

LUCA R. PERFETTI

Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione

luca.perfetti@belex.com

DIAFORA DELLA BUONA FEDE

AGGIORNAMENTI DAL DIRITTO DELL'ECONOMIA

GOOD FAITH REVERSED

UPDATE FORM ECONOMIC LAW

SINTESI

La clausola della buona fede, fin dal suo affermarsi nei rapporti di diritto pubblico, ha avuto la funzione di far emergere e proteggere pretese della persona nei confronti del potere. Sia che sia ritenuta parametro di legittimità degli atti di esercizio del potere, sia che sia intesa come fonte di responsabilità della pubblica amministrazione, non è seriamente discutibile il fatto che la buona fede contenesse una pretesa nei confronti dell'autorità.

Come tutte le clausole generali, la buona fede è un tessuto normativo aperto, attraverso il quale entrano nella fattispecie elementi che sono fortemente condizionati dal momento storico in cui agisce l'interprete. In questi termini, serve un'attenta vigilanza degli studiosi sui suoi usi pratici.

Proprio in questa prospettiva, il lavoro è diretto a mettere in luce alcuni profili di ribaltamento della funzione della buona fede e, per far ciò, si concentra nel perimetro del diritto pubblico dell'economia, settore dell'ordinamento che più si presta a porre in luce i profili che rilevano per l'analisi; poiché è difficile perimetrare il diritto pubblico dell'economia come settore dell'ordinamento, il metodo che viene prescelto è sostanzialmente casistico.

Per poter condurre l'analisi in modo adeguato è necessario porre in luce diverse declinazioni della buona fede: buona fede in senso stretto; buona fede / legittimo affidamento; buona fede / stabilità; buona fede / certezza del

diritto. Analizzando questi quattro diversi profili rilevanti della buona fede emergeranno due diversi percorsi di ribaltamento della funzione della buona fede.

In primo luogo sarà possibile mettere in luce l'affermazione della buona fede/ stabilità – in prospettiva neoliberale – come tecnica autoritaria attraverso la quale derogare alle regole ordinarie per assicurare il risultato finale di un'operazione economica, limitando diritti e tutela giurisdizionale; al contrario, del tutto frustrata è la pretesa alla certezza del diritto (come quella alla protezione dell'affidamento), attraverso specifiche tecniche giuridiche: vaghezza delle norme; leggi-provvedimento; limitazioni della tutela; eliminazione del provvedimento amministrativo attraverso la coppia decreto legge / operazione commerciale.

In secondo luogo, ed in misura minore, emergono ipotesi di utilizzo della buona fede per comprimere le pretese del privato a favore dell'autorità.

L'indagine si compie esemplificando attraverso la soluzione delle crisi bancarie; le leggi emergenziali; le limitazioni al giudice amministrativo; i golden powers; la cyber security; le concessioni autostradali.

Infine, si mette in luce come il dovere costituzionale di solidarietà, che la gran parte della letteratura pone a fondamento della buona fede, sia suscettibile di essere utilizzato in senso del tutto opposto secondo una logica neoliberale.

ABSTRACT

Good faith, ever since its emergence in public law relations, has had the function of bringing out and protecting claims of the individual against power. Whether considered as a parameter of legitimacy of public decisions or as a source of public administration liability, it is not seriously debatable that good faith contains a claim before authority.

Nonetheless, like all general clauses, good faith is an open regulatory fabric, through which elements enter the legal order, strongly conditioned by the

historical moment in which the interpreter acts. In these terms, a careful vigilance of scholars on its practical uses is required.

Precisely from this perspective, the work is directed at highlighting certain profiles of the reversal of the function of good faith and, in order to do so, it focuses on the perimeter of public economic law, a sector of the legal system that is most suited to highlighting the profiles that are relevant to the analysis; since it is difficult to perimeter public economic law as a sector of the legal system, the method that is chosen is substantially casuistic.

To conduct the analysis properly, it is necessary to highlight different declinations of good faith: good faith *strictu sensu*; good faith/legitimate expectation; good faith/stability; good faith/legal certainty. By analyzing these four different relevant profiles of good faith, two different paths of reversal of the function of good faith will emerge.

Firstly, it will be possible to highlight the enforcement of good faith/stability - in a neo-liberal perspective - as an authoritarian technique through which to derogate from the ordinary rules to ensure the final result of an economic operation, limiting rights and jurisdictional protection; on the contrary, the claim to legal certainty (like that to the protection of legitimate expectations) is completely frustrated, through specific juridical techniques: vagueness of the norms; laws-law or tailor made laws; limitations of protection; elimination of administrative decision through the decree-law/commercial operation pair.

Secondly, and to a lesser extent, hypotheses emerge of the use of good faith to compress the claims of the private individual in favor of the authority.

The investigation is carried out by way of example through the resolution of banking crises; emergency laws; limitations on the administrative procedure and judge's powers; golden powers; cyber security; motorway concessions.

Finally, it highlights how the constitutional duty of solidarity, which much of the literature places as the foundation of good faith, is susceptible to being used in the opposite sense according to a neo-liberal logic.

PAROLE CHIAVE: buona fede – affidamento – certezza del diritto – autoritarismo – solidarietà – banche – poteri speciali del Governo – concessioni – processo amministrativo – deroga ed eccezione – poteri impliciti – cyber sicurezza.

KEYWORDS: good faith – legitimate expectation – legal certainty – authoritarianism – solidarity – Banks – golden power – administrative concessions – administrative procedure – derogation or exception – implicit powers – cyber security -

INDICE: 1. Esergo e funzione del discorso. – 2. Ordine della trattazione. – 3. Anagrafe dei concetti. – 3.1. L'affidamento. – 3.2. Buona fede e stabilità del rapporto. – 3.3. Buona fede e prevedibilità delle regole e delle decisioni. – 3.4. Buona fede in senso stretto – 4. Antanaciasi. – 4.1. Chiarimento metodologico. – 4.2. Affidamento. Il caso delle crisi bancarie. – 4.3. Stabilità. Le leggi-provvedimento; le norme derogatorie e speciali; le contrazioni del sindacato giurisdizionale. – 4.4. Chiarezza e prevedibilità. I poteri speciali del Governo (o *golden powers*); la *cyber security*; i poteri impliciti. – 4.5. Buona fede in senso stretto. Il caso delle concessioni autostradali. – 5. Prosecuzione.

*«nelle considerazioni
umane il diritto è
riconosciuto in seguito a
una uguale necessità per le
due parti, mentre chi è più
forte fa quello che ha
potere di fare e chi è più
debole cede».*

Tucidide, *La guerra del
Peloponneso*, V, 89

1. Esergo e funzione del discorso

Il problema delle clausole generali ⁽¹⁾ non può essere limitato ad un problema di tecnica del diritto, di analisi normativa, di applicazione giurisdizionale;

1 Per il compiuto esame del tema mi sembra più che adeguato rinviare a V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010; ponendosi il problema, tipicamente analitico, di fornire una definizione ricognitiva degli usi linguistici correnti del termine, la ricerca giunge alla conclusione che con clausola generale si intende «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminazione, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile» se non «facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti».

tanto meno nel diritto amministrativo. A nessuno, infatti, sfugge la questione per la quale attraverso l'enunciato che esprime la clausola, l'ordinamento positivo si apra a significati che sono propri del momento storico in cui l'interpretazione ed applicazione della norma accade. Si tratta di un problema ben noto, così come sono note le soluzioni che si sono proposte al problema ⁽²⁾.

In momenti di trasformazione profonda del sistema – come quello che stiamo attraversando – la questione si pone con particolare delicatezza, e non pare consentito rifugiarsi nella pura sapienza tecnica, pena il trascolorare a manutentori di un sistema che altri trasformano in modo decisivo.

Per questo motivo, mi è sembrato urgente, nel recente passato, fornire una possibile soluzione, sicché la clausola generale non rinvii a valori, principi etici, creazionismo giurisprudenziale, vario almanaccare di dispositivi ancor più vaghi della clausola stessa, ma ad un ordinamento giuridico – da interpretarsi con le categorie che sono proprie di questo sistema – per quanto non positivo e non statale ⁽³⁾. Indipendentemente dal successo del tentativo o delle obiezioni

2 Non è questa la sede per una riflessione circa le clausole generali – per le quali, se proprio interessasse l'opinione di chi scrive, si può rinviare a *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 1213 e, più diffusamente, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299.

Tuttavia, per una lettura che rinvia ai valori in funzione di eterointegrazione, occorre naturalmente rinviare a C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 5 (più di recente, per una ripresa della questione della legislazione per principi, L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 411 e, ancor più recentemente sul tema, A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, *ivi*, 2021, 3, anche con riguardo al rilievo del principio di solidarietà, sul quale si tornerà); P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1. Su tutti questi contributi, ormai classici, comunque, le osservazioni critiche di V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 65 (particolarmente, nt. 5).

Per la nota impostazione secondo la quale le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito dei principi' (*ivi*, 721) S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 e, più recentemente, *ID.*, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. Di Majo, *Lezioni sul contratto*, Torino, Giappichelli, 2009, 97 e, comunque, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 893.

Fondandosi sull'idea della auto-referenzialità del sistema giuridico, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2006.

3 Sia consentito il rinvio, per brevità, ai lavori di chi scrive, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299; *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam 2016, 1153; *Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone. Osservazioni minime intorno alla rela-*

che vi si possono muovere, non penso si possa seriamente trascurare l'esigenza che lo animava, così come confermano proposte anche molto differenti ⁽⁴⁾. Si tratta di porre il tema nella prospettiva della coscienza del ruolo del giurista, con consapevolezza delle trasformazioni del potere pubblico che sono evidentemente in atto.

La questione della buona fede – ed in particolare del suo uso nel diritto dell'economia, cui queste pagine sono dedicate – mi pare una buona dimostrazione di questo problema.

Infatti, siamo abituati a pensare che questa clausola assolve ad una funzione paritaria o, per i più, solidaristica ⁽⁵⁾, contribuisca in modo decisivo alla nostra civiltà giuridica e su questa si fondi ⁽⁶⁾; tuttavia, ciò vale solo a prezzo di

zione tra ordine giuridico dell'autorità ed ordine giuridico della società, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 2005; *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *questa Rivista*, I (2017), *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la xvii legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021.

4 Ad esempio, molto recentemente, il profondo studio di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, ES, 2023, *passim*, che pura affrontando apertamente i temi rilevanti – senza indugiare, come buona parte della nostra dottrina – nella descrizione o nella ricapitolazione di sistematiche largamente superate dalla realtà dell'ordinamento e della vita, giunge a conclusioni apertamente diverse dalle mie.

5 Non è necessario al nostro discorso discutere analiticamente i contributi della scienza del diritto privato e, anche ammettendo che chi scrive ne abbia le competenze, un simile sforzo eccederebbe le dimensioni di questo contributo. Per un'analisi ed ampia trattazione recente, si potrà rinviare ad A. ALBANESE, *op. ult. cit.*; sempre in tempi recenti, è prezioso per il nostro discorso V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fat-tispecie*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 553 ed imprescindibili sono i lavori di G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, 185 e ID., *Contratto e costituzione*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 287.

Per un'indagine complessiva del tema, ben si può rinviare a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappicchelli, 2015.

Quanto alla buona fede nella prospettiva dell'integrazione della disciplina negoziale, oltre al più che noto lavoro di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 – utile ai nostri fini anche per la fondazione nel dovere di solidarietà – si debbono tenere presenti C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti in generale*, seconda ed., II, Torino, Giappicchelli, 2006, 1173.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, II, 39.

Quanto al profilo attinente alla buona fede come regola di validità o attributiva di responsabilità, si può rinviare a G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, ESI, 1996.

6 Più che ovvio il riferimento a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

dimenticare che la giurisprudenza nazista ne fece strumento per stravolgere il volto del BGV e raggiungere decisioni razziste ed inumane.

In altri termini, il principio di buona fede propaga per l'ordinamento letture non politicamente neutrali e – ed è questo il profilo che qui si vuole studiare – può assolvere sia alla funzione di affermare diritti della persona nei confronti del potere che al compito contrario, sicché non sembra possibile occuparsene se non con una coscienza critica particolarmente vigile, non accontentandosi del solo tecnicismo.

In particolare, la parabola storica della clausola di buona fede nel diritto pubblico mostra il passaggio da una fase nella quale non se ne riteneva possibile l'applicazione al rapporto con il potere ad una, più recente, nella quale suoi usi particolari sono stati teorizzati dalla dottrina e, poi, praticati dalla giurisprudenza, fino a divenire un principio generale del rapporto per espresso riconoscimento della legge; la fase più recente, però, pone in evidenza – almeno a mio modo di vedere e come si cercherà di mostrare – una frequente inversione del dispositivo, una diafora sicché la buona fede non è più la buona fede.

Infatti, sul versante del rapporto con l'amministrazione pubblica ed il suo potere gli usi che si sono andati affermando nella seconda metà del Novecento sono stati superati dalla loro codificazione legislativa – fino a rendere la buona fede rilevante, sostanzialmente, quasi solo sul versante della responsabilità civile dell'ente (7) – mentre, al contrario, in tempi recentissimi codesti usi segnano il trasloco della clausola dalla limitazione del potere al versante della legittimazione del suo esercizio. Da strumento di controllo della legalità – e della giustizia sostanziale – dell'esercizio del potere, la buona fede ne diviene fonte, e non di rado laddove una fonte legislativa manca o si mostra troppo debole per reggere l'espressione di autorità. Nella dinamica del rapporto, poi, se la buona fede ha

7 Prospettiva nella quale non sembra si possa ritenere altro che, a fronte della generale applicazione delle regole del diritto civile, la buona fede non è che parte essenziale di questo insieme di regole, sicché affermare che sul versante della responsabilità civile l'amministrazione risponde secondo le norme del diritto privato significa assorbire interamente il rilievo della buona fede in questa affermazione.

avuto la funzione di affermare la paritarietà del rapporto nell'esercizio della funzione, con ancor più pregnante applicazione nelle relazioni rette dal diritto privato, in tempi recenti si mostrano usi diretti, invece, ad affermare supremazia pubblica (come nelle concessioni) o a limitare diritti di persone e organizzazioni private nei confronti del potere (come avviene rispetto alla contrazione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione).

La buona fede, affermata come regola paritaria del rapporto e parametro di legittimità dell'esercizio del potere, non è più la buona fede, giacché diviene fonte di poteri procedimentali e sostanziali integrando la legge – in funzione, quindi, autoritaria; da presidio di libertà e diritti, diviene parte dell'attrezzatura autoritaria dello stato ordoliberal, più recentemente, caratterizzato dalla permanenza dell'emergenza e dal continuo ricorso alla deroga. Il diritto pubblico dell'economia è uno dei terreni di emersione di quest'uso autoritario della buona fede o, più semplicemente, di palese smentita della sua funzione – come si spera di indicare.

Un'ultima piccola premessa è forse utile: nella complessiva – ed evidente – crisi dello Stato-di-diritto e dello stesso Stato-costituzionale, travolto dall'onda ordoliberal che funzionalizza in modo pragmatico il diritto al conseguimento di risultati economici, così come spazzato via dalla coppia globalizzazione economica / tecnologia, non sembra facile trascurare il fatto che gli strumenti di comando pubblico – legge, provvedimento amministrativo, sentenza – si vadano omologando in una pragmatica funzionalizzazione al conseguimento del risultato materiale singolo ed immediato, in una logica che prescinde del tutto dal sistema giuridico (e dal diritto pubblico come sistema) sia perché non ne avverte alcun bisogno, sia perché il sistema – con la sua naturale capacità di costruire garanzie – costituisce un impedimento al conseguimento efficace del risultato del comando. La clausola di buona fede, con la sua naturale vocazione sistemica ed ordinante, non può non venirne influenzata.

Sarebbe agevole osservare che la sua natura di *Ventilbegriffe* la rende agevolmente preda della cultura giuridica e non del momento presente; ma non è solo questo. Il problema non è neppure quello del tentativo di disinnescare la sua naturale valenza sistematica – anche attraverso usi linguistici variegati, sicché qui immediatamente di séguito sentiremo il bisogno di proporre una piccola anagrafe dei concetti. La questione più sottile – e quindi pericolosa – è data dagli usi della solidarietà che si sono andati affermando nell'ordinamento negli ultimi anni.

