posto dall'ordinamento a fondamento anche dell'attività dei soggetti pubblici (e non solo di quella dei privati), attribuendogli il valore di clausola generale che informa l'azione amministrativa nel suo complesso⁵. Così, di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che «*nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza*»⁶.

Va aggiunto che la clausola della buona fede è compatibile non solo con la responsabilità contrattuale e precontrattuale, ma anche con l'illecito aquiliano⁷.

Il dovere di correttezza, infatti, è contemplato a livello legislativo sia nell'ambito del rapporto obbligatorio (anche in fase di esecuzione del contratto), sia in tutta una serie di fattispecie nelle quali non può ravvisarsi l'esistenza

buona fede nel diritto amministrativo si veda utilmente anche E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001, a cura di L. Garofalo, Padova, Cedam, 2003, vol. I, p. 371 e ss. (anche in *Dir. econ.*, 2001, p. 317 e ss.). Osserva che seguendo l'insegnamento proveniente dagli ordinamenti di *common law*, alcuni principi che affondano le loro radici nel diritto privato, come la buona fede e la correttezza, «*sono divenuti canoni generali dell'azione amministrativa, non solo di diritto privato ma anche di diritto pubblico*», M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1023 e ss. Fanno riferimento al principio di imparzialità per riconoscere il valore della buona fede nei rapporti della p.a., U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 57 s., e F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 816 s.

⁵ Si segnalano, tra le molte, Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 1111; Id., Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384; Id., 26 gennaio 2011, n. 550.

⁶ Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5. Si vedano, anche, indicativamente, Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Id., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

⁷ La questione è invero discussa in dottrina. Per un quadro completo su questi aspetti si rinvia al lavoro monografico di A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza, riconducono la responsabilità precontrattuale al *genus* della responsabilità aquiliana, *ex multis*, Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 429; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 6 febbraio 2008, n. 1069, ove si precisa altresì che l'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità si risolve, frequentemente, nell'accertamento della violazione di regole obiettive concernenti il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede (in senso oggettivo).

di un rapporto giuridico⁸.

Del resto, da tempo la dottrina ha evidenziato che l'art. 2 della Costituzione, nel quale va individuato il fondamento del principio di solidarietà, e quindi di correttezza, dispone che tutti i comportamenti dei soggetti dell'ordinamento siano rispettosi di tale principio, anche quelli in cui non sussista alcun rapporto obbligatorio⁹.

La clausola della buona fede, dunque, trova impiego sia nel diritto privato che in quello amministrativo; sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale.

Segnatamente, per quanto riguarda l'esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti pubblici, dal canone della buona fede oggettiva e correttezza è possibile enucleare una serie di regole di condotta che riguardano in particolare il procedimento amministrativo. Il principio di buona fede, infatti, è da riferire non tanto al provvedimento amministrativo (momento statico), quanto al comportamento (momento dinamico), cioè al modo di formazione, di comunicazione, di interpretazione ed esecuzione del provvedimento¹⁰. Come è stato notato da autorevole dottrina, il principio di buona fede «*riguarda precipuamente il modo in cui l'Amministrazione agisce nell'assumere la decisione*»¹¹.

La buona fede, dunque, consente di riconoscere in capo alla p.a. doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli tipizzati, anche se molti obblighi derivanti dall'applicazione di questo principio in ambito procedi-

⁸ Come evidenziato da S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 412, ivi i riferimenti alla dottrina civilistica.

⁹ E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., p. 371 e ss. Ampiamente sul punto S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., p. 125 e ss. Secondo G.M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, voce del *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1533 e s., la correttezza è un principio istituzionale che trova il suo fondamento nell'art. 28 Cost.

¹⁰ Sottolinea che la buona fede viene a costituire non tanto una regola per la decisione, quanto un parametro di giudizio della condotta della p.a., che può prescindere dall'emanazione di un provvedimento e dalla sua illegittimità, G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, p. 273. Avvicina la buona fede al comportamento L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 122, la quale ultima distingue la buona fede dalla tutela dell'affidamento che riferisce invece all'aspettativa di ottenere un determinato risultato. Anche A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 223, mette in evidenza che la buona fede è «*uno dei possibili modi di configurare nel concreto comportamenti rispettosi del buon andamento, dell'imparzialità, della ragionevolezza nell'esercizio del potere*».

¹¹ F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, cit., p. 472.

mentale sono stati ormai legalmente riconosciuti a livello legislativo¹².

L'art. 1 della l. n. 241 del 1990, infatti, consacra una serie di “principi generali dell'attività amministrativa” i quali, nella loro portata e nella loro ampiezza, ben possono ritenersi già comprensivi di tutte le possibili declinazioni del principio (civilistico) di buona fede, ove trasposto nell'ambito del diritto pubblico. Si pensi, ad esempio, al dovere della p.a. di non aggravare il procedimento, previsto proprio dall'art. 1 della legge n. 241/1990.