Proprio il cuore della clausola – nelle sue letture costituzionalmente orientate e di maggiore successo fin dalla fine del Novecento – deve fare i conti con l'affermarsi dell'idea della solidarietà come fonte di soggezione al comando pubblico. In questi termini, che si cercheranno di illustrare in chiusura, la clausola cessa di avere la funzione di valvola di disinnescamento del potere per divenire, invece, al contrario, fonte (A) di integrazione della legalità e della legittimazione giuridica del comando – integrando fattispecie che altrimenti non lo fonderebbero interamente ovvero non nella misura o nell'effetto desiderati – e (B) di compressione delle opposte situazioni giuridiche soggettive della persona o delle sue organizzazioni (anche d'impresa), perché pretese fondate e comportamenti legittimi saranno qualificati come privi di protezione giuridica perché contrari ad un dovere di solidarietà che consiste, sostanzialmente, nella rinuncia all'esercizio di diritti fondamentali (anche economici) per ragione dei doveri di solidarietà che si impongono per la salute pubblica (le vicende della pandemia dal 2020 sono lì a dimostrare, senza bisogno di eccessiva argomentazione, questa diafora della solidarietà, aggravante di quella della buona fede). Di nuovo, il terreno del diritto dell'economia si presta a disvelare questo fenomeno in modo più agevole.

2. Ordine della trattazione

Se si vuole assumere la prospettiva del diritto pubblico dell'economia, è rilevante, per dare ordine alla trattazione, registrare gli usi del concetto e di quelli simili o con funzioni analoghe nel nostro ordinamento. Questa necessità deriva anche dalle esigenze metodologiche che si sono appena presentate, con la posizione delle questioni che ci si è provati a fare nel paragrafo precedente.

Assumono rilievo giuridico almeno quattro declinazioni del concetto: **(A)** l'affidamento legittimo o incolpevole; **(B)** la certezza e stabilità delle regole delle relazioni giuridiche con l'amministrazione; **(C)** la prevedibilità dell'azione e delle decisioni del potere esecutivo; **(D)** la buona fede in quanto tale.

Si tratta di concetti limitrofi, di declinazioni della clausola e che, non infrequentemente, la nostra giurisprudenza amministrativa utilizza facendone larghe commistioni; è, infatti, piuttosto nota la tecnica – tipicamente giurisprudenziale – di utilizzare concetti e istituti limitrofi per ampliare la portata di un precetto, ovvero accoppiare nozioni per trarne una più comprensiva senza ricorrere all'analogia in senso tecnico, generando usi giurisprudenziali che divengono tralatici e che creano un intorno interpretativo grigio rispetto ad una nozione definita. Non di rado, l'uso dei termini come sinonimi, senza tracciare un confine ed anzi cercando il significato dell'uno nell'altro, costruisce enunciati polisensiti che alludono ad un senso complessivo senza definirlo, sicché si prestano ad usi cangianti. La giurisprudenza in tema di affidamento, buona fede, certezza e prevedibilità non fa eccezione.

Per gli scopi di questo lavoro, invece, converrà **(I)** identificare i quattro nuclei concettuali, per poi **(II)** misurare la loro relazione con i poteri – legislativo, giurisdizionale ed esecutivo – nello specifico del diritto dell'economia.

Questo processo di analisi, si confida, consentirà con maggiore semplicità e chiarezza di porre in luce **(A)** vuoi la smentita plateale delle esigenze che si vorrebbero protette da queste clausole, **(B)** vuoi l'uso capovolto della clausola della buona fede, vale a dire non per generare pretese nei confronti del potere pubblico ma per aprire spazi di potere a quest'ultimo. Per conseguenza, anche

alla luce dei temi posti in premessa, (C) si potranno svolgere rapidissime considerazioni generali che consentano di cogliere il rilievo complessivo – vale a dire oltre il diritto dell'economia – della perversione di queste clausole ed i temi che si pongono al giurista di diritto positivo nel tempo presente.

3. Anagrafe dei concetti

Non serve, ai nostri fini, procedere ad una qualificazione di dettaglio delle quattro declinazioni del concetto che si sono individuate in apertura. Infatti, non si tratta di utilizzare un metodo analitico a difesa della funzione di garanzia del diritto positivo a fronte del suo travolgimento da parte di un insieme di atti di comando (legge, provvedimento, sentenza) tra loro intercambiabili negli usi che generano l'effetto che si intende mettere in luce; indipendentemente dalla fiducia che si possa avere nei risultati di un simile tentativo (e senza prendere alcuna posizione sul punto), non è questo lo scopo dell'esercizio. Esso, piuttosto, consiste nell'individuazione di diversi profili di rilievo della buona fede nella sua concezione tradizionale, per misurarne i modi di eversione. L'anagrafe, in questi termini, è poco accurata – e si confronta con un'indagine più estesa che è inutile riportare in questa sede.

Ciò vale particolarmente per la giurisprudenza, giacché delle centinaia di sentenze del giudice amministrativo nazionale che sottostanno all'analisi, la gran parte presenta esattamente la tecnica dell'analogia implicita che s'è più sopra indicata: i termini sono richiamati insieme o compositivamente, per costruire concetti intuitivamente chiari e con larga area grigia intorno al loro nucleo duro, sufficientemente malleabili da reggere argomentativamente la decisione del caso; un'analisi di dettaglio sarebbe contraddittoria con lo scopo di questo lavoro e meriterebbe un'esposizione *ad hoc*.

In questa prospettiva, serve qualche precisazione circa i concetti, non con l'intenzione di offrirne una ricostruzione compiuta – il che supererebbe le

dimensioni e le ambizioni di questo scritto – quanto di porre in evidenza i profili di rilievo rispetto alle fattispecie di diritto pubblico dell'economia.

3.1. *L'affidamento*. Negli usi del diritto pubblico la prima declinazione del concetto che assume rilevanza è quella dell'affidamento del cittadino ⁽⁸⁾, particolarmente nell'autotutela ⁽⁹⁾.

L'affidamento designa la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta conseguenza; nella disciplina dei rapporti fra privati questa situazione assume rilevanza in contesti assai variegati, sicché le tecniche di tutela sono anch'esse differenziate – soprattutto in relazione alla circostanza che l'oggetto dell'affidamento sia il comportamento altrui ovvero l'apparenza del diritto; nella prima direzione – quella dell'affidamento sull'altrui comportamento – l'affidamento si correla all'obbligo di buona fede, con la conseguenza della tutela risarcitoria in caso di lesione.

Il rilievo giuridico dell'affidamento – e della sua lesione contro buona fede – deriva quindi da una condotta pregiudizievole causativa di danno in capo al soggetto che quell'affidamento abbia incolpevolmente serbato.

8 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., ma non credo si debba prescindere anche da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappicchelli, 2017, 462. Non deve essere dimenticato l'insegnamento di A. Romano Tassone, che viene messo in luce dal prezioso lavoro di F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2017, 121. Sul tema, comunque, è necessario rinviare a F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, 1995; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, Giuffrè, 2008; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2005; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 24/2011; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757; G. FALCON, *Questioni sull'efficacia e sulla validità del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1.

9 Sul problema, di recente, le recenti – e sostanzialmente coeve – opere di C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, ESI, 2018; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, ES, 2018; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappicchelli, 2016; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861; F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappicchelli, 2016, 755.

In questi termini, l'affidamento ha certamente un rilievo significativo relativamente alla fattispecie proprie del diritto pubblico dell'economia; resta da vedere se rispetto ad esse assuma caratteri specifici, anche in considerazione del fatto che, pur a fronte della sua originaria emersione relativamente all'autotutela, la gran parte delle fattispecie che mostra la giurisprudenza è relativa alle gare contrattuali pubbliche o alla concessione di benefici.

La dinamica dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione pubblica si manifesta diversamente, emergendo in relazione al procedimento o al provvedimento dell'autorità. E' pur vero che vi sono ormai molte ragioni per omologare il trattamento privatistico dell'affidamento a quello nel diritto pubblico, attraverso rimedi risarcitori ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, è indubbio che la sua prima emersione avviene sul terreno della validità del provvedimento e non su quello della responsabilità, così come non è seriamente discutibile che la giurisprudenza ne faccia tutt'ora un parametro di validità della decisione amministrativa e lo stesso legislatore, nel disciplinare positivamente l'autotutela, vi abbia dato rilievo in questa direzione; il che pone in secondo piano il profilo della natura incolpevole dell'affidamento, giacché –

10 E' utile richiamare la magistrale sintesi di F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 825: «nell'originaria configurazione giurisprudenziale dell'annullamento d'ufficio, la tutela del privato segue dunque lo schema ordinario della tutela degli interessi legittimi, la quale richiede che il potere discrezionale sia esercitato valutando correttamente gli interessi implicati. Per questa ragione il trascorrere del tempo, in quella giurisprudenza, non rileva come fattore di consolidamento dell'affidamento del privato, ma piuttosto come indice della debolezza dell'interesse ad annullare e, conseguentemente, come dovere di motivare adeguatamente al riguardo. Ed è significativo che anche quando, in anni a noi più vicini, il giudice amministrativo prende a menzionare l'affidamento del destinatario quale fattore rilevante per la decisione in merito all'annullamento, l'attenzione dichiarata per l'affidamento non si accompagna a un mutamento dei criteri applicati nella verifica della legittimità dell'annullamento, e suona piuttosto come un omaggio allo spirito del tempo. La nozione civilistica dell'affidamento si compone di tre elementi: la fiducia, la delusione della fiducia e il danno subito a causa della fiducia mal riposta. Gli elementi sono connessi dal nesso causale tra la condotta dettata dalla fiducia e il danno. Nell'affidamento del privato quale si delinea nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, la nascita e la delusione dell'affidamento si collegano entrambi ad atti di esercizio del potere amministrativo (l'emanazione del provvedimento favorevole e l'annullamento del medesimo). La condotta che è causa della lesione dell'affidamento è dunque soggetta a regole proprie, diverse da quelle che si applicano nei rapporti tra i privati, e queste regole difficilmente si prestano a valutazioni individualizzate, secondo le circostanze del caso, come è richiesto dalla struttura della situazione giuridica di affidamento. Le difficoltà si mostrano in particolare quando ci si chiede quale sia l'oggetto della fiducia che si assume delusa, e in cosa consista l'obbligo di correttezza che, in tesi, grava sull'amministrazione».

come appena osservato – si opera sul terreno della validità (sicché l'affidamento è qualificato come legittimo).

La questione è divenuta sempre più rilevante una volta affermata la responsabilità civile dell'amministrazione per atto invalido e dato accesso sempre più strutturalmente alla tutela risarcitoria. Affidamento legittimo o incolpevole si confondono, in usi giurisprudenziali sempre più incerti e suscettibili di esiti imprevedibili – con il risultato, piuttosto consueto, di una tutela caso per caso.

Se, quindi, per un lato la legge svuota di contenuto il rilievo dell'autotutela ponendovi termini temporali stringenti – con il che, nella sostanza, depotenziando enormemente una pretesa (il legittimo affidamento) che si fonda esattamente sulla protrazione nel tempo della vigenza di un provvedimento –, per l'altro, l'affidamento (legittimo o incolpevole) diviene figura di generale applicazione, per lo più utilizzato come endiadi della buona fede.

Il problema è che quest'endiadi non produce, come dovrebbe, «una cosa per mezzo di due», ma un intorno di varie cose colpite dalla somma di due, con una consistente area grigia al contorno ed incertezze quanto alle tecniche di tutela.

La confusione sul punto in giurisprudenza è consistente: affidamento e buona fede sono usati, come accennato, come endiadi confuse l'una nell'altra⁽¹¹⁾, senza distinzione tra atto e rapporto⁽¹²⁾; ovvero distinte radicalmente, fino

11 Più frequentemente, però, affidamento e buona fede vengono semplicemente confuse, trattate come endiadi che servono a colpire maggiormente lo stesso bersaglio: così, ad esempio, in T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 17, per il quale va protetto l'affidamento indotto nel concorrente che si sia attenuto ad una indicazione fornita dalla stazione appaltante perché non sarebbe conforme ai principi di correttezza e buona fede pretendere che il concorrente, che si avvalga per l'elaborazione dell'offerta di un modulo predisposto dalla Stazione appaltante, ne appuri la conformità agli altri atti di gara; allo stesso modo, essendo l'amministrazione tenuta ad «*adottare una condotta negoziale improntata al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, di cui all'art. 1337 c.c.*» anche nell'attività procedimentale («*in tutte le fasi del procedimento*»), avrà il dovere di evitare «*di generare nella controparte privata un erroneo affidamento nella conclusione del contratto o di tradire l'affidamento che questa abbia già legittimamente maturato*» (Consiglio di Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237); è molto diffusa l'opinione per la quale, essendo l'amministrazione tenuta al dovere di correttezza e buona fede, l'affidamento del cittadino deriverebbe da questo stesso dovere (ad esempio,

a negare rilievo all'affidamento ⁽¹³⁾; oppure oggetto di applicazioni cangianti quanto al contenuto del legittimo affidamento serbato sull'atto dell'amministrazione ed a prescindere dallo stato soggettivo del privato ⁽¹⁴⁾, fino a quelle che non di rado funzionalizzano l'affidamento all'interesse pubblico ⁽¹⁵⁾ ed alla luce di quest'ultimo, modellano ad assetto variabili l'autotutela in relazione alle gare contrattuali pubbliche ⁽¹⁶⁾. La confusione del comporre, distinguere, sommare e non differenziare i regimi che affligge la giurisprudenza, sembra derivare, in via

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2020, n. 4700) e, tuttavia, a fronte di questa generale affermazione, non è infrequente trovare (ad esempio, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 29 novembre 2016, n. 1634; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2015, n. 2202; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 21 agosto 2015, n. 931) i «*principi di buona fede e correttezza e della tutela dell'affidamento ingenerato*» configurati come un tutt'uno ovvero insieme a quelli «*d'imparzialità, economicità, buona fede, affidamento e proporzionalità*» (Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1178) così come – e lo si dirà tra breve – la stessa affermazione generale smentita allo scopo di attenuare la responsabilità dell'amministrazione (confermandosi l'attitudine del giudice amministrativo ad assicurare un'efficace tutela in forma specifica con decisioni costitutive ed il contrario in sede risarcitoria). Quanto all'esecuzione dei contratti pubblici, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III 16 ottobre 2015, n. 2202 e T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 21 agosto 2015, n. 931.

12 La confusione riguarda chiaramente il regime dell'affidamento (legittimo) relativo all'atto – che ha come forma di tutela l'annullamento – e di quello (incolpevole) nel rapporto – che ha come forma di tutela il risarcimento – (esempio di questa confusione si può leggere in Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, 20 e n. 21; in merito alle quali merita rinviare a V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 679; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, *ivi.*, 2022, 705; C. VILLANACCI, *Aspettative e affidamenti nella responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione alla luce di una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Il processo*, 2022, 507).

13 E' il caso delle sentenze dell'adunanza plenaria Consiglio di Stato 29 novembre 2021, n. 19 e n. 21, che escludono che l'affidamento sia una situazione soggettiva, qualificandolo come «*principio generale che regola sia i rapporti di diritto privato sia quelli di diritto pubblico, senza mutare la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale*», sicché non potrebbe esservi legittimo affidamento a fronte di «*illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento*», con decisione evidentemente grave sia perché confonde il profilo “incolpevole” dell'affidamento – valevole nel rapporto – con quello “legittimo” – proprio dell'affidamento sul provvedimento imperativo –, sia perché scarica sul privato una valutazione circa la legittimità del provvedimento favorevole evidentemente incompatibile con la presunzione di legittimità, sia, infine, perché la sola presenza del ricorso giurisdizionale del terzo eliminerebbe la natura legittima dell'affidamento, con un ragionamento che ha come unico rationale quello della limitazione della responsabilità dell'amministrazione, non trovando alcun fondamento rationale.

14 L'adunanza plenaria ne ha fatto un principio del rapporto escludendo un autonomo rilievo soggettivo («*l'affidamento non è un'autonoma situazione soggettiva, ma un principio generale che regola sia i rapporti di diritto privato sia quelli di diritto pubblico*»), sicché confermando la possibilità di attrarlo nel perimetro del pubblico interesse ed al tempo stesso, confusamente, negando che si tratti di altro rispetto al rapporto di diritto privato – il che non sembra, con-

generale e dogmatica dalla difficoltà di individuare l'oggetto della fiducia che viene delusa e il contenuto dell'obbligo di correttezza in capo all'amministrazione.

Se l'oggetto della fiducia sarà il provvedimento efficace, a nulla rileverà la sua illegittimità, sicché il possibile convincimento del destinatario circa la sussistenza di vizi non renderà colposa la sua aspettativa; al contrario, laddove l'affidamento sia tale solo se serbato su di un provvedimento valido, in via teorica si

frontandosi con vicende di potere – e limitando la responsabilità di nuovo confinandolo nell'area della legittimità, sconosciuta al rapporto privatistico («postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento»); vi si legge, quindi, un modello composito, che miscela diritto privato e diritto pubblico, dagli incerti confini, sicché «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere», l'affidamento del privato avrebbe ad oggetto il «legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede», sicché la responsabilità non sorgerebbe solo da «comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica» ma anche «per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi» (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 e n. 21). Deve essere, peraltro, evidenziato che anche la Cassazione (Cassazione civile, sez. I, 13 dicembre 2018, n. 32314) scarica sul privato il rischio della valutazione del vizio del provvedimento di aggiudicazione escludendo l'affidamento legittimo a fronte dell'impugnazione dell'esito della selezione.

Peraltro, a proposito del legittimo affidamento che si formerebbe sulla legittimità del provvedimento, con il sorgere della responsabilità in caso di annullamento o mancato ossequio allo stesso, la Cassazione (Cassazione civile, sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2075) a poca distanza dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria appena rammentate, ha espresso un orientamento solo formalmente non contrario, sicché il buon esito del collaudo di un'opera pubblica non preclude al committente pubblico di «contestare all'appaltatore l'eventuale ritardo nell'esecuzione dei lavori giacché la conclusione degli stessi oltre i termini pattuiti» giacché dall'avvenuto collaudo «non può ingenerare alcun affidamento in capo all'appaltatore dal momento che non si tratta di atto proveniente dalla P.A., bensì da un organo indipendente, mentre solo l'approvazione del committente determina il consolidamento delle obbligazioni a carico di quest'ultimo».

Da altro punto di vista, il rilievo dello stato soggettivo del privato destinatario del provvedimento favorevole (cfr. *ex multis*, T.A.R. Napoli, Campania sez. I 4 maggio 2016, n. 2213) viene largamente affermato da quella giurisprudenza per la quale «perché vi sia affidamento legittimo tutelabile anche in via risarcitoria» è necessario che «il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia conseguito» attraverso un provvedimento palesemente viziato (scaricando così sul privato l'onere di discriminare il provvedimento invalido da quello in cui quel carattere sia «palese e quindi riconoscibile».

15 E' il caso, non inconsueto di quelle pronunzie – soprattutto in materia di gare per l'assegnazione di contratti con committenti pubblici – che proteggono l'affidamento in funzione del pubblico interesse e non delle pretese del privato. Così è per quella vasta giurisprudenza che afferma la «preminenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti e alla tutela dell'affidamento dei partecipanti» come elemento di interpretazione di bandi o capitolati (ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662; T.A.R. Napoli, Campania sez. V, 4 giugno 2014, n. 3058; sia pure con maggiore equilibrio, T.A.R. Trentino-Alto Adige Bolzano, sez. I 26 aprile 2017, n. 143 che, tuttavia, confonde esigenze di chiarezza con affidamento,

svuoterà di contenuto il concetto, giacché l'affidamento riceve protezione soprattutto in relazione all'eliminazione della decisione autoritativa favorevole e, in termini pratici, non si conseguirà alcun risultato, giacché l'affidamento sorge a fronte della protratta efficacia di un provvedimento che, oggi, sulla base della legge, non sarà annullabile decorso un anno, sicché o la fiducia non s'è formata o il provvedimento non è annullabile. Certo, il problema sia pratico che teorico non viene meno, giacché l'amministrazione dispone di altri rimedi giustiziali –

come pure – sia pure con un grado di funzionalizzazione dell'affidamento al pubblico interesse sicuramente maggiore – T.A.R. Lazio Roma, sez. II 4 gennaio 2021, n. 17).

Non meno frequente è la commistione di profili del pubblico interesse ed affidamento, ponendo sullo stesso piano «ossequio al principio della tutela dell'affidamento e della buona fede del concorrente» ed «applicazione dei principi d'imparzialità, economicità, buona fede, affidamento e proporzionalità cui è improntata l'attività amministrativa» (Consiglio di Stato sez. V, 9 marzo 2015, n. 1178).

16 La giurisprudenza in argomento è molto estesa; solo per fornire qualche ragguaglio, si segnalano orientamenti per i quali la scelta del committente pubblico di non portare a termine la procedura di *project financing* ormai giunta alla fase di aggiudicazione, nonostante la dichiarazione di pubblica utilità della proposta, i costi assunti dal promotore per la sua presentazione e la conduzione della procedura ed il rilievo in sé del diritto di prelazione, facendo prevalere la motivazione circa una nuova e diversa valutazione dell'intervento (e, quindi, nella sostanza, una revoca della dichiarazione di pubblico interesse – non qualificata in questi, invece corretti, termini solo per evitare all'amministrazione il costo dell'indennizzo dovuto in caso di revoca) e tutto ciò senza che il promotore possa lamentarsene se non facendo «valere la responsabilità precontrattuale per violazione delle regole di correttezza e buona fede nell'ipotesi in cui, stante la legittimità della decisione di non portare a termine la procedura, emerga che l'Amministrazione abbia tenuto un comportamento contrario alle suddette regole e violativo del diritto ad autodeterminarsi correttamente nell'esercizio dell'attività negoziale» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2021, n. 8981). Si tratta di una giurisprudenza che sostanzialmente nega protezione (e rilievo) ad affidamento e buona fede nell'attività precontrattuale, giacché è consolidato l'orientamento (ad esempio, Consiglio di Stato sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237) per il quale «sebbene ogni singolo provvedimento adottato durante il procedimento sia astrattamente idoneo ad ingenerare, nel privato, un legittimo affidamento sulla sua positiva conclusione, solo l'aggiudicazione definitiva, intesa come provvedimento attraverso cui si concretizza l'individuazione del contraente e come punto di approdo dell'intera procedura, può far sorgere con assoluta certezza, in capo al privato, un affidamento nella conclusione del contratto»; il che val quanto dire che non v'è responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per violazione dell'affidamento e della buona fede, stante che finché c'è attività precontrattuale questi non ricevono protezione ed iniziano a goderne solo quando l'attività a rilievo precontrattuale è esaurita (essendo ovvio che tra l'aggiudicazione che fa «sorgere con assoluta certezza» e la sottoscrizione del contratto si colloca solo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, che ove li abbia falsamente rappresentati nella fase di gara certo non potrà far valere sue aspettative in buona fede). La giurisprudenza si spinge oltre, in modo difficilmente sostenibile e certo non condivisibile, quando afferma che fino alla «conclusione della fase procedimentale dell'evidenza pubblica e della scelta dell'aggiudicatario» i concorrenti «non possono essere qualificati come parti di una trattativa negoziale» (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 settembre 2020, n. 558), sicché non potrà mai esserci responsabilità precontrattuale in questa impostazione, perché o non c'è tratta-

ed, ad esempio, potrà revocare la sua decisione, dovendo indennizzare il destinatario; il risultato è che la tutela dell'affidamento circa il provvedimento non cessa di esistere come problema teorico (con scarso rilievo pratico).

Si colloca qui una questione – più controversa – relativa alla delusione della fiducia sull'atto, che riguarda i procedimenti complessi o composti, come nel caso delle gare contrattuali pubbliche, sicché la questione è se la fiducia si formi e riceva protezione solo a fronte dell'atto finale, ovvero se essa riguardi il comportamento (e, quindi, il rapporto e non l'atto), oppure se possa sorgere anche dal provvedimento non conclusivo (basterà pensare alla dichiarazione di

tiva negoziale o l'attività precontrattuale è esaurita. Questi orientamenti discutibili si accompagnano a quelli che attraggono l'affidamento interamente nella sfera dell'interesse pubblico sicché «indiscutibilmente» la stazione appaltante potrà «annullare in via di autotutela sia il bando che le singole operazioni di gara» solo sulla base delle «preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse» giacché «l'autotutela trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost. cui deve ispirarsi l'azione amministrativa e in tale prospettiva neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva osta all'esercizio di un siffatto potere», sicché i «principi di buona fede e correttezza e della tutela dell'affidamento ingenerato» non sono che un limite estero cedibile (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 29 novembre 2016, n. 1634). E' chiaro il contrasto di questi insegnamenti con l'adunanza plenaria (Consiglio di Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5) che ha da tempo chiarito che nei procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di contratti, «i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura di gara, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento». Fortunatamente, anche nella giurisdizione di primo grado (ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2020, n. 4700) si leggono orientamenti in senso contrario, sicché la revoca della procedura di gara («in assenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico debitamente esplicitate») è in contrasto con il «dovere di correttezza e buona fede, alla cui osservanza deve conformarsi anche l'operato della P.A., e costituisce manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che rinvia il proprio fondamento nell'art. 2 Cost. e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, intensificandosi a seguito dell'instaurazione di momenti relazionali giuridicamente qualificati, dovendosi riconoscere l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e i contenuti dei doveri di correttezza, lealtà e buona fede e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato». Anche questi, corretti, orientamenti sono poi mitigati dalla richiesta di una serie di requisiti all'affidamento perché possa dirsi legittimo (di nuovo, Consiglio di Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5) sicché l'affidamento dovrà essere incolpevole, subire la lesione attraverso 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», che sia anche «soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo», che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (la perdita economica), sia il rapporto di causalità fra danno e la condotta scorretta.

pubblico interesse della proposta ed all'attribuzione della figura di proponente nella finanza di progetto). La responsabilità dell'amministrazione nei procedimenti di questo tipo, abbia ad oggetto il comportamento o l'atto (questione che resta da chiarire), non sembra appartenere al perimetro dell'affidamento (e la giurisprudenza, che pur lo menziona, non fa che confonderlo con la buona fede). In questi casi, infatti, l'affidamento, che non ha avuto modo di consolidarsi relativamente ad una decisione efficace da un certo tempo, non potrebbe avere ad oggetto se non l'aspettativa che l'amministrazione pubblica si comporti nel rispetto delle regole e principi che ha il dovere di osservare, sicché non d'affidamento in senso proprio si dovrà parlare.

Quanto all'obbligo di correttezza che l'affidamento richiede (e la cui violazione pretenderà sia ristorata) è assai difficile non vedere – al contrario di quel che ritiene l'adunanza plenaria, il cui unico riferimento sembra essere il potere ed i cui obiettivi attengono all'affermazione della giurisdizione ed alla compressione della responsabilità – che all'obbligo debba corrispondere una posizione soggettiva (di diritto, ad esser precisi). Non si tratta tanto di semplificare la relazione tra diritto ed obbligo, né di aprire il tema, prezioso, delle obbligazioni senza prestazione⁽¹⁷⁾; il tema è, piuttosto, che in quanto sussista il diritto al risarcimento, questo dovrà riguardare la lesione di una posizione soggettiva.

La persistente confusione giurisprudenziale tra affidamento e buona fede, grave in sé, crea maggiori guasti nel perimetro dell'applicazione alle fattispecie proprie del diritto dell'economia. Infatti, se la natura dell'uno e dell'altra non muta per il fatto solo di applicarsi a simili fattispecie, la complessità dei rapporti, la commistione di diritto pubblico e privato, il concorrere di primari interessi nazionali (che spesso, come si dirà, alimentano deroghe o norme ecce-

17 C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 146; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani, 1990, 1 che in forza della differenza tra spettanza e appartenenza distingue gli obblighi di protezione da quelli di prestazione. Questa configurazione è stata accolta da Corte Costituzionale, 28 febbraio 1992 n. 74 e, poi, dalla giurisprudenza civile.

zionali), di diritti sociali (dei cittadini che attendono le prestazioni necessarie al godimento di simili diritti), di valutazioni tecniche (economiche o tecnologiche), moltiplica l'effetto dell'imprecisione.

3.2. Buona fede e stabilità del rapporto. Certezza, chiarezza e prevedibilità sono principi che vengono declinati dalla buona fede oppure occupano il suo intorno concettuale.

Il loro rilievo, per la fattispecie di diritto pubblico dell'economia, è piuttosto significativo. Anzi, rispetto all'impianto classico della certezza del diritto della tradizione liberale – riferito soprattutto alla legge ed alla prevedibilità della decisione giudiziaria –, proprio nell'area interessata dai rapporti economici, il principio ha assunto una connotazione marcatamente neoliberale ed, insieme, autoritaria, come si vedrà.

I due caratteri, solo apparentemente antitetici ⁽¹⁸⁾, convivono nella declinazione della certezza degli investimenti e della garanzia del mercato ⁽¹⁹⁾, sicché sia il profilo della legalità dell'esercizio del potere (come accade sul terreno dell'irrevocabilità delle decisioni amministrative illegittime) che quello della garanzia dei terzi (come evidente nella disciplina che limita la tutela giurisdizionale per certe categorie di investimenti) cedono a quest'interesse che anima il legislatore neoliberale – sia continentale che nostrano.

Non a caso la pretesa alla certezza del diritto – e, nella nostra prospettiva, alla stabilità del provvedimento e del rapporto – è affermata (da un tipico

18 Per un chiarimento essenziale, il notevole e profondo libro di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit.

19 Interessi ritenuti – invece – prioritari, ad esempio, da A. POLICE, *Instabilità delle decisioni pubbliche e dinamiche dello sviluppo economico ed industriale*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, ES; 2019, II, 1319, per il quale lo sviluppo degli investimenti (in ottica ordoliberal) sarebbe afflitto dalla instabilità delle decisioni pubbliche ed in particolare dagli spazi riservati alla decisione politica, all'autotutela amministrativa ed alla tutela giurisdizionale, indicando come positive le norme che limitano il potere di autotutela ovvero quelle che inibiscono al giudice la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto per illegittimità dell'aggiudicazione oppure quelle relative alla non annullabilità del provvedimento per vizi formali.

legislatore neoliberale) come principio fondamentale del diritto dell'Unione Europea ⁽²⁰⁾.

Il principio, affermatosi in uno con quello della protezione dell'affidamento ⁽²¹⁾, ha assunto successivamente una conformazione più autonoma che, se pure più cedevole rispetto all'affidamento, si articola appunto lungo i profili della prevedibilità, chiarezza ⁽²²⁾, irretroattività ⁽²³⁾. Anche in questa prospettiva, la protezione forte del diritto quesito e quella più malleabile alla certezza, indi-

20 In questo senso, se si può rinviare ampiamente alla letteratura europea, ai nostri fini basterà rammentare A MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. Amm.*, 2017, 427, che osserva come in «materia contrattuale» il confronto sui principi «ha portato lo stesso principio di certezza del diritto, ovvero uno di quelli considerati come una sorta di “superprincipi” ovvero di principi con il maggior tasso di “assolutezza” in quanto cardine di un ordinamento giuridico liberale, a risultare cedevole secondo il giudice europeo: tale principio, infatti, seppure sia “un principio generale del diritto dell'Unione”, e dunque idoneo a giustificare che gli effetti giuridici di una convenzione siano rispettati, nei limiti imposti dal principio medesimo, anche nel caso di una convenzione conclusa prima che la Corte si fosse pronunciata riguardo alle implicazioni del diritto primario rispetto a convenzioni simili con statuizione che a posteriori si sarebbe rivelata contraria a siffatte implicazioni».

21 La Corte dappprincipio aveva affermato congiuntamente il principio della certezza del diritto e quello del legittimo affidamento («il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario» per Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer; poi: Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, C-177/99, 181/99 Ampafrance and Sanofi; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, C-83/99, Commissione c. Spagna); successivamente, tuttavia, con la sentenza Corte di Giustizia, sez. X, 14 novembre 2013, Causa C-221/12, Belgacom NV, ha ammesso essa ha affermato che «benché, in linea di massima, il principio della certezza delle situazioni giuridiche osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato», segnando quindi una differenziazione tra certezza ed affidamento (essendo quest'ultimo assai meno cedevole della prima).

La Corte ha affermato il principio – ed è ciò che qui più interessa – soprattutto nella prospettiva della trasparenza amministrativa, della chiarezza della normativa, della previsione di termini ragionevoli per l'emanazione di provvedimenti, della non retroattività delle decisioni sfavorevoli e della tutela dei diritti quesiti (in questa direzione particolare, Corte di Giustizia, 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, C-362/12, Test Claimants c. Commissioners of Inland Revenue; nel senso della necessità che la decisione debba essere «certa e la sua applicazione dev'essere prevedibile per gli amministratori» sicché «il posticipare l'entrata in vigore di un atto che ha portata generale, dopo la scadenza del termine inizialmente contemplato, può di per sé ledere detto principio», Corte di Giustizia, 22 febbraio 1984, C-70/83, Kloppenburg c. Finanzamt Leer. Conseguenza di questo principio generale è quella della tutela dei diritti quesiti, anche con riferimento all'autorità di cosa giudicata (Corte di Giustizia, 24 gennaio 2013, causa C-529/09, Commissione c. Spagna).