Tuttavia, poiché la legge n. 241/1990 è una disciplina formulata prevalentemente per principi, la buona fede può svolgere una utile funzione interpretativa e integrativa. Attraverso la clausola della buona fede, infatti, si possono trovare ulteriori criteri di riferimento per individuare la regola del caso concreto¹³.

Oltre a ciò, non si può escludere una funzione integrativa della buona fede quale fonte di una serie di doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli previsti da norme giuridiche, in grado di colmare le eventuali lacune del sistema¹⁴. Obblighi che scaturiscono dalla necessità che le parti (anche e soprattutto quella pubblica) si comportino correttamente, in modo da non arrecare pregiudizi inutili, eccessivi o non previsti alla controparte.

Si tratta di una tesi confermata dalla lettura della giurisprudenza, la quale riconosce che il dovere di agire secondo correttezza e buona fede non è assolto solo con il compimento di atti previsti in specifiche disposizioni di legge ma si deve realizzare anche con comportamenti non individuati dal legislatore e che in relazione alle singole situazioni di fatto siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione dell'altro contraente¹⁵.

Occorre ricordare poi che la tutela dell'affidamento è un obbligo derivante dall'ordinamento europeo, trattandosi di un principio che, pur non essendo espressamente richiamato dai Trattati, è stato più volte affermato dalla

¹² Sottolinea questo profilo F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 133. Ritiene che le norme in tema di procedimento pongano a carico dell'Amministrazione pubblica doveri di correttezza A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, voce dell'*Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 985.

¹³ In tal senso F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 210. Sulla stessa lunghezza d'onda L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 81, la quale osserva che, soprattutto ove si rifletta sul profilo della correttezza, il principio della buona fede spinge verso una considerazione dello stesso (anche) in termini di regola del procedimento.

¹⁴ Si veda ancora sul punto F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 216 e ss.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2755; si veda, di recente, Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

Corte di giustizia, che lo ha elevato al rango di principio generale dell'ordinamento europeo¹⁶. Obbligo che è diventato ancora più stringente dopo che l'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (come integrato dall'art. 1 della l. 11 febbraio 2005, n. 15) ha assoggettato l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario.

Naturalmente, essendo la buona fede (oggettiva) il parametro di riferimento di una condotta procedimentale che non deve essere dannosa per il terzo, ne consegue che è in sede risarcitoria che detto parametro esplica principalmente (se non esclusivamente) i suoi effetti. In altre parole, come notato di recente dal Consiglio di Stato, non *«diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)»*¹⁷.

Ne consegue che una responsabilità da comportamento scorretto può sussistere nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento. Paradigmatico è il caso del danno da ritardo, previsto dall'art. 2-bis, co. 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241 (introdotto dall'art. 7, co. 1, l. 18 giugno 2009, n. 69), secondo cui le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative *«sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento»*. In siffatta ipotesi il danno si configura a prescindere dalla legittimità del provvedimento. Ciò che viene in rilievo è *«un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini 'perentori'), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali»*¹⁸.

La responsabilità da scorrettezza non è quindi una responsabilità che de-

¹⁶ Si veda, per tutte, Corte giustizia, 3 maggio 1978, causa C-12/77, *Topfer*.

¹⁷ Così Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., ove si precisa che nell'ambito *«del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità»*.

¹⁸ In questi termini ancora Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

riva dalla lesione dell'interesse legittimo, giacché prescinde dalla illegittimità dell'atto¹⁹.

2. (Segue): le regole di condotta amministrativa ricavabili dal canone della buona fede (oggettiva)

Assodato che dal canone della buona fede si possono ricavare le regole di una corretta condotta procedimentale la cui violazione ben può fondare il giudizio di responsabilità della p.a., c'è da fare qualche esempio.

Ebbene, anzitutto può dirsi che la violazione di norme giuridiche espresse è certamente un indice della violazione del canone della correttezza. Chiaramente, però, la correttezza non presuppone solamente il rispetto delle norme legislativamente poste, perché se così fosse essa verrebbe a coincidere con il principio di legalità²⁰.

¹⁹ In questo quadro, può essere utile ricordare che le Sezioni Unite della Suprema Corte, con tre ordinanze “gemelle”, hanno affrontato il tema della risarcibilità dei danni subiti dai soggetti destinatari di un provvedimento favorevole – ma illegittimo – successivamente annullato, riconoscendo a chi si è visto annullare il provvedimento (in via giurisdizionale o in autotutela) la possibilità di invocare la tutela risarcitoria per violazione da parte della P.A. dei doveri generali di comportamento (quali la perizia, la prudenza, la diligenza e la correttezza), avendo posto in essere una condotta lesiva del suo legittimo affidamento (Cass. civ., Sez. Un., ordd. 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; cui *adde* Id., ord. 22 gennaio 2015, n. 1162; Id., 4 settembre 2015, n. 17586; Id., 2 agosto 2017, n. 19171; per un primo commento si vedano, indicativamente, S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. App.*, 2011, p. 916; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 896; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *www.federalismi.it*; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, c. 2398). Nelle richiamate decisioni la Cassazione, facendo leva sul fatto che il soggetto non rimprovera alla p.a. l'illegittimo esercizio del potere ma la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento poi rivelatosi illegittimo, ha affermato che la giurisdizione, riguardando diritti soggettivi, spetta al giudice ordinario. Tale tesi ha sollevato più di una perplessità in dottrina. In questa sede non è possibile (né necessario) sviluppare l'argomento, si deve osservare tuttavia che essendo coinvolto l'esercizio di un potere (nonostante le affermazioni contrarie della Suprema Corte che tuttavia non sembrano persuasive), almeno nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, la cognizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7 c.p.a. Va evidenziato inoltre che nell'azione risarcitoria, a differenza di quella demolitoria, il giudice amministrativo non è mai chiamato a verificare la legittimità dell'atto, ma il comportamento tenuto dall'Amministrazione, per verificare se sia illecito e produttivo di danno; ciò che rileva, quindi, in sede risarcitoria, non è l'interesse legittimo ma è sempre il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale.

²⁰ Così G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, cit., p. 288. In ogni caso, come osservato da autorevole dottrina (F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, cit., p. 471 e ss.), non «sembra essere vero che il

Come si è già detto, la buona fede può svolgere anche una funzione integratrice, in modo da determinare doveri (o regole di condotta) che vanno al di là di quelli legalmente tipizzati o predeterminati dalla stessa Amministrazione. In altre parole, la buona fede può essere “aggiunta” ai principi generali di diritto pubblico per rafforzare ancor di più le garanzie degli amministratori.

Il tipico esempio è quello relativo al dovere di informazione: proprio in virtù del canone di buona fede e correttezza, la p.a. ha il dovere di dare informazioni precise ai terzi in modo da rendere prevedibile il suo comportamento. La giurisprudenza ha infatti avuto modo di precisare che la diffusione di informazioni inesatte può generare una responsabilità della p.a. per illecito extracontrattuale, qualora si leda la posizione di affidamento del soggetto che entra in contatto con l'ente pubblico²¹. Dunque, dal canone di correttezza si può ricavare un nuovo dovere per le Amministrazioni pubbliche, vale a dire quello di fornire informazioni corrette quando si rapportano con il privato.

Anche il giudice ordinario afferma che la p.a. ha il dovere di comportarsi con responsabilità e correttezza nei confronti del cittadino che si rivolge ad essa: sicché, l'inerzia²² e il non rispondere quando il privato chiede notizie sono stati ritenuti comportamenti scorretti e contrari alla buona fede

principio di buona fede, come regola di comportamento, riguarda solo l'attività discrezionale dell'Amministrazione, potendo un comportamento scorretto ipotizzarsi anche nello svolgimento di attività vincolate o nella esecuzione di provvedimenti già adottati e addirittura nella ottemperanza a sentenze passate in giudicato».

²¹ Cass., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424. In argomento si segnala il saggio di L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica Amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 748 e ss.

²² Sul rapporto tra tempo della legge e tempo della buona fede si rinvia agli acuti rilievi di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 29 e ss. (relazione riprodotta con qualche aggiornamento anche in ID., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 39 e ss.), il quale sottolinea che esiste una certezza dell'azione amministrativa imposta dal legislatore e una certezza imposta dal principio integrativo di buona fede a correzione del tempo naturalistico previsto dalla legge (ivi, p. 37 e s.).

In argomento, va rimarcata la particolare attenzione che il legislatore recente ha verso il rispetto dei termini procedurali, la cui inosservanza comporta una responsabilità civile della p.a., oltre ad un obbligo di indennizzo dell'istante (v. l'art. 2-bis della l. n. 241/1990, come modificato da ultimo dall'art. 28, co. 9, della l. n. 98/2013), nonché una responsabilità amministrativa, dirigenziale e disciplinare del dirigente e del funzionario inadempiente (cfr. l'art. 2, co. 9, della l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 1, co. 1, della l. n. 35/2012). Su questi temi si segnala, da ultimo, il lavoro monografico di A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013, il quale mette in evidenza il nesso che sussiste tra obbligo di provvedere e principi di buona fede e tutela dell'affidamento (ivi, p. 56 e ss.).

produttivi di danni risarcibili²³.

La buona fede trova poi vasta applicazione nel settore degli appalti pubblici. Infatti, è soprattutto nell'ambito dell'attività precontrattuale e contrattuale che la buona fede trova il terreno più fertile, nel senso che consente di individuare nuove regole di condotta non espressamente tipizzate in norme. Si pensi alle assicurazioni informali poi non rispettate; all'ingiustificata decisione di non stipulare più il contratto o di ritardarne gli adempimenti; al mancato rinvio della gara nel momento in cui la p.a. accerti il venir meno della copertura finanziaria; e così via²⁴.