22 Sul tema della certezza è sempre utile rammentare A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Giuffrè, 2006, 29, ove si distingue tra “certezza-stabilità”, che avrebbe carattere giuridico-formale, e “certezza-affidamento”, a conte-

cano una chiara direttiva neoliberale a garanzia del mercato e degli investimenti, a discapito della legalità del potere e della tutela giurisdizionale.

In questo senso, il principio di certezza (con le declinazioni di prevedibilità, chiarezza, irretroattività e tutela dell'affidamento) muta la sua natura rispetto alle indicazioni degli economisti classici. L'esigenza originaria era quella a che tutti gli attori del mercato fossero in possesso di informazioni complete ed i diritti di proprietà fossero protetti in modo assolutamente certo; anche a fronte dell'emersione del rilievo dei costi di transazione (che derivano da comportamenti degli attori non rette solo dalla razionalità economica), tra i quali le regole giuridiche e le scelte degli attori istituzionali, gli economisti – e la dottrina giuridica conseguente – individuano nella disciplina pubblicistica un vincolo la cui funzione è quella di ridurre il tasso di incertezza e, quindi, i costi di transazione.

nuto sociale-sostanziale – con una distinzione che trova eco nella giurisprudenza della Corte che si richiama alla nota precedente ed alla successiva ma che per quest'ultima avrebbe contenuto statico (l'affidamento) e dinamico (la certezza).

23 La certezza del diritto come principio fondamentale è stata riconosciuta più volte dalla Corte di Giustizia, che «esige, in particolare, che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati» (Corte di Giustizia, 15 dicembre 1987, causa 325/85, Irlanda/Commissione; Id., 13 febbraio 1996, causa C-143/93, Van Es Douane Agenten; Id., 15 febbraio 1996, causa C-63/93, Duff e a.).

Per la Corte, «si deve poi osservare che, come da costante giurisprudenza della Corte (vedasi, ad esempio, la sentenza 30 gennaio 1985, Commissione/Regno di Danimarca, causa 143/83, Racc. 1985, pag. 427), i principi della certezza del diritto e della tutela dei privati esigono che, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri abbia una formulazione non equivoca, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso, ed ai giudici di garantirne l'osservanza» (Corte di Giustizia, 21 giugno 1988, C-257/86, Commissione c. Repubblica Italiana).

Oltre al profilo della certezza e tutela dei privati, il principio si declina anche lungo il crinale della «prevedibilità per gli amministrati» (Corte di Giustizia, 6 febbraio 1987, C-15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo; si vadano anche Corte di Giustizia, 17 aprile 1997, C-90/95, De Compte; Id., 17 luglio 2008, C-347/06, ASM Brescia; Id., 2 dicembre 2009, C-358/08, Aventis Pasteur c. OB; Id., 10 settembre 2009, C-201/08, Plantanol ed in particolare la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, 11 dicembre 2003, Bassani contro Italia, per la quale la imprevedibilità della norma sopravvenuta può determinare la violazione dell'art. 6 CEDU.

La certezza del diritto ⁽²⁴⁾ è, quindi, rimedio all'indeterminatezza. Il problema è quello di evitare decisioni imprevedibili, che sono in grado di andare a discapito di alcuno degli attori economici ovvero di rendere rischiosi gli investimenti; il bersaglio è la scelta discrezionale dell'amministrazione e del giudice.

Come è stato molto autorevolmente messo in luce, il principio della certezza del diritto è carico di un notevole significato autoritario e fonda, nel rapporto con le libertà, la pretesa all'obbedienza del comando ⁽²⁵⁾; a quest'osservazione – a mio modo di vedere da condividere – si è replicato che senza certezze la libertà economica stessa sarebbe radicalmente lesa e, tuttavia, anche rispetto a quest'opinione si può consentire, giacché la pretesa all'obbedienza fondata sulla *fairness* di un comando legale la cui validità è puramente formale (*authoritas non veritas facit legem*) e la conseguente certezza dell'operatore economico sono due lati della stessa moneta.

24 In argomento, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 e L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Ead., Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008, 84.

25 Per P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 51, la certezza del diritto appartiene alla pretesa monopolista circa la produzione giuridica tipica dello Stato contemporaneo e quindi, all'eguale pretesa dell'infallibilità del legislatore, funzionale alla mitologia dello Stato-diritto come autorità contrapposta alla società e indirizzata alla tutela degli «interessi del ceto borghese arrivato finalmente a gestire il potere politico grazie al rivolgimento rivoluzionario di fine Settecento». In questa prospettiva storica, la certezza del diritto è funzionale al conseguimento dell'obbedienza delle masse al comando. Al contrario, nella prospettiva della Costituzione democratica, viene meno il fondamento stesso del dispositivo, superandosi il legalismo e collocando al centro dell'ordinamento valori – divenuti giuridici e non morali – che consentono il pluralismo, l'adattamento al caso concreto, svelando la giuridicità del fatto, le autonomie istituzionali e sociali, con la conseguenza della necessità dell'interpretazione e la negazione del legalismo (autoritario).

Sempre utile, in questa prospettiva, è V. VELLUZZI (nella specie riferendosi a *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale: note (convergenti) sulle riflessioni di Fabio Ciaramelli*, in *Etica & Politica*, 2022, 373) per il quale «se il diritto, dunque, c'è per essere tendenzialmente certo, anche il diritto che fa perno sui diritti fondamentali non può sottrarsi alla tensione ideale verso la certezza giuridica. Se così stanno le cose, allora, diviene rilevante l'analisi e la proposta delle condizioni in grado di indirizzare il diritto dello Stato costituzionale verso l'ideale della certezza» (377), sicché «riflettere e discutere sulle condizioni della corretta o adeguata giustificazione delle decisioni giudiziali nello Stato costituzionale non significa porre limiti impropri alla diffusione dei diritti fondamentali. Lo stato costituzionale, infatti, garantisce i diritti fondamentali, la giustificazione delle decisioni garantisce che i custodi dei diritti esercitino l'inevitabile discrezionalità loro attribuita dandone conto e sottoponendo il proprio operato a vaglio critico» (378).

Il paradigma muta interamente – in ottica neoliberale – passando dalla tutela della parità tra gli attori nel mercato (tipica della ricerca della certezza) a quello della stabilità della decisione come funzione di protezione degli investimenti (con cedevolezza, quindi, della legalità e della garanzia) ⁽²⁶⁾. In questa prospettiva, non è la chiarezza e prevedibilità delle regole di convivenza che importa (vuoi nella prospettiva della decisione autonoma rispetto all'esercizio della propria libertà – economica, in specie –, vuoi in quella, autoritaria, di rendere il comando indefettibile, per quanto, fondandosi su una legittimità puramente formale, potenzialmente ingiusto), piuttosto, è la stabilità della decisione, sicché il provvedimento amministrativo diviene una delle regole istituzionali del mercato e, quindi, ciò che importa al mercato ⁽²⁷⁾ è, per un lato, la permanenza del vantaggio che arreca (sicché la dottrina dei diritti quesiti e dell'affidamento della Corte di Giustizia) e, per l'altro, la stabilità come condizione per la sua circolazione globale.

Nella prospettiva del diritto (neoliberale) dell'economia, quindi, la certezza del diritto viene sostituita dalla stabilità della decisione. E, non a caso, si sviluppa insieme all'affermarsi di un andamento del tutto emergenziale quando non derogatorio delle decisioni. Come si vedrà, moltissime delle decisioni – del potere legislativo o esecutivo – che fissano le regole di rapporti economici di

26 Le più lucide teorizzazioni dell'esigenza della stabilità della decisione amministrativa si leggono negli importanti e ben noti lavori di M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. Amm.*, 2016, 321; ID., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in questa *Rivista*, I (2017), 189; ID., *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, ES, 2018; ID., *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2022, 705, cui si rinvia non solo per la profondità del pensiero ma anche per la sempre affidabile bibliografia.

27 A differenza della prospettiva proposta nel testo, per M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., 338, «la certezza del diritto non è tanto un corollario dell'impostazione liberale tradizionale — secondo cui i poteri pubblici svolgono soltanto una funzione di ordine e si disinteressano delle dinamiche sociali e mercantili — bensì un'esigenza interna a uno Stato che per il tramite dell'amministrazione dispensa utilità, formula programmi, pone le regole degli scambi».

Tuttavia, ID., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, 198, riconosce che «l'instabilità dell'atto d'assenso non solo reca un pregiudizio al suo destinatario ma, in termini più generali, ingenera tra gli operatori del mercato un senso di incertezza e sfiducia che scoraggia l'intrapresa economica».

notevole rilievo sono contenute in leggi *ad hoc*, derogatorie, puntuali, spesso giustificate dall'emergenza.

Nella sostanza, legge e provvedimento amministrativo seguono le esigenze del mercato, le assecondano, le formalizzano in decisioni puntuali (assai spesso con legge-provvedimento, per assicurarne la ridotta sindacabilità) ed assicurano ad esse l'immutabilità (sia pure tendenziale, non potendosi fare diversamente quando si opera con le norme) che l'investitore desidera per ridurre il rischio e rendere l'operazione trasferibile nel mercato.

Il problema, quindi, riguarda la stabilità delle decisioni pubbliche (principalmente norme primarie e provvedimenti amministrativi) destinati a produrre effetti protratti nel tempo. Il che spiega il corredo di limitazioni (introdotte dal legislatore) alla tutela giurisdizionale: si tratti di risoluzioni bancarie o di opere pubbliche, di insediamenti strategici o attuazione di piani straordinari di investimento pubblico (emblematico il PNRR), la conseguenza è indefettibilmente l'introduzione di un corredo di norme (pur di dubbia legittimità costituzionale) attraverso le quali si contraggono i tempi di giudizio, si limita la procedibilità di domande o l'effetto della decisione del giudice, si comprime o elimina la tutela cautelare. Alla decisione si domanda stabilità, sicché gli spazi di critica razionale innanzi al giudice vengono straordinariamente compressi.

La nostra giurisprudenza, oltre alle ipotesi nelle quali la certezza del diritto viene colpita come attributo della buona fede oggettiva ⁽²⁸⁾, ha utilizzato

28 Ad esempio rispetto alla disciplina dettata dai bandi in materia di gare contrattuali pubbliche (ad esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692, come applicazione del principio del *favor participationis*), ovvero con riguardo ai termini processuali ed all'errore scusabile (ad esempio, Consiglio di Stato sez. IV, 19 dicembre 2013, n. 6108; per Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1127, non sono sufficienti per il riconoscimento dell'errore scusabile la buona fede e l'esistenza di fattori soggettivi del ricorrente, dovendosi ancorare tale beneficio a oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto; in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 2011, n. 1853, ove si afferma che «un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria» in materia di apprezzamento dell'errore scusabile «lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti, anch'esso espressamente richiamato dall'art. 2 comma 1, c.p.a. in tema di rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale») ovvero, rispetto all'osservanza di norme e regolamenti, rispetto alla efficacia scusante della buona fede circa l'ignoranza delle norme, ammissibile solo in caso di assoluta e oggettiva incertezza sulla

l'incertezza come elemento decisivo nelle fattispecie risarcitorie ⁽²⁹⁾. L'esigenza della stabilità neoliberale è prevalentemente consegnata agli interventi del legislatore – sia di sistema, come nel caso dell'autotutela, sia (più frequentemente) attraverso la tecnica della legislazione ad hoc – ed alla prassi della giurisprudenza – che, al netto delle motivazioni in punto di legittimità, mostra una pratica propensione a non alterare gli assetti degli interessi consolidati in fatto.

3.3. Buona fede e prevedibilità delle regole e delle decisioni. Proprio l'evoluzione in senso neoliberale della buona fede intesa nella prospettiva della pretesa alla stabilità impone di differenziare la differente traiettoria della prevedibilità.

Ci si colloca qui in una prospettiva più tradizionalmente liberale ⁽³⁰⁾, nella quale davvero la certezza è funzionale alla libertà ed alle sue garanzie – e non come nel caso della pretesa alla stabilità, la cui conseguenza naturale è il regime

portata delle norme medesime (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 luglio 2009, n. 4718).

29 Quanto alla ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della pubblica amministrazione, la giurisprudenza è nel senso della insufficienza del mero annullamento del provvedimento lesivo, richiedendosi, come ovvio, la sussistenza dell'elemento soggettivo; tuttavia, l'elemento soggettivo finisce per coincidere con la legalità dell'azione, sicché sarà necessario «verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'Amministrazione per danni conseguenti ad un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato» ricavando un'esenzione di responsabilità a fronte della «incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto» - in modo, per vero, molto discutibile. In termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2419; Consiglio di Stato, sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23; Consiglio di Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; Consiglio di Stato, sez. V, 24 giugno 2011, n. 3814; Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2010, n. 3367; Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750.

30 In questa prospettiva deve essere condiviso il discorso di G. CORSO, *Relazione conclusiva*, in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 che, in replica a P. GROSSI, *op. ult. cit.*, ha osservato che «chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all'opposto, quello del cittadino, il *quisquis de populo* che ha l'esigenza di conoscere le regole da osservare, i poteri di cui dispone e l'ambito di libertà che gli viene riconosciuto». E' questa la prospettiva della certezza del diritto come prevedibilità del comando come presupposto essenziale dell'esercizio della libertà.

Tutto ciò è condivisibile nella prospettiva della [certezza del diritto / buona fede / prevedibilità] ma, per le ragioni accennate e per ciò che si dirà, non rispetto alla sequenza (autoritaria, posta nell'interesse del potere – privato e pubblico funzionalizzato ad esso) [certezza del diritto / buona fede / stabilità].

autoritario della decisione che la consolida e la contrazione della tutela che si possa conseguire attraverso la pretesa alla legalità del comando. In questa accezione, nello specifico del diritto dell'economia, si pongono una serie di esigenze che, come si dirà, sono invece largamente contraddette (spesso in senso neoliberale) dalla realtà dell'ordinamento e dell'applicazione giurisdizionale.

Infatti, quanto ai soggetti che dettano regole (il legislatore, ovviamente, ma con non minore importanza, le autorità di regolazione, i centri di produzione privata di norme e standards, etc.) la pretesa alla chiarezza si rivolge essenzialmente nella prospettiva della limitatezza della variabilità della regola che deriva dal processo interpretativo ed applicativo; allo stesso modo, nei confronti sia del potere esecutivo che di quello giudiziario ⁽³¹⁾, pone con evidenza il problema della limitazione della discrezionalità interpretativa ed applicativa in quanto tali.

Rispetto a questi temi, che in quanto tali eccedono largamente il proposito di queste pagine (e sui quali ci si è già altre volte impegnati), conviene segnalare il profilo rilevante per il diritto dell'economia. Infatti, queste esigenze – propriamente liberali – sono, come si dirà, largamente contraddette dalla realtà dell'ordinamento, sicché è rilevante mettere in luce il profilo specifico della buona fede come pretesa alla chiarezza e prevedibilità del comando legale dell'autorità. Simmetricamente a quanto s'è fatto rispetto agli altri usi concettuali di cui s'è detto, conviene indicare come la giurisprudenza amministrativa colleghi la clausola di buona fede alla pretesa alla prevedibilità e chiarezza soprattutto sul versante dell'interpretazione del provvedimento ⁽³²⁾ – particolar-

31 Sul tema del giudice come creatore di regole, nella sterminata dottrina in argomento, resta fondamentale ai nostri fini M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione – Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 e più di recente il prezioso ed ampio studio di F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023 (non è certo questo il luogo per una discussione di questi temi e, se si crede, si può ancora esaminare il non più recente lavoro di chi scrive, *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, in *Jus*, 1993, 171).

32 In giurisprudenza è ormai consolidata l'affermazione per la quale «l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti» (Consiglio di Stato, sez. III, 2 settem-

mente nelle fattispecie di gare pubbliche ⁽³³⁾ o revoca di contributi o stipendi ⁽³⁴⁾.

3.4. Buona fede in senso stretto. Con riferimento alle fattispecie che occupano questa riflessione, non ci sono ragioni per differenziare il concetto di buona fede in senso stretto rispetto a quanto vale in generale nella relazione con l'amministrazione pubblica, sicché non è necessario fornire precisazioni concettuali in questa fase. Ovvio la considerazione che una serrata discussione del-

bre 2013, n. 4364) secondo «l'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell'atto (cd. interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere» (Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 238) giacché il criterio dell'interpretazione secondo buona fede deve essere inteso «in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla p.a. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure» (Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980; Consiglio di Stato sez. V, 19 novembre 2009, n. 7260; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 917); ne deriva, in materia di gara contrattuali pubbliche, che «solo in caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando, e degli atti che regolano i rapporti tra cittadini e amministrazione può ammettersi una lettura idonea a tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede, non potendo generalmente addebitarsi al cittadino un onere di ricostruzione dell'effettiva volontà dell'Amministrazione mediante complesse indagini ermeneutiche ed integrative» (Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2010, n. 3359) ed in modo «da escludere interpretazioni correttive ed integrative delle clausole, contrarie alla buona fede ed alla *par condicio* dei partecipanti» (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 917).

Sull'interpretazione dell'atto amministrativo, comunque, per tutti, M. MONTEDURO, *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito*, 18 (2009), 203, che correttamente osserva che «non sembra reggere, ad un'attenta analisi, neppure il limite "pregiudiziale" che molte pronunce oppongono all'operatività del criterio teleologico dinanzi ad una clausola del bando assistita da espressa comminatoria di esclusione: la supposta "chiarezza" o "univocità" del testo della clausola, il che impedirebbe di utilizzare criteri interpretativi diversi da quello letterale, in virtù di una (a volte sottaciuta, a volte addirittura esplicita) adesione al brocardo *in claris non fit interpretatio*. In disparte le note critiche della dottrina al divieto che tale motto sottende, occorre chiedersi: chi stabilirà con certezza assoluta se una prescrizione è o non è "chiara" e "cristallina" per tutti e dunque non abbisognevole di alcuna interpretazione? Tale giudizio non è forse a sua volta espressione di un'opinione soggettiva che se non temperata dall'applicazione dei canoni metodologici dell'*ars interpretandi*, rischia di trasmodare in un arbitrio preclusivo ("*hic non est interpretandum*") peggiore del "male" che vorrebbe evitarsi, ossia la pluralità delle interpretazioni possibili? Di ciò si è ben resa conto un'avveduta parte della stessa giurisprudenza amministrativa, che attribuisce un significato del tutto peculiare al requisito della "chiarezza" della singola clausola di bando, anche ove quest'ultima sia stabilita espressamente a pena di esclusione»; si vedano, comunque, anche i lavori precedenti dello stesso autore, come ID., *Interpretazione del bando*, in Perfetti (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, vol. II, Padova, Cedam, 2005, 764 ed il successivo e fondamentale, ID., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Vol. 1: Questioni presupp-*

le opinioni, dottrinali e giurisprudenziali, in argomento renderebbe più perspicua l'affermazione e, tuttavia, condurrebbe assai lontano rispetto allo scopo di queste pagine, sicché vale la pena di rinviare all'intenso dibattito pubblicato in questa sezione della *Rivista*. Ad ogni buon conto, senza impegnare il lettore in una discussione esorbitante lo scopo, basterà por mente al fatto che le fattispecie di cui ci si occupa sono più intensamente caratterizzate dalla sussistenza di rapporti contrattuali o comunque paritari nella fase di esecuzione e dalla (quasi sempre necessaria) implementazione di procedure ad evidenza pubblica nella fase di formazione del rapporto, sicché si intende facilmente perché la clausola di buona fede in senso stretto si atteggi in modo del tutto coerente con quanto accade in via generale rispetto all'attività consensuale dell'amministrazione, ovvero a quella autoritaria ed ai relativi profili di responsabilità.

4. Antanàclasi

4.1. *Chiarimento metodologico*. Individuati quattro profili concettuali autonomi della buona fede nel diritto (pubblico) dell'economia, sembra utile indicare alcune fattispecie simboliche dell'inversione di direzione e significato della buona fede nella relazione con l'autorità pubblica, sicché nell'attuale stato dell'ordinamento la menzione della buona fede riprende l'espressione, variandone il significato e la direzione.

poste di teoria del provvedimento, Padova, Cedam, 2012.

33 Oltre a quanto già riferito, varrà la pena di rammentare quegli orientamenti per i quali l'applicazione dei «principi generali di buona fede e di tutela dell'affidamento», non possono ammettere «l'ascrizione in capo al privato delle conseguenze negative di un errore indotto da una non chiara formulazione della disciplina di gara» (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2004, n. 5289; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3004; Consiglio di Stato sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 383).

34 La giurisprudenza sul punto è granitica nel ripetere sempre con le stesse espressioni verbali che nel caso di indebita erogazione di denaro pubblico affidamento e buona fede «non sono di ostacolo all'esercizio da parte dell'amministrazione del potere» di revocare il beneficio e ripetere le somme, salva la necessità di rendere «chiare» le ragioni dell'illegittimità – sicché in questo caso la chiarezza non è che un corollario dell'obbligo di motivazione (ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5602).

Da un punto di vista metodologico, si potrebbe operare anche in direzione diversa, vale a dire dedicarsi a ricostruire la profonda trasformazione del ruolo e dei modi di azione dell'autorità, fornendone le adeguate conferme e riproponendo – declinandola nello specifico di questo settore dell'ordinamento – dialetticamente l'antitesi che si è più volte proposta a rimedio di queste trasformazioni che, ad opinione di chi scrive, sono del tutto incompatibili con il quadro costituzionale del potere pubblico. Tuttavia, il discorso sarebbe assai più complesso, articolato, ponderoso e forse, per essere convincente, richiederebbe una trattazione troppo ampia. Non sembra la prospettiva più fruttuosa. Da questo punto di vista, poi, si deve tenere in considerazione il fatto che il diritto (pubblico) dell'economia individua una sfera di relazioni sociali ed un settore dell'ordinamento dai confini incerti, sicché lavorare su fattispecie simboliche piuttosto che sulla creazione di un sistema compiuto sembra più fruttuoso anche per via della difficoltà a definire il perimetro di un simile sistema ed i suoi principi ordinanti.

Per conseguenza, quel che si intende svolgere in questa sede non è il compito di chi ricostruisce una comprensiva teoria – che contenga l'analisi del cambiamento ed i suoi rimedi – giacché, nello specifico del diritto (pubblico) dell'economia, gli incerti confini, al molteplicità di regole e rapporti, i rapidi cambiamenti e l'articolazione anche singolare delle autorità e dei loro poteri, sembra sopportare con maggiore difficoltà la proposizione di una teoria complessiva e convincente; piuttosto, quel che si vuole porre in luce è un radicale cambiamento del significato e della funzione della clausola, attraverso indicazioni concrete e simboliche – sia pure senza perdere di vista l'intenzione, per quanto sotterranea ed implicita, di farne emblemi della trasformazione del sistema, dei modi e delle forme del manifestarsi del comando pubblico, trasformazione alla quale non si può che reagire proponendo spiegazioni e sistemi (che, tuttavia, essendo già molte altre volte indicati non sembra necessario riproporre in questa sede).

Converrà, allora, seguire le quattro declinazioni della clausola che si sono proposte più sopra.

4.1. *Affidamento. Il caso delle crisi bancarie.* Si è accennato al fatto che per affidamento si potrà intendere la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta di conseguenza e che nei confronti del potere amministrativo questa pretesa si declina soprattutto in relazione ai doveri della parte pubblica che si sostanziano nel principio del giusto procedimento e nell'aspettativa circa la legittimità del provvedimento – anche nella sua dimensione di atto impugnabile in un giudizio di piena giurisdizione.

Vi sono vari esempi utili a mettere in luce la radicale messa in discussione di questa pretesa nel diritto dell'economia; ciascuno di questi esempi consentirebbe di porre in luce sia l'estrema compressione delle garanzie procedurali, sia la dequotazione del ruolo di garanzia del provvedimento, con la conseguente estrema limitazione della tutela; non manca la possibilità di esemplificare anche il profilo dell'uso della solidarietà nella prospettiva neoliberale del dovere di sottoposizione a regole derogatorie nell'interesse generale.

Il caso delle crisi bancarie, però, mi pare particolarmente significativo, perché si accompagna alla scomparsa vera e propria del provvedimento e della tutela, lungo una parabola che passa per la compressione delle garanzie della pienezza della tutela.

Rispetto alle crisi bancarie la legge prevede procedure di soluzione della crisi analoghe a quelle ordinarie delle imprese commerciali. Come tutti sanno, la banca in crisi può essere sottoposta a liquidazione coatta amministrativa ⁽³⁵⁾ – per quanto limitata sia la sua applicazione ⁽³⁶⁾ –, ad amministrazione straordi-

35 G. BONFANTE, *La liquidazione coatta amministrativa. Commento a dec. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 2032; F. ACCETTELLA, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa di tipo bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 436; F. BURIGO, *Osservazioni in merito al procedimento per la dichiarazione di insolvenza dell'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2020, 401.

36 Casi recenti sono i decreti del Ministro dell'Economia 25 giugno 2017, n. 186 relativo a Veneto Banca e n. 185 relativo a Banca Popolare di Vicenza, con i quali le due banche sono state sottoposte a liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art. 83, co. 3, del Testo Unico Ban-

naria ovvero a risoluzione. La liquidazione coatta amministrativa è un ordinario provvedimento amministrativo, come tale suscettibile di impugnazione avanti il giudice amministrativo. Anche l'amministrazione straordinaria si fonda su un atto di accertamento ⁽³⁷⁾ da parte di un'autorità amministrativa come Banca d'Italia – e la disciplina, non diversa da quella previgente ⁽³⁸⁾ salve questioni minori ⁽³⁹⁾, è diretta ad assicurare la regolarità dell'azione dell'intermediario anche nell'interesse generale ⁽⁴⁰⁾, con conseguenza diretta del rilievo propriamente e

cario. Si vedano certamente, G. MOLLO, *La nozione di «controversia» nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle «banche venete»*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2020, 416; F. PACILEO, *Cessioni aggregate, aiuti di Stato e responsabilità della cessionaria: note a margine della vicenda delle banche venete*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2020, 684; I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della I.c.a. [liquidazione coatta amministrativa] delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, 784; P. BONETTI PAOLO, *Brevi note sui profili costituzionali dell'interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 641; A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Debiti (non) ceduti e insinuazione al passivo. A proposito delle «banche venete»*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 5; D. MAFFEIS, *I debiti delle banche venete: interpretare un contratto che ha funzione di legge*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2018, 994; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione della crisi del Monte Paschi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi senesi*, 2018, 449.

37 L'accertamento è relativo alle «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo», oltre alla previsione di «gravi perdite del patrimonio» ed alla richiesta motivata da parte degli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria.

Per la compiuta indagine sull'istituto in questione, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, in Id. (a cura di e con M. Pellegrini, M. Sepe e V. Troiano) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, t. II, 858. Successivamente, C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 275; G. FALCONE, «Stato di dissesto» e «insolvenza» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2019, 233; O. SOLINA, *I poteri del Mef nella procedura di «amministrazione straordinaria» delle banche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 263; L. SEMINARA, *Amministrazione straordinaria delle banche: condizioni e competenze delle Autorità creditizie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 289.

38 In tal senso, A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, 390 – ma si veda anche ID., *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: ritorno al passato?*, *ivi*, 2003, 106.

39 Come quello dei confini dell'applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo, sul quale, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, cit., 867; più estesamente, a commento di Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, A. MOLINTERNI, *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria delle banche*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1914.

40 Su questi profili, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, cit., 868; V. CERULLI IRELLI, *Crisi bancarie: i provvedimenti amministrativi e i loro effetti*, in M. T. Cirenei e G. C. De Martin (a cura di), *Il sistema creditizio nella prospettiva del Mercato Unico Europeo*, Milano, Giuffrè, 1990, 165; M. ROSSI, *sub art. 70*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, a cura di Costi-Vella, Padova, Cedam,

direttamente giuridico degli interessi dei risparmiatori ⁽⁴¹⁾. Anche con riguardo a questa procedura è evidente il rilievo centrale di provvedimenti amministrativi assunti da autorità amministrative, regolati dalla legge e suscettibili di impugnazione innanzi il giudice amministrativo. Anche le procedure di risoluzione, sulla base della direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive* o BRRD) ⁽⁴²⁾, sono caratterizzate dall'adozione di provvedimenti amministrativi – della Banca d'Italia – suscettibili di impugnazione avanti il giudice amministrativo ⁽⁴³⁾; sulla base di quanto previsto dall'art. 18, co.5 del SRM (Regolamento UE n. 806/2014 che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento UE n. 1093/2010) la risoluzione sarà possibile e «*considerata nell'interesse pubblico*» in quanto consegua almeno uno degli obiettivi della risoluzione (per come indicati dall'articolo 14 del Regolamento 806/2014), sia ad essi proporzionata e se «*la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura*» (la clausola cosiddetta *no credi-*

2019, 380.

41 VELLA, *Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti delle imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza*, in *Giur. It.*, 1990, 3, limita la «specificità degli strumenti di intervento dei salvataggi bancari a protezione dei risparmiatori».

42 Senza alcuna pretesa di esaustività, né lo spazio per discutere le tesi sostenute, B. WESSELS, M. HAENTJENS, *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Cheltenham, Elgar, 2019; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, Cedam, 2018; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, Cedam, 2017; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, Cacucci, 2018; ID., *The European Banking Union, Supervision and Resolution*, London, Palgrave Macmillan, 2016; E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, Giappichelli, 2017; F. CAPRIGLIONE, *Crisi bancarie e crisi di sistema. Il caso Italia*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, 1; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, Roma, marzo 2014, 19; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. Comm.*, 2018, 181; E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. diritto bancario*, 2021, II, 303; L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione italiana?*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2019, 249; O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in Chiti-Santoro (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, 254.

43 Specificamente, F. DIMICHINA, *Brevi considerazioni sul tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, VIII (2021), 473.

tor worse off) ⁽⁴⁴⁾; nelle esperienze concrete di risoluzione bancaria applicate nel nostro Paese, proprio la valutazione circa l'impossibilità di perseguire i medesimi interessi, nella stessa misura, attraverso la liquidazione coatta amministrativa, è stata centrale nei provvedimenti amministrativi che hanno disposto la risoluzione e nei molti giudizi che li hanno riguardati, proposti innanzi il giudice amministrativo, alle Corti europee ed alla Cassazione.

Dopo decenni di applicazione delle procedure ordinarie (di liquidazione o amministrazione straordinaria) ed un'intensa stagione di risoluzioni bancarie, in tempi recenti, si è assistito frequentemente all'intervento del Governo – con decreti legge – e del Parlamento – in sede di conversione in legge – con leggi *ad hoc* che introducono misure di salvataggio dirette a sottrarre l'impresa bancaria alla crisi.

La sostanza di questo dispositivo è quella di elidere l'intero procedimento e provvedimento amministrativo – sostituiti dalla legge derogatoria e da operazioni commerciali – con il risultato di rimuovere interamente le garanzie (anche dell'affidamento, che è quel che qui rileva). Queste operazioni, invece, sono state interamente gestite dal Governo attraverso fonti di livello primario,

44 In argomento, senza pretesa di esaustività, almeno, F. SALERNO, *La "liquidazione ordinata" delle banche in crisi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2021, 305; V. D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, in *Giur. Comm.*, 2020, 1207; A. RIZZI, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria nella sistemica della riforma della crisi d'impresa e del diritto concorsuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, 1267; E. MINERVINI, *Il diritto all'indennizzo degli ex azionisti del Banco di Napoli, S.p.A.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020, 803; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. Comm.*, 2020, 184; I. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164; M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. Comm.*, 2019, 32; F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Riv. Soc.*, 2018, 1047; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, per il quale «Banca d'Italia faceva ricorso ad un ampio strumentario di atti e procedimenti amministrativi» ed il «fondamento di tutti i poteri era l'interesse pubblico alla stabilità e funzionalità del mercato bancario, da perseguirsi "governando" gli ingressi ed indirizzandone gli sviluppi, vigilando sulla sana e prudente gestione degli istituti e gestendo le eventuali situazioni di crisi», con proposta che unifica i profili di pubblico interesse – a mio modo di vedere, operazione non sempre agevole se si comprenda la messa in liquidazione della banca; e R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collegamento degli strumenti azionari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, 287.

che assegnano compiti a soggetti pubblici (tipicamente la Cassa depositi e prestiti) ⁽⁴⁵⁾ o privati con i quali il Governo stesso ha raggiunto accordi di massima sul versante privatistico.