La clausola della buona fede, inoltre, ove riferita sempre alla pubblica Amministrazione, spazia dal divieto di tenere un comportamento in contrasto con i precedenti (secondo il brocardo *non venire contra factum proprium*), all'ingiustificato allontanamento da una prassi²⁵. Sotto questo profilo, la buona fede opera nel più ristretto significato di tutela dell'affidamento, che costituisce una delle manifestazioni del principio di buona fede²⁶.

Diversi altri doveri possono sorgere dalla tutela dell'affidamento. Così, ad esempio, è proprio la tutela dell'affidamento dei privati il fondamento primo

²³ Trib. Milano, Sez. lav., 26 novembre 2002, n. 3358.

²⁴ Si sofferma sul punto G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, cit., p. 294 e ss., ivi i riferimenti giurisprudenziali. In argomento si veda Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, cit., la quale precisa che nell'ambito «del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento».

²⁵ Come ricordato da L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 61 e passim.

²⁶ Sottolinea che il principio della tutela dell'affidamento non è figura autonoma, ma solo una delle manifestazioni dell'applicazione del principio di buona fede oggettiva, e che nulla vieta che il principio di buona fede venga applicato ad ipotesi che esulano dalla tutela dell'affidamento, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 283-284. Giova ricordare che il principio di tutela dell'affidamento è di origine comunitaria, essendo stato elaborato dall'opera interpretativa della Corte di giustizia (Corte giust. CE, 12 luglio 1957, *Algera Dineke e a. c. Alta Autorità*, cause riunite 7/56 e 3-7/57; Id., 3 maggio 1978, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*, causa 112/77). Su questo principio si vedano, di recente, oltre agli Autori già citati, L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1998; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 757 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, p. 159 ss. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

dell'esigenza della p.a. di predeterminare i criteri della propria azione amministrativa²⁷.

Inoltre, l'affidamento del privato (ma anche la buona fede) svolge un ruolo determinante con riguardo al comportamento che precede l'adozione di provvedimenti di autotutela. Del resto, è oggi lo stesso legislatore a precisare espressamente che nell'annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo la p.a. dovrà tener conto, tra l'altro, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati²⁸. Ed è sempre per garantire l'affidamento del cittadino che la l. n. 124 del 2015 è intervenuta in tema di autotutela inserendo nell'art.21-*nonies* della l. n.241/1990 la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui può essere esercitato l'annullamento d'ufficio²⁹.

Anche nell'ordinamento europeo la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo³⁰.

Si deve segnalare altresì che una parte della giurisprudenza, pur riconoscendo l'insindacabile discrezionalità dell'Amministrazione nel decidere se provvedere o meno sulle istanze di autotutela (o di riesame), afferma che la p.a., proprio in ossequio dei principi di correttezza e di buona fede, è comunque tenuta a provvedere nel caso di istanze di autotutela puntuali e ben argomentate, qualora queste siano presentate prima della scadenza del termine per agire in giudizio e, quindi, allo scopo di evitare di dover proporre ricorso giurisdizionale³¹.

L'art. 30, co. 3, c.p.a., dispone poi espressamente che il giudice nel determinare il risarcimento deve valutare «*il comportamento complessivo delle parti*». Dunque il giudice, nella quantificazione del danno, deve tener conto (non solo

²⁷ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 67 e ss.

²⁸ Art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990; di recente M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 200, sottolinea che «*La tutela del legittimo affidamento comporta che il potere amministrativo si esaurisce (rectius, può esaurirsi) «in concreto»: quante volte la fiducia del cittadino sulla stabilità del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione*».

²⁹ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, 397; in tal senso anche B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 e ss.; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss.

³⁰ Così Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831.

³¹ Tar Piemonte, Sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125; Cons. St., Sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056. Segnala questo indirizzo giurisprudenziale M. RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in www.giustamm.it, par. 4.

del comportamento del privato, ma) anche della condotta della p.a., la quale è la prima ad essere obbligata a comportarsi con diligenza e correttezza.

Va aggiunto che in virtù del principio di tutela dell'affidamento possono assumere un rilievo giuridico anche quei comportamenti, quelle manifestazioni informali, che hanno la forza di far ragionevolmente presumere all'amministrato quale possa essere il risultato amministrativo, ossia l'assetto degli interessi finali che l'Amministrazione si appresta a fare. In quest'ottica possono diventare rilevanti non solo le manifestazioni di volontà che emergono nel corso del procedimento, e che sono in grado di creare una ragionevole aspettativa nel privato, ma anche le assicurazioni verbali informali che provengono dal dirigente o dal responsabile del procedimento e che possono ingenerare nell'amministrato – in concreto e tenendo conto della natura della situazione – un legittimo affidamento, meritevole di tutela. Ciò accade, ad esempio, allorché le rassicurazioni date dalla p.a. suscitino nel privato una aspettativa qualificata su un determinato esito dell'azione amministrativa, inducendolo a sostenere delle spese.

Naturalmente, in questi casi assumono rilievo – e dovranno perciò essere saggiate dal giudice – non solo l'idoneità del comportamento della p.a. ad ingenerare una aspettativa nel privato (profilo oggettivo), ma anche le conoscenze di cui quest'ultimo dispone (profilo soggettivo) e che gli avrebbero consentito un corretto apprezzamento della situazione concreta non spingendolo così a fondare su quella situazione il proprio affidamento³².

3. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e colpa

I comportamenti della p.a. richiamati nel paragrafo precedente – i quali sfuggono alla formale attività procedimentalizzata e che per questo non rilevano sul piano della illegittimità del provvedimento – possono connotare il comportamento dell'amministrazione pubblica come scorretto, in quanto posti in violazione di quelle regole di condotta che si ricavano dalla clausola della buona fede, intesa anche come correttezza e tutela dell'affidamento³³.

³² Rimarca come nella valutazione della sussistenza di un affidamento si debbano considerare sia gli elementi oggettivi (come il comportamento della p.a.), che quelli soggettivi (come il patrimonio conoscitivo del soggetto che lamenta una lesione del proprio affidamento), L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 187 e s. e *passim*.

³³ Va segnalato che c'è chi in dottrina risolve l'eccesso di potere nell'applicazione delle clausole di buona fede e correttezza: il riferimento è a C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 327 e ss.

Dal parametro della buona fede (oggettiva), quindi, è possibile ricavare nuove regole di condotta della p.a., alcune non tipizzate in norme giuridiche, che se violate sono produttive di danni risarcibili.

Occorre precisare, tuttavia, che la buona fede (oggettiva) non si confonde con l'elemento soggettivo. Detto altrimenti, la scorrettezza non equivale a colpa: non si condivide perciò la prospettiva della nota sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione che valorizza la scorrettezza quale fonte della c.d. colpa d'apparato³⁴.

A tal proposito, giova ricordare che, con riferimento alla responsabilità contrattuale, la dottrina ha evidenziato che la buona fede agisce sulla fonte delle obbligazioni integrandole o modificandole, mentre la diligenza investe direttamente la prestazione³⁵.

Quanto alla responsabilità extracontrattuale, è stato puntualizzato che la correttezza opera sul versante dell'ingiustizia del danno e non su quello dell'elemento soggettivo³⁶.

La buona fede, dunque, si differenzia dalla colpa perché mentre quest'ultima consiste nello scostamento del comportamento tenuto dall'agente da un modello da individuarsi in concreto, la buona fede in senso oggettivo, invece, è elemento stesso della condotta di cui si tratta di apprezzarne le modalità: contribuisce cioè a delineare il modello di comportamento.

Evidenziata la distinzione logica tra scorrettezza e colpa, occorre chiedersi se la violazione della clausola di buona fede oggettiva – ossia l'inosservanza delle regole di correttezza – sia sufficiente per configurare un illecito civile della p.a. o se non sia necessaria la dimostrazione che tale scorrettezza sia dovuta a colpa (o dolo) del soggetto pubblico.

In dottrina c'è chi sostiene la tesi secondo cui la semplice violazione delle regole di correttezza configura la responsabilità della p.a., indipendentemente dalla sussistenza dell'elemento soggettivo³⁷. Questo orientamento, però, fa scivolare la responsabilità da scorrettezza verso una forma di re-

³⁴ Come evidenziato anche da F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, in part. pp. 48 e 56.

³⁵ Si veda F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 23, ivi i riferimenti alla dottrina civilistica.

³⁶ Così, ad esempio, F.D. BUSNELLI, *La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, I, p. 343, precisa che la correttezza attiene all'ingiustizia del danno.

³⁷ S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., *passim*, il quale propone il modello della «responsabilità collaborativa procedimentale edificata attorno alla logica di correttezza».

sponsabilità oggettiva³⁸.

Una parte della giurisprudenza ordinaria, al contrario, sembra ammettere che la violazione del dovere di correttezza non sia sufficiente per radicare automaticamente la responsabilità del soggetto pubblico, ma reputa necessario lo svolgimento di un'indagine ulteriore, per verificare se il comportamento scorretto sia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza dell'apparato pubblico (e quindi a colpa della p.a.).

Così, la Cassazione, con la sentenza n. 2424 del 2004, ha chiarito che il rilascio di informazioni inesatte (azione che rappresenta chiaramente un esempio di comportamento scorretto) può non configurare un illecito civile della p.a. qualora l'inesattezza dipenda da un errore scusabile.

Seguendo questa linea interpretativa, la Suprema Corte ha ritenuto scusabile – e quindi incolpevole³⁹ – il comportamento di una p.a. che aveva rilasciato l'informazione inesatta adeguandosi all'orientamento giurisprudenziale all'epoca predominante, orientamento in seguito abbandonato.

Ebbene, la tesi che a fronte di un comportamento scorretto della p.a. richiede la prova della sussistenza del profilo psicologico per affermarne la responsabilità sembra da preferire, in quanto più coerente con l'art. 2043 c.c.