Conviene fornire degli esempi, per comprendere a fondo questo dispositivo giuridico ⁽⁴⁶⁾. Un primo caso è quello del fondo Atlante I ⁽⁴⁷⁾, che ha visto l'intervento di Cassa depositi e prestiti e della Società di Gestione delle Attività S.p.A., interamente partecipata dal Governo (attraverso il Ministero delle Finanze). Il fondo ha assunto il ruolo di sottoscrittore di ultima istanza delle nuove azioni non sottoscritte emesse negli aumenti di capitale necessari per il salvataggio di Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca – con un successivo fondo, Atlante II, si è avuta la sottoscrizione di titoli *junior* e *mezzanine* emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione, per i quali non era possibile concedere garanzie pubbliche, sicché si è intervenuti – per sostenere il mercato delle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati – con il decreto legge 14 febbraio 2016, n. 18. Questi interventi sono stati realizzati attraverso norme di legge ed azioni concrete che non sono state poste in essere né dall'amministrazione né dal giudice (protagonisti delle procedure ordinarie), anche se la regia complessiva era indubbiamente del Governo. Gli scopi – di interesse pubblico – erano garantire stabilità e competitività del sistema bancario, tutelare i depositanti, prevenire l'impatto sui piccoli risparmiatori dell'applicazione del *bail-in* ed, infine, non determinare effetti dannosi sul sistema delle imprese locali. Solo successivamente – e sempre con norme *ad hoc*, come il decreto legge 25 giugno 2017, n. 99 – Banca d'Italia ha avviato una procedura di liquidazione coatta

45 Per la Corte dei Conti (cfr., *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Cassa depositi e prestiti S.p.A. 2017*, determinazione del 5 febbraio 2019, n. 9, 56) «I risultati del 2017 ribadiscono il ruolo centrale e di promozione svolto dal Gruppo CdP a sostegno dell'economia italiana, ad ulteriore conferma della trasformazione della società in un vero e proprio strumento di politica industriale».

46 Anche in questo caso si ricorrerà solo ad indicazioni da fonti pubbliche, che prescindono interamente dall'esperienza professionale dell'autore relativamente a queste procedure.

47 Cfr., L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca impresa società*, 2018, 436.

amministrativa delle due banche, con continuazione dell'esercizio dell'impresa attraverso la cessione dell'azienda bancaria e l'acquisto dei crediti deteriorati da parte di una società interamente partecipata dal Governo. Anche nel caso della crisi del Monte dei Paschi di Siena è intervenuto direttamente il legislatore – con il decreto legge 23 dicembre 2016, n. 237 – assegnando compiti ad alcune strutture dello Stato o ad esso direttamente riconducibili, perché fornissero garanzia statale su passività di nuova emissione e su operazioni di erogazione di liquidità di emergenza effettuate dalla Banca d'Italia nonché di acquisto o sottoscrizione di azioni di nuova emissione per la ricapitalizzazione precauzionale della banca.

Ancora più evidente è il caso di Banca Carige S.p.A., per la quale si è intervenuti con il decreto legge 8 gennaio 2019, n. 1. Anche in questo caso si tratta di una legge *ad hoc*. Anche in questo caso, il Governo, attraverso legge, ha previsto la concessione della garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione e sui finanziamenti erogati da Banca d'Italia, nonché sottoscrizione di nuove azioni o acquisto da parte del Governo (Ministero delle Finanze) per il rafforzamento patrimoniale della banca. Anche quanto a Banca popolare di Bari ⁽⁴⁸⁾, a fronte della crisi bancaria avviata con il commissariamento degli organi della banca da parte di Banca d'Italia per gravi irregolarità, il Governo è intervenuto attraverso strumenti legislativi, con il decreto legge 16 dicembre 2019, n. 142. Anche in questo caso la legge impegna società interamente partecipate dallo Stato ⁽⁴⁹⁾ ad assumere il compito di rilanciare Banca Popolare di Bari ed acquisirne azioni.

Il coinvolgimento dell'amministrazione o della giurisdizione è sostanzialmente inesistente. L'intera operazione è sotto la regia del Governo, e si realizza attraverso società interamente partecipate dal Governo stesso. Il provvedimento

48 Per taluni profili rilevanti, E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, sez. II, 304

49 Come Banca del Mezzogiorno MedioCredito Centrale S.p.A., interamente partecipata da Invitalia S.p.A., di proprietà del Ministero dell'Economia.

to amministrativo è interamente assente, e con esso il luogo di calibrazione degli interessi ed applicazione della legge suscettibile di impugnazione avanti il giudice amministrativo. Qualunque forma di affidamento o è protetta dalla legge o dai risultati materiali dell'operazione di salvataggio, oppure viene travolto dalla disciplina straordinaria e derogatoria, privo di un giudice. Se è vero che il provvedimento amministrativo assolve ad un fondamentale ruolo di garanzia – e rende possibile l'accesso alla tutela giurisdizionale – la sua assenza determina l'effetto contrario. Si tratta di un esempio plastico di diretta funzionalizzazione della legge al conseguimento di obiettivi di mercato, in funzione neoliberale, di evocazione della solidarietà come dovere di soggezione al comando legale, di compressione della tutela giurisdizionale.

4.2. Stabilità. Le leggi-provvedimento; le norme derogatorie e speciali; le contrazioni del sindacato giurisdizionale.

Come si è provato ad osservare più sopra, il profilo della stabilità è la declinazione della buona fede che maggiormente corrisponde alle aspettative neoliberali – che innescano politiche autoritarie. Mentre la certezza (buona fede/certezza) ha la funzione – liberale in senso classico – di consentire siano fissati i confini tra libertà e comando dell'autorità, allo scopo di consentire il pieno dispiegarsi della prima, la stabilità (buona fede/stabilità) è diretta a consolidare una data disciplina dei rapporti e degli interessi, con lo scopo di non renderla mutabile né alterabile da parte del giudice quando si faccia valere la pretesa alla legalità o alla protezione delle situazioni soggettive protette dall'ordinamento e ad essa opposte.

Gli esempi di questo meccanismo nel diritto (pubblico) dell'economia sono moltissimi. Basterà individuare alcuni esempi.

4.2.1. Anzitutto, il dispositivo della legge-provvedimento. Nelle principali vicende di rilievo economico che hanno interessato il Paese dall'inizio di questo millennio, è esattamente l'esigenza della stabilità (e della conseguente irresponsabilità) ad avere innescato la dinamica della legge-provvedimento. I suoi carat-

teri sono puntualmente funzionali a questo scopo. Infatti, attraverso la legge-provvedimento ⁽⁵⁰⁾ ci si può valere di un dispositivo giuridico che assicura una disciplina *ad hoc* relativamente ad un dato affare – che come tale rende insieme certo e stabile il risultato dell’investimento –, nonché la sostanziale rimozione degli spazi di sindacato giurisdizionale () – sostanzialmente indisponibile in tempo utile – e la sottrazione (o limitazione) dalla responsabilità assicurata attraverso la legge. E’ certo che la complessità delle situazioni cui si intende alludere ed, insieme, il rilievo dei rischi che si erano nel tempo accumulati rispetto all’oggetto interessato dall’operazione, richiedevano cure specifiche; tuttavia, questo dispositivo è apparso – pur nella sua portata derogatoria e con i problemi di compatibilità costituzionale noti – particolarmente adatto alla concretizzazione di obiettivi tipicamente neoliberali.

Non è difficile esemplificare – in aggiunta alle crisi bancarie che si sono già accennate, anch’esse gestite con legge-provvedimento; è tipico il caso delle crisi di Bagnoli ⁽⁵¹⁾ ed Ilva ⁽⁵²⁾ sul versante industriale, ovvero, su quello delle

50 In Italia, di recente e con ampie informazioni, S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

L’origine del concetto è in F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1907, III, 94; per un’autorevole approccio critico, C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1969; per più recenti considerazioni, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009 e A. SARANDREA, *Legge-provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3430. Sulla giurisprudenza costituzionale anche A. CARDONE, *Il fenomeno delle leggi provvedimento e la crisi della separazione tra ordine legale e ordine costituzionale: retorica dello strict scrutiny e vuoti di tutela*, in P. CARETTI - C. GRISOLIA (a cura di), *Lo stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, 182.

Sull’alterazione dell’ordine costituzionale, resta fondamentale G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 319

Da altro punto di vista la questione può essere studiata nella prospettiva della riserva di amministrazione, sulla quale l’ampio studio di D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; F. RIGANO, *Scrutinio di stretta ragionevolezza sulle leggi-provvedimento e riserva d’amministrazione*, in *Le Regioni*, 1995, 521

51 Ci si riferisce all’articolo 33, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, vale a dire la previsione inserita all’interno del cosiddetto decreto “sblocca Italia” con il quale, venne nominato il commissario straordinario per l’area di Coroglio, in forza della quale è stato poi approvato lo stralcio urbanistico del programma di risanamento ambientale e di rigenerazione urbana adottato dal commissario stesso per la bonifica ambientale e rigenerazione urbana dell’area di Bagnoli-Coroglio.

grandi opere basterà pensare al ponte sullo stretto di Messina ⁽⁵³⁾, al viadotto Polcevera di Genova ⁽⁵⁴⁾, oppure alle varie crisi della compagnia di bandiera ⁽⁵⁵⁾ nonché all'organizzazione delle Olimpiadi ⁽⁵⁶⁾ e della realizzazione di Expo Milano 2015 ⁽⁵⁷⁾.

4.2.2. Il collegamento tra legge-provvedimento, emergenza e deroga è decisivo per comprendere la realtà dell'ordinamento.

In tutte queste operazioni – come già nelle crisi bancarie – il ricorso alla legge-provvedimento è sempre collegato ad una vicenda emergenziale (tale divenuta per via dell'aggravarsi progressivo di criticità già in essere da tempo oppure per circostanze impreviste ovvero, ancora, per la necessità di assicurare risultati materiali in tempi certi).

L'emergenza – vera o presunta che sia – porta con sé, quasi naturalmente, l'affermazione dell'impossibilità di ricorrere a procedure ordinarie. Proprio l'enfasi dell'emergenza collega inscindibilmente quest'ultima alla deroga. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, ad esempio, andato indenne dal dispositivo

52 Ad esempio il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207; ma l'intera vicenda di ILVA è stata caratterizzata dal continuo succedersi di normative emergenziali e derogatorie, basti pensare all'art. 3 del d.l. n. 207/2012, che prevede che l'impianto siderurgico Ilva di Taranto costituisce stabilimento di interesse strategico nazionale e che, quindi, la società è reimmessa nel possesso degli impianti e dei beni già sottoposti a sequestro dell'autorità giudiziaria e che i prodotti in giacenza, compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, possono essere commercializzati

53 d.l. 2 novembre 2012, n. 187, che dichiarò la “caducazione” *ex lege* della concessione alla Stretto di Messina e di tutti i contratti con le imprese

54 D. l. 28 settembre 2018, n. 109, “Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze”.

55 Su Alitalia si è intervenuti varie volte con leggi emergenziali; qui basti riferirsi al d.l. 27 aprile 2018, n. 38 «*Misure urgenti per assicurare il completamento della procedura di cessione dei complessi aziendali facenti capo ad Alitalia S.p.A.*».

56 Gli eventi sportivi sono stati spesso caratterizzati da questi strumenti. Da ultimo, si veda il d.l. 11 marzo 2020, n. 16, «*Disposizioni urgenti per l'organizzazione e lo svolgimento dei Giochi olimpici e paralimpici invernali Milano Cortina 2026 e delle finali ATP Torino 2021 – 2025*»; è interessante comunque riferirsi alla ordinanza della protezione civile O.P.C.M. 29 dicembre 2005, n. 3489, «*Disposizioni urgenti per lo svolgimento nel territorio della provincia di Roma dei mondiali di nuoto «Roma 2009*».

57 Ci si riferisce al d.l. 25 giugno 2008, n. 112 ed al precedente D.P.C.M. 30 agosto 2007, tema sul quale occorre rinviare a A. ROCCELLA, *La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe*, in *Amministrare*, 2016, 22.

della legge-provvedimento – con la conseguenza di essere assai più riguardoso delle Stato-di-diritto liberale e la necessità di accompagnare al piano norme di limitazione delle garanzie procedurali e della tutela giurisdizionale ancor più severe del solito ⁽⁵⁸⁾, per assicurare comunque il risultato neoliberale della stabilità, conseguita con il concorso spontaneo della giurisprudenza amministrativa –, non ha fatto mancare un ampio ricorso alla deroga. Nello specifico della legge-provvedimento che introduce norme derogatorie legittimandole con l'emergenza, il tema è particolarmente significativo perché – da un punto di vista istituzionale – è chiaro che essa è l'espressione del gruppo di potere che dispone della maggioranza parlamentare, che sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa. È difficile negare che — da un punto di vista istituzionale — la legge-provvedimento non si mostra, nella normalità dei casi, come l'esercizio di una pura volontà parlamentare; piuttosto, è espressione della volontà della maggioranza politica — in cooperazione tra Parlamento e Governo — di rafforzare una sua decisione puntuale in modo da imporla con maggiore vigore; la garanzia neoliberale della stabilità richiede, quindi, la messa in crisi del concetto classico di legalità, stante che chi detiene la maggioranza può assumere la decisione circa il contenuto dei concetti di sicurezza ed ordine pubblico — *«e trattare l'avversario politico-partitico»*, scrive Schmitt, *«come un delinquente comune»* ⁽⁵⁹⁾, essendo evidente che, nella specie, l'avversario politico non è affatto l'esponente di un partito avversario, quanto, piuttosto, la persona ove sia portatrice di pretese e diritti (anche fondamentali) che si oppongono al risultato materiale che si intende conseguire cui vengono sottratte garanzie e capacità di far valere le proprie ragioni. Se si guarda al problema nella prospettiva Benjamin (*«La tradizione degli oppressi ci insegna che lo "stato di emer-*

58 Per alcune considerazioni ulteriori, sia consentito il rinvio al lavoro di chi scrive *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2022, 129.

59 C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932 (parziale trad. it., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972)

genza” in cui viviamo è la regola»⁶⁰) non faticiamo a trovare un collegamento chiaro tra ricorso alla legge-provvedimento, abuso della maggioranza, intesa del Governo con il mercato (sulla singola operazione), e contrazione della protezione dei diritti e delle pretese opposte al risultato dell'operazione, con il risultato di renderla stabile e, quindi, coerente alla richiesta del mercato. Le vicende dell'acciaieria Ilva di Taranto, solo per fare un esempio, sono così emblematiche da non richiedere neppure di essere rammentate; l'innescò del contrasto tra protezione della salute e del lavoro, continuità aziendale e ripristino ambientale sono stati ordinati con chiarezza a garanzia degli investimenti nel sito produttivo.

Il dato istituzionale di maggiore interesse è dato dal costante ricorso alla deroga – che assicura stabilità alla decisione puntuale, ma naturalmente determina strutturalmente la diseguaglianza ed ordinariamente la contrazione delle garanzie partecipative, del ruolo di garanzia del provvedimento (per lo più assente, grazie all'abuso di leggi-provvedimento) e della garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi – con il frequente accoppiamento all'emergenza o alla precauzione⁶¹) come sua fonte, ed al ricorso alla legge-provvedimento.

4.2.3. Il quadro degli esempi significativi è agevole da chiudere con i casi di limitazione della tutela per via legislativa. E' più che ovvio il richiamo alle norme processuali in tema di accelerazione e contrazione delle domande nel giudizio amministrativo. E' noto che l'art. 125 del Codice del Processo Ammi-

60 W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte*, in *Neue Rundschau*, LXI, Frankfurt 1950, 560 (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, 2012).

61 Che la precauzione sia una potente fonte di potere disciplinare innescato dalla stessa dinamica democratica e funzionale alla decisione autoritaria con meccanismi solidaristici, vale a dire con una sostanziale perversione di dinamiche liberatorie che si trasformano in fonte di autoritarismo è agevole da cogliere; ne sono dimostrazione anche i lavori molto noti di U. BECK, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; sul tema anche C.S. SUSTEIN, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 26, ove si mette in evidenza che negli ordinamenti democratici il bisogno di protezione, legato al consenso elettorale, agisce anche di fronte a bassi livelli di rischiosità: «*a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might result in serious harms*»,

nistrativo (C.P.A.) limiti la tutela cautelare prevedendo che la pronuncia del giudice debba tenere «*conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*», interesse che, qualificato come preminente dalla legge, condiziona la tutela cautelare e l'interesse del ricorrente (che «*va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*»), mentre, quanto alla domanda di merito, si prevede espressamente che il contratto sottoscritto non possa venire meno per ragione della sospensione o annullamento dell'affidamento. E' più che evidente che la disposizione processuale abbia lo scopo di assicurare proprio la stabilità del contratto a fronte dell'illegittimità della sua procedura di formazione e del provvedimento di aggiudicazione. Anche in questo caso, la stabilità prevale sulla garanzia dei diritti – come peraltro è accaduto con il cosiddetto rito super speciale per gli appalti ⁽⁶²⁾ nonché con le

62 Oltre alle opere pubbliche di rilevanza strategica, lo stesso rito speciale per gli appalti pubblici in genere ha subito una serie di interventi sicché è esso stesso un rito speciale, frequentemente accelerato. Nella specie, il codice dei contratti vigente (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) all'art. 204, lett. *b*), modificava l'art. 120 C.P.A., sicché al rito accelerato appalti, si ne è affiancato un "superaccelerato" (art. 120, c. 2 *bis* e 6 *bis*, C.P.A.) rimasto in vigore fino al 19 aprile 2019, quando veniva abrogato dall'art. 1, c. 22, lett. *a*), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

Lo scopo di questa disciplina, come espressamente chiarito in giurisprudenza era esattamente quello di assicurare la stabilità del rapporto contrattuale (per Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2017, n. 1059 «la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda»); che le disposizioni in questione fossero apertamente dirette alla compressione dei diritti costituzionali non sfugge a Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994, infatti, i dubbi relativo al diritto intertemporale debbono «essere risolti preferendo l'opzione ermeneutica meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa (e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24 e 113)», essendo evidente che la disciplina in questione costituiva una compressione di diritti fondamentali – sicché andava preferita l'applicazione di quella che ne determinava una lesione minore; neppure al TAR Puglia, Bari, ordinanze n. 138/2018 e n. 141/2018 di rimessione della questione di costituzionalità aveva taciuto che la disciplina in questione contrastava con l'effettività della tutela giurisdizionale imponendo l'impugnazione di atti non lesivi solo allo scopo di assicurare, appunto, certezza/stabilità del rapporto.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con decisione tutta costruita su parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, respingeva la questione, ribadendo l'ampia discrezionalità del legislatore quanto alle forme di tutela, salvo il limite dell'irrazionalità ovvero dell'eccessiva difficoltà nel far valere i diritti (Corte Costituzionale, 13 dicembre 2019, n. 271) e collocandosi nella scia della di poco precedente decisione della Corte di Giustizia (14 febbraio 2019, causa C-54/18).

ulteriori deroghe processuali previste in relazione al PNRR, modello evidente del contrasto della stabilità con chiarezza e prevedibilità e, ovviamente, a danno di queste due tradizionali esigenze liberali ed in favore della stabilità neoliberale e della contrazione della tutela⁽⁶³⁾.

4.3. *Chiarezza e prevedibilità. I poteri speciali del Governo (o golden powers); la cyber security; i poteri impliciti.*

Le fattispecie di diritto (pubblico) dell'economia, così come evidenziano una chiara enfattizzazione del profilo della stabilità – in funzione neoliberale – presentano un altrettanto chiara frustrazione del profilo della buona fede declinato lungo i principi di chiarezza e prevedibilità.

Gli esempi sono potenzialmente molti e basterà fornirne tre, emblematici.

63 L'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85, introduce l'ennesimo rito speciale, che non si esaurisce nella semplice applicazione degli artt. 119 e 120 C.P.A. Si tratta di norme pensate per essere applicate alle controversie relative a «qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR», con un'ampiezza applicativa – quindi – piuttosto indeterminata, che segnala fin da subito la prevalenza della stabilità sulla chiarezza (la norma non è chiara ma è diretta ad assicurare stabilità a rapporti in qualche modo interessati dal PNRR).

Poiché le missioni del PNRR sono le più varie (ambiente, energia, istruzione, agricoltura, logistica, innovazione digitale), il finanziamento dell'attività dei privati in questo senso così come la vigilanza relativa alla rendicontazione dei finanziamenti prevedono per certo una «procedura amministrativa» è piuttosto evidente che la portata è larghissima. Anzi, come opportunamente messo in luce (F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in www.giustiziainsieme.it, 2022) la pura connessione descritta dalla norma potrebbe far sì che il rito si applichi indipendentemente dal fatto che chi propone il giudizio ne possa avere informazione.

Oltre a questo profilo, di per sé rilevante, non si può non segnalare la significativa incidenza sulle forme della tutela giacché, (i) al netto della dimidiazione dei termini, si prevede – con compressione non usuale dei diritti di difesa – che (ii) a fronte di una domanda cautelare «il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza» (dovere non previsto nel caso di mancata proposizione della domanda cautelare); inoltre, (iii) con formula che nettamente enfatizza le esigenze della stabilità in danno alla effettività della tutela, prevede che la domanda cautelare debba essere decisa motivando «espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR»; non di meno (iv) si prevede che, per il caso in cui la discussione del merito non venga fissata dal giudice entro la prima data di udienza successiva al già riferito termine di trenta giorni, il provvedimento cautelare sia destinato a perdere automaticamente efficacia.

4.3.1. Anzitutto, ci si intende riferire ai poteri speciali assegnati al Governo in relazione all'acquisizione di partecipazioni significative in imprese nazionali che detengano *assets* strategici ⁽⁶⁴⁾.

E' bene chiarire, prima di evidenziare il profilo che qui interessa, che si tratta di una misura emblematica degli interessi del mercato globale. Infatti, non si tratta soltanto di una misura protezionistica riguardo la nazionalità dell'azionista o la disponibilità di *assets* strategici, ma anche di una misura di confronto internazionale tra potenze economiche globali (e non Stati nazionali).

Da questo punto di vista è emblematico il risultato concreto dell'esercizio dei poteri da parte dello Stato italiano; come si evince dalla relazione al Parlamento circa l'esercizio di codesti poteri nel 2021 (l'ultima disponibile al momento), rispetto ad un totale di 496 notifiche, i poteri sono stati esercitati solo 29 volte, due vietando l'operazione, una con l'opposizione all'acquisto e le restanti consentendola ma dettando prescrizioni (spesso piuttosto contenute). Nei casi complessivi di veto, 6 su 8 hanno riguardato possibili investimenti cinesi – e, nel caso Verisem Syngenta, il Consiglio di Stato è stato assolutamente chiaro nel motivare la legittimità dell'esercizio dei poteri alla luce della vicinanza dell'investitore al Governo cinese ⁽⁶⁵⁾. Nella sostanza, si tratta di poteri che

64 Per un inquadramento complessivo, *ex multis*, A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo*, in *questa Rivista*, VI (2020), 384 e la dottrina *ivi* citata nonché i contributi raccolti da G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, il Mulino, 2019.

65 Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289. In Europa ha destato preoccupazione l'acquisizione, da parte di una società cinese, della società tedesca Kuka, leader mondiale della robotica; le autorità nazionali, contrarie all'operazione in ragione di rischi per la sicurezza nazionale, non hanno potuto impedirla, come invece avevano fatto per il tentativo di acquisizione la società Axtron Technologies, impegnata nel settore dei semiconduttori (in argomento M. BERGAMI, *Imprese e sicurezza nazionale nell'era dei robot intelligenti*, in *Golden power*, Roma, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, 2019; per l'incremento dei poteri pubblici nord americani, ci si deve riferire al potenziamento del *Committee on Foreign Investment in the United States* – *Cfius* attraverso il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act (Firma)*, ed il *Critical Technology Pilot Program*, del 10 novembre 2018). Il recente allarme per i Paesi europei è collegato ad una serie di investimenti di società cinesi, ritenute supportate da una strategia governativa, nell'ambito del programma "Made in China 2025" (cfr., P. MESSA, *Oltre il Golden power. Il modello americano e il dibattito in Europa*, in *Golden power*, cit.).

sono utilizzati dai Governi soprattutto nell'ambito di una strategia globale propria dell'economia globalizzata; ovvio che le esigenze di chiarezza e prevedibilità, proprio per la natura elastica delle fattispecie cui si associano i poteri ⁽⁶⁶⁾, ne sono del tutto frustrate.

L'estensione delle fattispecie, rispetto al quadro originario di cui al d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (riferito ai beni e rapporti rilevanti sotto il profilo della difesa, sicurezza pubblica, energia, trasporti e comunicazioni) è stata quasi parossistica (infrastrutture critiche, fisiche o virtuali, acqua, salute, media, trattamento o archiviazione di dati, infrastrutture aerospaziali, elettorali, finanziarie, terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture, tecnologie critiche, prodotti a duplice uso civile e militare, intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cyber sicurezza, tecnologie aero-spaziali, stoccaggi, energia quantistica e nucleare, nanotecnologie, biotecnologie, sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, materie prime, sicurezza alimentare, accesso a informazioni sensibili, libertà e pluralismo dei media) così come l'estensione dei fattori che determinano l'obbligo di notifica e la possibile sottoposizione ai poteri (finendo per riguardare anche operazioni tra imprenditori nazionali ovvero dando rilievo anche al solo dato dell'occupazione dell'impresa *target* dell'operazione). Il risultato è quello di una disciplina estremamente elastica e di una descrizione della fattispecie generativa di potere autoritativo apertamente in contrasto con i principi dello Stato-di-diritto, come sostanzialmente osservato da ogni interprete. L'esame delle singole fattispecie oggetto di notifica, che meriterebbe un'analisi statistica accurata, conferma – pur ad un esame non completo – che il Governo ha, rispetto a situazioni straordinariamente simili, escluso l'operazione dall'ambito di applicazione ovvero deliberato il non esercizio dei poteri (che, ovviamente, assume che l'operazione rientrasse nel perime-

66 L'opportunità che le fattispecie mostrino questa natura elastica e che possano radicare atti politici o di alta amministrazione sostanzialmente insindacabili, originariamente avvertita come un grave limite della disciplina ha trovato sempre più frequentemente sostenitori influenti (si veda, ad esempio, R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019).

tro di rilevanza), confermando l'estrema genericità della disciplina ed la conseguente imprevedibilità degli esiti.

La ragione di fondo di una palese contraddizione delle esigenze di chiarezza e prevedibilità, come quella che si determina a fronte dell'attribuzione ad un'autorità amministrativa a forte connotazione politica (il Governo) di poteri penetranti come quelli in questione, è evidentemente quella della garanzia dell'assetto del mercato globale, neoliberale, e contraddice in modo evidente la buona fede letta nella dimensione liberale classica della chiarezza e prevedibilità.

4.3.2. Sempre operando imponenti alterazioni del modello liberale, che si regge sullo Stato-di-diritto, la flessibilità delle fonti e l'imprevedibilità dei poteri pubblici domina il segmento della cyber sicurezza ed, in particolare, la fonte e la delimitazione dei poteri della Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), istituita dal D.L. 14 giugno 2021, n. 82 e dell'organizzazione in materia di sicurezza cibernetica ⁽⁶⁷⁾.

67 L'organizzazione in questione è eminentemente dominata da autorità politiche, sicché la Autorità di vertice è la Presidenza del consiglio dei ministeri (art. 2, c. 1) (con competenze di alta direzione e la responsabilità generale delle politiche di cybersicurezza, adozione della strategia nazionale di cybersicurezza, nomina e revoca del direttore generale e del vice direttore generale dell'Agenzia; affiancati all'autorità di vertice sono il Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CIC), «con funzioni di consulenza, proposta e vigilanza in materia di politiche di cybersicurezza» (art. 4, c. 1); l'Agenzia con funzione di ente regolatore, certificatore, nonché di vigilanza del settore della cybersicurezza – che definisce, ad esempio, i livelli minimi delle misure di sicurezza nei diversi ambiti (tra cui energia, trasporti, bancario, infrastrutture dei mercati finanziari, sanitario, fornitura e distribuzione di acqua potabile, infrastrutture digitali, comunicazioni elettroniche, cloud nazionale, pubblica amministrazione), potendo anche effettuare ispezioni e irrogare sanzioni; il Nucleo per la cybersicurezza, presso l'Agenzia, con compiti di proposta, promozione, programmazione e pianificazione operativa della «risposta a situazioni di crisi cibernetica da parte delle amministrazioni e degli operatori privati interessati e l'elaborazione delle necessarie procedure di coordinamento interministeriale, in raccordo con le pianificazioni di difesa civile e di protezione civile» - ed, in situazioni di crisi di natura cibernetica deve assicurare che le attività di reazione e stabilizzazione di competenza delle diverse amministrazioni ed enti rispetto a situazioni di crisi di natura cibernetica vengano espletate in maniera coordinata; rilevano inoltre, il Dipartimento per la Trasformazione Digitale (DTD), a supporto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e del Presidente del Consiglio dei ministri, con compiti di promozione e coordinamento delle azioni del Governo; l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), che promuove l'innovazione digitale nel Paese e l'utilizzo delle tecnologie digitali nell'organizzazione della pubblica amministrazione e nel rapporto tra questa, i cittadini e le imprese.

Quel che qui interessa porre in luce è che, quanto alla sicurezza dei dati – inclusi quelli personali e, ad esempio, quelli sanitari, che sono in possesso delle amministrazioni pubbliche regionali – l’Agenzia ha, tra gli altri, il compito di fissare i livelli di sicurezza delle infrastrutture *cloud*.

Quanto ai servizi *cloud* per la pubblica amministrazione spetta all’Agenzia la competenza a fissare, con regolamento, i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la pubblica amministrazione, nonché le caratteristiche di qualità, di sicurezza, di *performance*, scalabilità, interoperabilità e portabilità dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione (cfr., art. 7, co. 1, lett. *m*), D.L. 14 giugno 2021, n. 82 e art. 33 *septies*, co. 4, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179). Questa disciplina deve essere coordinata con la normativa attuativa della Direttiva (UE) 2016/1148 (c.d. Direttiva “*Network and Information Security*” o anche solo NIS), tra cui il D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65 e quella istitutiva del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC) di cui al D.L. 21 settembre 2019, n. 105 ed i relativi decreti attuativi. Non si fatica, quindi, a cogliere come spetti all’Autorità la fissazione degli standard relativi alla sicurezza di dati personali e sanitari e che attengono a diritti fondamentali della persona.

Vengono qui in considerazione due distinti profili, entrambi rilevanti.

Il primo, non immediatamente influente sul nostro discorso, è essenziale per la comprensione del secondo. Anzitutto, l’appena rammentata normativa europea NIS (Direttiva (UE) 2016/1148) ha come direttrice quella di assicurare sicurezza e continuità agli operatori di servizi essenziali – pubblici o privati – che operano in settori critici ⁽⁶⁸⁾ ed ai fornitori di servizi digitali, in una pro-

68 Ai sensi dell’art. 4, comma 1, del D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65, gli operatori di servizi essenziali dovranno essere individuati dalle relative autorità competenti tra i soggetti operanti nei seguenti settori: (i) energia elettrica; (ii) petrolio; (iii) gas; (iv) trasporto aereo; (v) trasporto ferroviario; (vi) trasporto per vie d’acqua; (vii) trasporto su strada; (viii) enti del settore bancario e finanziario; (ix) soggetti operanti nel settore sanitario; (x) fornitori e distributori di acqua potabile; e (xi) operatori delle infrastrutture digitali (cfr. Allegato II al D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65). L’individuazione di tali soggetti dovrà avvenire secondo i criteri dettati dall’art. 4, comma 2, del D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65, ossia in base alla circostanza che: (i) «un soggetto fornisce un servizio

spettiva, quindi, nella quale l'oggetto della tutela è dato essenzialmente dalla continuità e sicurezza delle prestazioni di cui fruiscono le persone attraverso i servizi essenziali.

Diversamente, il D.L. 21 settembre 2019, n. 105 detta misure al fine di evitare che dal malfunzionamento o dall'interruzione dei sistemi e servizi informatici di tali soggetti possa derivare «un pregiudizio per la sicurezza nazionale» (cfr. art. 1, comma 1).