Si tratta di una interpretazione persuasiva anche perché la buona fede di cui qui si parla è la buona fede oggettiva e non quella soggettiva⁴⁰, e, come si è

³⁸ Sui motivi che ci inducono a ritenere che non sia possibile far ricorso ad un modello di responsabilità oggettiva per l'illecito provvedimento della p.a., sia consentito far rinvio a S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 85 e ss.; F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., *passim*; dopo la sentenza della Corte giust., 30 settembre 2010, causa C-314/09, che ha sancito la responsabilità oggettiva per il settore degli appalti pubblici, si veda il nostro *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della p.a.?*, in *Giur. it.*, 2011, p. 664 e ss.

³⁹ Invero, a rigore, l'errore scusabile e la colpa costituiscono due aree che afferiscono a requisiti differenti (sottolinea questo aspetto F. FRACCHIA, *Colpa dell'Amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima: riflessioni in tema di "selettori" e di "incentivi" elaborati dalla giurisprudenza*, in AA.VV., *Verso un'Amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 161): tuttavia, qui la giurisprudenza sembra utilizzare questo concetto in senso non rigoroso, ma più ampio, al fine proprio di valutare la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo (infatti la Cassazione, dopo aver sottolineato che nel caso sottoposto al suo esame non è dato prescindere dal requisito soggettivo della responsabilità, non esclude di conseguenza la rilevanza dell'errore scusabile commesso dalla p. a.). D'altronde, pur se in linea di principio l'errore scusabile non coincide con la colpa è innegabile una loro stretta vicinanza.

⁴⁰ La prevalente dottrina civilistica afferma la distinzione tra buona fede oggettiva e buona fede in senso soggettivo: in tal senso, indicativamente, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 26 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 335 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 3 ss.; F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto"*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 569 ss.; L. BIGLIAZZI

detto, dalla buona fede oggettiva scaturiscono regole di condotta. Per cui, a ben vedere, si versa nella stessa situazione in cui ci si trova quando è necessario riconoscere la responsabilità della p.a. per i danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere: come in siffatto caso la Cassazione è ferma nel ritenere che non è sufficiente la mera illegittimità del provvedimento (e quindi la mera violazione di regole) per imputare l'evento dannoso alla responsabilità della p.a. (ma è richiesta una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa)⁴¹, allo stesso modo non basta la violazione delle regole di correttezza per far incorrere in responsabilità la p.a., ma è necessario dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo.

In sostanza, se si accede alla natura extracontrattuale – e non contrattuale o oggettiva⁴² – della responsabilità da attività provvedimentale della p.a., la regola generale ricavabile dall'art. 2043 c.c. (applicabile anche al soggetto pubblico, dal momento che, se si esclude il settore degli appalti⁴³, non esiste una disposizione specifica che giustifichi una differenziazione tra la posizione dell'Amministrazione pubblica e quella di altri soggetti dell'ordinamento) è che per affermare la sussistenza della responsabilità dell'Amministrazione non è sufficiente la violazione delle regole di correttezza ma è necessario anche dimostrare che la stessa abbia agito con colpa (o dolo). E ciò anche (e soprattutto) perché la buona fede, come s'è già accennato, opera sul versante dell'ingiustizia del danno e non su quello dell'elemento soggettivo.

GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 159 ss. Altra autorevole dottrina civilistica, tuttavia, propende per una nozione unitaria di buona fede: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 69 ss.; A. MONTEL, voce *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino, Utet, 1957, p. 599 ss.; S. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 677 ss.

⁴¹ Sul punto la giurisprudenza della Cassazione è ferma a partire dal *revirement* giurisprudenziale attuato dalla nota sentenza della Cass., Sez. un., n. 500/1999. In precedenza, invece, la Suprema Corte affermava che l'illegittimità dell'atto fosse un dato necessario e sufficiente per ritenere integrato l'elemento della colpa richiesto dall'art. 2043 c.c., e quindi di fatto prescindeva dalla dimostrazione dell'elemento soggettivo (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883; Id., Sez. I, 1 dicembre 1992, n. 12839; Id., Sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542). In senso difforme vi era comunque qualche isolata pronuncia: si veda, ad esempio, Cass., Sez. lav., 6 maggio 1991, n. 4951, ove si ritiene che la responsabilità dell'ente pubblico «*in tanto può essere riconosciuta in quanto, secondo i principi della legge civile in tema d'illecito extracontrattuale, sia provato che l'illegittima assunzione è imputabile agli stessi amministratori quanto meno a titolo di colpa, non essendo al riguardo sufficiente il mero fatto della illegittima costituzione del rapporto, dato che la colpa si presume solo nel caso di responsabilità contrattuale*».

⁴² Per un quadro sulle diverse e numerose tesi che si sono affacciate in dottrina in ordine alla natura della responsabilità da attività provvedimentale della p.a., sia consentito rinviare a S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., 25 e ss.

⁴³ Dove si può ipotizzare di trovare un riferimento normativo indiretto alla responsabilità oggettiva nel diritto europeo: si veda sul punto Corte giust., 30 settembre 2010, causa C-314/09.

Ad avvalorare questo indirizzo ermeneutico c'è oggi il già citato art. 2-bis della l. n. 241 del 1990. Com'è si è già avuto modo di ricordare, detto articolo, al co. 1, dispone che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento dà luogo al risarcimento del danno soltanto se l'inosservanza è dovuta a dolo o colpa.

Ebbene, se si considera che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento configura un comportamento della p.a. che può qualificarsi senz'altro scorretto⁴⁴, lesivo del legittimo affidamento del privato⁴⁵, si può affermare che sembra essere lo stesso legislatore a richiedere la prova dell'elemento soggettivo in presenza di un comportamento non conforme al canone della buona fede oggettiva e del legittimo affidamento del privato.

Certo, il legislatore ha previsto questo schema, in modo espresso, soltanto con riferimento alla sopra richiamata ipotesi di scorrettezza tipizzata (il mancato rispetto dei termini procedurali), ma, per analogia, si potrebbe estendere la necessità di provare l'elemento soggettivo anche a tutte le altre fattispecie in cui la p. a. pone in essere un comportamento non corretto.

Si tratta di una tesi ormai ripresa anche dalla massima giurisprudenza amministrativa, la quale precisa che ai fini della responsabilità precontrattuale della p.a. è necessario che la *«oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis legge n. 241 del 1990, che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto che l'inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio»*⁴⁶.

Naturalmente, per valutare l'elemento soggettivo – e segnatamente la colpa – si deve far riferimento a criteri oggettivi, concreti e alla condotta non solo e non tanto del singolo funzionario ma a quella dell'apparato⁴⁷. Così, ad

⁴⁴ Il che trova ora una conferma nella importante decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., ove si precisa che la violazione del termine di conclusione del procedimento rappresenta un comportamento scorretto dell'Amministrazione.

⁴⁵ Come notato da A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e decisioni economiche*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 320, il privato interessato dall'azione amministrativa si trova a vantare un legittimo affidamento nella certezza dei tempi dell'azione stessa.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

⁴⁷ Sulla possibilità di valutare la condotta del dipendente nella responsabilità civile della p.a. – possibilità negata dalla giurisprudenza a cominciare da Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500,

esempio, nelle richiamate ipotesi di diffusione di informazioni sbagliate, il dipendente potrebbe essere incolpevole, mentre la colpa potrebbe rinvenirsi in capo all'apparato-amministrazione che non ha adeguatamente informato e formato il proprio operatore che si rapporta con il pubblico.

Giova precisare, infine, che per poter affermare la responsabilità della p.a. non basta la sussistenza dell'elemento soggettivo; il privato ha l'onere di provare anche gli altri elementi di questa responsabilità, in particolare il danno che ha subito e il suo collegamento causale con la condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione⁴⁸.

4. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e responsabilità da attività provvedimentale della p.a.

Se si condivide la tesi sopra prospettata, secondo cui la scorrettezza deve essere soggettivamente imputabile alla p.a. in termini di colpa (o dolo), ne consegue che si possono avere comportamenti scorretti (lesivi cioè della buona fede oggettiva) ma diligenti, che non fanno scattare la responsabilità della p.a. per mancanza di colpa.

Che cosa accade se, al contrario, la p.a. pone in essere una condotta corretta (non lesiva cioè della buona fede oggettiva) ma negligente (ossia colposa)?

In quest'ultimo caso la responsabilità, se vi sono danni, si configura sempre. È del tutto evidente, infatti, che un comportamento posto in essere con buona fede comporta comunque una ipotesi di responsabilità provvedimentale della p.a. se sono ravvisabili profili di colpa del soggetto pubblico e se si è in presenza di un provvedimento illegittimo. Come si è già accennato, infatti, la responsabilità da scorrettezza va tenuta distinta dalla responsabilità per i danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi.

che fa riferimento unicamente alla colpa d'apparato – sia consentito far rinvio a S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 299 e ss.

⁴⁸ Come puntualizzato dalla più volte citata decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, affinché «nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

Non basta perciò invocare la circostanza di aver agito con correttezza e buona fede per andare esente da responsabilità, ma è necessario dimostrare altresì l'assenza di colpa⁴⁹.

Non si può condividere di conseguenza quell'orientamento del giudice amministrativo, invero minoritario, che esclude la responsabilità della p.a. allorché non vi sia alcuna violazione delle regole di correttezza e buona fede, nonostante l'illegittimità dell'atto⁵⁰. Seguendo detto indirizzo giurisprudenziale si finisce, ribaltando l'impostazione, col condannare l'Amministrazione soltanto nei casi in cui questa abbia agito con scorrettezza, innalzando così del tutto ingiustificatamente la soglia di punibilità della responsabilità civile della p.a..

Fra l'altro, il giudice amministrativo, nella sentenza citata, affermando la non responsabilità dell'amministrazione perché «*non è stata mossa dall'intento di danneggiare la ricorrente*», opera un passaggio dal campo della buona fede oggettiva a quello della buona fede soggettiva. In tal modo, però, si arriva al risultato di condannare l'Amministrazione soltanto nei casi in cui abbia agito con mala fede, cioè con l'intento di nuocere al privato, portando la soglia di punibilità addirittura a livello del dolo e gravando il privato di una *probatio diabolica*.