E', quindi, evidente che se l'interesse generale per come emerge dalla direttiva europea è quello della protezione della sicurezza e continuità dei servizi di cui le persone fruiscono, al contrario, la prospettiva italiana è quella della «sicurezza nazionale» e, quindi, funzionale a scopi propri dello Stato e della sua sicurezza. La prospettiva è chiaramente assai differente. Il che non è senza effetto sulla dinamica delle fonti relativa ai poteri dell'Agenzia. Infatti, l'art. 6 del D.L. 14 giugno 2021, n. 82, quanto al funzionamento dell'Agenzia rinvia ad un decreto «del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, anche in deroga all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400». In conseguenza, il DPCM 14 aprile 2021, n. 81, un atto amministrativo espressamente in deroga all'art. 17 della l. 400/1988, ha dettato – ad esempio all'art. 7 – le disposizioni relative alle misure di sicurezza con il rinvio ad una tabella in appendice, suscettibile di essere di tempo in tempo modificata con altri semplici DPCM; la questione è chiaramente rilevante non solo quanto alla protezione di diritti fondamentali della persona, ma anche in relazione alla chiarezza e prevedibilità del processo economico; i dati in possesso dell'amministrazione pubblica, infatti, attengono ad una pluralità di diritti, economici e personali; nel mercato globale dei servizi cibernetici, non si può dimenticare la presenza del «Cloud Act»⁽⁶⁹⁾ degli Stati Uniti, che consente alle autorità statunitensi di ac-

che è essenziale per il mantenimento di attività sociali e/o economiche fondamentali»; (ii) «la fornitura di tale servizio dipende dalla rete e dai sistemi informativi»; e (iii) «un incidente avrebbe effetti negativi rilevanti sulla fornitura di tale servizio».

69 In particolare, si tratta del *Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act*.

quisire dati informatici dagli operatori di servizi di *cloud* (*Cloud Service Provider*) sottoposti alla giurisdizione degli Stati Uniti, a prescindere dal luogo in cui i dati si trovano; ne deriva che, ad esempio, il Governo degli U.S.A. potrà accedere a dati dell'amministrazione pubblica italiana se questi si trovino nel *cloud* basato in Italia ma di proprietà di una società ultimamente controllata da una *corporation* nord americana; anche per questo la Strategia *Cloud* Italia riteneva necessario «determinare in modo chiaro, attraverso una procedura di classificazione, le tipologie di dati che potranno essere gestiti da un fornitore extra UE attraverso un *Cloud* pubblico e quali dati invece avranno bisogno di essere gestiti da un fornitore *Cloud* che soddisfi specifici requisiti di sicurezza per abbattere il rischio che questi dati siano accessibili anche a governi di Paesi Terzi».

Ecco il punto, «determinare in modo chiaro». Chiarezza e prevedibilità impossibili se – con qualche difficoltà rispetto alla teoria delle fonti tracciata dalla Costituzione – i parametri di sicurezza siano fissati con atto amministrativo, in deroga all'art. 17 della l. 400/1988, di tempo in tempo, alla luce di una normativa il cui riferimento è la sicurezza nazionale.

4.3.3. Senza affaticare il discorso con una trattazione specifica ⁽⁷⁰⁾, proprio il rilievo nelle fattispecie di diritto (pubblico) dell'economia non può far mancare almeno la menzione della questione dei poteri impliciti, il cui rilievo rispetto al problema della buona fede intesa nella prospettiva di chiarezza e prevedibilità è così evidente da non richiedere un'ampia argomentazione.

4.4. *Buona fede in senso stretto. Il caso delle concessioni autostradali (ma non solo).*

Come s'è accennato più sopra, la stessa funzione della clausola di buona fede in senso stretto nel rapporto con l'amministrazione pubblica mostra elementi molto chiari di rovesciamento. Si tratta di una tendenza meno significativa quanto ad estensione, ma particolarmente rilevante in ordine al movimento

70 Per la quale vale la pena di rinviare al sempre attuale studio di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

in atto, attraverso il quale – come anticipato fin dal titolo di questo lavoro – la buona fede non è più la buona fede.

4.4.1. Di per sé, la giurisprudenza – come sopra si è anticipato ed agevolmente evidenzia una qualunque accurata rassegna – mostra utilizzi in gran parte reiterativi, nei quali la buona fede è evocata insieme ad una serie – ritenuta analoga – di principi e regole di amministrazione. Non è facile misurare quali usi effettivi si facciano della buona fede in codesti casi, nei quali appunto la giurisprudenza si limita ad alludere ad un pulviscolo di concetti confinanti o connessi, senza precisarne gli usi. E' chiaro che si tratta di usi giurisprudenziali pericolosi, come sempre accade quanto una regola non è definita in modo chiaro. Tuttavia, allo stato, solo di pericolo potrà parlarsi.

4.4.2. Assai più evidenti sono i casi, molto significativi stante l'autorevolezza dell'espressione dell'Adunanza Plenaria ⁽⁷¹⁾ e delle Sezioni Unite ⁽⁷²⁾, dalle quali deriva una compressione della tutela della buona fede, esclusa sia ove l'affidamento sia riposto nei confronti di un provvedimento “manifestamente illegittimo” sia, con affermazione ancora più grave, quando la decisione favorevole sia stata impugnata da un terzo. Ci troviamo, concettualmente, ancora in un ambito nel quale la buona fede come pretesa nei confronti del potere è limitata o esclusa, ma non ancora pervertita.

4.4.3. Più significativo, a mio modo di vedere, è l'esempio che si può trarre dalla giurisprudenza in materia di concessioni autostradali. Per quanto la questione della natura del rapporto concessorio sia controversa – discussione nella quale non v'è ragione di entrare in questa sede, pur aderendo apertamente

71 Si allude ovviamente alle decisioni Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21 già citate, sulle quali comunque si può rinviare a M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit.; V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, cit.

72 Corte di Cassazione, sezioni unite, 28 aprile 2020, n. 8236, A. NICOLUSSI – F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità “pre-provvedimentale” della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 791.

alla tesi della loro natura contrattuale ⁽⁷³⁾ – basterà osservare che l'obbligo di agire secondo buona fede vale per il concedente pubblico sia nella sua attività pubblicistica che in quella negoziale, per espressa previsione di legge e, nondimeno, perché i testi delle concessioni stesse contengono usualmente (e, comunque, nel caso che qui si esamina) il richiamo espresso. La questione della natura del rapporto, quindi, è irrilevante rispetto al nostro problema.

Per inquadrare correttamente il tema converrà dire che, in materia di concessioni autostradali, il Codice dei contratti pubblici, all'art. 178, co. I, prevede che sia «vietata la proroga delle concessioni autostradali» oltre la scadenza prevista in concessione; tuttavia, l'art. 178, co. II e V dello stesso Codice dei contratti pubblici prevedono che, durante il periodo necessario all'assegnazione con gara della concessione, gli obblighi di concedente e concessionario siano regolati «sulla base delle condizioni contrattuali vigenti» e che il concessionario uscente resti «obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione». Nella sostanza, a fronte della mera circostanza – frequentissima – per la quale il concedente non abbia provveduto all'individuazione del nuovo concessionario in tempo utile, il concessionario – il cui rapporto concessorio sia scaduto senza possibilità di proroga – non potrà smettere di gestire la concessione, sulla base delle condizioni contrattuali in essere. Siccome si tratta di una ipotesi di cessazione dell'efficacia della concessione (stante il divieto di proroga) diversa dalla risoluzione per inadempimento, non potrà che trovare applicazione l'art. 176, co. V *bis* del Codice dei contratti pubblici, sicché il concessionario avrà (non solo il dovere ma anche il) «diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassando i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante», fatti salvi «gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi». Infine, siccome il rapporto concessorio è, improrogabilmente, scaduto, sarà evidentemente necessario rego-

73 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessioni sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *questa Rivista*, II (2018), 111.

lare la relazione tra concedente e concessionario-scaduto-non-in-proroga e questa disciplina del rapporto non potrà che prevedere il «*diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassando i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante*», regolando la remunerazione degli «*eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi*»; ecco l'emergere del rilievo della buona fede in senso stretto, giacché nessuno può dubitare che questa disciplina della relazione debba essere ragguagliata, appunto, a buona fede.

E' allora rilevante richiamare la più recente giurisprudenza ⁽⁷⁴⁾ in materia che, pur richiamando correttamente le norme e definendo altrettanto correttamente la gestione ordinaria, proprio in ragione della clausola di buona fede ⁽⁷⁵⁾, afferma che nella costruzione del piano economico e finanziario del periodo di prosecuzione post scadenza, vista la «*gestione ristretta all'ordinario (e agli investimenti strettamente necessari al mantenimento o incremento degli standard di sicurezza)*» e «*con livelli di rischio operativo inferiori a quelli della gestione piena*», il «*tasso di remunerazione del capitale investito e gli altri elementi del PEF devono essere adeguati al nuovo ruolo del concessionario scaduto*» ed, in particolare, ridotti.

La riduzione del tasso di remunerazione del capitale investito, secondo il Consiglio di Stato, è conseguenza diretta della buona fede, applicata *in malam partem* a danno del concessionario privato. Per quale ragione dall'applicazione del principio di buona fede deriverebbe questa conclusione non è affatto spiegato dalla decisione del Consiglio di Stato.

74 Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478

75 Testualmente, Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478, cit: «*In presenza di una incompleta disciplina della fase post-contrattuale, come quella che qui si esamina, nelle more del subentro del nuovo concessionario risponde alla clausola generale di buona fede, che informa la condotta tra i contraenti fino a quando permanga tra loro un rapporto, l'insorgenza di un obbligo di negoziazione tra le parti; come previsto, del resto, anche dall'art. 11.10 della convenzione per altre sopravvenienze («In presenza di un nuovo programma di investimenti ovvero di eventi straordinari, cause di forza maggiore, che determinano un'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, la parte che intende attivare la procedura di revisione ne darà comunicazione per iscritto all'altra [...]. Le Parti dovranno trovare un accordo nei successivi 60 (sessanta) giorni»), esprimendo così un criterio direttivo per le parti, vincolate a negoziare in vista della revisione del PEF o dell'approvazione di un piano per il riequilibrio»*

Tuttavia, alcuni elementi si possono trarre dalla motivazione già riportata e, tuttavia, non convincono: la gestione sarebbe ridotta all'ordinario – ma la sentenza stessa, immediatamente dopo, ammette che andranno operati gli investimenti necessari al mantenimento o incremento degli standard di sicurezza (che, come il Consiglio di Stato non può ignorare, sono stati fortemente incrementati negli ultimi anni e, quindi, sono uguali o superiori rispetto a quanto valeva nel corso della concessione scaduta) sicché non si capisce alla luce di quale applicazione della buona fede essi debbano ricevere una minore remunerazione se la regola di legge è che la concessione prosegua «*sulla base delle condizioni contrattuali vigenti*»; vi sarebbero, poi, rischi operativi inferiori a quelli della gestione piena, il che è semplicemente inspiegabile, giacché il rischio operativo nella gestione di un tratto autostradale non attinge alla remunerazione degli investimenti e, soprattutto, non muta a seconda che il concessionario operi in vigenza o scaduta la concessione (attenendo, come ognuno intende, all'operatività della gestione autostradale). Altri elementi si possono trarre dalla giurisprudenza in materia di concessioni autostradali in generale ed, in particolare, in relazione al regime destinato a valere nella fase successiva alla scadenza originaria. Quanto specificamente all'obbligo di negoziare in buona fede, la giurisprudenza ⁽⁷⁶⁾ afferma ch'esso risiede nell'obbligo di «*intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo*», dovendosi ricercare un'intesa sulla base di regole «*equie e accettabili alla luce dell'economia del contratto*» sicché le «*valutazioni di convenienza economica e giuridica*» non possono essere determinate unilateralmente dalla concedente ⁽⁷⁷⁾.

76 T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429.

77 In termini: «*Traslando tali coordinate al caso di specie, risulta evidente che il MIT non abbia adempiuto a tale obbligo di leale collaborazione, limitandosi con la nota gravata a respingere le proposte avanzate dalla ricorrente, senza formulare controproposte che potessero far nascere la necessaria interlocuzione negoziale e limitandosi a richiamare le determinazioni adottate dal CIPE. Queste ultime, come invece statuito dal Giudice di appello, possono al più rivestire "il valore di una direttiva rivolta al MIT" quale Amministrazione concedente sulla quale incombe quindi l'obbligo di rinegoziare i termini del piano finanziario*» (T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429, cit.).

Ciò che preoccupa la giurisprudenza è che «*dalla scadenza della convenzione*» prenderebbe avvio «*un rapporto nuovo o diverso, anche le condizioni economiche non potrebbero essere le stesse previste dalla concessione scaduta, essendo diversa la tipologia di investimenti e venendo meno il livello di rischio operativo a carico del concessionario*» ⁽⁷⁸⁾.

Si tratta di un «*un rapporto nuovo o diverso*» che deriva dall'inadempimento di un obbligo dell'amministrazione concedente, stante che in ragione del divieto legale di proroga, l'operatore economico che si è aggiudicato la concessione in gara ha fatto affidamento in buona fede circa la norma di legge che impedisce la prosecuzione del rapporto e, quindi, delineato un piano economico e finanziario (i cui contenuti sono l'elemento decisivo dell'aggiudicazione) destinato a compiersi con l'esaurimento del rapporto concessorio; se si applicassero le regole ordinarie, quindi, non solo la prosecuzione – di per sé vietata dalla legge – dovrebbe sottostare alle medesime regole del contratto scaduto ma, più ancora, dovrebbe apprezzare l'inadempimento dell'amministrazione concedente ed apprezzare l'estensione (doverosa per legge) dell'impegno dell'operatore economico che non può dedicarsi ad altre operazioni; tutti questi elementi sono semplicemente estranei alla valutazione della giurisprudenza che, invece, mostra evidentemente la sua preoccupazione per il fatto che un contratto che riviene dalla celebrazione di una gara pubblica prosegua oltre la scadenza fissata in gara e, ancorché ciò discenda dalla legge, trova equo – anzi, conforme a buona fede – applicare una riduzione del tasso di remunerazione del capitale investito dal concessionario. Non serve altro per capire che si tratta di un'applicazione del principio di buona fede a vantaggio del potere pubblico (qui in veste di concedente), giacché assolve al compito di dissolvere il rilievo dell'inadempimento dell'amministrazione (all'obbligo, verso il concessionario ed al dovere, verso l'ordinamento e i terzi) rispetto alla tempestiva riassegnazione della concessione con gara, curando la possibile doglianza dei terzi (e della Corte dei

78 Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478, *cit.*; in termini anche T.A.R. Campania – Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429, *cit.*

Conti) rispetto alla mancata celebrazione della gara attraverso una depressione della remuneratività degli investimenti del concessionario uscente (che, quindi, per la parte non ammortizzata in ragione dell'esercizio della concessione, Nota a piè di pagina avranno un rilievo meno alto nella gara che, prima o poi, sarà bandita, essendo contabilizzati ad un valore deprezzato dal minore tasso di remunerazione).

Non si fatica a vedere il rovesciamento della funzione della buona fede.

5. Prosecuzione

Lo scopo di queste pagine non è quello di formulare una teoria complessiva, né di costruire sistematiche che consentano all'interprete di reagire alle tendenze in atto. Piuttosto, la funzione era quella di mettere in luce elementi significativi che possono indicare una tendenza in atto. Non serve, quindi, una conclusione ma l'invito ad una prosecuzione.

Quale che sia la lettura complessiva dell'ordinamento che il singolo interprete sostiene – e quella di chi scrive, anche rispetto a questi problemi, resta al momento quella più volte sostenuta della necessaria funzionalizzazione dei poteri pubblici al godimento dei diritti della persona, nello schema della sovranità popolare permanentemente trattenuta nei diritti fondamentali, tra i quali la pretesa all'uguaglianza e, quindi, ad una disciplina (non necessariamente ad un'organizzazione pubblica o a suoi interventi diretti in attività economiche) che l'assicuri – sembrava necessario e urgente indicare le direzioni di un'evoluzione che in buona parte smentisce i fondamentali dello Stato-di-diritto e della pretesa liberale alla buona fede, prevedibilità, certezza del diritto, protezione dell'affidamento, enfatizza invece quella neoliberale alla stabilità del rapporto, alla disciplina puntuale (e derogatoria) della singola operazione economica allo scopo di mettere in sicurezza l'investimento, con il suo ovvio *coté* di riduzione della tutela giurisdizionale (agendo sia sul processo che sulle domande e poteri del giudice).

Resta da rammentare che, in questa seconda prospettiva, quella neoliberale, non solo la buona fede/stabilità si mostra in termini autoritari (restando vero, invece, che la buona fede/certezza del diritto assolve alla funzione opposta di proteggere le libertà), ma – più ancora – lo stesso dovere di solidarietà diviene evocazione della necessità di obbedire al comando dell'autorità per il benessere collettivo rispetto alla difesa del diritto individuale, che cede proprio in ragione del dovere di solidarietà ad un comando che, però, resta funzionale ad obiettivi per nulla neutrali come l'approccio neoliberale richiede ⁽⁷⁹⁾.

Almeno a mio modo di vedere, quindi, c'è ragione di proseguire e non di concludere.

79 Su tutti questi profili, per tutti, G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, *cit.*, passim.