Senza dire poi che la buona fede soggettiva e il dolo non possono riguardare la p.a. intesa come apparato ma soltanto l'operatore pubblico e rilevano principalmente in tema di responsabilità amministrativa per danno erariale⁵¹.

Giova ricordare, infatti, che un espresso richiamo al principio di buona fede si trova nell'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 20 del 1994, ove si dispone che nel caso di atti che rientrano nella competenza degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità amministrativa non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano consentito l'esecuzione⁵².

A tal proposito, va osservato che lascia perplessi quell'orientamento del giudice contabile che fa ricorso alla buona fede per escludere la responsabilità amministrativa del funzionario nella scelta del contenuto discrezionale dell'atto (in sostanza, viene esclusa la responsabilità dell'agente quando il danno

⁴⁹ Cass., sez. II, 29 aprile 2008, n. 10841.

⁵⁰ Si veda, ad esempio, T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 8 luglio 2000, n. 544.

⁵¹ Riferendosi la buona fede soggettiva ad una situazione psicologica di ignoranza o di errore, è del tutto evidente l'improponibilità per la p.a. di una simile nozione, attesa «*la impossibilità di dare rilevanza, nel comportamento dell'Amministrazione pubblica, ad uno stato psicologico che non può in nessun caso esserle proprio*» (così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 69, nota 144).

⁵² Su questi temi sia consentito rinviare a S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, Giuffrè, 2003.

all'erario sia stato arrecato da un errore riconducibile a buona fede)⁵³. Siffatta tesi non può essere seguita perché, a tacer d'altro, il richiamo legislativo alla esimente della buona fede nel campo della responsabilità amministrativa (art. 1 della l. n. 20 del 1994), non riguarda la scelta discrezionale dell'atto e la sua adozione, ma solo l'aver dato esecuzione, da parte degli organi politici, ad un atto di competenza altrui, cioè degli uffici tecnici o amministrativi.

5. Il dovere di agire in buona fede da parte del privato (cenni)

Prima di chiudere può essere utile rilevare, per completezza, che la buona fede fa sorgere degli obblighi di comportamento non tipizzati pure in capo agli amministrati, influenzando la loro condotta⁵⁴.

Così, ad esempio, ai sensi del già richiamato art. 30, co. 3, c.p.a., il comportamento scorretto del privato deve essere valutato in sede di quantificazione del danno, dovendo il giudice tener conto del comportamento complessivo delle parti nel determinare il risarcimento.

Nell'ambito del procedimento amministrativo, dunque, il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'Amministrazione⁵⁵.

Non pare esserci tuttavia una identità di contenuto tra l'obbligo di buona fede che incombe sull'Amministrazione e quello che è posto in capo al cittadino che partecipa all'azione amministrativa⁵⁶.

Inoltre, nei riguardi del privato – e non della pubblica Amministrazione – assume rilievo la buona fede soggettiva: si pensi alle somme non dovute ma

⁵³ Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467.

⁵⁴ Sui doveri di correttezza dei privati si veda M. OCCHIENA, *L'autorizzazione edilizia tra semplificazione, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori*, in *Foro amm-T.a.r.*, 2002, p. 1903 e ss. Con riferimento alla richiesta di risarcimento del danno in ambito contrattuale, si è già accennato che la tempestiva presentazione del preavviso di ricorso da parte delle imprese non aggiudicatrici del contratto può «valere, in ogni caso, a far reputare tendenzialmente assolti gli obblighi di diligenza e di buona fede gravanti sulle stesse, ai fini e per gli effetti dell'art. 1227 c.c., dinanzi all'adozione di un provvedimento di aggiudicazione illegittimo» (così M. RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit., par. 4). Più in generale, è stato autorevolmente osservato che «qualsiasi iniziativa diretta a far conoscere all'amministrazione l'intenzione di richiedere il risarcimento dovrebbe essere considerata comportamento sufficiente sotto il profilo della correttezza e della buona fede. Se così si opina, l'invio di un preavviso di ricorso giurisdizionale, la proposizione del ricorso gerarchico, la notifica di un atto di diffida, la sollecitazione all'esercizio dell'autotutela, in quanto azioni idonee a mettere sull'avviso l'amministrazione, dovrebbero essere sufficienti a integrare il comportamento di buona fede» (in questi termini perspicui e del tutto condivisibili F.G. SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 25).

⁵⁵ Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁵⁶ Come notato da A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 72, nota 151.

percepita in buona fede dai dipendenti pubblici (stipendi, indennità, ecc.).

È da ritenere, infine, che la violazione del dovere di agire in buona fede da parte del privato possa far sorgere un diritto al risarcimento non tanto in capo alla p.a., quanto piuttosto in capo al terzo che da tale condotta, e segnatamente dal provvedimento che ne è seguito, abbia subito un danno ingiusto.